



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 10 - Sayı: 2 - Temmuz 2024

Anadolu Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi
Prof. Dr. Fuat ERDAL

Yayın Kurulu Başkanı
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ

Baş Editör
Doç. Dr. Tolga AKKAYA

Editör
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK
Dr. Öğr. Üyesi Neyzen Fehmi DOLAR

Editör Yardımcısı
Arş. Gör. Burak IŞIK
Arş. Gör. Emin ÇELİK
Arş. Gör. Gülser Banu USLU YİĞİT
Arş. Gör. Emirhan AYDIN

Dil Editörleri
Doç. Dr. Reşit KARAASLAN (Almanca)
Dr. Öğr. Üyesi Merve KUTLU MUTLUER (İngilizce)
Öğr. Gör. Dr. Halil DÜZENLİ (İngilizce)

İletişim Adresi
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yunusemre Kampüsü
Tepebaşı / ESKİŞEHİR
Tel: +90 (222) 335 05 80 - 2240
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr
Elektronik Ağ: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd>

Yayına Hazırlayan
Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj
Emre KIZMAZ

Yayın Yeri | Yılı
Ankara | Temmuz 2024

e-ISSN
2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan hakemli bir hukuk dergisidir.

AndHD,    
veritabanlarında indekslenmektedir.

Dergiye yapılan atıflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.
Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Danışma Kurulu^(*)

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (*Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Erdal ONAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan ERMAN (*Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI (*Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Ün., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER (*Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (*Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selin Esen ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

^(*) Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Yayın Kurulu^(*)

- Prof. Dr. İbrahim KAYA (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa AVCI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver BOZKURT (*Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR (*Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Uğur YİĞİT (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (*Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

^(*) Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve alfabetik sıraya göre gösterilmektedir.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ("AndHD")

Amaç

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hukukun her alanında hazırlanan özgün ve bilimsel çalışmaların elektronik ortamda yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Kapsam

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergide hukukun her alanından hakemli makale, çeviri, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilmektedir. Yazı dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Etik İlkeler ve Yayın Politikası

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği AndHD'de süreçler COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (*European Association of Science Editors - EASE*) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

Yazarlar

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya *kayda değer ölçüde* katkı sunmuş olması beklenir. Çok yazarlı çalışmalar için **Katkı Oranı Beyan Formunun** her bir yazar tarafından imzalanarak sisteme yüklenmesi gerekir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekirken, bu kişiler ilgili çalışmadan sorumlu tutulmazlar. Bu kişilerin çalışmaya katkıları, çalışmanın ilk sayfasında başlığa eklenecek bir yıldızlı dipnotla belirtilir.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

Hakemler

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir. Hakemin ilgili çalışmanın değerlendirilmesi hususunda kendini yetkin görmemesi halinde hakemlik görevinden kaçınılmalıdır.
- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmalarını tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.

- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceği kanaatine varması halinde, zaman kaybetmeden editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

Editörler

AndHD dergi editörleri OPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu'nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- AndHD'ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde ayrımcılığa sebebiyet verecek herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem değerlendirmeleri sonucunda yayıma uygun bulunan çalışmaların, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilmesi mümkündür.
- Dergiye gönderilen çalışmanın; derginin amaç ve kapsamına ile yazım kurallarına ve yayın politikasına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmemesi halinde hakeme gönderilmeden editör tarafından reddedilmesi mümkündür. Bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlerin, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakemle, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editör, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editör, görevini burada ve atıf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri listeden çıkarır.
- Editör, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.

Yazım Kuralları

Yazım Dili

Çalışmaların dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Dosya Formatı

Çalışmalar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.

İletişim Bilgileri

Çalışma dosyaları ile birlikte yazarın adına ve soyadına, unvanına, çalıştığı kuruma, ORCID numarasına, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler editöre ulaştırılmalıdır.

Ana başlık Öz ve Anahtar Kelimeler

Dergiye gönderilen makaleler Türkçe ve yabancı dilde (İngilizce veya Almanca) başlık, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ile ilgili makaledeki konuyu tanımlayan en az beş anahtar kelimeyi içermelidir.

Sayfa Düzeni

Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmalıdır.

- Kâğıt boyutu: A4
- Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
- Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı

Yazının Türkçe ve altında yabancı dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazarın unvanı, adı ve soyadı yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır.

Yazarın (varsa) görev yaptığı kurum ve unvanı, e-posta adresi ve ORCID numarası ilk sayfada (yıldızlı) dipnot olarak belirtilmelidir.

Başlıklar

Bölüm başlıkları, "I, II, III, ..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.

Alt başlıklar, "A, B, C..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar "1, 2, 3, ..." ve ardından gelenler "a, b, c..." "aa, bb, cc...", "aaa, bbb, ccc..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

(Örnek:

I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK

A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük)

Kısaltmalar

Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

(Örnek: İlk kullanım için Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım için TMK)

Atıf Kuralları

Hazırlanan çalışmalarda atıflar dipnot usulüne göre yapılmalıdır. Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden önce kullanılmalıdır.

Metin içinde yer verilen yazar soyadları ilk harfi büyük ve italik olarak yazılır.

(Örnek: Eren,)

Dipnotlar

Dergiye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı olmalıdır.

Bir yazarlı kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır. Tek baskı olanlarda baskı sayısının belirtilmesine gerek bulunmamaktadır.

(Örnek: EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018, s. 10.)

Makalelerde, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayımlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ARSEBÜK, A. Esat: "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 7.)

Birden fazla yazarlı kitap ve makalelerde, yazarların ad ve soyadlarının arasına "/" işareti koyulmalıdır.

(Örnek: AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 10)

Editörlü kitaplar ve sempozyum vb. yayınlarında, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde eser (bölüm) adı, (Ed.) kısaltması, editör veya çevirmenin soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ROHE, Mathias: "Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55.)

Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb. yayınlarda, yayımlayan, yayının adı, yayın tarihi, sayfa numarası ("s.") sırasıyla verilmelidir.

(Örnek: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission): Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODIHR and Venice Commission Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010), 2010, s. 13.)

Yüksek lisans ve doktora tezlerinde, yazarın soyadı ve adı, italik olarak tez başlığı, üniversite ve enstitü adı, şehir, yıl ve sayfa numarası belirtilmelidir.

(Örnek: MANAVGAT, ÇAĞLAR: *Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1988, 42.)

İlk kullanımdan sonraki dipnotlarda, sadece soyadları ile yazılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10.)

Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ve kaynakçada ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda; yazarın soyadı, italik olarak eserin kısaltması ve sayfa numarası usulü izlenmelidir.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, *Başlangıç Hükümleri*, s. 10.)

Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında ";" işareti kullanılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10; ARSEBÜK, s. 13.)

Yargı kararlarına yapılacak atıflarda; mahkeme adı, dairesi, karar tarihi, esas ve karar numarası belirtilmelidir.

(Örnek:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı:

AİHM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) §

Anayasa Mahkemesi kararı:

AYM, T. 25.06.2020, E. 2020/16, K. 2020/33

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararı:

AYM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) §

Uyuşmazlık Mahkemesi kararı:

UYM, T. 15.11.1999, E. 1999/24, K. 1999/31

Yargıtay kararı:

Yargıtay, 2. HD., T. 02.01.2015, E. 2012/01, K. 2015/03

Danıştay kararı:

Danıştay, 13. D., T. 08.07.2020, E. 2020/1825, K. 2020/1848

Bölge Adliye Mahkemesi kararı:

Ankara BAM, 1. HD., T. 02.10.2017, E. 2017/696, K. 2017/976

Bölge İdare Mahkemesi kararı:

Ankara BİM, 2. İDD., T. 27.04.2018, E. 2017/13600, K. 2018/998

Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd> E.T.: 07.07.2019)

Mevzuata yapılacak atıflarda, ilgili mevzuatın yayımlandığı Resmî Gazete'nin tarih ve sayı bilgileri belirtilmelidir.

(Örnek: ... tarihli ve ... sayılı Resmî Gazete.)

Kaynakça

Kaynakça, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile eserin kaynakçada yer verilmiş biçimi aynı olmalıdır.

Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri, editörlü kitap bölümü vb. ise eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

Örnek:

EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018.

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

ARSEBÜK, A. Esat, "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-20.

ROHE, Mathias: "Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55-70.

Değerlendirme Süreci

Yayın Etiği Bakımından Değerlendirme

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler. Bu doğrultuda, AndHD'ye gönderilen çalışmaların değerlendirme süreci derginin Etik İlkeleri ve Yayın Politikası çerçevesinde yürütülür. İlgili ilke ve kuralların ihlal edildiğinden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları uygulanır.

Öninceleme ile Yazım ve Dil Denetimi

Dergide yayımlanması istenen çalışmalar başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

Dergiye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak verildiği kabul edilir. Editör Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu saptanan yazılar hakeme gönderilmeksizin gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.

Tüm çalışmalar yayımlanmadan önce, tekrar, ilgili Yazım ve Dil Editörünün denetiminden geçer.

Hakem Değerlendirme Süreci

Değerlendirme süreci çift taraflı kör hakemlik yöntemiyle yürütülür. Editör Kurulu tarafından gerçekleştirilen ilk incelemeden geçen çalışmalar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemler ilgili çalışmanın aynen yayımlanmasını, düzeltilmesini yahut yayımlanmamasını önerir.

Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönünde yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise çalışma üçüncü hakeme gönderilerek gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır.

Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan çalışmalar, Editör Kurulu gerek gördüğü takdirde, bir kez daha hakeme gönderilebilir. Tüm hakem raporları beş yıl boyunca saklanır.

Diğer Çalışmaların Değerlendirilmesi

Hakemli makaleler ve çeviriler dışındaki çalışmaların yayımlanması Editör Kurulunun kararına bağlıdır. Çevirilerin değerlendirmeye alınabilmesi için metin ile birlikte yazının kaynak dildeki özgün metni ve sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan çeviri izni de gönderilmelidir.

İntihal Politikası ve Benzerlik Raporu

İntihal Politikası

Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir. Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.

Dergiye gönderilen çalışmaların değerlendirilmesi sırasında intihalden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınır.

Benzerlik Raporu

Tüm araştırma makaleleri **iThenticate** veya **Turnitin** üzerinden alınan benzerlik raporu ile birlikte gönderilmelidir. Dergide yayımlanması istenen araştırma makalesi için benzerlik raporu alınması mümkün değil ise ilgili çalışma gönderilmeden önce Editörlük ile iletişime geçilmesi önerilir.

AndHD'nin intihal politikası bağlamında belirli bir benzerlik oranı belirlenmemiş olup çalışmanın değerlendirme sürecine alınıp alınmayacağına, çalışmanın niteliği ve benzerlik raporunda tespit edilen benzerliklerin durumuna göre Editör Kurulu tarafından karar verilir.

Telif Politikası ve Yayın Lisansı

Yazarlar çalışmalarını AndHD'ye gönderirken Telif Hakkı Formunu imzalarlar. Bu form ile, AndHD'de yayımlanmak üzere gönderdikleri çalışmalarının,

- AndHD Etik İlkeler ve Yayın Politikası ile Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde hazırlandığını,
- Başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olduğunu,
- İlgili çalışma üzerindeki, işleme, çoğaltma, temsil, basım, yayım, dağıtım ve internet yoluyla iletim de dâhil olmak üzere her türlü umuma iletim ve mali haklarını Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisine devretmeyi kabul ve taahhüt ederler.

AndHD tarafından yayıma kabul edilen çalışmalar Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayımlanır. Bu lisansla kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verilir.

Açık Erişim Politikası

AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) ile lisanslıdır. Bu lisans, kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verir.

Ücret Politikası

Dergide makale yayımı ve değerlendirme süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayım için kabul edilen makaleler için gönderim ya da yayım ücreti alınmaz, hakemlik faaliyeti için ücret ödenmez. AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü okuyuculara ücretsiz olarak sunulur.

Sunuş

Değerli Okuyucular,

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin (AndHD) Temmuz 2024 sayısı, 2020 yılından bu yana süreçlerimizin yürütüldüğü ve yayınların okuyuculara sunulduğu DergiPark sayfasında yayımlanmıştır. AndHD'nin 2021 yılı Ocak ayından itibaren TRDizin'de ve 2023 yılı Ekim ayından itibaren *Erih Plus* taranmaya başlanmış olmasının getirdiği yoğun ilgiyi teveccüh ile karşılamakla birlikte yine bu yoğun ilgi sebebiyle daha önceki sayılarımızda izlediğimiz “yayın çeşitliliği” odaklı yaklaşımdan ayrılmak durumunda kaldığımızı eklemek isteriz. Önceki sayılarımızda yer vermeye çalıştığımız karar incelemeleri, makale incelemeleri ile çevirilere bu sayıda yer verilmesi mümkün olmamıştır.

Bu sayıda kamu hukuku ve özel hukuk alanında kaleme alınan on dokuz hakemli araştırma makalesine, bir karar incelemesine ve bir kitap incelemesine yer verilmiştir.

Araştırma makaleleri bölümünde “*Deciding The Provisional Measures Regarding the Suspension of Criminal Procedure by International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*”, “*Konut veya Çatılı İşyerlerinin İhtiyaç Sebebiyle Tahliyesindeki Arabuluculuk Sürecinin TBK'nin 355. Maddesine Etkisi*”, “*İflâta İkinci Alacaklılar Toplantısı Bakımından Alacaklı Özerkliği ve Sınırları*”, “*Fuhuş Amacıyla İnsan Ticareti Suçunda Mağdurun Rızası*”, “*«Görüldüğünde Ödenecek» Bonolarda İbrahim ve Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı ile İlgili Bazı Sorunlar ve Görüşler*”, “*Uluslararası Adalet Divanı ve İnsan Hakları İlişkisinde Süregidenler ve Yenilikler*”, “*Otonom Silah Sistemlerinin ve Doğabilecek Sorumluluk Meselesinin Uluslararası İnsancıl Hukuk Bağlamında Değerlendirilmesi*”, “*Görünüşte Mirasçılık: Ölümüne Bağlı Tasarrufla Es Geçilen Saklı Paylı Muhtemel Mirasçının Mirasçılığı*”, “*Trafik Sigortasında Dava Açılmadan Önce Sigortacı Tarafından Zarar Görene Yapılan Ödemenin Zamanaşımını Kesip Kesmediği Meselesi*”, “*Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Kapsamında Türkiye'de Kilit Personel İstihdamına Dair İnceleme*”, “*Yolculuğun Başlamasına veya Devamına Engel Olan Sebepler Yüzünden Navlun Sözleşmesinin Feshi*”, “*İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haksız Feshi ile 'Haklı Nedenle Dayanan Süreli Feshi'ne İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler*”, “*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda Öngörülen Meşru Menfaat Kavramının Ticaret Şirketleri Bakımından Değerlendirilmesi*”, “*Siyasi Düşünceler Tarihinde Kadınların Üzerindeki Unutulmuşluk Perdesini Açmaya Yönelik Bir Çaba: Mary Astell'in Birey, Toplum ve İktidar Anlayışı*”, “*Franchise Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi*”, “*1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*”, “*Sınıf Egemenliği, Hukuk ve Sovyet Hukuku*”, “*Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlarından Biri Olarak Genel Ahlakı Aykırılık*”, “*İfşa ve İhbar Hakkı*” ve “*Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılabilirliği Hâllerin Tek Ortaklı Şirketlerdeki Görünümü*” başlıklı çalışmalar bulunmaktadır.

Karar incelemesi bölümünde ise “*Tanık Beyanı ve Aleyhe Değiştirme Yasağı Çerçevesinde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, E. 2016/135 K. 2019/32 T. 22.01.2019 Sayılı Kararının İncelenmesi*” başlıklı çalışma yer almaktadır.

Kitap incelemesi bölümünde ise “*Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yollarının Mukayeseli Analizi*” başlıklı çalışma bulunmaktadır.

Muhtelif veri tabanı ve dizinlerde başvuru süreci devam eden AndHD'nin Editör Kurulu olarak daha önceki sayılarda olduğu gibi bundan sonra da Dergimize gönderilen çalışmaların kalitesinin ve niceliğinin artırılması, yayın süreçlerinin özenle yürütülmesi için azami çaba sarf edileceğini eklemek isteriz.

Dergimizin bu sayısının yayımlanmasında emeği geçen değerli yazarlara, hakemlere, yayın sürecine dizgi konusunda destek sağlayan Seçkin Yayınevine içten teşekkür eder, bu sayının hukuk öğretisi ve uygulaması için yararlı olmasını dileriz.

AndHD Editör Kurulu

İçindekiler

Araştırma Makaleleri

Deciding The Provisional Measures Regarding the Suspension of Criminal Procedure by International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Ceza Muhakemesinin Durdurulmasıyla İlgili İhtiyati Tedbir Kararı Vermesi

Murat BALCI - Hüseyin AYDIN - Kerim ÇAKIR..... 357

Konut veya Çatılı İşyerlerinin İhtiyaç Sebebiyle Tahliyesindeki Arabuluculuk Sürecinin TBK'nin 355. Maddesine Etkisi

The Effect of the Mediation Process in the Eviction of Residences or Roofed Workplaces Due to Necessity on Article 355 of the Turkish Code of Obligations

Hakkı Mert DOĞU 373

İflâta İkinci Alacaklılar Toplantısı Bakımından Alacaklı Özerkliği ve Sınırları

Die Gläubigerautonomie und ihre Grenzen im Hinblick auf die Zweite Gläubigerversammlung im Konkurs

Zeynep BAHADIR 389

Fuhuş Amacıyla İnsan Ticareti Suçunda Mağdurun Rızası

Consent of the Victim in the Crime of Human Trafficking for the Purpose of Prostitution

Meral BALCI..... 415

«Görüldüğünde Ödenecek» Bonolarda İbraz ve Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı ile İlgili Bazı Sorunlar ve Görüşler

Some Issues and Opinions Concerning Commencement of Presentation and Statute of Limitations Period «on Sight» Promissory Notes

Tamer BOZKURT..... 439

Uluslararası Adalet Divanı ve İnsan Hakları İlişkisinde Süregidenler ve Yenilikler

Continuities and Novelties in The Relationship Between the International Court of Justice and Human Rights

Elif ÇELİK..... 459

Otonom Silah Sistemlerinin ve Doğabilecek Sorumluluk Meselesinin Uluslararası İnsancıl Hukuk Bağlamında Değerlendirilmesi

Evaluation of Autonomous Weapon Systems and the Issue of Responsibility in the Context of International Humanitarian Law

Kenan DÜLGER - Özge TANYELİ SÖKÜK 485

Yolculuğun Başlamasına veya Devamına Engel Olan Sebepler Yüzünden Navlun Sözleşmesinin Feshi

Termination of the Affreightment Contract for Reasons Preventing the Commencement or Continuation of Voyage

Fevzi Firat GÖZYÜŞİL 515

Görünüşte Mirasçılık: Ölüme Bağlı Tasarrufta Es Geçilen Saklı Paylı Muhtemel Mirasçının Mirasçılığı

Virtual Heirship: The Heirship of a Passed-Over Heir with a Statutory Entitlement

Özgür GÜVENÇ..... 543

Trafik Sigortasında Dava Açılmadan Önce Sigortacı Tarafından Zarar Görene Yapılan Ödemelerin Zamanışımını Kesip Kesmediği Meselesi

The Issue of Whether the Payment Made by the Insurer to the Injured Party Before the Lawsuit Is Filed in Traffic Insurance Interrupts the Statute of Limitations

Abdülhamid Oğuzhan HACIÖMEROĞLU 565

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Kapsamında Türkiye’de Kilit Personel İstihdamına Dair İnceleme

Examination Of Key Personnel Employment in Türkiye Under the Law on Foreign Direct Investments

Burcu İRGE ERDOĞAN 581

İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haksız Feshi ile “Haklı Nedene Dayanan Süreli Feshi”ne İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler

Some Remarks and Evaluations on the Termination of the Employment Contract by the Employee without Just Cause and on “the Termination with Notice based on Just Cause”

Artür KARADEMİR 601

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda Öngörülen Meşru Menfaat Kavramının Ticaret Şirketleri Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of the Concept of Legitimate Interest Stipulated in The Law on The Protection of Personal Data in Terms of Commercial Companies

Dursun SAAT 617

Siyasi Düşünceler Tarihinde Kadınların Üzerindeki Unutulmuşluk Perdesini Açmaya Yönelik Bir Çaba: Mary Astell’in Birey, Toplum ve İktidar Anlayışı

An Attempt to Unveil the Curtain of Forgottenness on Women in the History of Political Thought: Mary Astell’s Understanding of Individual, Society and Power

A. Aslı ŞİMŞEK ÖNER 639

Franchise Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

Determination of the Competent Court in Disputes Arising from Franchise Agreements

Betül AZAKLI ARSLAN 663

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyetin Enflasyondan Korunması

Protection of Property from Inflation in the European Convention on Human Rights and Judgments of the European Court of Human Rights

Uğur KAYNAKÇIOĞLU 687

Sınıf Egemenliği, Hukuk ve Sovyet Hukuku

Class Hegemony, Law and The Soviet Law

Ozan Giray ŞAHİN 709

1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

The Crime of Sexual Abuse of Children in the 1858 Penal Code

Funda ÖZTÜRK 733

Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlarından Biri Olarak Genel Ahlaka Aykırılık

Incompatibility with General Morality as One of the Limits of Freedom of Contract

Mehmet İLARSLAN - Oğuzhan ESEN 747

İfşa ve İhbar Hakkı

Whistleblowing

Büşra Gizem ÜNER..... 775

Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılabilceği Hâllerin Tek Ortaklı Şirketlerdeki Görünümü

The Outlook of Situations Where the Corporate Veil Can Be Lifted in Single Member Companies

Celile Çağla ÇATAKLI..... 797

Karar İncelemesi

Tanık Beyanı ve Aleyhe Değişirme Yasağı Çerçevesinde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, E. 2016/135 K. 2019/32 T. 22.01.2019 Sayılı Kararının İncelenmesi

Examination of the Decision of the General Assembly for Criminal Chambers of Court of Cassation Numbered, 2016/135 File no. 2019/32 Decision no. and 22.01.2019 Dated within the Framework of Witness Statement and Reformatio in Peius

Burak TAŞ - Berna Ayşen YILMAZ..... 827

Kitap İncelemesi

Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yollarının Mukayeseli Analizi

Comparative Analysis on Appeals and Other Means of Recourse Against Judicial Decisions in Civil Matters

Cemal Mert TÜZEMEN..... 849

Araştırma Makaleleri

Deciding The Provisional Measures Regarding the Suspension of Criminal Procedure by International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)^(*)



Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Ceza Muhakemesinin Durdurulmasıyla İlgili İhtiyati Tedbir Kararı Vermesi

Murat BALCI



Professor Doctor

*Fatih Sultan Mehmet Vakıf University Faculty of Law
Department of Criminal Law and Criminal Procedure Law*

Hüseyin AYDIN



Associate Professor Doctor

*Fatih Sultan Mehmet Vakıf University Faculty of Law
Department of Criminal Law and Criminal Procedure Law*

Kerim ÇAKIR^()**



Associate Professor Doctor

*Marmara University Faculty of Law
Department of Criminal Law and Criminal Procedure Law*

Keywords

*ICSID,
Arbitration,
Criminal Proceedings,
Provisional Measures,
Sovereignty.*

Abstract

The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (hereafter referred to as the Convention), as well as the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) was established within the framework of the Convention, aims to resolve disputes encountered in international investments in a prompt and facilitated manner under an independent credible judicial mechanism. ICSID tribunals can order provisional measures in a dispute presented before them to protect the parties' mutual rights as mentioned in Article 47 of the Convention. The *raison d'être* for these measures is to ensure the integrity of the proceedings and exclusivity of the ICSID arbitration by preserving the *status quo* and preventing aggravation of the dispute. However, no explicit statement occurs in the Convention which suggests that the possibility of rendering a decision regarding provisional measures against a national criminal proceeding. Criminal proceedings are perhaps the most indisputable component of state sovereignty. Hence, the tribunals acknowledge a high threshold shall be required to justify an intervention in national criminal proceedings. Therefore, any intervention related to criminal proceedings that conflict with the sovereignty of a state authority should be evaluated case by case and kept at a minimum.

In this context, the current paper will address the provisional measures that are orderable by ICSID tribunals, the impact these measures have on pending criminal proceedings in domestic law. ICSID's authority to impose sanctions on state parties if they do not comply with the measures in relation to the criminal proceedings. In addition, the article will evaluate requests for provisional

^(*) Research Article.

It has been peer reviewed.

Submission Date: 14.11.2023, Acceptance Date: 29.03.2024.

^(**) Sorumlu Yazar.

measures to comprehend whether or not they intervene in the sovereign authority of a state party. We should also point out that, arbitration is a multidisciplinary subject, it has connections with International law, Constitution and other legal disciplines. However, the issue will only be handled within the scope of ICSID and criminal procedure.

Anahtar Kelimeler

ICSID,
Tahkim,
Cezai İşlem,
İhtiyati Tedbir,
Egemenlik.

Öz

Uluslararası uyuşmazlıklarda yaşanan artış geleneksel çözüm yollarına kıyasla uygulamada sağlanan kolaylıklar sebebiyle yeni uyuşmazlık çözüm yollarının önemini artırmıştır. Türkiye'nin 1987'de imzaladığı "Devletler ve Diğer Devletlerin Uyrıkları arasındaki Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü için Sözleşme" (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*) ve bu sözleşme esasları çerçevesinde kurulan Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi (*International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID*) uluslararası yatırımlarda karşılaşılan uyuşmazlıkların bağımsız ve güvenilir bir yargı alanında, kolay ve hızlı bir şekilde çözülmesini amaçlamaktadır. Sözleşmenin 47'nci maddesinde belirtildiği üzere ICSID hakem heyeti tarafların karşılıklı haklarını korumak için uyuşmazlıkla ilgili ihtiyati tedbirlere başvurabilir. Bu tedbirlerin özü, mevcut durumu muhafaza etmek ve uyuşmazlığın ağırlaştırılmasını engellemek suretiyle yargılamanın bütünlüğünü ve ICSID tahkiminin münhasırlığını korumaktır. Buna karşın cezai işlemlere ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilebileceğiyle ilgili Sözleşmede net bir ifade bulunmamaktadır. Cezai işlemler, Devletin egemenliğinin en tartışılmaz kısmını oluşturur. Hakem heyeti, cezai işlemlere müdahale için yüksek bir eşğin gerektiğini kabul etmektedir. Bununla beraber, devletin egemenlik yetkisiyle çatışan, cezai işlemlere ilişkin bu tür müdahalelerin ayrıca değerlendirilmesi ve asgari düzeyde tutulması gerekir.

Bu kapsamda çalışmada, ICSID tarafından alınabilecek ihtiyati tedbirler, bu tedbirlerin iç hukukta derdest olan ceza yargılamalarına etkisi ve cezai işlemlerle ilgili tedbir taleplerinin yerine getirilmemesi halinde ICSID'in taraf devletlere yatırım uygulayıp uygulama(ya)mayacağı izah edilecektir. Ayrıca ihtiyati tedbir taleplerinin taraf devletin egemenlik yetkisine müdahale niteliği taşıyıp taşımadığı değerlendirilecektir. Ayrıca belirtelim ki tahkim multidisipliner bir konu olduğu için çalışmanın Uluslararası hukuk, Anayasa ve diğer hukuk disiplinleri ile de irtibatı vardır. Ancak konu sadece ICSID ve ceza muhakemesi kapsamında ele alınacaktır.

INTRODUCTION

Globalization and developments in the global economy have increased the number of international investment projects that also give rise to international disputes. Dispute settlement methods for investments can be grouped under three categories: litigation, arbitration, and other alternative dispute settlement methods. Among these, arbitration appears to be a frequently preferred dispute resolution method. The fact that parties can choose applicable laws for their merits and the dispute resolution method as opposed to conventional resolution methods, as well as the advantages in recognition and enforcement procedure, promotes an investment friendly environment for investors that has made investment arbitration popular.

The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, also known as the Washington Convention and referred to henceforth as the Convention, entered into force in 1966, as well as the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) that was established within the framework of the Convention and activated by the World Bank¹. The Convention aims to resolve disputes encountered in international investments easily and promptly with a credible independent jurisdiction². In addition, bilateral agreements are instruments that are formed to protect international investments. Most of the time, these agreements reference the Convention and ICSID, which demonstrates the ICSID framework to be mainly chosen for resolving interna-

¹ EXELBERT, Jeremy Marc: "Consistently Inconsistent: What Is a Qualifying Investment under Article 25 of the ICSID Convention and Why the Debate Must End", *Fordham Law Review*, 2016, Volume 85, Issue 3, p. 1243; DASKALOPOULOU, Katerina: "International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)", *Jus Mundi*, 2012 (<https://jusmundi.com/en/document/publication/en-icsid>, AD: 26.10.2022); TORUN, Yalçın: *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, p. 15.

² EXELBERT, p. 1245; FRIEDLAND, Paul D.: "Provisional measures and ICSID arbitration", *Arbitration International*, 1986, Volume 2, Issue 4, p. 335.

tional investment disputes. The Convention specifies two methods (i.e., mediation and arbitration) for settling disputes. The function of the ICSID is to provide an opportunity for settlement between the contracting states and the citizens of states through these methods. The ICSID assures the proper application of arbitration rules and the completion of arbitration proceedings in accordance with its purpose³.

ICSID arbitration regulates arbitration procedures according to the ICSID Arbitration Rules. While parties can mutually agree on a different arbitration body, ICSID arbitration is nevertheless one of the most selected options. ICSID arbitration is more advantageous compared to others due to its procedures for facilitating the execution of decisions and being the prominent central arbitration body with extensive expertise in foreign investment disputes⁴. Moreover, the fact that arbitral decisions benefit from automatic recognition and enforcement in the signatory states also makes it one of most preferred options⁵.

ICSID arbitration can be applied to a dispute when the three conditions set forth in Article 25 of the Convention are satisfied. First of all, mutual written consent of the parties to arbitration should exist; the fact that the state is party to the Convention does not in itself mean that the state has consented to ICSID's jurisdiction. Secondly, the subject of dispute must be a legal investment. Lastly, the dispute must be between a state that is party to the Convention and an investor who is a national of another state⁶.

This paper focuses on the provisional measures an ICSID tribunal can decide and the extent of their impact on pending national criminal proceedings. In view of this, the article will first explain the provisional measures and their limits in ICSID proceedings. The article will then expand the discussion on the provisional measures regarding the suspension of criminal procedure during an ICSID proceeding. Afterward, the paper will discuss whether provisional measures regarding criminal proceedings are in contradiction with states' sovereign authority. Lastly, the article will explain the sanctions for non-compliance with provisional measures. It will mostly address arbitral awards to reveal how provisional measures regarding criminal proceedings are ordered and the reasons behind these decisions are from the perspective of the tribunals.

The tribunals can recommend provisional measures under ICSID⁷ arbitration rules. Decisions related to provisional measures differs from a final decision due to their temporary nature and the competence of the tribunal who ordered the decision in the first place to annul or change it at any time⁸.

³ KARAYEL, İsmail Emrah: *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, p. 107.

⁴ KUĞUOĞLU, Dilşad / DEMİRKOL, Elit Meviza: "ICSID Tahkiminde Onay", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Volume 9, No 34, p. 516.

⁵ KUĞUOĞLU / DEMİRKOL, p. 516.

⁶ EXELBERT, p. 1250.

⁷ Article 47 of the Convention on "Provisional Measures":

"(1) A party may at any time request that the Tribunal recommend provisional measures to preserve that party's rights, including measures to:

(a) prevent action that is likely to cause current or imminent harm to that party or prejudice to the arbitral process;

(b) maintain or restore the status quo pending determination of the dispute; or

(c) preserve evidence that may be relevant to the resolution of the dispute.

(2) The following procedure shall apply:

(a) the request shall specify the rights to be preserved, the measures requested, and the circumstances that require such measures;

(b) the Tribunal shall fix time limits for submissions on the request;

(c) if a party requests provisional measures before the constitution of the Tribunal, the Secretary-General shall fix time limits for written submissions on the request so that the Tribunal may consider the request promptly upon its constitution; and

(d) the Tribunal shall issue its decision on the request within 30 days after the later of the constitution of the Tribunal or the last submission on the request.

(3) In deciding whether to recommend provisional measures, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including:

Provisional measures lose their effectiveness once the decision is executed and are not considered *res judicata*⁹. In order to give a provisional measure decision, the following conditions must be reviewed first:

- The tribunal must have *prima facie* jurisdiction,
- The requested measure must intend to preserve the rights for which the protection was sought,
- The measure must be urgent, and
- The measure must be necessary for preserving the *status quo* or avoiding irreparable harm, damage, or prejudice¹⁰.

Firstly, whether an ICSID tribunal has *prima facie* jurisdictions over the dispute for which provisional measures have been requested should be investigated¹¹. Urgency is another requirement for ordering a provisional measure (i.e., the request before an ICSID tribunal should be of the nature to such an extent that it cannot be delayed until the decision on the merits has been rendered)¹². In fact, urgency can be deemed to exist if a legitimate concern is found where the rights for which the protection was sought by one of the parties could be seriously harmed or entirely destroyed by the opposing party of the dispute prior to the declaration of the final decision on its merits. Therefore, the provisional measures are designed to ensure the protection of the efficiency and integrity of the proceeding and to prevent the current dispute from aggravating¹³.

Another requirement to satisfy in order to have provisional measures in an ICSID investment arbitration proceeding is referred to as necessity. Provisional measures must be necessary for maintaining the *status quo* or avoiding any irreparable damage to current rights¹⁴. In other words, a request for provisional measures should be proportional to the damage the party is trying to avoid. The condition of necessity is fulfilled in most of the cases where the possible damage that might be incurred by one of the parties due to an unlawful act of the other party is not reparable. In the case *Burlington v. Ecuador*, the tribunal stated that provisional measures can be recommended in situations where investment activity is ongoing, where income potentials are at risk of being devastated, and where an obvious economically delicate situation exists that could make the claimant halt all operations¹⁵.

(a) whether the measures are urgent and necessary; and

(b) the effect that the measures may have on each party.

(4) The Tribunal may recommend provisional measures on its own initiative. The Tribunal may also recommend provisional measures different from those requested by a party.

(5) A party shall promptly disclose any material change in the circumstances upon which the Tribunal recommended provisional measures.

(6) The Tribunal may at any time modify or revoke the provisional measures, on its own initiative or upon a party's request.

(7) A party may request any judicial or other authority to order provisional measures if such recourse is permitted by the instrument recording the parties' consent to arbitration."

⁸ ICSID Arbitration Rules, Article 39(3).

⁹ ICSID, *Ioan Micula, Viorel Micula and Others v. Romania*, Case No: ARB/05/20, D. 11.11.2013, § 1307. See. SINCLAIR, Anthony C. / REPOUSIS, Odysseas G.: "An Overview of Provisional Measures in ICSID Proceedings", *ICSID Review*, 2017, Volume 32, Issue 2, p. 434, footnote 24; GAZZINI, Tarcisio / KOLB, Robert: "Provisional Measures in ICSID Arbitration from 'Wonderland's Jurisprudence' to Informal Modification of Treaties", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2017, Volume 16, Issue 1, p. 161; WANG, Chao / ZHUOXIN, Lin: "An overview of Macao's new arbitration law: provisional measures and recognition of arbitral awards", *China-EU Law Journal*, 2023, Volume 8, Issue 1, p. 113.

¹⁰ YEŞİLIRMAK, Ali: *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Dissertation Thesis, Queen Mary College University of London, London, 2003, p. 235; SINCLAIR / REPOUSIS, p. 435; GALAGAN, Dmytro: *Provisional Measures in International Arbitration as a Response to Parallel Criminal Proceedings*, Master Thesis, University of Victoria, Victoria, 2019, p. 87.

¹¹ GAZZINI / KOLB, p. 162.

¹² GAZZINI / KOLB, p. 161; WANG / ZHUOXIN, p. 114.

¹³ SINCLAIR / REPOUSIS, p. 434; GAZZINI / KOLB, p. 161.

¹⁴ YEŞİLIRMAK, p. 239; SINCLAIR / REPOUSIS, p. 438; FRIEDLAND, p. 337.

¹⁵ SINCLAIR / REPOUSIS, pp. 438, 439.

Once the parties to the arbitration have submitted a controversy related to the investment, they are obliged to refrain from aggravating or extending the dispute or undermining the execution of the award. In the case *Churchill Mining v. Indonesia*, the claimants sought an order from the arbitral panel to compel the respondent to return all documents and other materials the respondent's police had seized in a raid. However, an order regarding confidentiality of documents should not harm the integrity of the ICSID proceedings¹⁶. Tribunals found they had the power to recommend such measures with respect to criminal investigations, but only under the exceptional circumstances. The requested measures should correspond to the right to protection of the integrity of the arbitral proceedings¹⁷.

I. ICSID PROCEEDINGS AND PROVISIONAL MEASURES REGARDING THE SUSPENSION OF CRIMINAL PROCEDURES

Article 47 of the Convention contains no explicit statement that clarifies whether the tribunal can recommend provisional measures with respect to criminal proceedings¹⁸. The aim of provisional measures is to protect one of the parties. By approving the Convention, state parties accept the arbitral tribunal's ability to order provisional measures under certain situations that are seen necessary, despite the reference to interfering with a sovereign power and executive functions of a state. However, this shouldn't be understood as if the state had provided a legitimate basis for provisional measures to such an extent that they had allowed for the suspension of the criminal proceedings. It instead implies that the independent and impartial national courts that have jurisdiction in criminal proceedings may cause irreparable damage through their decisions by undermining the performance of the final outcome of the arbitral proceedings. The state whose criminal proceedings are attempting to be suspended should be guaranteed with regard to the continuity of its criminal proceedings after the arbitration process. For example, by suspending criminal proceedings during the arbitration process, an accused may not be subjected to an international travel ban order, even though they normally would be had this been a normal course of national criminal proceedings. Given that no alternative mechanism exists in investment arbitration that would substitute for such an order, the accused may flee the country to undermine the outcomes of the domestic criminal proceeding by abusing the provisional measure as decided by the arbitral tribunal.

An arbitral tribunal's authority to recommend a provisional measure is limited to the measures that must be taken without delay to ensure due process with regard to the claims that had been made beforehand¹⁹. This is particularly the case if the people who have to provide evidence related to the dispute are extradited and therefore prevented from providing evidence. A similar situation is when a witness or a representative of one party is intimidated by a criminal proceeding initiated against a close family member in order to make them withdraw their statements or to discourage them from properly providing evidence. However, in order to successfully argue that a potential act of intimidation exists, these threats should be deemed reasonably imminent. Provisional measures are meant to preserve the party who requested the provisional measures from a reasonably imminent harm, not from a speculative or hypothetical harm that may emerge based on uncertain conditions²⁰. In order for the tribunal to recommend a decision on this issue, reasonable concern should exist that necessitates a

¹⁶ ICSID, *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, Case No: ARB/12/14 and 12/40, D. 22.12.2014, § 10-29. Also see ICSID, *EuroGas Inc and Belmont Resources Inc v. Slovak Republic*, Case No: ARB/14/14, D. 23.06.2015, § 48-58, 62. See SINCLAIR / REPOUSIS, p. 440, footnote 89.

¹⁷ Some of the tribunals stated that the right of non-aggravation of the dispute also means that the tribunal have the authority to recommend provisional measures to prevent the parties to from taking measures that could have an adverse effect on the making or executing of the final decision. ICSID, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Case No: ARB/02/18, D. 18.01.2005, § 2; ICSID, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Case No: ARB/03/24, D. 06.09.2005, § 38. See. SINCLAIR / REPOUSIS, p. 441, footnote 99.

¹⁸ GALAGAN, p. 175.

¹⁹ ICSID, *Ipek Investment Limited v. Republic of Türkiye*, Case No: ARB/18/18, D. 19.09.2019, § 41.

²⁰ ICSID, *Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador Respondent*, Case No: Arb/06/11, D. 17.08.2007, § 89.

serious intervention²¹. The tribunal should refrain from recommending a provisional measure if the concerns are merely speculative in nature.

The parties can request the arbitral tribunal to recommend a provisional measure that includes the suspension of an ongoing criminal proceeding or an obligation to refrain from initiating a new one. The party's request for a provisional measure to suspend criminal proceedings would be based on reasons such as preserving the integrity of the arbitration and avoiding any possible disruption to the *status quo*²². Restrictions to the current or potential witnesses' statements or using the criminal proceedings as a retaliation instrument can exemplify the methods that are used for impeding the arbitration process²³. If concrete instances of intimidation, harassment, or abusive behavior are absent, solely depriving evidence from potential witnesses is insufficient for justifying provisional measures. For an example in this context, the case of *Quiborax v. the Plurinational State of Bolivia* stated that concrete intimidation had occurred when one of the witnesses for the claimant had been prevented in the arbitrations from giving a statement and testifying in favor of the claimant²⁴.

The concern that a party's ability to present its case fairly will be adversely affected is the motivation behind the request for suspending criminal proceedings. Hence, the arbitral tribunal can request the suspension of criminal proceedings. A party to the arbitration being detained or convicted in a country may significantly affect the course of proceedings. The tribunal has stated that a person may be deemed under some situations to have been prevented from presenting their evidence or from the right to have a fair trial because of domestic criminal proceedings against them. Again, even though people have volunteered to give statements before the arbitrators or evidence exists that can be presented through witnesses, maintaining criminal charges on these people (e.g., a sword of Damocles) may affect the arbitration process according to the tribunal. The continuation of criminal proceedings while arbitration is still in progress may have an adverse effect on people who have critical roles in the arbitration, such as the attorney representing the party or other important witnesses²⁵.

Issuing an indictment against an attorney or a witness to a party of the arbitration raises concerns regarding the ability to profit from legal assistance. In the case *Ipek Investment Limited v. Türkiye*, issuing another indictment against the lawyers who represented the Koza Group was stated to be able to cause serious concerns regarding the claimant's ability to access effective legal assistance in Türkiye²⁶.

The principle of equality of arms would be jeopardized if a State party takes the advantage of the instruments of criminal law while the arbitration process is pending²⁷. The ICSID tribunal became aware of the respondents possibly gaining an unfair advantage in the arbitral proceedings through evidence they would have gathered due to the investigation techniques that were enforceable under the Indonesian Criminal Procedural Law; this would have allowed the respondents to circumvent the appropriate procedures for producing and obtaining documents during arbitration. Indonesia undeniably could have requested to present the evidence obtained through the criminal investigation file. In accordance with Article 39(2) of the Arbitration Rules, the tribunal at its own initiative may recommend provisional measures other than those specified in the application. In order to prevent the above-mentioned risk, the tribunal was of the opinion that the respondent should have sought the permission from the tribunal before presenting the evidence obtained from a domestic court through a criminal investigation for the alleged forgery charge. This view implies that any differences that amount to an

²¹ *Ipek Investment Limited v. Republic of Türkiye*, § 46.

²² GAZZINI / KOLB, p. 161.

²³ *Ipek Investment Limited v. Republic of Türkiye*, § 51.

²⁴ *Churchill Mining v. Republic of Indonesia*, § 87.

²⁵ *Churchill Mining v. Republic of Indonesia*, § 87.

²⁶ *Ipek Investment Limited v. Republic of Türkiye*, § 65.

²⁷ *Ipek Investment Limited v. Republic of Türkiye*, § 67.

unfair advantage are to be prevented to level both sides of the playing field²⁸, because continuing the criminal proceeding in tandem with the arbitration process may cause irreparable damage.

In the case of an ongoing criminal proceeding against one of the parties to arbitration proceedings, any conduct that could directly or indirectly affect the legal and physical integrity of the parties should be avoided. As mentioned in *Ipek Investment Limited v. Türkiye*, States make an official commitment to the legal integrity of Article 22 by signing the Convention. Therefore, legal protections need to be provided for the parties, witnesses, and representatives to arbitration proceedings in terms of the activities they carry out while fulfilling their duties²⁹. Providing appropriate and humanitarian conditions are necessary, such as allowing parties to work with witnesses in a prison or with their lawyers in private and giving them the opportunity to present witness statements for arbitration. When no threat exists to physical integrity, an examination is made in terms of legal integrity to ensure the party's ability to prepare and present the evidence on matters relevant to the arbitration.

The right to preserve the integrity of the proceedings should also be evaluated while identifying the limit of the ICSID proceedings and ICSID's recommendations regarding provisional measures. Protections in this area are often requested against domestic criminal cases. The principle underlying these requests is the protection of the integrity of the proceedings; it is not to aggravate or exacerbate the dispute³⁰. The provisional measures that are recommended to prevent aggravating a dispute are always based on how the parties approach the dispute (i.e., whether parties request the necessary measures to preserve or restore peace between them, or if one party initiates or conducts parallel proceedings such as in domestic courts to avoid international proceedings)³¹. ICSID tribunals have clearly recognized that respondent states have the sovereign right to conduct criminal investigations and exceptional circumstances are usually required to justify provisional measures for suspending criminal proceedings. Such exceptional circumstances emerge when the integrity of the arbitration proceedings and the principle of due process are in peril³². For example, in *Convial Callao v. Peru*, the tribunal ordered the respondent to refrain from taking any action that could interfere with the claimant's employees' participation in the arbitral proceedings until the final award had been rendered³³. According to the tribunal, preventing one of the claimant's witnesses from giving statements in front of the arbitral tribunal due to domestic criminal proceedings similarly caused interference in the integrity of the proceedings³⁴. Therefore, the tribunal recommended the respondent suspend certain criminal proceedings against the claimants, as these were causing serious concern with regard to the procedural integrity of the proceedings³⁵. However, criminal proceedings are distinct from criminal investigations, and the decision was made not to grant a request for suspending such investigations in the particular circumstances of that case. This paper must emphasize that the mere presence of a criminal investigation without a demonstration of intimidation and malfeasance does not justify provisional measures in and of itself. In relation to this, the tribunal in the case *Churchill v. Indonesia* underlined that being a suspect in a criminal investigation does not provide grounds for relying on such as being intimidation, harassment, or malfeasance so as to justify provisional measures³⁶. Conducting searches and seizing evidence on the spot is common practice in criminal law systems regarding a dispute for the purposes of a criminal investigation. The tribunal evaluated whether there was a concrete fact showing one of the parties to have been exposed to undesirable treat-

²⁸ *Churchill Mining v. Republic of Indonesia*, § 81, 82.

²⁹ *Ipek Investment Limited v. Republic of Türkiye*, § 74.

³⁰ GALAGAN, p. 176.

³¹ *Occidental v. The Republic of Ecuador*, § 97.

³² *EuroGas v. Slovak Republic*, § 77, 82. See SINCLAIR / REPOUSIS, p. 443, footnote 121.

³³ SINCLAIR / REPOUSIS, p. 443.

³⁴ SINCLAIR / REPOUSIS, p. 443.

³⁵ SINCLAIR / REPOUSIS, p. 443; GALAGAN, p. 156.

³⁶ SINCLAIR / REPOUSIS, p. 443.

ment such as intolerable pressure, intimidation, abuse, ill-treatment, harassment, or threats³⁷. Again, the tribunal in the case *Italba Corporation v. Oriental Republic of Uruguay*³⁸ stated that Uruguay had the right to investigate criminal activities that had been carried out in its own territory and that the claimant could not legitimately expect general immunity from Uruguay, which the ICSID tribunal could provide to witnesses in a criminal investigation there. According to the tribunal, Uruguay had to fulfil its commitment to respect the claimant's procedural rights; this includes the right to collect the evidence in Uruguay that would be subsequently presented before the tribunal. The tribunal inhibited Uruguay from taking any action to prevent witnesses from attending scheduled trials and giving their statements freely. Similarly, the tribunal ordered that the state should not have interfered with or recorded conversations between the claimant and their lawyer and obliged the respondents to instruct the police as well as all other security forces not to harm the claimants, their families, or their employees and to provide them full protection and security³⁹. The tribunal was aware that the claimants had the right to present their case and the right to access the evidence through the potential witnesses. According to the tribunal, no indication was shown despite their findings that any of the claimants or potential witnesses had been intimidated or harassed⁴⁰. The tribunal was of the view that the claimants were trying to assure their right to bring evidence through witness testimony. For this reason, they tried to protect the right to present their evidence and the potential witnesses properly, something that might be hindered by the criminal investigations against them. The tribunal mentioned that the claimants' attempts to protect their right to present evidence through potential witnesses did not turn this right into a hypothetical one⁴¹. The tribunal stated that no criminal proceedings had yet been initiated against the claimants, witnesses, or potential witnesses.

Within the framework of the provisional measures ordered in ICSID arbitration, the right to exclusivity of the proceedings under Article 26 of the Convention should be considered. This right relates to the exclusivity of ICSID proceedings and implies that the ICSID arbitration shall be the sole recourse for the dispute by excluding any other national or international judicial or administrative dispute settlement method. Criminal proceedings wouldn't necessarily jeopardize the exclusivity of the ICSID *per se*. However, criminal proceedings might be able to violate the right to preserve the *status quo* and integrity of the proceedings. In any case, preserving the exclusivity of the proceedings is limited to the parties to the dispute. The tribunal cannot deprive third parties from the right to take legal action⁴².

II. ICSID PROCEEDINGS AND STATES' SOVEREIGN AUTHORITY

The issue of recommending provisional measures regarding criminal proceedings in arbitration proceedings is in conflict with states' sovereign authority. Criminal law and criminal procedural law have been firmly established as constituting the most obvious and inalienable component of state sovereignty⁴³. The arbitral tribunal in the case of *Eurogas v. The Slovak Republic* underlined that the right and duty to conduct criminal procedures was a special privilege for all sovereign states and that only exceptional circumstances can justify provisional measures that involve interfering with criminal proceedings⁴⁴. Case law of emphasizes the right and duty of conducting criminal investigations and pro-

³⁷ ICSID, *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, Case No: ARB/12/40 and 12/14, D. 08.07.2014, § 108.

³⁸ ICSID, *Italba Corporation v. Oriental Republic of Uruguay*, Case No: ARB/16/9, D. 15.02.2017, § 118.

³⁹ ICSID, *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*, Case No: ARB/10/15, D. 6.11.2010; ICSID, *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe*, Case No: ARB/10/25, D. 03.04.2013. SINCLAIR / REPOUSIS, p. 446, footnote 150.

⁴⁰ *Eurogas v. Slovak Republic*, § 107.

⁴¹ *Churchill v. Republic of Indonesia*, § 79.

⁴² YEŞİLIRMAK, p. 45; SINCLAIR / REPOUSIS, p. 442.

⁴³ ICSID, *Hydro S.r.l. and Others v. Republic of Albania*, Case No: ARB/15/28, D. 03.03.2016, § 3.16.

⁴⁴ *Eurogas v. Slovak Republic*, § 77.

ceedings to be a privilege for every sovereign state. The tribunal ought to evaluate the proportionality of the request before recommending provisional measures. In particular, the tribunal must balance the damage the claimant would suffer as a result of the criminal proceedings with the damage the respondent would suffer were the prosecution to be suspended. Provisional measures requested by claimants shouldn't be aggravative, because criminal proceedings that are suspended, despite being claimed as proportionate, will continue after the ICSID proceeding finishes. In particular continuing to prosecute a crime from where it had been suspended after the arbitration process has concluded should be assured or at least taken into account. The arbitral tribunal should be pointed out as giving no guarantee that irreparable damage may occur in terms of carrying out a prosecution after the suspension of criminal proceedings.

Interfering with the sovereignty of a state should be specifically indicated as being beyond the tribunal's jurisdiction in a dispute. The jurisdiction of the arbitral tribunal is limited to the settlement of the dispute. Although the tribunal does have jurisdiction to take measures necessary for the arbitration process to work properly, it has no right to extend this authority to a far-reaching intervention in criminal proceedings. In *Eurogas v. the Slovak Republic*, the tribunal underscored that an "especially high threshold" must be reached before an ICSID tribunal can recommend provisional measures that may interfere in criminal proceedings, because the responsibility for and right to conduct such proceedings is a privilege for each sovereign state⁴⁵. Unless the parties agree otherwise, both rules are expected to be applied to the dispute, and judicial activities that are elements of sovereignty should be conducted independently⁴⁶. The tribunal's jurisdiction is generally based on an investment contract, not on public law⁴⁷. The international protection granted to investors engaged in investment activities does not exempt them from criminal prosecution in spite of their titles as investors⁴⁸.

The case of *Hydro v. Albania* accepted that the suspension of criminal proceedings as a provisional measure was an extraordinary remedy, and that the sovereignty of a state should not be violated unfairly. Along with this reason, factors such as the timing, certainty, and extent of the measures were critical in recommending these measures. *Hydro v. Albania* also discussed proportionality of provisional measures, stating that the tribunal should evaluate carefully the criteria for provisional measures⁴⁹. The criminal proceedings could conceivably be suspended in order to ensure the integrity of the arbitration and preserve the parties' procedural rights. Obtaining evidence by circumventing the rules of arbitration and intimidating witnesses or lawyers exemplified situations that were deemed would restrain the progress of the arbitration⁵⁰. In the case *Teinver v. The Argentine Republic*, proportionality was indicated within the necessity requirement analysis of the provisional measure⁵¹.

ICSID case law contains decisions that have evaluated states' sovereign authority regarding the suspension of criminal proceedings and the implementation of provisional measures. The case *Ipek Investment v. Türkiye* stated that the tribunal would not examine evidence related to the criminal pro-

⁴⁵ *Eurogas v. Slovak Republic*, § 82.

⁴⁶ YEŞİLOVA, Bilgehan: "Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, No 76, p. 87.

⁴⁷ KARAN, Hakan: "Milletlerarası Ticarî Tahkimin Hukukî Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi", *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, p. 214.

⁴⁸ NAIM, Anees: "Criminal Proceedings and Provisional Measures in ICSID Arbitrations: The Legitimate Exercise of a State's Police Powers Versus the Ability to Advance Claims in Arbitration", *Kluwer Arbitration Blog*, 2016 (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/30/criminal-proceedings-and-provisional-measures-in-icsid-arbitrations-the-legitimate-exercise-of-a-states-police-powers-versus-the-ability-to-advance-claims-in-arbitration/>, AD: 26.09.2022).

⁴⁹ GALAGAN, p. 139.

⁵⁰ SINCLAIR / REPOUSIS, p. 443.

⁵¹ NAIM, Anees: "Criminal Proceedings and Provisional Measures in ICSID Arbitrations: The Legitimate Exercise of a State's Police Powers Versus the Ability to Advance Claims in Arbitration", *Kluwer Arbitration Blog*, 2016 (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/30/criminal-proceedings-and-provisional-measures-in-icsid-arbitrations-the-legitimate-exercise-of-a-states-police-powers-versus-the-ability-to-advance-claims-in-arbitration/>, AD: 26.09.2022).

ceedings and given that the tribunal is not a criminal court, only the part of the allegations regarding the crime related to the arbitration proceedings would be subject to examination. However, the case stated that the tribunal would not address the charges against individuals; it instead would only address the consequences of these criminal proceedings that might hinder the fair conduct of the arbitration proceedings⁵².

The decision in *Burlington Resources v. Ecuador* rightfully stated the following:

*“In making this finding, the Tribunal understands Ecuador’s arguments about its duties to enforce its municipal law, in particular Law 42. Yet, the ICSID Convention allows an ICSID tribunal to issue provisional measures under the conditions of Article 47. Hence, by ratifying the ICSID Convention, Ecuador has accepted that an ICSID tribunal may order measures on a provisional basis, even in a situation which may entail some interference with sovereign powers and enforcement duties”*⁵³.

In the case *Hydro v. Albania*, the claimant alleged that Albania had agreed to the tribunal’s ability to interfere with its sovereign rights by signing the Convention. According to the tribunal, the sovereign authority of party states that are bound by the Convention accrue certain consequences. In addition, the tribunal agreed with the respondent’s argument that suggested “The most powerful reasons must be given for the suspension of the investigation.”⁵⁴ For this reason, requesting provisional measures or the suspension of criminal proceedings that may cause serious consequences regarding criminal proceedings related to international crimes, such as establishing an organization for the purpose of committing a crime, financing terrorism, or committing crimes against the constitutional order, is not in accordance with the arbitration rules. In fact, provisional measures that are requested and recommended have been stated to be able to affect the respondent’s ability to conduct the criminal proceedings, whether in the present proceedings or in the near future. Even so, suspension does not end the criminal proceedings. The respondent implied the possibility of the claimant being able to dispose their property by abusing the suspension of the criminal proceedings. The tribunal stated difficulty in accepting that this could be a serious risk due to the investment being physically located in Albania. The balance of proportionality was struck in favor of protecting the claimant’s rights⁵⁵.

In the case *Quiborax v. Bolivia*, Bolivia claimed that criminal proceedings didn’t negatively affect the claimant’s rights regarding the dispute under arbitration. However, the tribunal approved the claimant’s defense regarding the subject matter of the measure and their argument that suggested making a distinction to be unnecessary. The tribunal stated that the rights that are preserved by provisional measures are not limited to the subject matter of the dispute. Procedural rights such as preserving the *status quo* and non-aggravation of the dispute are also covered within the framework of these measures⁵⁶. According to the court, the criterion regarding provisional measures has a relationship between the right to be protected by the measure and the dispute. While Bolivia has the sovereign authority to take actions against criminal activities that take place on its territory, the tribunal underlined that the criminal proceedings Bolivia would conduct must comply with the principle of good

⁵² *Ipek Investment Limited v. Republic of Türkiye*, § 56, 59, 60.

⁵³ ICSID, *Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador*, Case No: ARB/08/5, D. 29.06.2009, § 66. Similarly, ICSID, *Quiborax v. Bolivia* decision; “The probable effect of criminal proceedings on the possible witnesses is especially considered.” In *Loa Holdings v. Lao* decision; “It is found that the criminal investigation targeted the subjects and people directly in the arbitration process which made claimant to be hindered to prepare and present her/his case in a serious way.” In *Hydro v. Albania* decision; “It is found that conducting the criminal proceedings against the most central person on the claimant’s side (which included extradition and possible imprisonment) raises serious concern over the procedural integrity of the arbitration proceedings... This measure was proportionate because the suspension of the criminal proceedings wouldn’t hinder the prosecution of it. It would just keep them on hold while they wait for the outcome of the arbitration.”. Was pointed out and showed the reason for provisional measures. In this way, the tribunal, requested to suspend the criminal proceedings in mentioned decisions.

⁵⁴ *Hydro v. Albania*, § 3.40.

⁵⁵ *Hydro v. Albania*, § 3.40.

⁵⁶ GALAGAN, p. 152.

faith⁵⁷. Violation of the article 26 of the Convention occurs only when a claim or right that is the subject matter of proceedings is subjected to another parallel proceeding in another jurisdiction. In this case, the subject matter of the criminal proceeding (i.e., penalizing the act of forgery of the alleged document) and the subject matter of the current arbitration proceeding (i.e., financial compensation for the alleged breach of the investment agreement) did not overlap⁵⁸.

The court's recommended measures regarding the criminal proceedings should be evaluated according to the answers to the questions of whether the criminal proceedings really were aggravating the dispute and whether it had changed the *status quo*. If Bolivia had a legal basis for criminal proceedings, the claimant should bear the consequences of being subjected to those proceedings⁵⁹. The investors can be sheltered under international protection mechanisms; however, that does not mean that the claimant who is a suspect will be exempted from criminal proceedings⁶⁰. Indeed, criminal proceedings can raise the possibility of a claimant being prevented from the right to present its case and from accessing written evidence as well as witnesses. However, in such cases, the claims need to be investigated with a case-by-case analysis⁶¹.

In the case *Quiborax v. Bolivia*, the examination was made with regard to the potential witnesses. Accordingly, those who were likely to testify in the arbitration (even though there wasn't so much pressure on them) were foreseen to perhaps be hesitant about taking part in the arbitration should Bolivia carry out criminal proceedings against them⁶². This situation was determined to threaten the procedural integrity of the arbitration⁶³. As for the respondent party, Bolivia's commitment to cooperate was noted to provide no assurance that the people, who would have contributed to the arbitration proceeding as witnesses would be protected from undue pressure by enabling the claimant to participate in this arbitration. Therefore, the tribunal thought the ability to access the witnesses would improve if the criminal proceedings were suspended until the end of this arbitration or a revision of the decision⁶⁴. In addition, the court determined a close relationship between the criminal cases in Bolivia and the arbitration and was convinced that other people who had been subjected to criminal proceedings had also been prosecuted because of their roles in arbitration⁶⁵. Consequently, the court agreed that the requested measures regarding criminal proceedings were necessary in order to ensure the procedural integrity of the arbitration as a result of the issue of being able to access all evidence and witnesses⁶⁶.

As mentioned in *Quiborax v. Bolivia*, although recommended measures can be foreseen regarding criminal proceedings in order to ensure procedural integrity, one shouldn't overlook that this situation interferes with state sovereignty. Therefore, when considering the necessity of minimal interference, applying other measures recommended for criminal proceedings besides suspension would be more appropriate in order to properly carry out the arbitration process⁶⁷.

The tribunal in the case *Teinver v. The Argentine Republic* stated that the claimants had the right to be protected regarding the arbitration and that this situation could affect or threaten to affect

⁵⁷ ICSID, *Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA and Allan Fosk Kaplu'n v. Plurinational State of Bolivia*, Case No: ARB/06/2, D. 26.02.2010, § 116-123.

⁵⁸ *Churchill Mining v. Republic of Indonesia*, § 86.

⁵⁹ *Quiborax v. Bolivia*, § 137,138.

⁶⁰ *Quiborax v. Bolivia*, § 164.

⁶¹ *Quiborax v. Bolivia*, § 142.

⁶² *Quiborax v. Bolivia*, § 146.

⁶³ *Quiborax v. Bolivia*, § 148.

⁶⁴ *Quiborax v. Bolivia*, § 156.

⁶⁵ *Quiborax v. Bolivia*, § 164.

⁶⁶ *Quiborax v. Bolivia*, § 153.

⁶⁷ For example, "Respondent's expert in criminal procedure, Dr. Mary Elizabeth Carrasco Condarco, notes that the prosecutor may request the competent judge to refrain from prosecuting a criminal action in certain cases, such as when the event is of little social relevance or judicial pardon is foreseeable." See *Quiborax v. Bolivia*, § 165.

the arbitration even though they were in the final stage of the proceedings⁶⁸. In *Teinver v. The Argentine Republic*, the requests for provisional measures were noted to require satisfying the following conditions:

- Demonstrate a right that deserves to be preserved in connection with the arbitration,
- Demonstrate an irreparable danger or harm if the precaution is not taken,
- Demonstrate the urgent need to enforce the requested provisional measures⁶⁹.

In the case *Teinver v. The Argentine Republic*, the arbitral panel found that the threat of criminal proceedings against the claimant's attorney had put pressure on them and also affected the claimant's right to be represented by an attorney of their choice. Moreover, the likelihood of a court-appointed proceeding against the curator was also stated to be able to force them to choose between continuing their claims in arbitration and withdrawing from their responsibilities or waiving their client's claims⁷⁰.

The court also pointed out that, until the arbitration process concluded the claimants and court-appointed curator/guardian may be in need of an attorney. Given that this is a fundamental right, the court emphasized that threatening the attorney with criminal proceedings in the arbitration process necessitated the suspension of criminal proceedings, thus providing the legitimate premise for its decision. According to the tribunal, the party's right to access an attorney of their choice is a critical element with regard to the integrity of the arbitration proceedings⁷¹.

As mentioned in the case *Burlington v. Ecuador*, procedural rights such as preserving the *status quo* and non-aggravation of the dispute are deemed as rights to be preserved within provisional measures. These rights are independent and self-evident. The rights that are preserved through provisional measures are not limited to the subject matter of the dispute or rights on merits. In the arbitration process, the parties should avoid attitudes such as aggravating or expending the dispute or undermining the execution of a decision⁷².

III. SANCTIONS FOR NON-COMPLIANCE WITH PROVISIONAL MEASURES

ICSID's request for provisional measures in criminal cases during the arbitration process is not practically binding on the state party⁷³. Countries that have been directed to carry out provisional measures should be noted to not have the tools for ensuring their effective compliance⁷⁴. This brings this study to the following pertinent point. What happens if a country does not comply with ICSID's provisional measures? What kind of legal consequences arise for the signatory country? Within the current framework of ICSID, such an interstate complaint system has yet to be formed regarding such a violation. Therefore, no practical sanctions can be said to exist in the case of non-compliance with provisi-

⁶⁸ "These rights are said to be: the right to enforce Claimants' rights under the BIT through ICSID arbitration conducted in good faith; the right to the integrity of the proceedings, including the right of exclusivity of the Tribunal's jurisdiction under Article 26 of the ICSID Convention; the right for the Tribunal to determine its own jurisdiction and the merits of the case; the right of immunity of Claimants, their counsel, representatives and funder; and the right to an enforceable award under Article 53 of the ICSID Convention." See ICSID, *Teinver SA, Transportes de Cercanías SA and Autobuses Urbanos del Sur SA v. Argentine Republic*, Case No: ARB/09/1, D. 08.04.2016, § 165.

⁶⁹ *Teinver v. Argentine*, § 174.

⁷⁰ *Teinver v. Argentine*, § 205.

⁷¹ *Teinver v. Argentine*, § 235.

⁷² *Burlington v. Ecuador*, § 62, 63.

⁷³ ZARRA, Giovanni: "The Interference of ICSID Provisional Measures With National Criminal Proceedings", *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2016, Volume 26, Issue 1, p. 99; MAVROGORDATO, Zannis / SIDERE, Gabriel: "Nature of Enforceability of ICSID Provisional Measures", *Romanian Arbitration Journal / Revista Romana de Arbitraj*, 2009, Volume 3, Issue 4, p. 37 ff.

⁷⁴ PALCHETTI, Paolo: "Responsibility for Breach of Provisional Measures of the ICJ: Between Protection of the Rights of the Parties and Respect for the Judicial Function", *Revista de Direito Internacional*, 2017, Volume 1, p. 7. "The fact that the parties did not include the subject of the dispute in their views won't prevent the court from addressing this issue on its own."

onal measures. In addition, situations where a state party does not comply with provisional measures could be the response of a state party whose citizen is an investor or claimant⁷⁵.

Another result of non-compliance with provisional measures involves publishing a non-compliance notice; this notice would be requested from the International Court of Justice, even though ICSID tribunals does not generally prefer this⁷⁶. In accordance with the Court of Justice's discretion, however, statements of non-compliance regarding a party's non-compliance with provisional measures will have no significant impact in practice other than to create a public perception. The court simply declares the state party to be in non-compliance with the measures.

The overall approach relating to non-compliance with provisional measures suggests that the tribunal should take into account this non-compliance during the final decision stage. The tribunal can do this through two ways. If the state that had been recommended provisional measures concerning domestic proceedings wins the case, the other party could be granted additional compensation⁷⁷. Nonetheless, this is not a preferred way among scholars in general. On the other hand, tribunals are frequently seen in practice to use their discretion regarding sharing litigation expenses against the non-compliant party as a procedural punishment. Still, this must also be stated as not being in accordance with the law. Forcing one party to comply with provisional measures is obviously an inappropriate instrument due to its illegality and thus cannot be deemed a proper response to non-compliance with provisional measures⁷⁸. As can be seen, discussions should be had on enforcing ICSID decisions in domestic proceedings and non-compliance with provisional measures⁷⁹.

In fact, ICSID tribunals implicitly agree that the Convention has no compelling power to enforce provisional measures⁸⁰. Furthermore, ICSID tribunals are well aware of their lack of jurisdiction in deciding a punitive compensation against courts that do not comply with recommended measures⁸¹. From this point of view, the ultimate conclusion is that the respondent states that have been ordered to suspend criminal proceedings regarding provisional measures can ignore these requests⁸². This conflict is a common feature for all decisions where one jurisdiction attempts to rule over another judicial body. The case *Quiborax v. Bolivia* exemplifies this situation, as ICSID's provisional measures to suspend Bolivia's pending criminal proceedings had been rejected. The provisional measures regarding domestic proceedings were also argued in the arbitration proceedings between Iran and the USA, with the state parties describing it as an unwanted interference in their internal affairs⁸³.

CONCLUSION

An ICSID tribunal can apply provisional measures to preserve the integrity of the arbitration process and to conduct it appropriately. Although no apparent statement exists regarding criminal proceedings in the Convention, tribunals claim they have the authority to recommend provisional measures, even if they affect the state's criminal law authority, and this situation also relates to the parties' right to due process. Even though criminal proceedings are stated to not threaten the exclusivi-

⁷⁵ PALCHETTI, p. 7. "The issue of non-compliance of provisional measures is generally brought up to the court by the request of the party."

⁷⁶ ZARRA, p. 99.

⁷⁷ ZARRA, p. 100; YEŞİLIRMAK, p. 312.

⁷⁸ ZARRA, p. 100, 101.

⁷⁹ PALCHETTI, p. 5.

⁸⁰ ZARRA, p. 101.

⁸¹ MAVROGORDATO / SIDERE, p. 38; PALCHETTI, p. 17. "In the absence of a clear basis in the statute, the possibility of imposing penalties or punitive damages should be eliminated."

⁸² ZARRA, p. 101, 102.

⁸³ ZARRA, p. 103.

ty of ICSID proceedings in principle, criminal proceedings are also considered able to violate the right to preserve proceedings' *status quo* and integrity.

Furthermore, as an ICSID tribunal said in its Lao Holding decision, "Criminal proceedings alone will not aggravate the dispute."⁸⁴ Whether a criminal investigation will affect the exclusivity of current proceedings is a question for arbitral tribunals to discuss. The tribunals must also determine whether the threat of criminal investigation and prosecution against the claimant, witnesses and potential witnesses violates Article 26 of the Convention⁸⁵. In such a case, arbitral tribunals are stated to be able to recommend provisional measures regarding criminal proceedings. Tribunal are claimed to have the authority regarding criminal proceedings and to not be able to be prevented from exercising this right.

In spite of all this, states specify that recommending provisional measures is unnecessary for preserving the *status quo*, especially in cases where the criminal proceedings preceded the arbitration process. In addition, many criteria are evaluated while deciding on criminal proceedings, and tribunals agree to impose a high threshold for satisfying the pertinent requirements. Although states are said to accept that their sovereign rights can be interfered by the tribunals by signing the ICSID Convention, this interference should be kept to a minimum. When considering the close relationship between criminal proceedings and state sovereignty, a tribunal's intervention in a state's authority regarding criminal proceedings, and *ergo* its sovereignty, should be imposed within limits. ICSID tribunals also accept that a recommendation to suspend criminal proceedings can only be made under exceptional circumstances.

Even though provisional measures can be recommended for criminal proceedings, the tribunal should evaluate whether criminal proceedings will restrict the arbitration process to such extent that it would require provisional measures. The tribunal's authority is limited to the subject matter of the dispute. In addition, procedural rights, which are rights to be protected by provisional measures, are not limited to the subject matter of the dispute; preserving the *status quo* and non-aggravation of the dispute are included in this context. Tribunals can only recommend provisional measures for matters related to the dispute and solely for conducting an appropriate arbitration process. A relationship should exist between the provisional measures and the dispute. Therefore, tribunals should evaluate the relationship between criminal proceedings for which provisional measures are requested, the arbitration proceeding, and the effect on the integrity of the proceedings. In this study's opinion, extending a tribunal's authority to the extent that it can suspend criminal proceedings is inappropriate.

A tribunal can recommend provisional measures in order to ensure due process regarding the claims that have been brought before it if the tribunal considers the criminal proceedings to affect due process. In this context, if the tribunal considers criminal proceedings to undermine the integrity of the arbitration proceedings in terms of their effects on the parties, such as inability to access or present evidence especially regarding the refusal of witnesses to testify, then measures should therefore be taken against these criminal proceedings. However, measures that can preserve the integrity of the arbitration proceedings should be preferred over measures that suspend criminal proceedings. Such interventions that conflict with a state's sovereign authority should be kept at a minimum.

Author Contribution Statement:

Prof. Dr. Murat BALCI, Assoc. Prof. Dr. Hüseyin AYDIN and Assoc. Prof. Dr. Kerim ÇAKIR contributed equally to the study.

⁸⁴ *Eurogas v. Slovak Republic*, § 89; GALAGAN, p. 131.

⁸⁵ *Churchill v. Republic of Indonesia*, § 84.

REFERENCES

- DASKALOPOULOU, Katerina: “International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)”, *Jus Mundi*, 2012 (<https://jusmundi.com/en/document/publication/en-icsid>, AD: 26.10.2022).
- EXELBERT, Jeremy Marc: “Consistently Inconsistent: What Is a Qualifying Investment under Article 25 of the ICSID Convention and Why the Debate Must End”, *Fordham Law Review*, 2016, Volume 85, Issue 3, pp. 1243-1280.
- FRIEDLAND, Paul D.: “Provisional measures and ICSID arbitration”, *Arbitration International*, 1986, Volume 2, Issue 4, pp. 335-357.
- GALAGAN, Dmytro: *Provisional Measures in International Arbitration as a Response to Parallel Criminal Proceedings*, Master Thesis, University of Victoria, Victoria, 2019.
- GAZZINI, Tarcisio / KOLB, Robert: “Provisional Measures in ICSID Arbitration from “Wonderland’s Jurisprudence” to Informal Modification of Treaties”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2017, Volume 16, Issue 1, pp. 159-184.
- KARAN, Hakan: “Milletlerarası Ticarî Tahkimin Hukukî Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi”, *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, pp. 201-230.
- KARAYEL, İsmail Emrah: *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- KUĞUOĞLU, Dilşad / DEMİRKOL, Elit Meviza: “ICSID Tahkiminde Onay”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Volume 9, No 34, pp. 515-536.
- MAVROGORDATO, Zannis / SIDERE, Gabriel: “Nature of Enforceability of ICSID Provisional Measures”, *Romanian Arbitration Journal / Revista Romana de Arbitraj*, 2009, Volume 3, Issue 4, pp. 27-71.
- NAIM, Anees: “Criminal Proceedings and Provisional Measures in ICSID Arbitrations: The Legitimate Exercise of a State’s Police Powers Versus the Ability to Advance Claims in Arbitration”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2016 (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/30/criminal-proceedings-and-provisional-measures-in-icsid-arbitrations-the-legitimate-exercise-of-a-states-police-powers-versus-the-ability-to-advance-claims-in-arbitration/>, AD: 26.09.2022).
- PALCHETTI, Paolo: “Responsibility for Breach of Provisional Measures of the ICJ: Between Protection of the Rights of the Parties and Respect for the Judicial Function”, *Revista de Direito Internacional*, 2017, Volume 1, pp. 5-22.
- SINCLAIR, Anthony C. / REPOUSIS, Odysseas G.: “An Overview of Provisional Measures in ICSID Proceedings”, *ICSID Review*, 2017, Volume 32, Issue 2, pp. 431-446.
- TORUN, Yalçın: *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- WANG, Chao / ZHUOXIN, Lin: “An overview of Macao’s new arbitration law: provisional measures and recognition of arbitral awards”, *China-EU Law Journal*, 2023, Volume 8, Issue 1, pp. 107-121.
- YEŞİLİRMAK, Ali: *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Dissertation Thesis, Queen Mary College University of London, London, 2003.
- YEŞİLOVA, Bilgehan: “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, No 76, pp. 83-164.
- ZARRA, Giovanni: “The Interference of ICSID Provisional Measures With National Criminal Proceedings”, *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2016, Volume 26, Issue 1, pp. 83-108.

Konut veya Çatılı İşyerlerinin İhtiyaç Sebebiyle Tahliyesindeki Arabuluculuk Sürecinin TBK'nin 355. Maddesine Etkisi^(*)



The Effect of the Mediation Process in the Eviction of Residences or Roofed Workplaces Due to Necessity on Article 355 of the Turkish Code of Obligations

Hakkı Mert DOĞU



Doçent Doktor
KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Kira Sözleşmesi,
İhtiyaç Sebebiyle
Tahliye Davası,
Kira Uyuşmazlığı,
Dava Şartı
Arabuluculuk,
Yeniden Kiralama
Yasağı.*

Öz

Türk Borçlar Kanunu'nun 299 vd. maddelerinde düzenlenen kira sözleşmeleri, kanun koyucu tarafından üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu ayrımlardan biri konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmeleridir. Konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmeleri, bildirim ve dava yoluyla olmak üzere iki türlü sona erdirilebilmektedir. Dava yoluyla konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin sona erdirilmesi hallerinden bir tanesi ihtiyaç sebebiyle tahliye edilebilir. Kiraya veren kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa kira sözleşmesini sona erdirebilir.

İhtiyaç sebebiyle kira sözleşmesinin sona erdirilmesinde açılacak davadan önce dava şartı arabuluculuk gündeme gelmektedir. Söz konusu arabuluculuk sürecinde tarafların tahliye hususunda anlaşmaları ve fakat kiraya verenin Türk Borçlar Kanunu'nun 355. maddesindeki yeniden kiralama yasağına uymaması durumunda ortaya çıkabilecek sonuçların incelenmesi gerekir. Özellikle arabuluculuk sürecinin Türk Borçlar Kanunu'nun 355. maddesine etkisi üzerinde durulmalıdır. Çalışmada konut veya çatılı işyerlerinin ihtiyaç sebebiyle tahliyesindeki arabuluculuk sürecinin Türk Borçlar Kanunu'nun 355. maddesine etkisi ve bunun olası sonuçları incelenmektedir.

Keywords

*Lease Contract,
Eviction Case for
Need,
Lease Dispute,
Mandatory Mediation,
Prohibition of Re-
Leasing.*

Abstract

Lease contracts regulated in Articles 299 and following of the Turkish Code of Obligations are subject to a threefold distinction by the legislator. One of these distinctions is residential and roofed workplace lease contracts. Residential and roofed workplace lease contracts can be terminated in two ways: by notification and by lawsuit. One of the ways in which residential and roofed workplace lease contracts can be terminated through litigation is eviction case for need. The lessor may terminate the lease contract if he is obliged to use the leased property for himself, his spouse, his descendants, his ancestors or other persons he is obliged to look after by law, due to housing or workplace needs.

Eviction case for need, mediation as a condition of litigation comes to the fore before the lawsuit to be filed in the termination of the lease contract. During the mediation process in question, the consequences that may arise if the parties agree on an eviction but the lessor does not comply with the re-letting prohibition in Article 355 of the Turkish Code of Obligations must be examined. Particular attention should be paid to the effect of the mediation process on Article 355 of the Turkish Code of Obligations. In the study, the effect of the mediation process in the evacuation of residences or roofed workplaces eviction case for need on Article 355 of the Turkish Code of Obligations and its possible consequences are examined.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 03.04.2024, Kabul Tarihi: 08.05.2024.

GİRİŞ

Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 299). Kira sözleşmesinde kiraya veren kira konusunun kullanılmasını ya da kullanılmasyla birlikte yararlanılmasını kiracıya bırakırken; kiracı da bunun karşılığında kira bedeli ödeme borcu altına girmektedir. Kanun koyucu, kira sözleşmesini Türk Borçlar Kanunu'nun¹ (TBK) dördüncü bölümünde üç ayrımda düzenlemektedir. Birinci ayırım "Genel Hükümler" başlığı altında TBK'nin 299-338. maddeleri arasındaki ayırımdır. Kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler burada yer aldığından her türlü kira sözleşmesinde bu hükümler uygulama alanı bulabilecektir. İkinci ayırım, konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerine ilişkin düzenlemeleri bünyesinde barındırmaktadır. Üçüncü ayırımda ise ürün (hasılat) kirası düzenlenmektedir.

Konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmeleri, barınma ya da işyeri ihtiyacının karşılanabilmesi amacıyla yapılmaktadır. Konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin kurulması kadar sona ermesi açısından da Türk Borçlar Kanunu'nda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmektedir. Kanun koyucu ilgili düzenlemelerde konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin sona ermesini bildirim yoluyla sona erme ve dava yoluyla sona erme olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutmaktadır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, Yargıtay bu ayrıma uymaksızın, kira sözleşmesinin fesih bildirim yoluyla sona ermesinin hüküm doğurmasını mahkeme ilamının kesinleşmesine bağlamaktadır².

Konut ya da çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin dava yoluyla sona ermesinde kanun koyucu sınırlı sayı ilkesine tabi olacak şekilde tahliye sebeplerinden bahsetmektedir. Bir başka ifadeyle konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin dava yoluyla sona erebilmesi için Türk Borçlar Kanunu'nda sayılmış olan tahliye sebeplerinden birine dayanmak gerekir. Kanun koyucunun saymış olduğu bu sebeplerden bir tanesi kiraya verenin ihtiyacı sebebiyle konut ya da çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin sona erdirilmesidir. Kiraya veren, kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, maddede öngörülmüş olan sürelerle uymak kaydıyla konut ya da çatılı işyeri kirası sözleşmesinin dava yoluyla sona erdirilmesini isteyebilecektir.

İhtiyaç sebebiyle tahliyenin gerçekleşebilmesi için kiraya verenin dava açması gerekir. Ancak 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un³ 37. maddesi ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun⁴ (HUAK) 18/A maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 18/B maddesiyle birlikte kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk getirilmiştir. 1 Eylül 2023 tarihinde uygulanmaya başlayan HUAK'nin 18/B maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir.

İhtiyaç sebebiyle tahliye davası açılabilmesi için öncelikle dava şartı arabuluculuğa başvurulması zorunludur. Arabuluculuk sürecinden sonra taraflar anlaşmaya varamamışlarsa kiraya verenin dava açma hakkı gündeme gelecektir. Şayet taraflar ihtiyaç sebebiyle tahliyede arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varmışlarsa artık aynı konuya ilişkin dava açılması söz konusu olmaz.

Kanun koyucu, ihtiyaç sebebiyle tahliyede kiracının korunabilmesi için TBK'nin 355. maddesinde bir düzenlemeye gitmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre kiraya veren, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağladığında, haklı sebep olmaksızın, kiralananı üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiralayamaz. Maddenin üçüncü fıkrasında ise söz konusu durumun yaptırımını da ortaya

¹ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

² Yargıtay, 3. HD, T. 06.10.2022, E. 2022/5873, K. 2022/7430 (Lexpera).

³ 05.04.2023 tarihli ve 32154 sayılı Resmî Gazete.

⁴ 22.06.2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmî Gazete.

koyulmaktadır. Buna göre kiraya veren, Türk Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinin birinci fıkrasına aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür.

Çalışmada kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk süreciyle ihtiyaç sebebiyle tahliye gündeme geldiği ve tarafların uyuşmazlık üzerinde anlaşmaya varıp varamamalarında bu durumun Türk Borçlar Kanunu'nun 355. maddesine etkisi incelenmektedir.

I. KONUT VEYA ÇATILI İŞYERİ KİRASİ SÖZLEŞMELERİNİN İHTİYAÇ SEBEBİYLE TAHLİYESİ VE YENİDEN KİRALAMA YASAĞI

A. İhtiyaç Sebebiyle Konut veya Çatılı İşyeri Kirası Sözleşmelerinin Sona Ermesi

Konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin sona erme sebepleri TBK'nin 347 vd. maddelerinde düzenlenmektedir⁵. Bu maddelerdeki düzenlemelere bakıldığında konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin bildirim yoluyla veya dava yoluyla sona erdirilebilmesinin mümkün olduğu görülmektedir⁶.

Konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin bildirim yoluyla sona erdirilmesinde kiraya veren tarafından herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin kira sözleşmesinin bir bildirimle son bulması gündeme gelmektedir⁷. Bildirim yoluyla sona ermede kanun koyucu TBK'nin 347. maddesinde zamansal olarak birtakım sınırlandırmalara gitmiştir⁸.

Konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin dava yoluyla sona ermesinde ise kanun koyucu tarafından öngörülen bazı tahliye sebeplerinin varlığı aranmaktadır⁹. Sınırlı sayı ilkesine tabi olacak şekilde TBK'nin 350 vd. maddelerinde sayılan sebeplerden birine dayanmak suretiyle konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmesinin dava yoluyla sona erdirilmesi mümkündür¹⁰. Dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesi sebeplerinden bir tanesi TBK'nin 350. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde düzenlenen kiraya verenin konut ya da çatılı işyerine ihtiyacı sebebiyle kiralananla ilişkin kira sözleşmesini sona erdirmesidir. Maddeye göre kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açılabilir. Bununla birlikte kanun koyucu ihtiyaç sebebiyle tahliye davasının açılabilmesini, kira sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olması bakımından farklı dava açma sürelerine tabi tutmaktadır. Kiraya verenin, belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimini için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile kira sözleşmesini sona erdirmesi mümkündür.

⁵ Hemen belirtilmelidir ki kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerde yer alan sona erme sebeplerinin de uygun düştüğü ölçüde konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerine uygulanması mümkündür.

⁶ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 308; BURCUOĞLU, Haluk: "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi", (Ed.) YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / TURHAN, Ayşe Melek / ÇELİK, Rüveyda: *Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 240; ÖZKANOĞLU, Neşe: *6098 Sayılı TBK Kapsamında Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 108; SADIRLI İNCESU, Hazal: *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 33; BİRİNCİ UZUN, Tuba: "Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Kiraya Veren Tarafından Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesinde On Yıllık Uzama Süresi (TBK md. 347 f.1)", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 8, Sayı 2, s. 142; ÖZTÜRK, Mehmet: "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, s. 1553.

⁷ HEKİM, Aylın: *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Bildirim Yoluyla Sona Ermesi (TBK m. 347)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 42; DOĞAN, Murat: *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 61; ERMENEK, İbrahim: *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 62.

⁸ ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 363.

⁹ GÜRKANLI, Muzaffer: "Güncel Yargıtay Kararları Işığında Konut ve Çatılı İşyerlerinde Kiraya Verenden Kaynaklanan Tahliye Davaları", (Ed.) YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / TURHAN, Ayşe Melek / ÇELİK, Rüveyda: *Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 253.

¹⁰ EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023 (Özel), s. 424; AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 620.

İhtiyaç sebebiyle konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin diğer düzenleme ise yeni malikin gereksinimi başlığı altında TBK'nin 351. maddesinde yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasına göre kiralanana sonradan edinen kişi, kiralanana kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilmektedir. Söz konusu düzenlemeyle 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) döneminden farklı olarak yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı hâline gelmesi benimsenmiştir¹¹.

B. Şartları

Kiraya verenin ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açabilmesi için madde metninde de açıkça belirtilen şartları sağlaması gerekmektedir. Bu şartlardan ilki maddede sayılan kişilerin ihtiyacı sebebine istinaden tahliye davasının açılabilmesidir. Bir başka ifadeyle, kiraya veren bu davayı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu ve kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ihtiyacı sebebiyle açabilecektir. Maddede sayılanlar dışındakilerin ihtiyacına dayanarak tahliye davası açılması söz konusu değildir¹².

Kiraya veren kendi ihtiyacı için tahliye davası açabileceği gibi eşinin ihtiyacı için de bu davayı açması mümkündür. Buradaki eş kavramından, resmî nikahlı eşin varlığı anlaşılmalıdır¹³. Aralarında resmi nikah olmaksızın birlikte yaşayanlar, imam nikahlı olanlar ya da nişanlılar bu kapsamda değerlendirilmez¹⁴. Bunun yanı sıra haklarında ayrılık kararı verilen eşlerin, henüz evlilik ilişkileri devam ettiğinden kiraya veren eş, ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açabilir¹⁵. Eş dışında kiraya verenin altsoy ve üstsoyunun ihtiyacı sebebiyle tahliye davası gündeme gelebilecektir. Ayrıca kanun koyucu kiraya verenin bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ihtiyacı durumunda da tahliye davasının açılmasına izin vermektedir¹⁶. Kiraya verenin “kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler” tespit edilirken Türk Medeni Kanunu'nun¹⁷ (TMK) 364. maddesinden hareket edilmelidir¹⁸.

İhtiyaç sebebiyle tahliye davasının açılabilmesi için ikinci şart, ihtiyacın gerçek, samimi ve zorunlu olmasıdır¹⁹. Nitekim maddede yer alan “...kullanma zorunluluğu varsa...” ifadeleri, bu şartın varlığını ortaya koymaktadır. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 2020 yılında vermiş olduğu bir kararında²⁰ “...İhtiyaç iddiasına dayalı davalarda tahliyeye karar verilebilmesi için ihtiyacın gerçek, samimi ve zorunlu olduğunun kanıtlanması gerekir. Devamlılık arzetmeyen geçici ihtiyaç tahliye nedeni yapılamayacağı gibi henüz doğmamış veya gerçekleşmesi uzun bir süreye bağlı olan ihtiyaç da tahliye sebe-

¹¹ MEHMETOĞLU, Hayreddin Fırat: *Kiralananın El Değiştirmesi ve Yeni Malikin Gereksinimi Nedeniyle Fesih Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 171.

¹² YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 752; KILIÇIOĞLU, Mehmet Samet: *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından İhtiyaç Nedeniyle Sona Erdirilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 84; GÜNEŞ SEFİL, Kübra Nur: “Türk Borçlar Kanunu'nun 350. Maddesi Kapsamında Kiraya Veren Kaynaklanan İhtiyaç Sebebiyle Konutun Dava Yoluyla Tahliyesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 13, Sayı 1, s. 878.

¹³ EREN, *Özel*, s. 426.

¹⁴ YILDIRIM, Ali Fuat: *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarından Sözleşmenin Gereksinim Sebebiyle Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 60; DOĞAN, s. 77.

¹⁵ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 753-754; YILDIRIM, s. 61.

¹⁶ İNCEOĞLU, M. Murat: *Kira Hukuku-Cilt II*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 380; SADIRLI İNCESU, s. 97.

¹⁷ 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete.

¹⁸ İPEK, Eyüp: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Sayı 102, s. 63; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 754; DOĞAN, s. 9; ÖZKANOĞLU, s. 118; ÖZTÜRK, s. 1561.

¹⁹ ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 407; SİRATAŞ, Burcu: *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 114; AKGÜN AKAY, Merve: *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 59; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 755; KILIÇIOĞLU, s. 84 vd.; GÜRKANLI, s. 258; YILDIRIM, s. 87 vd.

²⁰ Antalya BAM, 6. HD, T. 4.11.2020, E. 2020/462, K. 2020/852 (Lexpera). Benzer şekilde bkz. Yargıtay, 3. HD, T. 12.04.2018, E. 2017/15089 K. 2018/3973 (Lexpera); Yargıtay, 6. HD, T. 22.3.2012, E. 2012/814, K. 2012/4701 (Lexpera).

bi olarak kabul edilemez. Davanın açıldığı tarihte ihtiyaç sebebinin varlığı yeterli olmayıp, bu ihtiyacın yargılama sırasında da devam etmesi gerekir..." diyerek ihtiyacın gerçek, samimi ve zorunlu olduğunun ispatlanması ile ihtiyacın devamlılık arz etmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Kanaatimizce ihtiyacın gerçek olması, samimi ve zorunlu olmasını da beraberinde getirmektedir. Konut veya çatılı işyerine ihtiyacın samimi ve zorunlu olması, söz konusu ihtiyacın gerçek olması sonucunu doğuracaktır. Örneğin evlenme, ölüm, boşanma, daha geniş bir konuta ihtiyaç duyulması, kişinin işinin olmaması sebebiyle işyerine ihtiyaç duyması vb.'leri gerçek ve samimi bir ihtiyacın olduğunu gösterir²¹. İhtiyacın gerçek ve samimi olup olmadığını hâkim yargılama esnasında yapacağı incelemelerle tespit etmelidir²².

Yeni malikin gereksinimi sebebiyle TBK'nin 351. maddesinden hareketle konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin sona erdirilebilmesi için de bazı şartların varlığından bahsedilecektir. Bu çerçevede kira konusu taşınmazın mülkiyetinin kazanılması, taşınmazı edinen ya da maddede sayılanların konut veya işyeri gereksinimlerinin bulunması ile yeni malikin, yine maddede belirtilen sürelerle uyarak işleteceği prosedür neticesinde sözleşmenin sona ermesi mümkün olabilecektir²³.

C. Yeniden Kiralama Yasağı

1. Genel Olarak

Yeniden kiralama yasağı, TBK'nin 355. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

"Kiraya veren, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağladığında, haklı sebep olmaksızın, kiralananı üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiralayamaz.

Yeniden inşa ve imar amacıyla boşaltılması sağlanan taşınmazlar, eski hâli ile, haklı sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe başkasına kiralanamaz. Eski kiracının, yeniden inşa ve imarı gerçekleştirilen taşınmazları, yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusunda öncelik hakkı vardır. Bu hakkın, kiraya verenin yapacağı yazılı bildirim izleyen bir ay içinde kullanılması gerekir; bu öncelik hakkı sona erdirilmedikçe, taşınmaz üç yıl geçmeden başkasına kiralanamaz.

Kiraya veren, bu hükümlere aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür."

Yeniden kiralama yasağı, TBK'nin 350 ile 351. maddelerindeki tahliye sebeplerinden biriyle tahliyenin gerçekleşmesinden sonra uygulama alanı bulan bir müessesedir. Görüldüğü üzere yeniden kiralama yasağı, konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerinin her türlü sona ermesi hâllerinde uygulama alanı bulmaz²⁴.

Yeniden kiralama yasağı, TBK'nin 350 ve 351. maddelerinde belirtilen sebeplerden biriyle kiralananın tahliyesinin gerçekleştirilmesi sonrasında kiralananın haklı bir sebep olmaksızın eski kiracısından başka birine kiralanamayacağını belirtmekle birlikte aynı zamanda yeniden kiralama yasağına aykırı davranan kiraya verenin, eski kiracısına tazminat ödemekle yükümlü olması yaptırımını bünyesinde barındıran bir hüküm olarak ifade edilebilecektir²⁵. Yeniden kiralama yasağı, sadece konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaktadır²⁶.

²¹ ÇELİK, Nazlı Hilâl: "Türk Borçlar Kanunu M. 350-351 Çerçevesinde 'Gerçek' İhtiyaç Kavramı Üzerine Düşünceler", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 2021, Cilt 13, Sayı 29, s. 43.

²² EREN, *Özel*, s. 428; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 624; ÇELİK, s. 43.

²³ Ayrıca bkz. YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 763 vd.; EREN, *Özel*, s. 430-431; GÜMÜŞ, s. 357 vd.; MEHMETOĞLU, s. 173 vd.

²⁴ GÜL, İbrahim: "Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 2, s. 934.

²⁵ SARUHAN, Utku: "Yeniden Kiralama Yasağı (TBK m. 355)", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, Cilt 10, Sayı 37, s. 355-356.

²⁶ GÜL, s. 934-935; SARUHAN, s. 356.

2. İhtiyaç Sebebiyle Tahliye Sonrasında Yeniden Kiralama Yasağı

Türk Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinin birinci fıkrasından hareketle ihtiyaç sebebiyle tahliye sonrasında yeniden kiralama yasağının devreye girebilmesi için kiraya verenin, kiralananın boşaltılmasından itibaren üç yıl içinde haklı bir sebep bulunmaksızın konut ya da çatılı işyerini eski kiracısı dışında bir üçüncü kişiye kiraya vermesi gerekmektedir²⁷.

Yeniden kiralama yasağına ilişkin hükmün uygulanabilmesi hususunda gerek 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun²⁸ (GKHK) dönemi gerekse TBK döneminde farklı değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. Yargıtay, 6570 sayılı GKHK döneminde yeniden kiralama yasağının uygulanabilmesi için eski kiracıya karşı tahliye davası açılması ve bu davanın sonunda icra kanalıyla tahliyenin gerçekleştirilmesini aramaktaydı²⁹. TBK döneminde ise bu anlayıştan vazgeçilmeye başlandığı ve uygulamada mahkeme tarafından verilmiş bir tahliye kararının neticesinde kiralananın boşaltılmış olmasının, yeniden kiralama yasağı hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterli olacağı belirtilmiştir³⁰. Yeniden kiralama yasağına ilişkin doktrinde de farklı yaklaşımların olduğu; yasağın uygulama alanı bulabilmesi için özellikle mahkeme kararı ya da cebri icra yoluyla kiralananın boşaltılmasının gerekli olup olmadığının tartışıldığı görülmektedir. Doktrindeki bir görüşe³¹ göre yeniden kiralama yasağının uygulanabilmesi için mahkeme tarafından verilmiş bir tahliye kararı ve bunu takiben girilen cebri icranın olması gerekmektedir. Bu görüşe benzer diğer görüşe³² göre ise tahliye ve icra kararı alındıktan sonra kiracının icra kararı uygulanmadan kendi isteğiyle tahliyeyi gerçekleştirmesi durumunda da TBK'nin 355. maddesi uygulama alanı bulabilir. Doktrindeki bir başka görüş³³ ise günümüzde hâkim görüş olup kiralananın boşaltılması talebi üzerine herhangi bir tahliye davası açılmaksızın kiracının kendiliğinden tahliyeyi gerçekleştirdiği durumlarda da yeniden kiralama yasağına ilişkin hükme başvurulabileceği yönündedir. Kanaatimizce hem madde metni hem de madde gerekçesi dikkate alındığından yeniden kiralama yasağına başvurulabilmesi için sadece tahliye davasının açılması ve bu davaya istinaden tahliyenin gerçekleştirilmiş olması yeterlidir. Cebri icra yoluna gidilmesi gerekmez.

Yeniden kiralama yasağının gündeme gelebilmesi için haklı bir sebebin bulunmaması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle -kiralananın üçüncü bir kişiye kiraya verilebilmesi hususunda haklı bir sebep varsa- artık yeniden kiralama yasağına ilişkin hüküm uygulama alanı bulmaz. Haklı sebep, kiraya veren kaynaklanabileceği gibi kiracı açısından da gündeme gelebilmektedir³⁴. Örneğin kiracının baş-

²⁷ SARUHAN, s. 361.

²⁸ 27.05.1955 tarihli ve 9013 sayılı Resmî Gazete.

²⁹ Yargıtay, 6. HD, T. 21.03.2015, E. 2016/13, K. 2016/2182 (Kazancı): "...davacı kiracının kiralananı tahliyesi yönünde alınmış bir mahkeme kararı bulunmamakta olup kiracı kiralananı kendi rızası ile tahliye etmiştir. Bu durumda 6570 Sayılı Kanun'un 15. maddesinin somut olaya uygulanabile imkânı yoktur. Mahkemece bu husus göz önünde bulundurularak maddi tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir..."

³⁰ Yargıtay, 3. HD, T. 7.2.2019, E. 2017/4956, K. 2019/871 (Lexpera): "...Somut olayda; davacı, 01.06.2011 başlangıç tarihli ve iki yıl süreli kira sözleşmesi ile taşınmazda kiracı iken, davalı tarafından 17.12.2013 tarihli ihtarname ile eve ihtiyacı olduğu gerekçesiyle davacının evden tahliyesinin talep edildiği, davacı kiracı tarafından 2014 yılının mayıs ayında evin tahliye edildiği ve taşınmazın tahliye edildikten sonra üçüncü kişiye kiralandığı hususlarında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Davalı kiraya verenin, gereksinim amacıyla bir tahliye davası açmadığı anlaşılmakta olup davacı kiracı taşınmazı bir yargı kararı veya icra marifetiyle tahliye etmemiştir. Bu durumda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 355. maddesi uyarınca tazminat koşulları oluşmamıştır...". Ayrıca bkz. Yargıtay, 6. HD, T. 01.03.2016, E. 2015/6315 K. 2016/1524 (Lexpera); Yargıtay, 3. HD, T. 17.01.2019, E. 2017/4122, K. 2019/282 (Lexpera); Yargıtay, 3. HD, T. 21.2.2019, E. 2017/4632, K. 2019/1687 (Lexpera); Ankara BAM, 15. HD, T. 04.04.2019, E. 2018/1948, K. 2019/743 (Lexpera).

³¹ ERDOĞAN, Celâl: *Tahliye ve Kira Tesbiti Davaları*, Halkevleri Kültür Vakfı Basımevi, Ankara, 1975, s. 536; KANIK, Hikmet: *Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1319.

³² FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: *Borçlar Hukuku İkinci Kısım-Akân Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri) Cilt I*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 661-662; TUNÇOMAĞ, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku II. Cilt-Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977, s. 658.

³³ BURCUOĞLU, Halûk: *Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 476; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 746; İNCEOĞLU, s. 535-536; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 635; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 380; CELEP, Ayça Ebru: *Yeniden İnşa veya İmar Sebebiyle Tahliye ve Kentsel Dönüşimde Kiracının Durumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 105.

³⁴ SARUHAN, s. 364.

ka bir ile taşınması, hastalanması, ölmesi ya da kiralananın yok olması, kamulaştırılması vb. sebepler haklı sebep olarak kabul edilebilir³⁵.

İhtiyaç sebebiyle tahliye gerçekleşikten sonra kiraya veren, haklı bir sebep olmaksızın kiralananı üç yıl boyunca eski kiracısından başka üçüncü bir kişiye kiraya veremez. Bununla birlikte üç yıllık süre içinde kiralananın mülkiyetini kazanan yeni malik yeniden kiralama yasağıyla karşılaşmaz³⁶. Ancak söz konusu devir, TBK'nin 355. maddesini dolanmak amacıyla gerçekleştirilmişse, kanuna karşı hile gündeme gelecektir³⁷.

II. İHTİYAÇ SEBEBİYLE TAHLİYEDE ARABULUCULUK SÜRECİ VE SÜRECİN TBK'NİN 355. MADDESİNE ETKİSİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kira Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Genel Bilgiler

Kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk, 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 37. maddesi ile 6325 sayılı HUAK'nin 18/A maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 18/B maddesiyle düzenlenmiştir. HUAK'nin 18/B maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır.

Kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuktan bahsedilebilmesi için öncelikle taraflar arasında yapılmış geçerli bir kira sözleşmesinin varlığı gerekmektedir. Taraflar arasında geçerli bir kira sözleşmesinin yapılmış olduğundan bahsedilemeyen durumlarda, dava şartı arabuluculuk da gündeme gelmeyecektir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/B maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki düzenlemede "kira ilişkisi" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Bu ifadeden hareketle kira ilişkisinden kaynaklanan tüm kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk zorunlu olacaktır³⁸. Burada sadece konut veya çatılı işyeri kiralari değil, diğer taşınmaz kiralari ile taşınır kirası, ürün kirası ve hayvan kirasının da bu çerçevede ele alınması söz konusudur³⁹. Kira alacağı, kira bedelinin tespiti, kira bedelinin uyarlanması, konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerine ilişkin tahliye sebepleri, kiralananın geri verilmesi vb. uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunu söylemek mümkündür⁴⁰.

B. İhtiyaç Sebebiyle Tahliye Davası Açılmadan Önce Arabuluculuğa Başvuru

İhtiyaç sebebiyle tahliye davası, konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerinde sözleşmenin dava yoluyla sona erdirilmesi imkânını veren ve kiraya verenden kaynaklanan bir sebeptir. Konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerinde, TBK'nin 350. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde sayılan kişilerin ihtiyacının varlığı hâlinde, diğer şartların da sağlanmasıyla, bu tahliye davasının açılması gerekir. 1 Eylül 2023 tarihinde yürürlüğe giren ve kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğu getiren HUAK'nin 18/B maddesi ihtiyaç sebebiyle tahliye davasının açılmasından önce uygulama alanı bulmalıdır. Bir başka ifadeyle kiraya veren, ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açmadan önce dava şartı arabuluculuğa başvurmalıdır. Çünkü ihtiyaç sebebiyle tahliye davası, kira ilişkisinden kaynaklanan bir uyuşmazlık olarak kabul edilmektedir.

³⁵ Kiracının ölmesi durumunda bunun haklı sebep oluşturmayacağına dair görüşler için ayrıca bkz. GÜL, s. 940.

³⁶ SARUHAN, s. 365.

³⁷ Kanuna karşı hile için bkz. DOĞU, Hakkı Mert: *Kanuna Karşı Hile*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 51 vd.

³⁸ GÜNDOĞDU, Süleyman Burak: "Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 6, Sayı 2, s. 853.

³⁹ Ayrıca bkz. YENİOCAK, Umut: *Kira Bedelinin Belirlenmesi Kira Tespit ve Kira Uyarlama Davaları*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 151.

⁴⁰ ÇELİK, Aytekin / DOĞU, Hakkı Mert: "Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve Ticari Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 32, Sayı 2, s. 815 vd.; YENİOCAK, s. 152; GÜNDOĞDU, s. 859 vd.

Arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade etmektedir⁴¹. Kanun koyucu kira uyuşmazlıklarında olduğu gibi bu kira uyuşmazlıklarından biri olan ihtiyaç sebebiyle tahliye meselesinin de öncelikle arabuluculuk sürecinde değerlendirilmesini istemiştir.

Kiraya veren ihtiyaç sebebiyle tahliyede davayı açmadan önce arabuluculuk sürecine başvurmalıdır. Bununla birlikte birden fazla kiracının olduğu konut veya çatılı işyerinin tahliyesine ilişkin yapılacak arabuluculuk başvurusunda kiracıların tamamı gösterilmelidir⁴².

Arabuluculuğa başvurunun dava şartı olduğu uyuşmazlıklarda sürecin başlamasına ilişkin olarak HUAK'nin 18/A maddesindeki düzenlemeler dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini dikkate alır, ihtiyaç duyması hâlinde kendisi de araştırma yapabilmektedir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder (HUAK m. 18/A/7). Taraflardan birisinin geçerli bir mazereti bulunmaksızın ilk toplantıya katılım sağlamaması nedeniyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde katılmayan taraf son tutanakta gösterilir.

Sürece mazeretsiz katılmamanın yaptırımı, katılmayan tarafın davada kısmen veya tamamen haklı bulunsa dahi yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulması ve bu tarafın lehine vekâlet ücretine de hükmedilmemesidir. Her iki tarafın ilk toplantıya katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyeti sona ererse, açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri, tarafların üzerinde bırakılmaktadır (HUAK m. 18/A/11). Anayasa Mahkemesi 14.3.2024 tarihinde vermiş olduğu kararıyla⁴³ HUAK m. 18/A/11 maddesinde yer alan "...bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez..." ifadelerini oyçokluğuyla iptal etmiştir. Kararda devletin yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi sağlanırken kişilere yüklenen külfetin aşırı ve orantısız sonuçlar doğurmaması gerektiği; kuralların, karşı tarafın da arabuluculuk toplantısına katılmasını zorlayıcı bir etki oluşturmakla birlikte bu kişilerin yargılama sonunda kısmen ve hatta tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulmasını ve vekâlet ücretinin tamamından yoksun kalmasını öngördüğü; kuralın bu hâliyle haklılığı yargı kararı ile ortaya çıkan kişilerin her halükârda yüksek tutarları bulabilecek maddi külfetlere katlanmasına neden olabileceğinin açık olduğu belirtilerek haklılık durumu gözetilerek uygulanabilecek istisnalar ya da belli bir üst sınır öngörülmeden, özellikle yargılamada tamamen haklı çıkan, diğer bir ifadeyle aslında bütünüyle haksız bir sürece maruz kaldığı yargılamanın sonucunda anlaşılın tarafın özel durumu da gözetilmeden, mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmayan tarafın yargılama giderlerinden tümüyle sorumlu tutulmasının ve vekâlet ücretinin tamamından yoksun bırakılmasının kişilere aşırı bir külfet yüklediği, kamu yararı ile mülkiyet hakkı ve mahkemeye erişim hakları arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi kişi aleyhine bozduğu ve bu itibarla orantısız bir sınırlamaya neden olduğu sonucuna ulaşıldığı ortaya koyulmuştur.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat / SEVEN, Vural: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 59-60; TANRIVER, Süha: *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 39 vd.; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 26 vd.; BOSTANCI, Yalçın / ÇETİNEL, Tunahan: *Temel Arabuluculuk Bilgisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 41 vd.

⁴² GÜNDOĞDU, s. 863.

⁴³ AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77 (Norm Kararlar Bilgi Bankası). İptal kararı, kararın yayımlandığı tarih olan 18.04.2024 tarihinden dokuz ay sonra yürürlüğe girecektir.

İhtiyaç sebebiyle tahliye arabulucuya hangi süre içerisinde başvurulması gerektiği sorusunu da cevaplandırmak gerekir. TBK'nin 350. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen dava açma süreleri içerisinde arabulucuya başvuru gerçekleştirilmelidir. Bununla birlikte İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 55. Hukuk Dairesi'nin 27.03.2024 tarihli vermiş olduğu kararında⁴⁴ ihtiyaç sebebiyle tahliyesi istemiy-le açılan davada, mutlaka dava açma süresi içerisinde arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı; dava açma süresinden önce de arabuluculuğa başvurulabileceği; dava açma süresinden önce arabulucuya gidilmesinin usulden reddi gerektirmediği sonucuna varılmıştır.

Kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecinin ne kadarlık bir sürede yapılması ve sonuçlandırılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁵. Aynı durumu ihtiyaç sebebiyle tahliye açısından da ele almak mümkündür. Bu çerçevede süreye ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, kira uyuşmazlıklarında genel düzenleme dikkate alınmalıdır ve sürenin üç hafta olduğu; zorunlu hâllerde de bu sürenin, bir hafta daha uzayabileceği söylenmelidir. Arabuluculuk faaliyetinin yürütüleceği sürenin başlangıcıyla birlikte özellikle tahliye sebeplerinde dava açılması öngörülmüş olan hak düşürücü sürelerin durması gündeme gelmektedir. Nitekim HUAK'nin 16. maddesinin ikinci fıkrasında “*Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanışı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.*” ifadesi yer almaktadır. Bilindiği üzere hak düşürücü sürelerin durması veya kesilmesinden bahsetmek mümkün değildir⁴⁶. Ancak HUAK'nin 18/A maddesinin on beşinci fıkrasında hak düşürücü sürelerin işlemeyeceği açıkça ortaya koyulmaktadır. Bütün bunlardan hareketle ilgili düzenlemenin, hak düşürücü sürelerin durması veya kesilmesine ilişkin bir istisnayı getirdiği söylenebilir.

Arabuluculuk görüşmeleri neticesinde faaliyetin tarafların anlaşması ya da anlaşamaması şeklinde sona ermesi mümkün olduğu gibi; HUAK'nin 17. maddesinde⁴⁷ belirtilen diğer durumların varlığı hâlinde de son bulması söz konusu olur⁴⁸. Arabuluculuk faaliyetinin anlaşma ya da anlaşamama şeklinde sona ermesine bağlı olarak TBK'nin 355. maddesinin şartların varlığı hâlinde devreye girip giremeyeceği ele alınmalıdır.

C. Arabuluculuğa Başvurunun TBK'nin 355. Maddesine Etkisi ve Sonuçları

Arabuluculuğa başvurunun, TBK'nin 355. maddesine etkisine ilişkin değerlendirme yapılırken tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşmalarına ya da anlaşamamalarına göre ikili bir ayrım ile durumu ele almak gerekir. Ayrıca TBK'nin 355. maddesinin uygulanmayacağı hususuna arabuluculuk belgesinde yer verilip verilemeyeceği meselesi de bu kapsamda incelenmelidir.

⁴⁴ İstanbul BAM, 55. HD, T. 27.03.2024, E. 20247847, K. 2024/1098 (Sinerji).

⁴⁵ GÜNDOĞDU, s. 866.

⁴⁶ EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023 (Genel), s. 1451.

⁴⁷ HUAK Madde 17: “(1) Aşağıda belirtilen hâllerde arabuluculuk faaliyeti sona erer:

a) Tarafların anlaşmaya varması.

b) Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi.

c) Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi.

ç) Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi.

d) (Değişik: 12/10/2017-7036/23 md.) Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi.

(2) Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmaları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelenir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır.

(3) Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar ve taraflar hazır değilse her türlü iletişim vasıtasını kullanarak hazır bulunmayan tarafları bilgilendirir.

(4) Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, ikinci fıkraya göre düzenlenen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe gönderir.”

⁴⁸ BOSTANCI / ÇETİNEL, s. 189 vd.

1. Arabuluculuk Sürecinde Tarafların Anlaşmaması Durumunda

Tarafların ihtiyaç sebebiyle tahliye arabuluculuk sürecine başvurmaları ve fakat tahliyenin gerçekleşmesi hususunda anlaşmaya varamamaları durumunda arabulucu, tarafların anlaşmadığı hususları da son tutanakta göstererek görüşmeleri sona erdirecektir⁴⁹. Böyle bir durumun varlığı hâlinde ihtiyaç sebebiyle tahliye kanun koyucunun zorunlu gördüğü arabuluculuk süreci yerine getirilmiş olduğundan, kiraya verenin tahliye davası açması mümkün hâle gelmektedir. Tahliye davasının açılması sonucunda mahkemenin yapacağı yargılama neticesinde kiraya veren haklı görülürse kiracının tahliyeyi gerçekleştirmesi gerekir. Bununla birlikte kiracının tahliyeyi gerçekleştirmesinden sonra kiraya veren, konut veya çatılı işyerini bir üçüncü kişiye kiraya verir ve kira sözleşmesi akdederse TBK'nin 355. maddesinde düzenlenen yeniden kiralama yasağı gündeme gelir⁵⁰. Bu durumda kiraya veren, TBK'nin 355. maddesindeki hükme aykırı davrandığından aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki yaptırımla karşı karşıya kalarak eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlü hâle gelecektir. Ancak kanaatimizce dikkat edilmesi gereken husus, TBK'nin 355. maddesi kapsamında yeniden kiralama yasağına ilişkin de bir davanın açılması gerektiği ve bu davadan önce de dava şartı arabuluculuğun söz konusu olmasıdır. Çünkü öncelikle kiraya verenin, konut veya çatılı işyerini üçüncü kişiye kiraya vermesinde haklı bir sebebinin olup olmadığı tespit edilmeli; şayet ortada haklı bir sebep yoksa eski kiracıya ödemek zorunda olduğu tazminat ve bu tazminatın miktarının da ne olacağı ortaya koyulmalıdır. Nitekim kanun koyucu tazminat miktarı olarak kesin bir belirleme yapmamış; sadece "...son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere..." ifadesine kullanarak bir alt sınır ortaya koymuştur. Burada hâkime bedelin miktarının belirlenmesi hususunda bir takdir yetkisinin tanındığı söylenecektir. Kanaatimizce arabuluculuk sürecinde de tarafların, bir yıllık kira bedelinden daha az bir tutar üzerinde anlaşmaları mümkün olmamalıdır. Çünkü TBK'de de açıkça bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere bir miktarın belirlenmesi istenmektedir. Bu hususların tamamı dikkate alındığında TBK'nin 355. maddesi sona erdirilen kira sözleşmesiyle ilgili bir hüküm olduğundan dolayı kira ilişkisinden doğan yeni bir uyuşmazlık olarak değerlendirilebilecek ve tekrar dava şartı arabuluculuk süreci gündeme gelebilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 350. maddesinin birinci fıkrası ile bu düzenlemeye aykırı hareket edilmesiyle TBK'nin 355. maddesinin gündeme gelmesi durumunda ayrı ayrı iki kez arabuluculuğa başvurulması, yargılamaya geçiş sürecini uzatabileceğinden eleştirilebilir. Ancak kanaatimizce burada iki farklı kira uyuşmazlığından bahsedilecektir. Ayrıca HUAK'nin amacı ve ruhuna bakıldığında tarafların öncelikle arabuluculuk yoluna başvurmaları istenmektedir. Çünkü taraflar yargı yoluna başvurmadan arabuluculuk sürecinde aralarındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilirler. Bu sebeplerden dolayı iki ayrı arabuluculuk prosedürünün uygulama alanı bulması zorunludur.

2. Arabuluculuk Sürecinde Tarafların Anlaşması Durumunda

İhtiyaç sebebiyle tahliye tarafların arabuluculuk sürecine başvurmaları neticesinde anlaşmaya varmaları mümkündür. Bu anlaşmayla birlikte kiraya verenin ihtiyaç sebebiyle tahliye talebi gerçekleşmiş olmakta; ilgili anlaşma doğrultusunda da kiracının kiralananı geri verme yükümlülüğü doğmaktadır⁵¹. Bir başka ifadeyle anlaşma belgesinin düzenlenmesiyle birlikte kira sözleşmesi sona ermekte; kiracı tarafından konut ya da çatılı işyeri kirası sözleşmesinin sona erdirilmesi gündeme gelmektedir. Anlaşma belgesiyle kira sözleşmesinin sona eriyor olması, burada ikalenin varlığını akla getirebilmektedir. İ kale, bir sözleşmenin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla sona erdirilmesidir⁵². Anlaşma

⁴⁹ BADUR, Emel: "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 18, s. 55.

⁵⁰ Kanaatimizce kiraya verenin, tahliyenin gerçekleşmesinden sonra kiralananı yeniden kiraya vereceğini duyurması, ilanlar asması vb. leri TBK'nin 355. maddesinin uygulanması sonucunu doğrudan doğurmaz.

⁵¹ Kiralananın geri verilmesine ilişkin açılacak geri verme davasında da arabuluculuk sürecinin işleyeceği hususunda ayrıca bkz. DOĞU, Hicret: *Kira Sözleşmesinde Kiralananın Geri Verilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 141 vd.

⁵² EREN, Genel, s. 1422.

belgesiyle kira sözleşmesinin sona erdirilmesi neticesinde kiralananın geri verilmesi meselesi de ortaya çıkmaktadır. Burada kanaatimizce kiralananın geri verilmesi hususunda -anlaşma belgesi ilam niteliğinde bir belge olduğu için- TBK'nin 334. maddesi ya da TMK'nin 683. maddelerine gidilmesi gerekmez. Aksi hâlde bu hükümlere dayanılarak açılacak olan dava, hukuki yarar yokluğundan reddedilecektir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/B maddesinin üçüncü fıkrasına göre düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunludur. Bu şerh kira uyuşmazlığına ilişkin anlaşma belgesi bakımından arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden alınır. Mahkeme taşınmazla ilgili anlaşma belgeleri bakımından yapacağı incelemede anlaşma içeriğini, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı ve taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı yönünden denetler; bu kapsamda kurum veya kuruluşlardan bilgi veya belge talep edebilir ve gerektiğinde duruşma açabilir.

Tahliyenin gerçekleşmesinden sonra kiraya verenin, konut veya çatılı işyerini üçüncü bir kişiye kiraya vermesi durumunda TBK'nin 355. maddesinin devreye girip girmeyeceğinin ortaya koyulması gerekmektedir. Kanaatimizce burada iki farklı değerlendirmede bulunmak mümkündür. Kira hükümlerinin kiracıyı koruyucu etkisi dikkate alındığında Kira Hukukuna ilişkin hükümlerin mantığına ve ruhuna daha uygun olabilecek bir değerlendirmede, tarafların arabuluculuk sürecinde ihtiyaç sebebiyle tahliyede anlaşmaya varmaları ve bunun neticesinde kiracının tahliyeyi gerçekleştirilmesiyle boşalan konut ya da çatılı işyerinin kiraya veren tarafından üçüncü bir kişiye kiraya verilmesi durumunda, eski kiracının TBK'nin 355. maddesine başvurusu kabul edilmelidir. Genişletici yorumla da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Nitekim TBK sistemi çatışan menfaatlerin dengelemesi açısından sözleşmenin zayıf tarafı olan kiracıyı koruyucu hükümler getirmiştir. Arabuluculuk yoluyla anlaşmaya varılmasının, TBK'nin 355. maddesinin uygulanmasına engel oluşturduğunun kabulü "hukuk düzeninin bütünlüğü" ilkesine de aykırılık teşkil edebilir. Bu ilke uyarınca her hukuk kuralı, genel hukuk amacının sistematik bir parçası olarak onunla birlikte, bütünlük içinde yerini ve anlamını bulur.

Arabuluculuk sürecinin varlığı, TBK'nin 355. maddesinin uygulanabilmesinde tahliye davası açılmasının bir istisnası olarak değerlendirilmelidir. Çünkü arabuluculuk sürecinin anlaşma yoluyla sona ermesi, anlaşmaya varılan hususlarda dava yoluna gitme imkânını ortadan kaldırmaktadır. Söz konusu durum HUAK'nin 18. maddesinin beşinci fıkrasında da "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.*" şeklinde açıkça ifade edilmektedir. Ayrıca arabuluculuk süreci sonunda anlaşma belgesinin "*ilam*" niteliğine sahip bir belge olması ve bu belgeye uyulmaması sonucunda cebri icra yoluna başvurulabilmesi imkânı, tıpkı tahliye davasında olduğu gibi, uyuşmazlığı bir neticeye kavuşturmaktadır. Arabuluculuk süreci sonunda eski kiracının TBK'nin 355. maddesine başvurması imkânı doğmuşsa tekrardan arabuluculuk süreci gündeme gelmelidir.

Konuya ilişkin diğer değerlendirme ise arabuluculuk sürecinin bir yargılama olmamasından kaynaklanmaktadır. Taraflar arabulucuya başvurmaları neticesinde anlaşmaya varmışlar ve kiracı bu anlaşmaya dayanarak tahliyeyi gerçekleştirmişse daha sonradan TBK'nin 355. maddesine dayanamaz. TBK'nin 355. maddesinin gerekçesinde de "*...Kiraya verenin kanunda öngörülen sebeplerden birine dayanarak aldığı mahkeme kararını uygulamak suretiyle, kiracının kiralanan tahliyesini sağladıktan sonra, üç yıl süreyle kiralananın başkalarına kiraya verme yasağının bir istisnasını oluşturmaktadır. Bir uyuşmazlık durumunda, haklı sebebin mevcut olup olmadığı, hâkim tarafından, somut olaydaki durum ve koşullar göz önünde tutularak değerlendirilecektir...*" ifadelerine yer verilmekte olup bu maddeye başvurulabilmesi için bir mahkeme kararına istinaden tahliyenin gerçekleşmesi aranmaktadır. Arabuluculuk sürecinde yargılama söz konusu olmadığı gibi arabulucu, ihtiyacın gerçek ve samimi olup olmadığını da tespit edemez. Ayrıca hemen belirtilmelidir ki kanun gerekçelerinin bağlayıcı gücü bulunmamaktadır. Haklı nedenlerle kanunun gerekçelerinden ayrılmak mümkündür. Tarihi yorum metodunda kanunun gerekçelerinden faydalanılmakta ve kanun koyucunun normu koyduğu sıradaki

düşüncesi ve bunları koyarken hangi amaca yöneldiği tespit edilmeye çalışılmaktadır⁵³. Kanunun yorumu yapılırken, yorum yapan kimse metne bağlı olup, kanun gerekçesindeki beyan ve düşüncelerin kanunun metnine uymadığını öne sürerek metnin anlam ve kapsamını değiştirmek hakkına da sahip değildir⁵⁴. Gerekçe kanun koyucunun iradesinin tespitinde yardımcı araç rolü oynar.

Arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşması ve kiracının bu anlaşmaya istinaden kiralananın boşaltılması durumunda, TBK'nin 355. maddesinin uygulama alanı bulup bulmayacağı hususunda ortaya koyduğumuz iki durum da kendi içerisinde mantıklı ve doğru sonuçları doğurmaktadır. Ancak kanaatimizce kira hukukunun ruhuna uygun olan ilk durum kabul edilmeli ve kiracı, şartları varsa, TBK'nin 355. maddesine başvurabilmelidir. Bunun kabulü, arabuluculuk müessesesine duyulan güveni de arttıracak bir etkiyi beraberinde getirecektir.

3. TBK'nin 355. Maddesinin Uygulanmayacağı Hususuna Arabuluculuk Belgesinde Yer Verilip Verilemeyeceği

Tarafların arabuluculuk sürecinde ihtiyaç sebebiyle tahliye hususunda anlaşmalarının yanı sıra anlaşma belgesinde TBK'nin 355. maddesinin uygulama alanı bulmayacağı hususunda da bir anlaşmaya varıp varamayacaklarının ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Kanaatimizce TBK'nin 355. maddesi emredici bir hükümdür. Söz konusu hüküm, kiracıyı koruma amacıyla getirilmiştir ve kiracının aleyhine olacak şekilde şartlarının değiştirilmesi ya da tamamen kaldırılması mümkün olmaz⁵⁵. Nitekim anlaşma belgesinde ihtiyaç sebebiyle tahliyeye imkân sağlayan TBK'nin 350. birinci fıkrasının birinci bendinde sayılan şartların değiştirilmesi veya bunlara yeni bir takım şartların eklenmesi de mümkün değildir. Bu sebeplerden ötürü arabuluculuk anlaşma belgesinde TBK'nin 355. maddesinin uygulama alanı bulmayacağına yönelik bir düzenleme yapılamaz; yapılırsa da geçerli olmaz.

SONUÇ

Kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 18/A maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 18/B maddesiyle düzenlenmiştir. Maddeye göre kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır.

İhtiyaç sebebiyle tahliye davası, konut veya çatılı işyeri kirası sözleşmelerinde sözleşmenin dava yoluyla sona erdirilmesi imkânını veren ve kiraya verenden kaynaklanan bir tahliye sebebidir. Kiraya veren ihtiyaç sebebiyle tahliyede dava açmadan önce arabuluculuk sürecine başvurmalıdır. Bu noktada arabuluculuğa başvurunun, TBK'nin 355. maddesine etkisine ilişkin değerlendirmelerin ne şekilde yapılabileceği sorusu akla gelmektedir. Söz konusu durum tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşmalarına ya da anlaşamamalarına göre ikili bir ayrımla ele alınmalıdır.

Tarafların ihtiyaç sebebiyle tahliyede arabuluculuk sürecine başvurmaları ve fakat tahliyenin gerçekleşmesi hususunda anlaşmaya varamamaları durumunda kiraya veren tahliye davası açması mümkün hâle gelmektedir. Açılan tahliye davası neticesinde kiraya veren haklı bulunursa, kiracının tahliyeyi gerçekleştirmesi gerekir. Kiracının tahliyeyi gerçekleştirmesinden sonra kiraya veren, konut veya çatılı işyerini bir üçüncü kişiye kiraya vermeye kalkarsa TBK'nin 355. maddesinde düzenlenen yeniden kiralama yasağı söz konusu olur ve kanaatimizce yeniden kiralama yasağına ilişkin bir dava açılmadan önce de yeni bir arabuluculuk süreci başlatılmalıdır.

⁵³ NARMANLIOĞLU, Ünal: "Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması", *Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 100.

⁵⁴ CAPITANT, Henri: "Kanunun Manâsının Tayininde İhzarı Çalışmaların Değer", (Çev.) DEMİREL, Hakkı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1956, Cilt 13, Sayı 1-2, s. 59.

⁵⁵ CELEP, s. 104.

İhtiyaç sebebiyle tahliyede tarafların arabuluculuk sürecine başvurmaları neticesinde anlaşmaya varmaları durumunda kiracının tahliyeyi gerçekleştirmesi gerekir. Tahliyenin gerçekleşmesinden sonra kiraya verenin, konut veya çatılı işyerini üçüncü bir kişiye kiraya vermesi durumunda TBK'nin 355. maddesinin devreye girip girmeyeceği hususunda kanaatimizce ikili bir ayırım yapılmalıdır. Kira hukukuna ilişkin hükümlerin mantığına ve ruhuna daha uygun olabilecek ilk ayırıda, eski kiracının TBK'nin 355. maddesine başvurusu kabul edilmelidir. Konuya ilişkin ikinci ayırıda ise arabuluculuk sürecinin bir yargılama olmamasından kaynaklanan bazı tespitlerle durum değerlendirilmelidir. Buna göre madde gerekçesinde yer verildiği ve yargı uygulamasında da kabul edildiği üzere TBK'nin 355. maddesinden faydalanabilmek için bir mahkeme kararına istinaden tahliyenin gerçekleşmesi gerekmektedir. Arabuluculuk sürecinde yargılama söz konusu olmadığı gibi arabulucu, ihtiyacın gerçek ve samimi olup olmadığı hususunda bir tespit de bulunamamaktadır. Her iki durumun da kendi içerisinde doğru sonuçlara sahip olduğu söylenebilecektir. Ancak kanaatimizce kira hukukunun ruhuna, hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesine ve TBK'nin sistemine uygun durum tercih edilmelidir ki; o da kiracının şartları varsa TBK'nin 355. maddesine başvurabilmesidir. Bu görüşün kabul edilmesiyle arabuluculuk kurumuna olan güvenin de artacağı söylenecektir.

KAYNAKÇA

- AKGÜN AKAY, Merve: *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- BADUR, Emel: “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 18, s. 49-87.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba: “Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Kiraya Veren Tarafından Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesinde On Yıllık Uzama Süresi (TBK md. 347 f.1)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 8, Sayı 2, s. 137-158.
- BOSTANCI, Yalçın / ÇETİNEL, Tunahan: *Temel Arabuluculuk Bilgisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- BURCUOĞLU, Halûk: “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi”, (Ed.) YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / TURHAN, Ayşe Melek / ÇELİK, Rûveyda: *Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 239-250.
- BURCUOĞLU, Halûk: *Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa’ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- CAPITANT, Henri: “Kanunun Manâsının Tayininde İhzarı Çalışmaların Değer”, (Çev.) DEMİREL, Hakkı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1956, Cilt 13, Sayı 1-2, s. 53-68.
- CELEP, Ayça Ebru: *Yeniden İnşa veya İmar Sebebiyle Tahliye ve Kentsel Dönüşümde Kiracının Durumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ÇELİK, Nazlı Hilâl: “Türk Borçlar Kanunu M. 350-351 Çerçevesinde ‘Gerçek’ İhtiyaç Kavramı Üzerine Düşünceler”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 2021, Cilt 13, Sayı 29, s. 25-64.
- ÇELİK, Aytekin / DOĞU, Hakkı Mert: “Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve Ticari Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 32, Sayı 2, s. 811-860.
- DOĞAN, Murat: *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- DOĞU, Hakkı Mert: *Kanuna Karşı Hile*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- DOĞU, Hicret: *Kira Sözleşmesinde Kiralananın Geri Verilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat / SEVEN, Vural: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ERDOĞAN, Celâl: *Tahliye ve Kira Tesbiti Davaları*, Halkevleri Kültür Vakfı Basımevi, Ankara, 1975.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023 (Özel).
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023 (Genel).
- ERMENEK, İbrahim: *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: *Borçlar Hukuku İkinci Kısım-Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri) Cilt I*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- GÜL, İbrahim: “Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 2, s. 931-951.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- GÜNDOĞDU, Süleyman Burak: “Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 6, Sayı 2, s. 851-880.
- GÜNEŞ SEFİL, Kübra Nur: “Türk Borçlar Kanunu’nun 350. Maddesi Kapsamında Kiraya Verenden Kaynaklanan İhtiyaç Sebebiyle Konutun Dava Yoluyla Tahliyesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 13, Sayı 1, s. 873-900.

- GÜRKANLI, Muzaffer: “Güncel Yargıtay Kararları Işığında Konut ve Çatılı İşyerlerinde Kiraya Verenden Kaynaklanan Tahliye Davaları”, (Ed.) YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / TURHAN, Ayşe Melek / ÇELİK, Rüveyda: *Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 251-269.
- HEKİM, Aylin: *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Bildirim Yoluyla Sona Ermesi (TBK m. 347)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- İNCEOĞLU, M. Murat: *Kira Hukuku-Cilt II*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- İPEK, Eyüp: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Sayı 102, s. 59-92.
- KANIK, Hikmet: *Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- KILIÇÇIOĞLU, Mehmet Samet: *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından İhtiyaç Nedeniyle Sona Erdirilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- MEHMETOĞLU, Hayreddin Fırat: *Kiralananın El Değiştirmesi ve Yeni Malikin Gereksinimi Nedeniyle Fesih Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: “Kanununun Anlam Bakımından Uygulanması”, *Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 93-118.
- ÖZKANOĞLU, Neşe: *6098 Sayılı TBK Kapsamında Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÖZTÜRK, Mehmet: “Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, s. 1549-1595.
- SADIRLI İNCESU, Hazal: *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- SARUHAN, Utku: “Yeniden Kiralama Yasağı (TBK m. 355)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, Cilt 10, Sayı 37, s. 353-382.
- SIRATAŞ, Burcu: *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TANRIVER, Süha: *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku II. Cilt-Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- YENİOCAK, Umut: *Kira Bedelinin Belirlenmesi Kira Tespit ve Kira Uyarılma Davaları*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- YILDIRIM, Ali Fuat: *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarından Sözleşmenin Gereksinim Sebebiyle Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

İflâsta İkinci Alacaklılar Toplantısı Bakımından Alacaklı Özerkliği ve Sınırları^(*)



Die Gläubigerautonomie und ihre Grenzen im Hinblick auf die Zweite Gläubigerversammlung im Konkurs

Zeynep BAHADIR



Doktor Öğretim Üyesi

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Alacaklılar Toplantısı,
İkinci Alacaklılar Toplantısı,
Alacaklı Özerkliği,
Alacaklı Öz Yönetimi,
İflâs.*

Öz

İflâs prosedüründen doğrudan etkilenen alacaklıların, bu etki sebebiyle tasfiyede söz sahibi olmaları gerektiği ifade edilmiştir. Alacaklıların tasfiyenin süratli ve az masraflı sonuçlanmasındaki menfaati de göz önüne alınarak, iflâs tasfiyesinde alacaklı özerkliği prensibi kabul edilmiştir. İflâs alacaklılarının, devletin etkisinden olabildiğince uzak bir şekilde borçlunun mallarını tasfiye etmesi anlamına gelen alacaklı özerkliği prensibi, iflâs sistemimizde kendisini ikinci alacaklılar toplantısında geniş karar alabilme yetkisi şeklinde göstermektedir. Ancak ikinci alacaklılar toplantısının bu geniş karar alabilme yetkisi sınırsız değildir. Alacaklı özerkliğinin sınırlarını, kanun hükümleri, bireysel alacaklılar ile alacaklı gruplarının sahip oldukları menfaatler, müflis ile üçüncü kişilerin menfaatleri ve kamu yararı oluşturmaktadır. Bu çalışmada da, alacaklı özerkliği kavramı, ikinci alacaklılar toplantısının karar alma yetkisi ve bu yetkinin sınırları ile bu sınırlar ihlâl edildiği takdirde alınan kararlara karşı başvurulacak şikâyet yolu incelenmiştir.

Schlüsselwörter

*Gläubigerversammlung,
Zweite
Gläubigerversammlung,
Gläubigerautonomie,
Gläubigerselbstverwaltung,
Konkurs.*

Zusammenfassung

Die Gläubiger sind von der Durchführung des Konkurses unmittelbar betroffen. Aus diesem Grund sollten die Gläubiger ein Mitspracherecht bei der Durchführung des Konkurses haben. Der Grundsatz der Gläubigerautonomie hat sich bei der Durchführung einer Konkursabwicklung durchgesetzt, wobei das Interesse der Gläubiger an einem raschen und kostengünstigen Abschluss der Durchführung der Konkurs berücksichtigt wird. Gläubigerautonomie bedeutet, dass die Konkursgläubiger das Vermögen des Schuldners so weit wie möglich vor dem Einfluss des Staates verwerten. In unserem Konkursrechtssystem manifestiert sich die Gläubigerautonomie in Form einer unbeschränkten Entscheidungsbefugnis auf der zweiten Gläubigerversammlung. Diese Befugnis der zweiten Gläubigerversammlung ist jedoch nicht unbegrenzt. Die Grenzen der Gläubigerautonomie sind die gesetzlichen Bestimmungen, die Interessen der einzelnen Gläubiger und Gläubigergruppen, die Interessen des Gemeinschuldners und Dritter sowie das öffentliche Interesse. In diesem Aufsatz werden der Begriff der Gläubigerautonomie, die Entscheidungsbefugnis der zweiten Gläubigerversammlung, die Grenzen dieser Befugnis und das Beschwerderecht gegen die getroffenen Entscheidungen im Falle einer Verletzung dieser Grenzen analysiert.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 25.04.2024, Kabul Tarihi: 27.06.2024.

GİRİŞ

Alacaklılar iflâs prosedüründen doğrudan etkilenir. Bu doğrudan etki sebebiyle iflâs tasfiyesinde alacaklıların söz sahibi olması olağandır. Alacaklıların iflâs tasfiyesinde söz sahibi olmasının tasfiye bakımından avantajı ise tasfiyenin süratle sonuçlanması ve masrafların azalmasıdır¹. Zira alacaklıların tasfiyenin süratli ve az masraflı sonuçlanmasında menfaati vardır. Ancak bu sonucun gerçekleşebilmesi için alacaklıların birlikte hareket etmesi gerekir. Bu bağlamda alacaklıların iflâs prosedüründe söz sahibi olması ve tasfiyeye etki etmesi İcra ve İflâs Kanunu'nun belirlediği çerçevede bir araya gelmeleriyle, bir başka ifadeyle alacaklılar toplantısı sayesinde olur. İflâs alacaklıları, alacaklılar toplantısında aldıkları kararlar ile Kanun'un kendilerine tanıdığı iflâs tasfiyesini yönetme imkânını hangi kapsamda kullanacaklarını belirler.

İflâs hukukunun belirleyici ilkelerinden biri alacaklı özerkliğidir². Bu ilke, iflâstan etkilenen alacaklıların tasfiyenin yürütülmesinde özerk bir şekilde karar vermesi fikrine dayanmaktadır³. Bu anlamda İcra ve İflâs Kanunu tarafından alacaklılara tasfiyeyi yönetme imkânı veren alacaklılar toplantısı, alacaklı özerkliğinin bir yansımasıdır. Alacaklılar toplantısı iflâs tasfiyesinin en üst organıdır ve toplantıda alınan kararlar tüm iflâs alacaklılarının ortak iradesini ifade etmektedir⁴. O hâlde Türk iflâs hukukunda alacaklı özerkliği, alacaklılar toplantısı ile sağlanmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu'nda alacaklılar toplantısı, birinci alacaklılar toplantısı ve ikinci alacaklılar toplantısı olarak düzenlenmiştir. Birinci alacaklılar toplantısı tasfiyenin başında yapılır ve karar alma yetkisi sınırlıdır. İkinci alacaklılar toplantısı ise tasfiyenin daha ileri aşamalarında iflâs kararı kesinleştikten sonra yapılır ve yetkileri oldukça geniştir. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 224'üncü maddesinde birinci alacaklılar toplantısının acele hâllerle ilgili karar alabileceği düzenlenirken, 238'inci maddesinin 2'nci fıkrasında ikinci alacaklılar toplantısının iflâs tasfiyesi ile ilgili gerekli gördüğü tüm konularda karar alabileceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda ikinci alacaklılar toplantısında alınabilecek kararlar bakımından alacaklılar son derece geniş yetkilere sahiptir. Bu geniş karar alma yetkisi ise alacaklı özerkliğinin iflâs hukuk sistemimize yansımasıdır. Ancak bu özerkliğin sınırsız olduğunu söylemek de güçtür. Biz de çalışmamızda ikinci alacaklılar toplantısının⁵ bu geniş yetkisi sebebiyle öncelikle toplantıda alınabilecek kararları ve bu kararların sınırlarını, daha sonra sınırın aşılması durumunda şikâyet yoluna başvurulup başvurulamayacağını inceleyeceğiz.

I. ALACAKLILAR TOPLANTISI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Alacaklılar Toplantısının Tanımı ve Hukukî Niteliği

İflâs masasının yönetimi ve tasfiyesi için gerekli kararların alınması amacıyla iflâs alacaklıları tarafından yapılan toplantıya alacaklılar toplantısı, karar alma organı olarak faaliyet gösteren iflâs ala-

¹ DELİDUMAN, Seyithan: *İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 20.

² THOMA, Carl-Friedrich: *Insolvenzrechtliche Gläubigerautonomie im Gläubigerausschuss*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2019, s. 13; EHRICKE, Ulrich / AHRENS, Martin: "InsO § 74", STÜRNER, Rolf / EIDENMÜLLER, Horst / SCHOPPEMEYER, Heinrich (Hrsg.): *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 4. Baskı, Verlag C. H. Beck, München, 2019 (Yazar, MüKoInsO), Rn. 3. Alacaklı özerkliği özellikle Alman iflâs hukukunun karakterize edici bir özelliği olarak kabul edilmektedir, ancak alacaklı özerkliğinin iflâsın ikincil bir amacı olduğu da ifade edilmiştir, bkz. THOMA, s. 25; GANTER, Hans Gerhard / BRUNS, Alexander: "InsO § 1", *MüKoInsO*, Rn. 53; EHRICKE / AHRENS, *MüKoInsO*, InsO § 74, Rn. 3.

³ THOMA, s. 25.

⁴ BÜRGI, Urs: "Art. 253", STAEHELIN, Adrian / BAUER, Thomas / STAEHELIN, Daniel (Hrsg.): *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs, SchKG III, Art. 221-352*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München, 1998 (Yazar, SchKG), Rn. 9.

⁵ Bankacılık Kanunu'na göre yürütülen iflâs tasfiyelerinde ise Bankacılık Kanunu'nun 106'ncı maddesinin 5'inci fıkrası kapsamında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tasfiyenin mutlak hâkimidir ve bu anlamda alacaklılar toplantısının görev ve yetkilerine sahiptir. Ancak bu konu bizim çalışmamızın sınırları dışında kalmaktadır. Bankacılık Kanunu'na göre yürütülen tasfiyelerde alacaklılar toplantısına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERDÖNMEZ, Güray: *İflâsta Alacaklılar Toplantısının Yetkileri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 203 vd.

acaklılarının oluşturduğu organa ise alacaklılar toplanması denir⁶. Alacaklılar iflâs tasfiyesinin yürütülmesine alacaklılar toplantısı vasıtasıyla katılır⁷.

İflâsın temel amacı borçlunun haczedilebilen malvarlığından tüm alacaklıların müştereken tatmin edilmesidir⁸. Amacına uygun şekilde yürütülmeyen bir iflâs tasfiyesi, alacaklıların alacaklarına kavuşmasını riskli hâle getirir⁹. Bu sebeple tasfiyenin yürütülmesine ve tasfiyeye ilişkin kararların alınmasına yönelik alacaklılara bir hakimiyet ve serbesti tanınmalıdır¹⁰. Zira iflâs tasfiyesinin menfaatlerine uygun bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak amacıyla alacaklıların tasfiyenin yürütülmesine katılmakta menfaatleri bulunur¹¹. İcra ve İflâs Kanunu'nda alacaklıların tasfiyeye katılması, alacaklılar toplantısı ile mümkün kılınmıştır. Alacaklılar toplantısı sayesinde alacaklılar, kendi hak ve menfaatlerini koruyabilme imkânına sahip olur ve iflâs tasfiyesinin hızlı, ekonomik ve mümkün olduğunca çok tasfiye payı getirecek şekilde yürütülmesi sağlanır¹².

Alacaklılar toplantısı, iflâs alacaklılarının ortak iradelerinin oluşmasını sağlayarak, kanunun kendisine verdiği görev ve yetkiler çerçevesinde aldığı kararlar ile iflâs tasfiyesini yönlendirir¹³. Toplantıda alınan kararlar sadece toplantıya katılan değil; bütün iflâs alacaklıları bakımından bağlayıcıdır¹⁴. İflâs tasfiyesi ile ilgili alınan bu kararlar, iflâs idaresi tarafından yerine getirilir¹⁵. İflâs idaresi toplantıda alınan kararlar ile kural olarak bağlıdır¹⁶.

Alacaklılar toplantısı devlet tarafından atanmadığından resmî bir iflâs organı olmayıp diğer iflâs organları ile birlikte faaliyet gösteren özel bir iflâs organıdır¹⁷. Özel iflâs organı olsa da iflâs tasfiyesinde resmî bir işlev görmek, icra mahkemesinin gözetim ve denetimi altında bulunmaktadır¹⁸. Ala-

⁶ KURU, Baki: *İcra ve İflâs Hukuku, Cilt IV*, 3. Baskı, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 3156; DELİDUMAN, s. 42; PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 482; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 611; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *İcra ve İflâs Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 638; AŞIK, İbrahim: "İflâs Tasfiyesinde Geçici Dağıtma", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, Cilt 24, Sayı 1, s. 285. Doktrinde, alacaklıların tasfiyenin belli dönemlerinde bir araya gelerek yaptıkları toplantının şekli için "alacaklılar toplantısı", iflâs tasfiyesinde karar alma organı olarak faaliyet gösteren iflâs organı için ise, "alacaklılar toplanması" ifadesinin kullanılması gerektiği belirtilmiştir, bkz. KURU, s. 3156, dn. 1; DELİDUMAN, s. 24-25; ERDÖNMEZ, s. 17, dn. 1.

⁷ ERDÖNMEZ, s. 13, 25.

⁸ WYSS, Claudia: *Kollektive Beteiligungsrechte der Gläubiger im Konkurs- und Nachlassverfahren*, Schulthess Juristische Medien, Zürich-Basel-Genf, 2013, s. 10.

⁹ AŞIK, İbrahim / ORUÇ, Yakup / TOK, Ozan / SAÇAR, Ömer Faruk: *İcra ve İflâs Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 533.

¹⁰ WYSS, s. 10; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 533.

¹¹ ERDÖNMEZ, s. 22; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 533.

¹² ERDÖNMEZ, s. 25; AŞIK, s. 288.

¹³ KURU, s. 3156; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 638; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 482.

¹⁴ KURU, s. 3156; DELİDUMAN, s. 43, 140; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 639; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 482; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 611; AŞIK, s. 286.

¹⁵ POSTACIOĞLU, İlhan E.: *İflâs Hukuku İlkeleri, Cilt I: İflâs*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978, s. 59; BERKİN, Necmeddin M.: "İflâs İdaresi ve İflâs İdare Memurlarının Vazifeleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1957, Cilt 22, Sayı 1-4 (İflâs İdaresi), s. 160; DELİDUMAN, s. 41, 47, 140; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 615; ERDÖNMEZ, s. 28; ORUÇ, Yakup: *İflâs İdaresi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 92. Yargıtay, 12. HD, T. 25.12.1975, E. 1975/11425, K. 1975/11230 sayılı kararında, "...Bu halde iflâs idaresi, bu toplantıda verilen karara göre, kabul edilen alacağı gerekli sıraya kaydetmekle yükümlüdür...." (Legalbank) ifadelerine yer vermiştir.

¹⁶ BERKİN, Necmeddin M.: *İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972 (İflâs), s. 320; BERKİN, *İflâs İdaresi*, s. 160; DELİDUMAN, s. 140; SCHÖBER, Roger: "Art. 253", KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta / VOCK, Dominik (Hrsg.): *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Baskı, Schulthess Juristische Medien, Zürich-Basel-Genf, 2017 (Yazar, SK-SchKG), Rn. 8. Alacaklılar toplantısı bazen iflâs idaresine bir işin yapılması ile ilgili yetki verme şeklinde de karar alabilir, bu durumda iflâs idaresi takdir hakkını kullanır, bkz. DELİDUMAN, s. 140; ORUÇ, s. 89. Alman iflâs hukukunda alacaklılar toplantısında alınan kararların iflâs idaresini bağlayıcı etkisi olmadığı, ancak iflâs idaresi alınan kararı uygulamazsa idarenin sorumluluğu yoluna gidilebileceği yönündeki görüşü için bkz. PAPE, Gerhard: "Ungeschriebene Kompetenzen der Gläubigerversammlung versus Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters", *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI)*, 2006, Sayı 2, s. 72.

¹⁷ KURU, s. 3156; DELİDUMAN, s. 28, 41, 42; ERDÖNMEZ, s. 27.

¹⁸ DELİDUMAN, s. 42.

çaklılar toplantısının hukukî niteliğinin ne olduğu konusunda ise doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Alacaklılar toplantısının hukukî niteliğine yönelik doktrinde yer alan bu görüşler, özel hukuk teorileri ve kamu hukuku teorileri olarak iki kategoride sınıflandırılarak açıklanmıştır¹⁹. Çalışmanın sınırlarını aşmamak adına bu teorilerin ayrıntısına girmek mümkün değildir. Ancak bugün için kabul edilen basit görüşün kamu hukuku teorisi olduğunu ifade etmek gerekir²⁰. Bu kapsamda iflâs tasfiyesi kural olarak devletin resmî organları tarafından yürütülür. Alacaklılar ise alacaklılar toplantısı ile kanunun belirlediği ölçüde tasfiyeye katılma hakkı ve bazı yetkileri elde eder²¹. İcra ve İflâs Kanunu bu anlamda alacaklılar toplantısına tasfiyenin yürütülmesiyle ilgili önemli görev ve yetkiler vermiştir. Alacaklılar toplantısı Kanun'un belirlediği sınırlar içinde tasfiyenin ne şekilde yürütüleceğini belirleyen bir araç olup tasfiyenin karar alma organıdır²².

Alacaklılar toplantısı, masanın, müflisin veya alacaklıların temsilcisi değildir. Alacaklılar toplantısının tüzel kişiliği, bu anlamda hak ve fiil ehliyeti yoktur²³. Alacaklılar toplantısının sahip olduğu yetkiler doğrudan kanun tarafından tayin edilmiştir²⁴.

B. Alacaklılar Toplantısının İflâs Tasfiyesi İçindeki Yeri

İflâsta asıl tasfiye usûlü adi tasfiyedir. Tasfiyenin adi tasfiye şeklinde yapılmasına karar verildiyse, iflâsın özel organları oluşturulmalı ve iflâs prosedüründeki tasfiye aşaması bu özel organlar vasıtasıyla yürütülmelidir. O hâlde adi tasfiyede tasfiye aşamasına ilişkin asıl görev, iflâsın özel organlarına aittir. Bu organlar ise her iflâs takibinde o takibe ilişkin olarak ayrı ayrı oluşturulur²⁵. İflâsın özel organları, birinci alacaklılar toplantısı, iflâs bürosu, iflâs idaresi ve ikinci alacaklılar toplantısıdır. Bu kapsamda adi tasfiyede en önemli karar alma organı kural olarak alacaklılar toplantısıdır²⁶.

Basit tasfiyede ise iflâsın özel organları oluşturulmaz. Tasfiye işlemleri iflâs dairesi tarafından yürütülür. Ancak iflâs dairesi gerekli görürse alacaklıları toplantıya çağırabilir²⁷. Bu anlamda basit tasfiye bakımından alacaklılar, iflâs dairesinin gerekli gördüğü hâllerde toplandığından, bu tasfiye türünde alacaklılar toplantısının yetkileri ve tasfiyeye etkisi daha sınırlı ve istisnaîdir²⁸. Alacaklıların kararına başvurulması zorunlu olan konularda ise iflâs dairesi alacaklıları toplantıya çağırarak zorundadır²⁹.

Adi tasfiyenin ilânından itibaren en geç on gün içinde, ilânda belirtilen yer, gün ve saatte birinci alacaklılar toplantısı yapılır (İİK m. 219, 221-225). Birinci alacaklılar toplantısı, iflâs dairesinin çağrısı ile bir araya gelen iflâs tasfiyesinin ilk özel organıdır³⁰. Birinci alacaklılar toplantısına, müflisten ala-

¹⁹ Bu teorilerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DELİDUMAN, s. 29 vd.; ERDÖNMEZ, s. 18 vd. İflâsın hukukî mahiyeti açısından bu teorilerle ilgili ayrıntılı bilgi için ise bkz. DEREN-YILDIRIM, Nevhis: "İflâsın Hukukî Mahiyeti", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1994, Cilt 54, Sayı 1-4, s. 333 vd.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. DELİDUMAN, s. 34 vd.; ERDÖNMEZ, s. 23 vd.; DEREN-YILDIRIM, s. 339, 343-344.

²¹ DELİDUMAN, s. 38.

²² KURU, s. 3156; BERKİN, *İflâs*, s. 317; ERDÖNMEZ, s. 23; REINAU, Timon: *Der Vergleich im Konkursverfahren*, Dike Verlag, Zürich-St. Gallen, 2021, s. 37; FIORI, Silvio: *Die Gläubigerversammlung im schweizerischen Konkursrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 1905, s. 32.

²³ ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 8. Baskı, Yaylacık Matbaacılık, İstanbul, 2009, s. 140; BERKİN, *İflâs*, s. 317; DELİDUMAN, s. 40-41; ERDÖNMEZ, s. 25; BÜRGI, *SchKG*, Art. 253, Rn. 9.

²⁴ BELGESAY, Mustafa Reşit: *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İkinci Cilt*, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1955, s. 412; DELİDUMAN, s. 38, 40-41.

²⁵ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 404; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 533.

²⁶ DELİDUMAN, s. 42; ERDÖNMEZ, s. 13.

²⁷ BELGESAY, s. 406; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 480; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 604; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 533, dn. 37, 607; ERDÖNMEZ, s. 200; DELİDUMAN, s. 28, 51.

²⁸ ERDÖNMEZ, s. 13, 32; WYSS, s. 52. Bu kapsamda basit tasfiye bakımından alacaklı özerkliğinin zayıfladığı söylenebilir. Basit tasfiyede alacaklı özerkliğini güçlendirmek adına getirilen öneriler için bkz. WYSS, s. 52 vd.

²⁹ ERDÖNMEZ, s. 200; ÜSTÜNDAĞ, s. 220. Alacaklıların kararına başvurulması zorunlu olan konularla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ERDÖNMEZ, s. 202.

³⁰ YILMAZ, Ejder: *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016 (Şerh), s. 1041.

çaklı olduğunu iddia eden alacaklılar katılır. Birinci alacaklılar toplantısının en önemli görevi iflâs idaresi için altı aday belirlemek ve iflâs tasfiyesi için gerekli olan acele kararları vermektir³¹. Birinci alacaklılar toplantısında alınabilecek acele işler hakkındaki kararlar örnek kabildinden İcra ve İflâs Kanunu'nun 224'üncü maddesinde sayılmıştır. Toplantıda, iflâs tasfiyesine ilişkin ertelenmesi mümkün olmayan³² acele her türlü konuda karar alınabilir³³. Acele bir durumun olup olmadığını ise alacaklılar toplantısı takdir eder³⁴. Toplantıya katılan kişilerin alacaklılık durumları kesin olmadığından, toplantının sınırlı yetkisi vardır³⁵. Birinci alacaklılar toplantısı ile iflâs masasının idare ve tasfiyesi, alacaklılar toplantısına ve iflâs idaresine³⁶ geçer³⁷.

Alacaklılar, birinci alacaklılar toplantısında karar alınamayan bazı konuları görüşmek için tekrar bir araya gelme konusunda anlaşabilir. Alacaklıların yapacağı böyle bir toplantı, birinci alacaklılar toplantısının devamı niteliğinde olup burada da birinci alacaklılar toplantısına ilişkin prensipler geçerlidir³⁸. İsviçre iflâs hukuku sisteminde, birinci alacaklılar toplantısından sonra ancak ikinci alacaklılar toplantısından önce iflâs idaresinin alacaklıları özel bir toplantıya (*eine besondere Gläubigerversammlung*) çağırabileceği bazı durumların *İflâs Dairelerinin Yönetimi Hakkında Yönetmelik*'te (*Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter*) düzenlendiği görülmektedir (KOV Art. 48/2 ve 63). Benzer bir hüküm Türk iflâs hukuku sisteminde yoktur. Bu sebeple birinci alacaklılar toplantısından sonra ancak ikinci alacaklılar toplantısından önce karar verilmesi gereken acil bir durum ortaya çıkarsa, konu hakkındaki kararı iflâs idaresi verir³⁹. Doktrinde iflâs idaresinin, acil karar verilmesi gereken bir konuda hâl ve şartlara göre alacaklıları birinci alacaklılar toplantısının devamı niteliğinde olan olağanüstü bir toplantıya da çağırabileceği ifade edilmiştir⁴⁰.

İflâs idaresinin sıra cetvelini düzenlemesinden ve ilânından sonra, aynı ilân⁴¹ ile alacaklıları davet ettiği toplantı ise ikinci alacaklılar toplantısıdır (İİK m. 237/1). Sıra cetvelinin ilânı, toplantıdan en az yirmi gün evvel yapılır⁴² ve ilânın birer nüshası alacaklılara gönderilmek zorundadır (İİK m.

³¹ POSTACIOĞLU, s. 53; BELGESAY, s. 415; KURU, s. 3163-3164; YILMAZ, *Şerh*, s. 1041, 1044; ÜSTÜNDAĞ, s. 146 vd.; DELİDUMAN, s. 88 vd.; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 405, 483; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 608; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 638, 639-640; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 615; AŞIK, s. 286; ORUÇ, s. 90.

³² Ertelenmesi mümkün olmayan kararlar sadece acil sorunlar hâlinde verilecek kararları ifade etmez, aynı zamanda ertelenmesi hâlinde derhal çözüme kıyasla masaya zarar verecek kararlar da bu kavrama girer, bkz. SCHÖBER, Roger / AVDYLI-LUGINBÜHL, Monika: "Art. 238", *SK-SchKG*, Rn. 4.

³³ BELGESAY, s. 415, 416; KURU, s. 3165; BERKİN, *İflâs*, s. 319; ÜSTÜNDAĞ, s. 148 vd.; DELİDUMAN, s. 44, 89-90; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 615; ERDÖNMEZ, s. 53-54; ORUÇ, s. 92.

³⁴ ÜSTÜNDAĞ, s. 148; ERDÖNMEZ, s. 54; YILDIRIM, M. Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 447.

³⁵ ÜSTÜNDAĞ, s. 146; DELİDUMAN, s. 44, 89; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 608; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 614; ERDÖNMEZ, s. 53; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 445; AŞIK, s. 286; ORUÇ, s. 92.

³⁶ İcra ve İflâs Kanunu'nun 222'nci maddesine göre, "alacaklılar toplanması mümkün olmazsa veya karar nisabı oluşmazsa durum tespit olunur. Bu hâlde daire, ikinci alacaklılar toplanmasına kadar masayı idare eder ve tasfiyeye başlar".

³⁷ KURU, s. 3154; YILMAZ, *Şerh*, s. 1044; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 636; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 482.

³⁸ ERDÖNMEZ, s. 40.

³⁹ *Erdönmez ve Oruç*, zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin yaklaşması, borçlunun mal kaçırma olasılığının veya acil harekete geçilmesi gereken bir durumun mevcudiyeti hâlinde iflâs idaresinin dava açılmasına karar verebileceğini, ancak idarenin dava açılıp açılmayacağı konusunda dikkatli davranması gerektiğini, zira ikinci alacaklılar toplantısı davanın takibine gerek görmez ve hiçbir alacaklı takip yetkisini devralmazsa masanın yargılama giderlerinden masa borcu olarak sorumlu olacağını ifade etmiştir. Ayrıca birinci alacaklılar toplantısında acil satışlar bakımından pazarlık suretiyle satışa karar verilmediği, ancak acele satış yapılması gereken bir hâlin ortaya çıktığı durumlarda, iflâs idaresinin ikinci alacaklılar toplantısı kararı olmaksızın malların pazarlıkla satışına karar verebileceği belirtilmiştir, ERDÖNMEZ, s. 126, 110; ORUÇ, s. 167-168, 195, dn. 51.

⁴⁰ İflâs idaresinin pazarlıkla satış konusunda sorumluluk almak istememesi durumunda, bu konuda karar almak üzere alacaklıları birinci alacaklılar toplantısının devamı niteliğindeki olağanüstü bir toplantıya çağırabileceği yönündeki görüşü için bkz. ERDÖNMEZ, s. 110-111.

⁴¹ Kanun'un 237'nci maddesinde geçen ilân ifadesinden, sıra cetvelinin ilânı ile aynı ilân olduğu anlamı çıkmamaktadır. Ancak İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin 60'nci maddesinde, bu ilânın sıra cetvelinin ilânı ile aynı ilânda yapılacağı düzenlenmiştir.

⁴² İlân toplantıya yirmi günden daha az bir zaman kala yapılırsa, sıra cetveline kaydedilen alacaklılar, alacaklılar toplantısında alınan kararların iptal edilmesini isteyebilir; ancak alacaklılar ilân ile toplantı tarihi arasında yirmi günden az bir zaman olduğunu öğrenmeleri-

237/2). İkinci alacaklılar toplantısının yapılabilmesi için sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmez⁴³, ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 164'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca iflâs kararının kesinleşmiş olması gerekir. İkinci alacaklılar toplantısına katılan alacaklılar, alacağı kısmen veya tamamen kabul edilen alacaklılardır. Bu anlamda ikinci alacaklılar toplantısında sadece gerçekten alacaklı olanlar bulunur. Bu sebeple ikinci alacaklılar toplantısı, birinci alacaklılar toplantısına göre daha geniş yetkilere sahiptir⁴⁴. Sıra cetveline itiraz davası açmış olan bir alacaklı ise ancak itiraz davası açılan mahkemeden toplantıya katılabileceğine dair karar verilmesini ister ve bu yönde mahkeme bir karar verirse ikinci alacaklılar toplantısına katılabilir (İİK m. 237/1). Aksi takdirde alacağı reddedilen bir alacaklının ikinci alacaklılar toplantısına katılması mümkün değildir⁴⁵. Geç bildirilmiş olduğu için ikinci alacaklılar toplantısından önce haklarında henüz karar verilmemiş olan alacaklıların da toplantıya katılması mümkün değildir⁴⁶.

Doktrindeki hâkim görüş, ikinci alacaklılar toplantısının iflâs prosedürünün zorunlu bir unsuru olduğu ve bu kapsamda iflâs idaresinin alacaklıları ikinci alacaklılar toplantısına davet etmekten kaçınmayacağı yönündedir⁴⁷. İkinci alacaklılar toplantısından sonra yeniden alacaklılar toplantısı yapıp yapılmayacağı ise İcra ve İflâs Kanunu'nun 240'ıncı maddesinde iflâs alacaklıları ile iflâs idaresinin takdirine bırakılmıştır. Bu maddeye göre alacaklıların çoğunluğunun talebi varsa veya iflâs idaresi lüzumlu görürse alacaklılar yeniden alacaklılar toplantısı yapılmak için davet edilebilir. O hâlde ikinci alacaklılar toplantısı düzenlenmesine rağmen bazı kararları almak için üçüncü, dördüncü veya daha fazla toplantı yapılabilir⁴⁸. Yeniden toplantı yapılması örneğin müflisin ikinci alacaklılar toplantısından sonra konkordato teklif etmesi gibi bir durumda gerekli olur. İkinci alacaklılar toplantısından sonra yapılacak toplantılar, ikinci alacaklılar toplantısının devamı niteliğindedir⁴⁹. Ancak daha sonra yapılan toplantılarda alacaklıların oyu, ikinci alacaklılar toplantısından farklı olarak, kendilerinin bilinen adreslerine taahhütlü bir mektupla yazılacak davet üzerine ve imzası noterlikçe tasdikli cevap yazısı ile (sirküler yoluyla) elde edilebilir (İİK m. 240).

İkinci ve sonraki alacaklılar toplantısının görevi, iflâsın kapanması kararıyla sonra erer⁵⁰. Ancak iflâs kapandıktan sonra borçluya ait yeni bir mal veya hak bulunursa ve örneğin önemli bir dava açılması gerekiyorsa, iflâs dairesi alacaklıları karar alınması için toplantıya çağırabilir⁵¹.

ne rağmen şikâyet yoluna başvurmazsa, toplantıda alınan kararlar iptal edilmez, çünkü İİK m. 237/2 düzenleyici bir hükümdür, bkz. POSTACIOĞLU, s. 84; BERKİN, *İflâs*, s. 357-358; DELİDUMAN, s. 84; ERDÖNMEZ, s. 43; SCHOBER, *SK-SchKG*, Art. 252, Rn. 3; HEINEL, Bastian: *Zwangsverwertung von Drittpfändern im Unternehmenskonkurs*, Schulthess Juristische Medien, Zürich-Basel-Genf, 2022, s. 493, Rn. 904.

⁴³ POSTACIOĞLU, s. 84; KURU, s. 3283; ÜSTÜNDAĞ, s. 181; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 694; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 626; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 658; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 651; ERDÖNMEZ, s. 42.

⁴⁴ POSTACIOĞLU, s. 85; KURU, s. 3287; YILMAZ, *Şerh*, s. 1076; BERKİN, *İflâs*, s. 358; ÜSTÜNDAĞ, s. 181; DELİDUMAN, s. 44; JAEGER, Carl / WALDER, Hans Ulrich / KULL, Thomas M. / KOTTMANN, Martin: *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II*, 4. Baskı, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1997/99, Art. 253, Rn. 4; SCHOBER, *SK-SchKG*, Art. 253, Rn. 6; KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: *SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen*, 20. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2020, Art. 252, Rn. 1; REINAU, s. 38; HEINEL, s. 494-495, Rn. 907; BÜRGI, *SchKG*, Art. 253, Rn. 3; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 659; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 405, 495; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 472; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 651; AŞIK, s. 286; ORUÇ, s. 93.

⁴⁵ KURU, s. 3284; DELİDUMAN, s. 73; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 694; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 626-627; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 658; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 472; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 651.

⁴⁶ BERKİN, *İflâs*, s. 357; KURU, s. 3284; DELİDUMAN, s. 73; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 658; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 472.

⁴⁷ POSTACIOĞLU, s. 85; BERKİN, *İflâs*, s. 358; DELİDUMAN, s. 45-46; ERDÖNMEZ, s. 40-41; ÜSTÜNDAĞ, s. 184, dn. 161.

⁴⁸ Sonraki alacaklılar toplantısı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ERDÖNMEZ, s. 44 vd.

⁴⁹ BAUER, Thomas: "Art. 255", BAUER, Thomas / STAEHELIN, Daniel (Hrsg.): *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017 (Yazar, BSK), N. 2, a; POSTACIOĞLU, s. 86; KURU, s. 3290; YILMAZ, *Şerh*, s. 1077; BERKİN, *İflâs*, s. 358; ÜSTÜNDAĞ, s. 184; DELİDUMAN, s. 46; HEINEL, s. 496, Rn. 909; ORUÇ, s. 92.

⁵⁰ DELİDUMAN, s. 84-85; ERDÖNMEZ, s. 69.

⁵¹ KURU, s. 3359, dn. 8; ERDÖNMEZ, s. 69.

II. ALACAKLI ÖZERKLİĞİ KAPSAMINDA İKİNCİ ALACAKLILAR TOPLANTISINDA ALINABİLECEK KARARLAR VE ALINABİLECEK KARARLARIN SINIRI

A. Alacaklı Özerkliği Kavramı

İflâsta, diğer takip çeşitlerinden farklı olarak, tasfiyenin yürütülmesinde alacaklılara geniş yetkiler verilmiştir⁵². İflâs tasfiyesinin yürütülmesinde alacaklılara tanınan bu geniş yetki ise alacaklı özerkliği kavramı ile ifade edilmektedir. Bu kapsamda alacaklıların iflâs tasfiyesine etki etme ve kendi kendilerini yönetme hakkı “*alacaklı özerkliği (Gläubigerautonomie)*” prensibini oluşturmaktadır; bu kavramdan ise iflâs alacaklılarının devletin etkisinden olabildiğince uzak bir şekilde borçlunun mallarını tasfiye etmesinin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir⁵³.

Alacaklı özerkliği prensibi ile amaçlanan, alacaklıların iflâs tasfiyesindeki konumunu güçlendirmek; bu sayede tasfiyeyi daha süratli, masrafsız ve alacaklıları en üst düzeyde tatmin edecek şekilde gerçekleştirmektir⁵⁴. Zira iflâs uzun ve karmaşık bir süreç olduğundan, alacaklılara daha fazla esneklik ve katılım hakkı verilmesi gerektiği, bu sayede alacaklıların kendi çıkarlarını daha iyi koruyabileceği ifade edilmiştir⁵⁵.

Alacaklı özerkliği prensibi, devletin ve keza resmî makamların iflâs tasfiyesinde doğrudan bir menfaati bulunmazken, alacaklıların tasfiyenin süratli, masrafsız ve en üst düzeyde tatmin olacak şekilde gerçekleşmesi yönünde gerçek menfaatlerinin bulunduğu; resmî makamlar gerekli ticarî bilgiye sahip değilken, alacaklıların bu özel bilgiye sahip olduğu düşüncesinden doğmuştur⁵⁶. Bu kapsamda iflâs tasfiyesinin münhasıran alacaklıların özerkliğinde olması gerektiği kabul edilmiştir⁵⁷. Bu bağlamda iflâsta alacaklı özerkliği, iflâsın mümkün olduğunca özerk olarak ele alınması, alacaklıların kararlarının önünde mümkün olduğunca az engel bulunması ve iflâs tasfiyesinin maksimum esnekliğe sahip olması için kuralsızlaştırılmasıdır⁵⁸.

Alacaklı özerkliği kavramının yanında doktrinde çeşitli kavramlar kullanılmıştır. Bunlar, “*alacaklı öz yönetimi (Gläubigerselbstverwaltung oder -regierung)*” ve “*katılım ve müdahil olma hakkı (Mitwirkungs- und Beteiligungsrechten)*”dır⁵⁹. Ancak alacaklıların kendi kendini yönetmesi anlamına gelen alacaklı öz yönetimi, alacaklı özerkliğinin bir yönünü ifade etmektedir⁶⁰. Zira alacaklı özerkliği kavramı, sadece alacaklıların kendi kendini yönetmesini değil; aynı zamanda ikincil olarak iflâs tasfiyesinde alacaklıların haklarının korunmasını da içermektedir⁶¹.

Alacaklı özerkliği prensibinde iflâs tasfiyesinin şekillenmesine yönelik kararlar devlet değil, alacaklılar tarafından alınır⁶². Devlet sadece alacaklıların alacaklarına etkin ve eşit bir şekilde ulaşabilmeleri için gerekli düzenlemeleri yapmalıdır⁶³. O hâlde iflâs masasının ve tasfiyenin idaresi alacaklılar tarafından serbest bir şekilde gerçekleşmelidir⁶⁴. İflâs işlemlerinin büyük ölçüde alacaklıla-

⁵² ÜSTÜNDAĞ, s. 128.

⁵³ ERDÖNMEZ, s. 24; WYSS, s. 10; PAPE, s. 66; AŞIK, s. 288.

⁵⁴ THOMA, s. 48, 94.

⁵⁵ EHRICKE / AHRENS, *MüKoInsO*, InsO § 74, Rn. 3.

⁵⁶ SPRECHER, Thomas: *Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung*, Schulthess Juristische Medien, Zürich-Basel-Genf, 2003, s. 12, Rn. 27; BERKİN, *İflâs*, s. 60.

⁵⁷ BERKİN, *İflâs*, s. 60.

⁵⁸ THOMA, s. 34.

⁵⁹ WYSS, s. 11; THOMA, s. 39; PAPE, Gerhard / REICHEL, Daniel / SCHULTZ, Volker / VOIGT-SALUS, Joachim: *Insolvenzrecht*, 3. Baskı, Verlag C. H. Beck, München, 2022, § 12, Rn. 11, 12; JUNGSMANN, Carsten: “§ 74”, SCHMIDT, Karsten (Hrsg.) *Insolvenzordnung*, 20. Baskı, Verlag C. H. Beck, München, 2023 (SCHMIDT / Yazar, InsO), Rn. 5.

⁶⁰ THOMA, s. 30.

⁶¹ THOMA, s. 30, 31 vd.

⁶² THOMA, s. 26; GANTER / BRUNS, *MüKoInsO*, InsO § 1, Rn. 53.

⁶³ EHRICKE / AHRENS, *MüKoInsO*, InsO § 74, Rn. 4; ERDÖNMEZ, s. 24.

⁶⁴ WYSS, s. 10; ORUÇ, s. 87.

rın kararları ile belirlenmesi ve özellikle ekonomik konularda onların kararının alınması alacaklı özerkliği oluşturur⁶⁵.

Alacaklıların kolektif olarak aktif bir şekilde iflâs tasfiye sürecine katılmaları ve tasfiyeyi kendi kendilerine idare etmeleri, alacaklı özerkliği prensibi olarak tanımlanır⁶⁶. Alacaklı özerkliğinde, alacaklıların iflâs tasfiyesine ilişkin bireysel değil, kolektif kararları söz konusudur⁶⁷. Alacaklıların bireysel olarak iflâs tasfiyesine etkisi ise sadece kanunun izin verdiği yasal yollar ile örneğin yapılan işlemlere ve alınan kararlara karşı şikâyet yoluna başvurmak veya takas davası açmak suretiyle söz konusudur⁶⁸. O hâlde alacaklı özerkliği kolektif organlar ile kendisini gösterir. Kısaca alacaklıların kendi kendini yönetmesi olarak ifade edilebilecek alacaklı özerkliği prensibi, hukuk sistemimizde, alacaklılar toplantısı ile sağlanmaktadır. Alman (InsO § 67 - § 68) ve İsviçre (SchKG Art. 237/3) iflâs hukuku sistemlerinde ise alacaklılar toplantısına ek olarak, isteğe bağlı bir organ olan alacaklılar komitesi (*Gläubigerausschuss*) de alacaklı özerkliğini sağlamaya yönelik ikinci organdır⁶⁹.

Alacaklılar iflâs hukukunda önemli bir rol oynar. Hukukumuzda, iflâs tasfiyesi kural olarak tasfiyenin özel organlarına bırakılmış ve bu suretle alacaklı özerkliği prensibi kabul edilmiştir⁷⁰. İsviçre ve Alman iflâs hukuk sisteminde de alacaklı özerkliği prensibi hâkimdir⁷¹. Alacaklıların iflâs tasfiyesine etki etme hakkı ise büyük ölçüde alacaklılar toplantısına katılma hakkı ile sınırlıdır⁷². Ancak ikinci alacaklılar toplantısında alacaklıların masa menfaati için gerekli olan her türlü konuda karar verebileceği (İİK m. 238/2) kabul edilerek, iflâs sistemimizde alacaklı özerkliğine önem verilmiştir⁷³. Mehz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'na baktığımızda, ikinci alacaklılar toplantısının karar alma yetkisi, “*iflâs tasfiyesine yönelik her hususu sınırlama olmaksızın emredeceği*” şeklinde düzenlenmiştir (SchKG Art. 253/2)⁷⁴. Alman iflâs hukuk sistemi ise, Türk-İsviçre iflâs sisteminden farklı olmakla birlikte, orada da alacaklı özerkliğinin merkezi organı alacaklılar toplantısı olarak kabul edilmekte ve iflâs tasfiyesinin işleyişi ile ilgili temel sorunlara alacaklılar toplantısında karar verildiği ifade edilmektedir⁷⁵. Görüldüğü üzere alacaklılar toplantısı, alacaklılara, kendilerini ilgilendiren tüm sorunları tartışma ve karar alma fırsatı sağlamaktadır⁷⁶.

Alacaklılar toplantısının tasfiye sırasında ortaya çıkabilecek yeni durumlara uygun karar alabilmesi önemlidir. Alacaklı özerkliğinin de bir sonucu olarak, alacaklılar toplantısının verdiği kararlar kesin olmayıp daha sonra yapılan alacaklılar toplantısında alacaklıların daha önce verdikleri karardan rücu etmesi mümkündür⁷⁷. Örneğin birinci alacaklılar toplantısında alınan bir karar, ikinci alacaklılar top-

⁶⁵ SPRECHER, s. 396, Rn. 1121.

⁶⁶ WYSS, s. 11; REINAU, s. 41; THOMA, s. 37.

⁶⁷ THOMA, s. 37; SCHMIDT / JUNGSMANN, *InsO*, § 76, Rn. 28.

⁶⁸ REINAU, s. 41-42.

⁶⁹ SPRECHER, s. 396, Rn. 1122, 407, Rn. 1173; THOMA, s. 38; WYSS, s. 323; REINAU, s. 35-36, 41; PAPE / REICHELT / SCHULTZ / VOIGT-SALUS, § 12, Rn. 13; SCHMIDT / JUNGSMANN, *InsO*, § 67, Rn. 2. Alman iflâs hukuk sistemi bakımından da en üst karar alma organı ve alacaklıların en yüksek yönetim organı alacaklılar toplantısıdır, bkz. SCHMIDT / JUNGSMANN, *InsO*, § 74, Rn. 5. İsviçre iflâs hukukunda yer alan alacaklılar komitesi ile Alman iflâs hukukundaki alacaklılar komitesi, isteğe bağlı birer organ olup yapıları birbirine benzerdir. Alman iflâs idaresi, İsviçre iflâs idaresine, Alman iflâs mahkemesi de İsviçre icra tetkik merciine/mahkemesine (*Aufsichtsbehörde*) karşılık gelmektedir. Ancak Almanya'da alacaklı özerkliği İsviçre iflâs hukukuna oranla daha güçlüdür. Örneğin, Alman iflâs hukukunda alacaklılar komitesi iflâs mahkemesinin denetimine tâbi değildir, bkz. SPRECHER, s. 430-431, Rn. 1285.

⁷⁰ BERKİN, *İflâs*, s. 60.

⁷¹ SPRECHER, s. 11, Rn. 25; GANTER / BRUNS, *MüKoInsO*, InsO § 1, Rn. 53.

⁷² ERDÖNMEZ, s. 130; GANTER / BRUNS, *MüKoInsO*, InsO § 1, Rn. 55.

⁷³ Basit tasfiye iflâs dairesi tarafından yürütüldüğünden ve alacaklılar toplantısı istisnaî durumlarda yapıldığından, basit tasfiyede alacaklı özerkliği son derece zayıftır.

⁷⁴ Orijinal ifade şu şekildedir: “...*ordnet unbeschränkt alles Weitere für die Durchführung des Konkurses an*”.

⁷⁵ SCHMIDT / JUNGSMANN, *InsO*, § 74, Rn. 1-2.

⁷⁶ EHRICKE / AHRENS, *MüKolsO*, InsO § 74, Rn. 3.

⁷⁷ DELİDUMAN, s. 111, 140; ERDÖNMEZ, s. 68; BERKİN, *İflâs*, s. 320, 358; ÜSTÜNDAĞ, s. 184; SCHOBER / AVDYLI-LUGINBÜHL, *SK-SchKG*, Art. 238, Rn. 5; BÜRGI, *SchKG*, Art. 255, Rn. 5; SCHOBER, *SK-SchKG*, Art. 255, Rn. 4; ORUÇ, s. 153.

lantısında geri alınabilir. Ancak alacaklıların ve üçüncü kişilerin kazandıkları haklar saklıdır⁷⁸. Örneğin ikinci alacaklılar toplantısı ile çekişmeli bir hakkı takip yetkisi alacaklılardan birine devredildikten sonra yapılacak başka bir alacaklılar toplantısı ile alacaklıdan o hak geri alınamaz⁷⁹. Bu noktada icra ve iflâs memurlarının yaptıkları işlemleri sonradan değiştirme veya kaldırma yetkisinin şikâyet süresiyle sınırlı ve kararın değiştirilmesinin veya kaldırılmasının şikâyet ileri sürülene kadar mümkün olmasının⁸⁰, alacaklılar toplantısında alınan kararlar bakımından da geçerli olup olmayacağı akla gelebilir. Kanaatimizce alacaklıların veya üçüncü kişilerin toplantıda alınan kararlar ile kazandıkları hakları ihlâl edilmediği sürece, alacaklılar toplantısında alınan kararlar şikâyet süresiyle sınırlı olmadan değiştirilebilir veya geri alınabilir. Bu kabul, alacaklıların tasfiyeyi serbestçe idare etmesinin ve alacaklı özerkliği prensibinin bir sonucudur.

Alacaklıların tasfiyenin hızlı ve az masrafla neticelenmesinde menfaatleri vardır⁸¹. Ancak kontrolün tamamen alacaklılara bırakılması, suiistimallere sebep olmuş veya alacaklıların tasfiyeyi toplu olarak idare etmeleri son derece güçleşmiş ve uygulamada alacaklıların bu işi profesyonellere devrettiği gözlemlenmiştir⁸². Ayrıca alacaklı özerkliği prensibi zımnen tüm alacaklıların menfaatlerinin aynı doğrultuda olduğunu varsaymaktadır; fakat gerçek bir menfaat birliğinden söz etmek her zaman mümkün değildir ve alacaklıların kolektif menfaatten çok bireysel menfaatlerini gözettikleri gözlemlenmiştir⁸³. Bu sebeple tarihi süreçte edinilen tecrübeler sonucu mutlak alacaklı özerkliğinden vazgeçilerek sınırları olan bir alacaklı özerkliğine geçilmiş; bu kapsamda alacaklıların da tasfiye sürecindeki kötüniyetli davranışları önlenmek istenmiştir⁸⁴. Dolayısıyla iflâs tasfiye işlemleri devletin kontrolü altında yürütülmektedir. O hâlde devlet kontrol ve gözetiminde alacaklı özerkliğinden bahsetmek ve bundan alacaklıların tasfiyeyi organize etmesini değil, tasfiyeyi etkileme imkânını anlamak daha doğrudur⁸⁵. Sonuç olarak doktrinde, iflâs tasfiyesinin odak noktasının tam anlamıyla alacaklı özerkliği, bir başka ifadeyle alacaklıların kendilerini etkileyen konularda kendi kaderlerini tayin etmeleri olmadığı, daha ziyade alacaklıların uzmanlıklarından yararlanmak ve onları tasfiyeye dahil ederek onlara tasfiyenin yürütülmesini etkileme fırsatı vermek suretiyle sorumluluğu paylaşmak anlamında alacaklıların tasfiyeye katılımı olduğu ifade edilmiştir⁸⁶.

B. İkinci Alacaklılar Toplantısında Alınabilecek Kararlar

1. Genel Olarak

İkinci alacaklılar toplantısı iflâs tasfiyesinin karar alma organıdır⁸⁷. İkinci alacaklılar toplantısının yetkileri birinci alacaklılar toplantısındaki gibi yalnızca acele konularla sınırlı değildir. İflâs tasfiyesinin alacaklılar tarafından idare edileceği, bir başka ifadeyle alacaklıların kendi kendilerini yönetmesi prensibi⁸⁸ doğrultusunda, ikinci alacaklılar toplantısında masanın menfaati için gerekli görülen her türlü konuda karar verilebilir (İİK m. 238/2). Bu kapsamda ikinci alacaklılar toplantısının yetkileri kanunda açıkça sayılanlarla sınırlı değildir ve toplantıda tasfiyenin yürütülmesi için zorunlu görülen

⁷⁸ DELİDUMAN, s. 111, 141; ÜSTÜNDAĞ, s. 184; ERDÖNMEZ, s. 68; BERKİN, *İflâs*, s. 358; SCHÖBER, *SK-SchKG*, Art. 253, Rn. 9, Art. 255, Rn. 4; BÜRGI, *SchKG*, Art. 255, Rn. 5.

⁷⁹ BERKİN, *İflâs*, s. 358, ERDÖNMEZ, s. 68.

⁸⁰ PEKCANITEZ, Hakan / SİMİL, Cemil: *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 133-134, 138.

⁸¹ BERKİN, *İflâs*, s. 66.

⁸² BERKİN, *İflâs*, s. 66.

⁸³ EHRICKE / AHRENS, *MüKolsO*, InsO § 74, Rn. 7.

⁸⁴ Konuya ilişkin tarihi süreçle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BERKİN, *İflâs*, s. 60 vd.

⁸⁵ EHRICKE / AHRENS, *MüKolsO*, InsO § 74, Rn. 2, 4; PAPE / REICHEL / SCHULTZ / VOIGT-SALUS, § 12, Rn. 11.

⁸⁶ EHRICKE / AHRENS, *MüKolsO*, InsO § 74, Rn. 4; PAPE, s. 65.

⁸⁷ DELİDUMAN, s. 139; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 629.

⁸⁸ DELİDUMAN, s. 98; ERDÖNMEZ, s. 64; BÜRGI, *SchKG*, Art. 253, Rn. 11; ORUÇ, s. 95.

her konuda karar alınabilir⁸⁹. Bu sebeple ikinci alacaklılar toplantısı (konkordato teklifi hakkında müzakere edilecekse, davetiyede bu hususun bildirilmesi mecburiyeti dışında) bir gündemle de bağlı değildir⁹⁰. Ancak doktrinde, toplantıya davet ilânına görüşülecek meselelere ilişkin ana başlıklar şeklinde belirlenmiş bir gündemin eklenmesinin faydalı olacağı ifade edilmiştir⁹¹.

İkinci alacaklılar toplantısından sonra yapılan alacaklılar toplantısının hangi yetkilere sahip olduğu ise İcra ve İflâs Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde sonraki alacaklılar toplantılarının, ikinci alacaklılar toplantısının devamı niteliğinde olmasından hareketle ikinci alacaklılar toplantısı ile eşit konumda bulunduğu ve aynı yetkilere sahip olduğu ifade edilmiştir⁹². İkinci alacaklılar toplantısından sonra yapılan alacaklılar toplantısının sirküler yoluyla aldığı kararlar da aynı hüküm ve sonuçları doğurmaktadır⁹³.

İkinci ve sonraki alacaklılar toplantısında alınan kararlar kapsamında iflâs idaresi tarafından tasfiye işlemlerine devam edilir.

2. İflâs İdaresine İlişkin Alınabilecek Kararlar

İkinci alacaklılar toplantısında iflâs idaresi⁹⁴ öncelikle, tasfiyenin yürütülmesi ve alacaklarla borçların durumuna dair ayrıntılı bir rapor verir (İİK m. 238/1). Bu kapsamda iflâs idaresi tarafından iflâs tasfiyesinin yapılışı, iflâs idaresinin o zamana kadar yaptığı tasarruflar, masanın aktif ve pasifleri, varsa istihkak iddiaları ve derdest davalar hakkında gerekli bilgiler sunulur⁹⁵. Daha sonra alacaklılar iflâs idaresini görevde bırakmak isterse bu hususta bir karar verir (İİK m. 238/2). İkinci alacaklılar toplantısında, iflâs idaresinin görevine devam etmesine karar verilebileceği gibi değiştirilmesine de karar verilebilir⁹⁶.

Alacaklılar toplantısında iflâs idaresinin görevden alınmasına karar verilirse, bu konudaki karar icra mahkemesine bildirilir; iflâs idaresinin görevden alınıp alınmayacağına ilişkin nihaî karar daha önce bu üyeleri seçmiş olan icra mahkemesi tarafından verilir⁹⁷. İkinci alacaklılar toplantısında görevine devam etmesine karar verilen iflâs idaresi, haklı ve makul gerekçelerin ortaya çıkması durumunda daha sonra yapılacak alacaklılar toplantısı ile de görevden alınabilir⁹⁸.

⁸⁹ DELİDUMAN, s. 94; BÜRGI, *SchKG*, Art. 253, Rn. 8; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 495; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 652; ORUÇ, s. 95. Yargıtay, 12. HD, T. 25.12.1975, E. 1975/11425, K. 1975/11230 sayılı kararında, "...İkinci alacaklılar toplantısının yetkisini, bu Yasa'nın 238. maddesi tayin etmiştir. Konu ile ilgili husus, masanın yararı için zorunlu gördüğü diğer her hususta gereken kararları alabilme olanağı, ikinci alacaklılar toplantısının yetkisi dahiline girmektedir. Bu halde, ikinci alacaklılar toplantısında, masanın yararı için müflis aleyhine açılmış davaların da müzakere konusu edilmesi olanağı vardır..." (Legalbank) ifadelerine yer vermiştir.

⁹⁰ POSTACIOĞLU, s. 172.

⁹¹ ERDÖNMEZ, s. 50-51. *Bauer ve Deliduman*, alacaklılar toplantıya çağrılırken davet ilânına görüşülecek tüm gündem konularının bir listesinin eklenmesi gerektiği, münferit gündem maddeleri hakkında tam bir bilginin ise gerekli olmadığı görüşündedir, BAUER, *BSK*, Art. 252, N. 3, a; DELİDUMAN, s. 85. Alacaklıların oylama konuları hakkında görüş oluşturabilmeleri için önceden bilgilendirilmeleri gerekli olabilir, KREN KOSTKIEWICZ, Art. 252, Rn. 4.

⁹² KURU, s. 3290; YILMAZ, *Şerh*, s. 1077; ÜSTÜNDAĞ, s. 184; PEKCANİTEZ, Hakan: *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1986 (Şikâyet), s. 49, dn. 37; DELİDUMAN, s. 112; ERDÖNMEZ, s. 64-65; BÜRGI, *SchKG*, Art. 253, Rn. 3, Art. 255, Rn. 5; SCHÖBER, *SK-SchKG*, Art. 255, Rn. 1; PEKCANİTEZ / SİMİL, s. 73, dn. 272; ORUÇ, s. 92.

⁹³ ERDÖNMEZ, s. 187; PEKCANİTEZ / SİMİL, s. 71, dn. 266. Sirküler yoluyla alınan kararlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. LORANDI, Franco: "Zirkularbeschlüsse im SchKG", *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ)*, 2019, Sayı 45, s. 31-40.

⁹⁴ Birinci alacaklılar toplantısı yapılamadığı için iflâs idaresi seçilemediyse, bu raporu iflâs dairesi düzenler, bkz. ERDÖNMEZ, s. 75.

⁹⁵ KURU, s. 3287; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 659; ERDÖNMEZ, s. 76.

⁹⁶ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 627; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 652; ERDÖNMEZ, s. 77 vd.; ÜSTÜNDAĞ, s. 182; DELİDUMAN, s. 96-97; ORUÇ, s. 94.

⁹⁷ ERDÖNMEZ, s. 78; TUNÇ YÜCEL, Müjgan: "İflâs İçerisinde Konkordato Konusunda Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 8, Sayı 107-108, s. 32. Mevaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'na göre iflâs idaresinin seçiminde icra mahkemesinin onayı gerekmeyip, alacaklılar toplantısı iflâs idaresini doğrudan seçmektedir (SchKG Art. 237/2). Bu sebeple hukuk sistemimizden farklı olarak İsviçre iflâs hukuk sisteminde iflâs idaresinin görevden alınması için icra mahkemesinin kararına gerek yoktur.

⁹⁸ ERDÖNMEZ, s. 78; TUNÇ YÜCEL, s. 32.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 308'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, “*konkordato süreci iflâsla sonuçlandırıldığı takdirde, iflâs kararını veren mahkeme tasfiyenin basit veya adi tasfiye usulüne göre yapılmasına ve gerektiğinde adi tasfiyenin komiserler tarafından yerine getirilmesine karar verir. Bu hâlde iflâs idaresine ait görev ve yetkiler komiserler tarafından kullanılır*”. Bu madde kapsamında asliye ticaret mahkemesince, iflâs idaresine ait görev ve yetkilerin konkordato komiserleri tarafından yerine getirilmesine karar verildiyse, ikinci alacaklılar toplantısının iflâs idaresini oluşturan ve asliye ticaret mahkemesince atanan bu kişileri görevden alıp alamayacağı sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce burada konkordato komiserlerinden oluşan iflâs idaresinin, icra mahkemesinin atadığı iflâs idaresinden hiçbir farkı yoktur. Bu hükmün amacı kanaatimizce usûl ekonomisi olup iflâs tasfiye işlemlerine bir an önce başlanmasıdır. Bu sebeple ikinci alacaklılar toplantısının iflâs idaresine ilişkin sahip olduğu yetkiler bakımından farklı bir kabule gerek yoktur. Bu bağlamda alacaklı özerkliği kapsamında ikinci alacaklılar toplantısında, konkordato komiserlerinden oluşan iflâs idaresinin de görevine devam etmesine, değiştirilmesine veya görevden alınmasına karar verilebilir.

Alacaklılar toplantısında iflâs idaresinin görevden alınmasına karar verilirse, yeni iflâs idaresinin nasıl seçileceği konusunda İcra ve İflâs Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yoktur. Özellikle Kanun'un 223'üncü maddesinin birinci ve sonuncu fıkralarının, ikinci ve sonraki alacaklılar toplantısında uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir. Bu hükmün ikinci ve sonraki alacaklılar toplantısında uygulanıp uygulanmayacağına tespiti önemlidir; zira iflâs idaresi adaylarının seçiminde Kanun'un 223'üncü maddesi farklı karar yeter sayısı ve iflâs idaresine seçilecek memurlar bakımından özel hususlar belirlemiştir. İflâs idaresini görevden alan alacaklılar toplantısı, aynı toplantıda görevden alınan üyeler yerine yeni adaylar göstermelidir. Alacaklılar toplantısı kanaatimizce, birinci alacaklılar toplantıda gösterilen adaylarla bağlı değildir. Yeni aday gösterilirken ise kanaatimizce Kanun'un 223'üncü maddesinin ilgili fıkraları dikkate alınmalıdır. Aksi kabul edilirse, genel kural olan alacak tutarı ekseriyetine göre seçim yapılacağından, iflâs idaresinin seçiminde alacaklı ekseriyetiyle belirlenen iki aday arasından seçilen bir iflâs idaresi memurunun iflâs idaresinde yer alması ile güdülen amaç ortadan kalkar⁹⁹. Ayrıca iflâs idaresinin masanın kanunî temsilcisi olduğu düşünüldüğünde, iflâs idaresi memurlarının Kanun'un belirlediği niteliklere sahip olması önemli ve hatta 223'üncü maddenin son fıkrasının lafzına bakıldığında zorunludur. Ancak ikinci alacaklılar toplantısında iflâs idaresi için aday gösterilmez veya gösterilemezse, bu durumda iflâs idaresinin görevden alınıp alınmayacağına ilişkin nihai kararı verecek olan icra mahkemesi kanaatimizce birinci alacaklılar toplantısında gösterilen yedek adaylar arasından atama yapmalıdır¹⁰⁰. Bunun dışında iflâs idaresi görevden alındığında, alacaklılar toplantısı yeni bir iflâs idaresi seçmek yerine tasfiyenin iflâs dairesi tarafından yürütülmesine de karar verebilir¹⁰¹. İkinci alacaklılar toplantısının tasfiyenin iflâs dairesi tarafından yürütülmesine karar vermesini engelleyen bir yetki sınırlaması olmadığından ve iflâs idaresinin seçilemediği durumlarda adi tasfiyeyi iflâs dairesi yürütmek zorunda olduğundan; kanaatimizce alacaklı özerkliği kapsamında bu yönde karar verilebilmesi de mümkündür.

Doktrinde alacaklılar toplantısı ile iflâs idaresinin kanunî yetkilerinin daraltılamayacağı; sadece ikinci alacaklılar toplantısına kanun tarafından bu hususta yetki tanınan hâllerde iflâs idaresinin yetkisine müdahale edilebileceği kabul edilmektedir¹⁰². Örneğin masa mallarının pazarlık yoluyla satışına

⁹⁹ İflâs idaresinin seçiminde hem alacak tutarının hem de alacaklı sayısının dikkate alınması ile güdülen amaç, yüksek miktarda alacağa sahip alacaklılar ile cüzi miktara sahip olup da sayısı fazla olan alacaklılar arasında denge kurulmaya çalışılmasıdır, ORUÇ, s. 137.

¹⁰⁰ Benzer yöndeki görüşü için bkz. ERDÖNMEZ, s. 80-81.

¹⁰¹ BERKİN, *İflâs İdaresi*, s. 156; ERDÖNMEZ, s. 78-79. *Yılmaz ve Oruç*, ikinci alacaklılar toplantısının bu konuda bir takdir yetkisine sahip olmadığı, tasfiyenin iflâs dairesi tarafından yürütülmesine karar veremeyeceği, tasfiyenin iflâs dairesi tarafından yürütülmesi isteniyorsa bu durumda alacaklılar toplantısında basit tasfiyeye karar verilmesi gerektiği görüşündedir, YILMAZ, Ejder: *İflâs İdaresi*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976 (İflâs İdaresi), s. 64; ORUÇ, s. 159. Ayrıca *Kuru ve Yılmaz*, birinci alacaklılar toplantısı yapılamadığından iflâs tasfiyesi ikinci alacaklılar toplantısına kadar iflâs dairesi tarafından yürütülüyse, ikinci alacaklılar toplantısının yapılamaması durumu hariç olmak üzere, ikinci alacaklılar toplantısında iflâs idaresi seçilmek zorunda olup, tasfiyeye iflâs dairesi tarafından devam edilmesine de karar verilemeyeceği görüşündedir, KURU, s. 3288, dn. 24; YILMAZ, *İflâs İdaresi*, s. 80, 151.

¹⁰² POSTACIOĞLU, s. 60.

karar verilmesi hâlinde iflâs idaresi artık malları açık artırma yoluyla satmamaktadır¹⁰³. Kanaatimizce alacaklı özerkliği kapsamında ikinci alacaklılar toplantısında alınan bir kararla iflâs idaresinin yetkilerinin sınırlandırılması mümkündür¹⁰⁴. Ancak böyle bir sınırlandırma söz konusu olursa, bu sadece tasfiyenin iç işleyişinde geçerli olup iflâs idaresinin üçüncü kişilerle sınırlamaların aksine yaptığı muameleler geçerliliğini korur¹⁰⁵. Alacaklılar toplantısı iflâs idaresi üyeleri arasında görev dağılımı yapılmasına da karar verebilir¹⁰⁶. İflâs idaresine ilişkin alacaklılar toplantısının sahip olduğu bu yetki, iflâs tasfiyesindeki alacaklı egemenliğinin bir sonucudur¹⁰⁷.

İcra ve İflâs Kanununun Tatbikatına Dair Nizamname'nin 56'ncı maddesine göre, iflâs dairesi, iflâs idaresinin görevini yapmadığını veya ihmal ettiğini gördüğü takdirde, alacaklıları iflâs idaresinin değiştirilmesine karar vermek üzere fevkalade bir toplantıya davet edebilir. Böyle bir ihtimâlde alacaklılar toplantısında iflâs idaresinin değiştirilmesine karar verilebilir. Alacaklılar toplantısının yapılması mümkün olmazsa, tasfiyeye iflâs dairesi tarafından devam edilir. Ancak doktrinde, 3222 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 227'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında yapılan değişiklikten sonra iflâs dairesinin iflâs idaresi üyelerinin değiştirilmesi için alacaklıları olağanüstü toplantıya çağırmasının artık mümkün olmadığı ifade edilmiştir¹⁰⁸. Zira iflâs idaresi üyelerinin görevine son verme ve yerlerine yenisini seçme yetkisi icra mahkemesine tanındığından, iflâs dairesinin iflâs idaresi üyelerinin değiştirilmesi için alacaklıları olağanüstü toplantıya çağıramayacağı, bunu icra mahkemesinden isteyebileceği belirtilmiştir¹⁰⁹. Kanaatimizce de İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikten sonra, iflâs dairesinin iflâs idaresi üyelerinin değiştirilmesini icra mahkemesinden istemesi gerekir.

3. Alınabilecek Diğer Kararlar

İkinci alacaklılar toplantısında masanın menfaati için gerekli görülen diğer hususlarda gerekli her türlü karar verilir (İİK m. 238/2). Bu anlamda ikinci alacaklılar toplantısında örneğin masaya giren mal ve hakların nasıl paraya çevrileceği hakkında karar alınır¹¹⁰. Masa mallarının pazarlık veya açık artırma yoluyla satılmasına karar verilebilir (İİK m. 241). İkinci alacaklılar toplantısında geçici dağıtma kararı alınabilir¹¹¹.

Adi tasfiyenin altı aydan uzun süreceği durumlarda basit tasfiye usûlünün uygulanmasına (İİK m. 256); müflisin yaptığı sözleşmelere girilmesine; duran hukuk davalarına devam edilip edilmeyeceğine (İİK m. 194); davaya devam etmeme kararı alınır ve bir alacaklı davayı takip etmek isterse davayı takip yetkisinin bu alacaklıya devredilmesine (İİK m. 245) ilişkin kararlar da ikinci alacaklılar toplantısında alınır¹¹². İcra ve İflâs Kanunu'nun 226'ncı maddesinin ikinci fıkrası kapsamında belirtilen tutardan fazla alacaklar hakkında iflâs idaresine, görülmekte olan bir davada sulh (feragat veya kabul¹¹³)

¹⁰³ POSTACIOĞLU, s. 60.

¹⁰⁴ DELİDUMAN, s. 49-50; ERDÖNMEZ, s. 67. *Deliduman*, alacaklılar toplantısının iflâs idaresinin yetkilerini teorik olarak sınırlandırmasının mümkün olduğu, ancak iyiniyetli üçüncü kişileri korumak bakımından alacaklılar toplantısında iflâs idaresinin masanın menfaatini gözeterek yapacağı işlemler konusunda yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin karar alınamayacağının kabul edilmesi gerektiği görüşündedir, DELİDUMAN, s. 50.

¹⁰⁵ POSTACIOĞLU, s. 61; BERKİN, *İflâs*, s. 322-323; BERKİN, *İflâs İdaresi*, s. 150.

¹⁰⁶ BERKİN, *İflâs*, s. 322; BERKİN, *İflâs İdaresi*, s. 150; ERDÖNMEZ, s. 106.

¹⁰⁷ ERDÖNMEZ, s. 77.

¹⁰⁸ KURU, s. 3186; ORUÇ, s. 263, 275.

¹⁰⁹ KURU, s. 3186; ORUÇ, s. 275.

¹¹⁰ DELİDUMAN, s. 106 vd.; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 627; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 472; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 653; ERDÖNMEZ, s. 108 vd.

¹¹¹ AŞIK, s. 276. *Aşık*, birinci alacaklılar toplantısında geçici dağıtma kararı alınmayacağı, zira geçici dağıtmanın acele iş niteliğinde olmadığı görüşündedir, AŞIK, s. 276-277.

¹¹² KURU, s. 3288; BERKİN, *İflâs*, s. 358; DELİDUMAN, s. 98 vd.; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 495; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 627; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 659-660; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 653; POSTACIOĞLU, s. 61.

¹¹³ Doktrinde sonuçları itibarıyla sulhe benzemeleri sebebiyle feragat ve kabul için de ikinci alacaklılar toplantısının izninin gerekli olduğu ifade edilmiştir, YILMAZ, *İflâs İdaresi*, s. 130-131; DELİDUMAN, s. 110; ERDÖNMEZ, s. 82.

olabilme ya da tahkim yapabilme yetkisi yine ikinci alacaklılar toplantısında verilebilir. Bu meblağa kadar olan alacaklar bakımından ise iflâs idaresi doğrudan bu yetkiye sahiptir. Ayrıca konusu mülkiyet olan istihkak iddiaları hakkındaki iflâs idaresi kararları (İİK m. 228), ikinci alacaklılar toplantısında nihaî olarak incelenir¹¹⁴. İflâs içi konkordato talep edildiye ve toplantı ilânında bu hususun görüşüleceği açıkça bildirildiyse, bu talep de ikinci alacaklılar toplantısında görüşülür (İİK m. 237/3).

İkinci alacaklılar toplantısının yapılması mümkün olmazsa, toplantıda karar verilmesi gereken bazı hususlar tasfiyenin başarılı olabilmesi için iflâs idaresi tarafından karara bağlanır¹¹⁵. Örneğin istihkak iddiaları hakkındaki nihaî kararlar veya duran hukuk davalarına devam edilip edilmeyeceği iflâs idaresince karara bağlanır¹¹⁶. Ancak sadece ikinci alacaklılar toplantısının yetkisi dahilinde olan kararları iflâs idaresi alamaz¹¹⁷. Örneğin Kanun'un 226'ncı maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen tutardan fazla olan alacaklar hakkında sulh (feragat veya kabul) olabilme yahut da tahkim yapabilme kararını iflâs idaresi veremez¹¹⁸.

İkinci alacaklılar toplantısında alınabilecek kararlar kanunda kısmen belirtilmiştir. Ancak ikinci alacaklılar toplantısında alınabilecek kararlar son derece geniş olup kanunda bir sınırlamaya tâbi tutulmamıştır. Doktrinde ise alacaklılar toplantısının, tasfiyenin amacına uygun kararlar alması gerektiği, bu şekilde alacaklı kararların alacaklıların alacaklarına kavuşmaları bakımından önemli olduğu ifade edilmiştir¹¹⁹.

C. İkinci Alacaklılar Toplantısında Alınabilecek Kararların Sınırı

1. Alacaklı Özerkliğinin Sınırı

İflâs tasfiyesinin en geniş yetkili organı ikinci alacaklılar toplantısıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 238'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, “*alacaklılar toplanması... masanın menfaati için zaruri gördüğü diğer hususlarda icap eden kararları verir*” demek suretiyle, ikinci alacaklılar toplantısının kanunda sayılan yetkilerinin tahdidi olmadığı ve iflâs tasfiyesi için gerekli gördüğü tüm kararları alabileceği anlaşılmaktadır. Kanun'un bu düzenlemesi, alacaklıların iflâs tasfiyesini bizzat idare etmeleri ve tasfiyeye hâkim olmaları, bir başka ifadeyle alacaklı özerkliği prensibine dayanmakta olup¹²⁰; bu hükümle alacaklı özerkliği prensibi güçlendirilmiştir¹²¹. O hâlde ikinci alacaklılar toplantısının gerekli kararları alabilmesi için geniş bir hareket serbestisi ve karar alma yetkisi mevcuttur¹²². Ancak alacaklılar sınırsız bir serbestiye de sahip değildir. Zira iflâs tasfiyesinin yürütülmesinin alacaklılara bırakılması prensipte doğru olmakla birlikte¹²³, bunun sınırsız bir şekilde uygulanması çeşitli sakıncaları meydana getirebilmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 238'inci maddesinde alınabilecek kararların sınırına sadece “*masanın menfaati*” şeklinde yer verilmiştir. Mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda (SchKG Art. 253/2) yer alan “*unbeschränkt-sınırsız*” ifadesinin, İcra ve İflâs Kanunu'muzun 238'inci maddesinin 2'nci fıkrasına

¹¹⁴ GÖRGÜN, Şanal L: *İflâta İstihkak Davası*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1977, s. 90; KURU, s. 3288; ÜSTÜNDAĞ, s. 182; DELİDUMAN, s. 100 vd.; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 659; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 653; ERDÖNMEZ, s. 87 vd. İstihkak iddialarının ikinci alacaklılar toplantısında karara bağlanması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÖRGÜN, s. 89 vd.

¹¹⁵ BELGESAY, s. 430; YILMAZ, *İflâs İdaresi*, s. 151; GÖRGÜN, s. 95-96; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 660; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 474.

¹¹⁶ YILMAZ, *İflâs İdaresi*, s. 151; GÖRGÜN, s. 95-96; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 660; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 474.

¹¹⁷ BELGESAY, s. 430; YILMAZ, *İflâs İdaresi*, s. 151.

¹¹⁸ YILMAZ, *İflâs İdaresi*, s. 151.

¹¹⁹ ERDÖNMEZ, s. 29.

¹²⁰ ÜSTÜNDAĞ, s. 183; PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 50; ORUÇ, s. 95.

¹²¹ ÜSTÜNDAĞ, s. 183; ERDÖNMEZ, s. 65.

¹²² ERDÖNMEZ, s. 65; ORUÇ, s. 95.

¹²³ BERKİN, *İflâs*, s. 66.

alınmayışı, iflâs hukuk sistemimizde alacaklılar toplantısı kararlarının hiçbir sınırlamaya tâbi olmadığı düşüncesini de bertaraf etmektedir. Zaten İsviçre ve Alman¹²⁴ iflâs hukuku sistemlerinde de alacaklı özerkliğinin sınırsız olmadığı görülmektedir. Özellikle iflâs tasfiyesinde iflâsın resmî organlarının da yer alması ve alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet yoluna başvurulabilmesi, mutlak bir alacaklı özerkliğinin kabul edilmediğini, karma bir sistemin mevcut olduğunu göstermektedir. Bu anlamda alacaklıların tasfiyenin yürütülmesinde mutlak bir özerkliğe sahip olmadığı, tasfiyeyi daha ziyade devlet kontrolü altında yönettikleri belirtilmiştir¹²⁵. Alacaklıların sahip olduğu özerkliğin sınırlarını kanun hükümlerinin yanı sıra bireysel alacaklılar ile alacaklı gruplarının sahip oldukları menfaatlerin, müflis ile üçüncü kişilerin menfaatlerinin ve kamu yararının çizdiği haklı olarak ifade edilmiştir¹²⁶.

2. Kanun Tarafından Yapılan Sınırlama

Alacaklı özerkliğinin sınırlarından ilki kanun tarafından yapılan kısıtlamalardır. Bunlar özellikle iflâs tasfiyesinin temel düzeni ile bazı yetkilerin alacaklılar toplantısından alınarak iflâs idaresine verilmesi şeklinde olur¹²⁷. Ancak elbette alacaklılar toplantısında tüm kanun hükümlerine uygun kararlar alınmalıdır. O hâlde ikinci alacaklılar toplantısına tanınan kendi kendini idare etme yetkisi, kanunu ihlâl etmek amacıyla kötüye kullanılamaz¹²⁸. Alınan kararlar kanunları ihlâl ettiği ölçüde hükümsüzdür¹²⁹ veya şikâyet yoluyla iptal edilir.

Alacaklılar toplantısı, kamu yararına getirilen kurallar ile kanunun verdiği yetkiler çerçevesinde ve üçüncü kişilerin haklarını ihlâl etmemek kaydıyla bir serbestiye sahiptir¹³⁰. O hâlde alacaklılar toplantısı, emredici normlara, kamu düzenine ve kanun hükümlerine aykırı davranamaz, kanunun belirlediği sınırı aşacak şekilde karar veremez¹³¹. Örneğin alacaklılar toplantısı ile rehinli malın, rehin sahibinin muvafakati olmadan, alacağını ödemeye yetmeyen bir bedelle pazarlık yoluyla satılmasına karar verilemez¹³² veya ikinci alacaklılar toplantısı masa tarafından takibine gerek görülmemeyen davaları takip etmek isteyen bir alacaklıya, dava takip yetkisini vermekten kaçınmaz¹³³. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 245'inci maddesinde, "alacaklıların masa tarafından neticelendirilmesine lüzum görmedikleri bir iddianın takibi hakkı istiyen alacaklıya devrolunur..." denilerek, bu konuda alacaklılar toplantısına bir serbesti bırakılmamıştır. O hâlde takip yetkisinin isteyen alacaklıya devredilmemesi, kanuna aykırılık oluşturur ve böyle bir karara karşı şikâyet yoluna başvurulabilir.

Alacaklılar toplantısı kararlarına getirilen bir sınırlama da iflâs idaresinin seçimi konusundadır¹³⁴. Alacaklılar toplantısı iflâs idaresinin seçiminde sınırsız bir özgürlüğe sahip değildir. Alacaklılar toplantısı ile iflâs idaresinin üç kişiden fazla olmasına karar verilemez. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nda

¹²⁴ Alman iflâs hukuku sisteminde, alacaklı özerkliği ilkesinin tüketicinin iflâsında büyük ölçüde geçersiz kılındığı ifade edilmiştir, ayrıca InsO § 245'in alacaklı özerkliğine ilişkin kanunî bir kısıtlama içerdiği belirtilmiştir, bkz. PAPE / REICHEL / SCHULTZ / VOIGT-SALUS, § 12, Rn. 13. Ayrıca Alman iflâs hukuku sisteminde alacaklı özerkliğinin sınırı olarak, hiçbir alacaklının iflâs planı ile plan olmadan önceki hâlden daha kötü bir duruma düşürülemeyeceği ifade edilmiştir, bkz. MAUS, Karl Heinz: "Schuldnerstrategien in der Unternehmensinsolvenz (Teil II)", *Deutsches Steuerrecht (DStR)*, 2002, Sayı 25, s. 1104.

¹²⁵ WYSS, s. 12; ERDÖNMEZ, s. 24.

¹²⁶ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN, Art. 253, Rn. 5; SPRECHER, s. 12; Rn. 29; WYSS, s. 11; SCHOBER, *SK-SchKG*, Art. 253, Rn. 8; ERDÖNMEZ, s. 25. Aynı görüşteki İsviçre Federal Mahkemesinin 09.11.1961 tarihli kararı: BGE 87 III 111 (Swisslex).

¹²⁷ SPRECHER, s. 13, Rn. 30.

¹²⁸ SPRECHER, s. 13, Rn. 31.

¹²⁹ Emredici normlara ve kamu düzenine aykırı kararlar verilmesi hâlinde kararın iptalinden değil, geçersizliğinden söz edileceği ve icra mahkemesinin iptal talep edilmese dahi re'sen alacaklılar toplantısı kararlarının geçersizliğine karar vereceği ifade edilmiştir, TUNÇ YÜCEL, s. 33, 36. Ancak icra mahkemesinin böyle bir kararı verebilmesi için dosyanın önüne gelmiş olması gerekir. Zaten hükümsüz olan işlemlerde kararın teknik anlamda şikâyet yoluyla iptali değil, hükümsüzlüğün tespiti söz konusudur, PEKCANITEZ / SİMİL, s. 138.

¹³⁰ BELGESAY, s. 431; DELİDUMAN, s. 41, 98, 141; ERDÖNMEZ, s. 65-66; SCHOBER, *SK-SchKG*, Art. 253, Rn. 9; TUNÇ YÜCEL, s. 33; ORUÇ, s. 95.

¹³¹ DELİDUMAN, s. 41; SCHOBER, *SK-SchKG*, Art. 253, Rn. 9; KREN KOSTKIEWICZ, Art. 253, Rn. 5; TUNÇ YÜCEL, s. 33.

¹³² BELGESAY, s. 431.

¹³³ POSTACIOĞLU, s. 86.

¹³⁴ SCHOBER, *SK-SchKG*, Art. 253, Rn. 10.

3222 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra iflâs idaresine kaç kişinin seçileceğini belirleme yetkisi alacaklılar toplantısından alınmış ve iflâs idaresinin üç kişiden oluşacağı açıkça düzenlenmiştir. Yapılan bu değişikliğin yerindeliği ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte¹³⁵, alacaklılar toplantısının yetkisine getirilen bu sınırlama iflâs tasfiyesinde alacaklı özerkliğinin sınırlanması anlamına gelmektedir. Zira iflâs idaresinin seçimi için ne kadar çok kriter getirilirse, alacaklılar toplantısının karar alma yetkisinin çerçevesi o kadar daralır ve alacaklı özerkliği sınırlanmış olur¹³⁶. Bu sebeple alacaklı özerkliğini sınırlayan bu tür müdahaleler istisnâi olarak kalmalıdır¹³⁷. Ayrıca birinci alacaklılar toplantısının sadece iflâs idaresine aday göstermesi, bu adaylar arasından üç kişinin icra mahkemesi tarafından iflâs idaresine seçilmesi (İİK m. 223) de alacaklı özerkliğine getirilen bir sınırlamadır¹³⁸. İcra ve İflâs Kanunu'nun 223'üncü maddesinde 3222 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce iflâs idaresini alacaklılar, birinci alacaklılar toplantısında, birinci alacaklılar toplantısı yapılamadıysa ikinci alacaklılar toplantısında seçmekte idi¹³⁹. Hangi usûlün daha isabetli olduğu bir yana, 1985 yılından yapılan bu değişiklikten önce alacaklı özerkliğine getirilmiş bir sınırlama bulunmamaktaydı.

7327 sayılı Kanun'la 223'üncü maddeye eklenen son fıkra ile de alacaklı özerkliğine bir sınırlama getirilmiş ve iflâs idare memurlarının bilirkişilik bölge kurulları tarafından oluşturulan iflâs idare memurları listesinden seçileceği düzenlenmiştir. Ayrıca bu şekilde seçilen iflâs idaresi memurlarından birinin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir, birinin ise hukukçu olması zorunludur. Görüldüğü üzere alacaklıların iflâs idaresine gösterecekleri adaylar bakımından getirilen bu düzenleme de alacaklı özerkliğini sınırlar niteliktedir. Her ne kadar iflâs idaresinin seçimi hususunda alacaklılar toplantısına bu tip sınırlamalar getirilse de, yine de alacaklılara seçim hakkı verilmiş olması alacaklı özerkliğinin bir yansımasıdır¹⁴⁰. Bu noktada doktrinde ifade edilen, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanacak uzman, bağımsız ve tarafsız kişilerden oluşan iflâs idaresi üyelerine ilişkin liste içinden iflâs idaresini direkt alacaklıların seçmesi önerisi, alacaklı özerkliğinin sağlanması bakımından daha isabetli olabilir¹⁴¹.

Alacaklılar toplantısının icra mahkemesi tarafından görevden alınan iflâs idaresini aynı şahıslarla tekrar seçebilmesi mümkün değildir¹⁴². Aksi ihtimâlde alacaklılar toplantısının icra mahkemesinin disiplin yetkisi üzerinde bir yetkisi söz konusu olur ve icra mahkemesinin resmî sıfatı ile bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkar¹⁴³.

Kanun tarafından getirilen bir diğer kısıtlama ise toplantı ve karar nisaplarıdır. Alacaklılar toplantısının yapılabilmesi ve karar alınabilmesi için gerekli olan toplantı ve karar nisabı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 221'inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir (ikinci alacaklılar toplantısı için İİK m. 237/4'ün, diğer alacaklılar toplantıları için İİK m. 240'ın yaptığı atf ile)¹⁴⁴. Kanun'un

¹³⁵ İflâs idaresine seçilecek üye sayısının tasfiyenin büyüklüğüne göre alacaklılar toplantısı tarafından belirlenmesi gerektiğine ilişkin bkz. ERDÖNMEZ, s. 99-100; YILMAZ, *İflâs İdaresi*, s. 74; ORUÇ, s. 140 vd.

¹³⁶ SPRECHER, s. 52, Rn. 167.

¹³⁷ SPRECHER, s. 85, Rn. 274.

¹³⁸ Birinci alacaklılar toplantısının iflâs idaresine aday göstermesi, üyelerin ise icra mahkemesi tarafından gösterilen adaylar arasından seçilmesine ilişkin sistemin İsviçre hukukundaki sisteme göre daha isabetli olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERDÖNMEZ, s. 98-99.

¹³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, *İflâs İdaresi*, s. 60 vd.

¹⁴⁰ ORUÇ, s. 90, 139.

¹⁴¹ ORUÇ, s. 139-140.

¹⁴² JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN, Art. 253, Rn. 6; POSTACIOĞLU, s. 86; BERKİN, *İflâs İdaresi*, s. 157; ERDÖNMEZ, s. 80; SCHÖBER, *SK-SchKG*, Art. 253, Rn. 10. *Yılmaz*, icra mahkemesinin iflâs idaresini görevden azletme yetkisi olmadığı, olması gereken bakımından ise kanunda bu yönde bir değişiklik yapılması gerektiği görüşündeydi, YILMAZ, *İflâs İdaresi*, s. 165-166. *Postacioğlu* ise icra mahkemesinin iflâs idaresini görevden azledebileceği görüşündeydi, POSTACIOĞLU, s. 60. 3222 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 227'nci maddesinde yapılan değişiklikle artık icra mahkemesinin iflâs idaresini teşkil edenlerin görevine son verebileceği pozitif bir düzenlemeye kavuşmuştur.

¹⁴³ POSTACIOĞLU, s. 86; ERDÖNMEZ, s. 80; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN, Art. 253, Rn. 6; SCHÖBER, *SK-SchKG*, Art. 253, Rn. 10.

¹⁴⁴ İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 235'inci maddesinin 3 ve 4'üncü fıkrasında birinci alacaklılar toplantısı bakımından toplantı ve karar nisabı düzenlenmiş olup, ikinci alacaklılar toplantısı için de 252'nci maddenin yaptığı atf ile birinci alacaklılar toplantısındaki nisaplar

221'inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre, “*Kendileri veya mümessilleri bulunan alacaklılar; malum alacaklar tutarının en az dörtte birini temsil etmesi halinde toplantı nisabı hasıl olur. Toplantıda bulunanlar beş kişiden az ise bunların, alacak tutarının yarısına sahip olması şarttır./Kararlar, alacak tutarı ekseriyeti ile alınır.*” Bu hüküm şekli hukuka ilişkin emredici nitelikte bir düzenleme olup alacaklılar tarafından farklı toplantı veya karar nisaplarının uygulanmasına karar verilmesi mümkün değildir. Doktrinde, bu nisapların gereksiz yere zorlaştırılmaması, alacaklılar toplantısının mümkün olduğunca iflâs tasfiyesi hakkında karar vermesini sağlamayı amaçlayan düzenlemeler getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁴⁵. Ancak alacaklı özerkliği, toplantıları nisapsız hâle getirmek anlamına da gelmemektedir. Amaç alacaklıları olabildiğince toplantıya katılmaya teşvik etmektir¹⁴⁶. Alacaklı özerkliğini güçlendirmek adına toplantıya katılmayan alacaklıların da toplantıda alınan kararlarla bağlı olduğu kabul edilmiştir¹⁴⁷.

İkinci alacaklılar toplantısında münhasıran iflâs idaresinin görevine giren konularda karar alınmaz¹⁴⁸. Örneğin ikinci alacaklılar toplantısında iflâsın kapanmasına, sıra cetvelinin değiştirilmesine veya sıra cetveline kabul edilen alacaklıların sıra cetvelinden çıkarılmasına karar verilmesi¹⁴⁹ mümkün değildir. Bir başka örnek olarak; alacaklılar toplantısında bütün alacaklılar anlaşsa dahi iflâs masasını üçüncü kişilere karşı alacaklılar temsil edemez, alacaklılar masa adına muamele yapamaz¹⁵⁰. Alacaklılar toplantısında böyle kararlar alınırsa kanuna aykırılık sebebiyle yine şikâyet yoluna başvurulabilir¹⁵¹.

3. Müflisin, Bireysel Alacaklıların veya Alacaklı Gruplarının, Üçüncü Kişilerin ve Kamunun Meşru Menfaatleri Sebebiyle Sınırlama

Alacaklılar, ikinci alacaklılar toplantısında tasfiyeyle ilgili karar alma hakkına sahiptir. Alacaklıların sahip olduğu bu özerklik doktrinde alacaklı demokrasisi olarak ifade edilmiştir¹⁵². Ancak bu demokrasinin çoğunluğun diktatörlüğüne dönüşmemesi gerektiği, çoğunluğun her şeyi azınlığa bir şey bırakmamasının önlenmesi gerektiği de haklı olarak kabul edilmiştir¹⁵³. Bu kabul ise alacaklı özerkliğinin sınırlanmasını gerekli kılmaktadır. Zira İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre iflâsın amacı, tüm alacaklılara iflâs masasından mümkün olan en yüksek ve eşit tatmini sağlamaktır¹⁵⁴. O hâlde özellikle toplantıda çoğunluğu oluşturan alacaklılar kendi yararlarına olup da azınlıkta kalan diğer alacaklıların zararına olacak şekilde diledikleri gibi hareket edemez¹⁵⁵. Bu anlamda çoğunluğu oluşturan alacaklıların bütün alacaklıların müşterek yararını gözetmek ve tasfiye amacına uygun kararlar almak zorunda olduğu ifade edilmiştir¹⁵⁶. Ayrıca alacaklılar toplantısı alacaklıların elinden alınması mümkün olmayan bireysel haklarına riayet etmek, iflâsın amacıyla bağdaşmayan tasarruflarda bulunmamak, İcra ve İflâs Kanunu'nda kendisine tanınan kapsamlı yetkiyi kötüye kullanmamak zorunda-

uygulanmaktadır. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 235'inci maddesinin 3 ve 4'üncü fıkrasına göre alacaklılar toplantısında uygulanan nisaplar şu şekildedir: “(3) Bilinen alacaklıların en az dörtte birinin hazır bulunması veya temsil edilmesi halinde toplantı yeterli çoğunluğa ulaşmış sayılır. Dört veya daha az alacaklının hazır bulunması veya temsil edilmesi halinde, bilinen alacaklıların en az yarısını oluşturmaları koşuluyla toplantı yapılabilir. (4) Toplantıda kararlar oy kullanan alacaklıların salt çoğunluğu ile alınır. Oyların eşitliği halinde Başkanın oy hakkı vardır. Oyların hesaplanmasında ihtilaf olması halinde, büro karar verir”. Görüldüğü üzere mehz İsviçre iflâs hukuk sisteminde, hukuk sistemimizden farklı olarak toplantı nisabında alacaklı sayısı esas alınmıştır. Türk iflâs hukuk sisteminde ise alacak tutarı esas alınmaktadır.

¹⁴⁵ WYSS, s. 70. Olması gereken bakımından getirilen öneriler için bkz. WYSS, s. 324 vd.

¹⁴⁶ WYSS, s. 70.

¹⁴⁷ WYSS, s. 70.

¹⁴⁸ POSTACIOĞLU, s. 86; ERDÖNMEZ, s. 55-56; TUNÇ YÜCEL, s. 31.

¹⁴⁹ SCHÖBER, *SK-SchKG*, Art. 253, Rn. 8; POSTACIOĞLU, s. 86; ERDÖNMEZ, s. 66; ÜSTÜNDAĞ, s. 183; ORUÇ, s. 95-96.

¹⁵⁰ BERKİN, *İflâs İdaresi*, s. 159; TUNÇ YÜCEL, s. 31.

¹⁵¹ ERDÖNMEZ, s. 67.

¹⁵² SPRECHER, s. 13, Rn. 32.

¹⁵³ SPRECHER, s. 13-14, Rn. 32; PAPE / REICHEL / SCHULTZ / VOIGT-SALUS, § 12, Rn. 13.

¹⁵⁴ İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 61 III 130 sayılı kararı için bkz. SPRECHER, s. 14, Rn. 33.

¹⁵⁵ POSTACIOĞLU, s. 86; BELGESAY, s. 432; ERDÖNMEZ, s. 66; PAPE / REICHEL / SCHULTZ / VOIGT-SALUS, § 12, Rn. 13; MAUS, s. 1107.

¹⁵⁶ BELGESAY, s. 432; ERDÖNMEZ, s. 66.

dır¹⁵⁷. Aksi takdirde alacaklılara kanun tarafından tanınan kendi kendilerini idare etme hakkının kötüye kullanılması söz konusu olur ve şikâyet yoluna başvurulabilir¹⁵⁸. Örneğin ikinci alacaklılar toplantısında bazı alacaklıların veya üçüncü kişilerin lehine ancak genel olarak tasfiyeye katılan alacaklıların açıkça aleyhine bir karar alınır, kendilerine tanınan yetki kötüye kullanılmış olur¹⁵⁹.

Alacaklılar toplantısında, müflisin ve üçüncü kişilerin de meşru menfaatleri dikkate alınmalıdır. Müflisin menfaatleri de alacaklıları gibi mümkün olan en avantajlı tasfiyeyi hedeflemektedir¹⁶⁰. Üçüncü kişilerin ise kanuna veya önceki alacaklılar toplantısı kararlarına dayanan hakları ihlâl edilemez¹⁶¹. Ayrıca alacaklı özerkliğinin sınırları bağlamında kamunun menfaatlerinin de dikkate alınması gerekir. Zira iflâs tasfiyesinin doğru bir şekilde yapılmasında kamunun da menfaati vardır. Bu hem hukukun üstünlüğünü, hem de kamuoyunun ve ekonominin iflâs sürecinin yasallığına olan güvenini güçlendirmektedir¹⁶².

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, iflâs tasfiyesi bitmeden hemen önce iflâs idaresinin görevden alınmasının zaman kaybına ve ilave masrafa yol açacağından hareketle, tasfiyenin sonuna gelinen durumlarda iflâs idaresinin görevini ihmal etmesi ve tasfiyeyi bitirememesi dışında görevden alınmayacağına karar vermiştir¹⁶³. Alacaklılar toplantısının iflâs idaresini görevden alma yetkisi, alacaklı özerkliği kapsamında mevcuttur. Yetkiye getirilen bu sınırlama ise doktrinde eleştirilmiş ve alacaklıların kendi kendilerini yönetme haklarının usûl ekonomisi gerekçesiyle sınırlandırılmaması gerektiği ifade edilmiştir¹⁶⁴. Doktrinde konuya ilişkin bir başka görüş ise ikinci alacaklılar toplantısının iflâs idaresini sınırsız bir şekilde görevden alıp alamayacağına ilişkin yapılacak tespit, alacaklı özerkliği ile tasfiyenin hızlı ve daha az masraflı sona ermesindeki alacaklı menfaatlerinin çatıştığı¹⁶⁵; bu kapsamda tasfiyenin daha hızlı ve daha az masrafla sona ermesindeki alacaklı menfaatinin tercih edilmesi gerektiği; her ne kadar tasfiyenin hâkimi alacaklılar olsa da iflâsın amacının göz ardı edilmemesi ve bu sebeple iflâs idaresinin somut olaya göre zorunlu sebeplerin varlığı hâlinde görevden alınabilmesi gerektiği; bu yetkinin kullanılması, tasfiyenin gecikmesine ve masrafların artmasına sebep olduğundan yetkinin sınırsız bir şekilde kullanılmayacağı yönündedir¹⁶⁶.

Kanaatimizce, iflâs tasfiyesinin daha hızlı ve daha az masrafla sona ermesinde alacaklıların olduğu kadar müflisin de menfaati vardır. Alacaklılar ne kadar çok tatmin edilirse, müflis de o oranda borcundan kurtulur. Bu sebeple alacaklıların mümkün olduğunca eşit ve en fazla şekilde tatmin edilmesini sağlamak gerekir. İflâs idaresinin görevden alınması ve yeni bir iflâs idaresi seçilmesi ek masraflara yol açar. İcra ve İflâs Kanunu'nda ikinci alacaklılar toplantısına tanınan iflâs idaresini görevden alma yetkisi, hiçbir kısıtlamaya tâbi değildir. Ancak böyle bir kısıtlama olmayışı, iflâs idaresinin istenildiği zaman ve herhangi bir gerekçe olmadan görevden alınabileceği anlamına da gelmez¹⁶⁷. Bu sebeple iflâs idaresinin görevini yerine getirirken ihmalde bulunması gibi görevine devam etmesinde sakınca olan bir durum mevcutsa, iflâs idaresi alacaklılar toplantısı tarafından görevden alınabilir. Ancak böyle bir durum yoksa iflâs idaresinin keyfi olarak görevden alınması, ikinci alacaklılar toplantısına tanınan takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını meydana getirir.

¹⁵⁷ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN, Art. 253, Rn. 6; ERDÖNMEZ, s. 66.

¹⁵⁸ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN, Art. 253, Rn. 6; POSTACIOĞLU, s. 86; PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 50; ERDÖNMEZ, s. 66; MAUS, s. 1107.

¹⁵⁹ POSTACIOĞLU, s. 86; ERDÖNMEZ, s. 182.

¹⁶⁰ SPRECHER, s. 14, Rn. 35.

¹⁶¹ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN, Art. 253, Rn. 5.

¹⁶² SPRECHER, s. 14-15, Rn. 37.

¹⁶³ Federal Mahkemenin 17.06.1983 tarihli Kararı: BGE 109 III 87 (Swisslex). Kararın eleştirisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERDÖNMEZ, s. 79-80.

¹⁶⁴ ERDÖNMEZ, s. 80. Konuya ilişkin doktrindeki diğer görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ORUÇ, s. 155 vd.

¹⁶⁵ KREN KOSTKIEWICZ, Art. 253, Rn. 4.

¹⁶⁶ ORUÇ, s. 157-158.

¹⁶⁷ SCHÖBER, *SK-SchKG*, Art. 255, Rn. 1.

Doktrinde ikinci alacaklılar toplantısında sadece pazarlık yoluyla satışa karar verilebileceği; bunun dışındaki bir satış şekli hakkında alacaklılar toplantısının karar alma yetkisinin olmadığı ifade edilmiştir¹⁶⁸. Özellikle paraya çevirme usûllerinden biri olan İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/a maddesinin iflâs tasfiyesinde uygulanıp uygulanmayacağı noktasında doktrinde görüş birliği yoktur. Doktrin-deki bir görüşe göre İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/a maddesinin iflâs tasfiyesinde uygulanması mümkün değildir; zira iflâs ile birlikte müflis sıfatını alan borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi sona ermektedir¹⁶⁹. Ayrıca pazarlık yoluyla satışın uygulama alanının genişliği sebebiyle borçluya satış yetkisi verilmesine gerek de yoktur¹⁷⁰. Bir diğer görüşe göre ise Kanun'un iflâs tasfiyesine ilişkin 242 ilâ 245'inci maddeleri arasında borçluya satış yetkisi verilebileceğine ilişkin 111/a hükmüne atıf yapılmasa da iflâsta paraya çevirme usûlünü belirleme yetkisi ikinci alacaklılar toplantısına ait olduğundan, borçlunun da kabul etmesi hâlinde Kanun'un 111/a maddesiyle bağlı olmaksızın paraya çevirme yetkisi müflise verilebilir¹⁷¹.

Kanaatimizce alacaklı özerkliği çerçevesinde ikinci alacaklılar toplantısında farklı paraya çevirme usûllerine karar verilebilmesi mümkündür. İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/a maddesi kapsamında haciz yoluyla takiplerde borçluya satış yetkisi verilebiliyorken veya cüz'i icrada dahi tüm alacaklılar isterse 119'uncu maddeye göre taşınır malın pazarlık yoluyla satışı mümkünken, alacaklı demokrasisinin geçerli olduğu iflâs tasfiyesinde farklı satış şekillerine karar verilebileceğinin evleviyetle kabulü gerekir. Paraya çevirme usûlünü belirleme yetkisi alacaklı özerkliği kapsamında ikinci alacaklılar toplantısına ait olduğundan, kanaatimizce alacaklılar pazarlık yoluyla satış dışında bir paraya çevirme usûlüne de karar verebilir. Bu anlamda örneğin alacaklılar, Kanun'un 111/a maddesiyle bağlı olmaksızın, bazı malların satış yetkisini müflise (müflis de kabul ederse) devredebilir¹⁷² veya açık artırma yoluyla satışta ihalenin yapılabilmesi için gerekli olan artırma bedeline ilişkin miktar (İİK m. 115), alacaklıların, müflisin ve ilgili üçüncü kişilerin aleyhine olmayacak şekilde değiştirilebilir. Buradaki sınır kanaatimizce bu kişilerin ve masanın menfaatlerinin ihlâl edilmemesidir. Bu sebeple ihalenin yapılabilmesi için teklif edilmesi gerekli olan miktarın düşürülmesi, örneğin malın değerinin muhammen kıymetinin yüzde kırkının teklif edilmesi hâlinde satışın yapılacağına karar verilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Ancak alacaklı özerkliği kapsamında bu miktarın yükseltilebileceğinin kabul edilmesi gerekir.

Özetle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 238'inci maddesinde ikinci alacaklılar toplantısına tanınan geniş karar alma yetkisi, kanunun aradığı çoğunluk gerçekleştiği müddetçe alacaklıların istediği tüm kararları alabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Alacaklılar karar alırken tasfiyeyi yönetme yetkisini kötüye kullanmamalı; diğer alacaklıları, müflisi veya üçüncü kişileri zarara sokma kastıyla hareket etmemeli, onların haklarını da dikkate almalıdır¹⁷³. Bu kişilerin menfaatlerine açık bir aykırılık durumunda, kararın iptali için şikâyet yoluna başvurulabilir¹⁷⁴. O hâlde alacaklılar toplantısının geniş karar alma yetkisinin sınırını hakkın kötüye kullanılması da oluşturmaktadır. Ayrıca alacaklılar toplantısında alınacak kararlar iflâs masasının yararı gözetilerek alınmalıdır.

Alacaklılar toplantısının alacaklı özerkliğinin sınırlarını göz ardı etmesi hâlinde, müflisin, azınlıkta kalan alacaklıların ve üçüncü kişilerin meşru menfaatlerinin çoğunluğun keyfiliklerinden korunması gerekir. Bu korunma ancak toplantıda alınan kararlara karşı bu kişilerin kendilerini savunma fırsatına

¹⁶⁸ BELGESAY, s. 431-432; POSTACIOĞLU, s. 173; ERDÖNMEZ, s. 112.

¹⁶⁹ PEKCANITEZ, Hakan: "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md. 111/a)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Sayı 1, s. 827-828; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 489; NAMLI, Mert: "Fransız Hukuku ile Karşılaştırılmalı Olarak Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (Rızaen Satış-İİK m. 111/A)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2023, Sayı 168, s. 322.

¹⁷⁰ NAMLI, s. 322.

¹⁷¹ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 629.

¹⁷² ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 629.

¹⁷³ PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 50; DELİDUMAN, s. 141; ERDÖNMEZ, s. 83; TUNÇ YÜCEL, s. 30.

¹⁷⁴ DELİDUMAN, s. 141.

sahip olması ile mümkündür¹⁷⁵. Bu savunma ise toplantıda alınan kararların şikâyet yoluyla denetlenmesiyle olur.

D. İkinci Alacaklılar Toplantısında Alınan Kararlara Karşı Şikâyet

1. Şikâyete İlişkin Hangi Hükümlerin Uygulanacağı Sorunu

Alacaklılar toplantısında alınan kararlar, bazı alacaklıların, müflisin veya üçüncü kişilerin kanunen korunan hak ve menfaatlerine aykırı olabilir. Her ne kadar iflâs tasfiyesinde alacaklı özerkliği mevcut olsa da, bu özerkliğin bazı sınırları mevcuttur. Bu sınırların dışına çıkıldığında, alacaklılar toplantısında alınan kararlara karşı şikâyet yoluna gidilip gidilemeyeceğinin tespiti gerekir.

Birinci alacaklılar toplantısı kararlarına karşı İcra ve İflâs Kanunu'nun 225'inci maddesinde şikâyet yoluna başvurulabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu maddede, alacaklılar toplantısında alınan kararlara karşı her alacaklının yedi gün içinde icra mahkemesine şikâyet yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Madde metninde sadece alacaklıların şikâyet hakkından bahsedilmiş olmasına rağmen, doktrinde birinci alacaklılar toplantısı kararlarına karşı, kararın hak ve menfaatlerini ihlâl etmesi hâlinde müflisin de şikâyet yoluna başvurmakta hukukî yararının olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁶.

İkinci ve sonraki alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet yoluna başvurulup başvurulamayacağına ilişkin açık bir hüküm İcra ve İflâs Kanunu'nda yoktur. Bu kapsamda doktrinde, ikinci alacaklılar toplantısının vermiş olduğu kararların tasfiyeyi şekillendirdiği; bu yüzden ikinci alacaklılar toplantısında verilmiş olan kararların icra mahkemesinin denetimine tâbi tutulmamasının uygun olmadığı ifade edilmiştir¹⁷⁷. Bu sebeple Kanun'un 225'inci maddesinin ikinci ve sonraki alacaklılar toplantısına da kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmiştir¹⁷⁸. Bir kısım yazarlar ise ikinci alacaklılar toplantısı kararlarına karşı başvurulacak şikâyet yolunda şikâyete ilişkin genel hüküm olan İcra ve İflâs Kanunu'nun 16'ncı maddesinin uygulanacağını ifade etmektedir¹⁷⁹. İsviçre hukukunda ise ikinci alacaklılar toplantısı kararlarına karşı gidilecek şikâyet yolunda, birinci alacaklılar toplantısı kararlarına karşı gidilecek şikâyet yolunu düzenleyen 239'uncu maddenin kıyasen değil; genel şikâyet yolunu düzenleyen 17'nci maddenin uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁸⁰.

İkinci ve sonraki alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet yoluna başvurulamayacağının kabulü, toplantıya tanınan geniş karar alma yetkisinin hiçbir sınırlamaya tâbi tutulmaması anlamına gelir. Alacaklı özerkliğine getirilen sınırların bir anlam ifade edebilmesi için alınan kararların denetlenmesi ve bu kapsamda şikâyet yoluna başvurulabilmesi önemlidir. O hâlde ikinci ve sonraki alacaklılar toplantısında alınan kararlara karşı şikâyet yoluna başvurulabileceği konusunda hiçbir tereddüt yoktur¹⁸¹. Zaten İcra ve İflâs Kanunu'nun 16'ncı maddesi kapsamında şikâyetin konusu icra ve iflâs organlarının işlemleridir. İkinci alacaklılar toplantısı da özel bir iflâs organı olduğundan, gerek 225'inci maddenin kıyasen uygulanması kabul edildiğinde gerek 16'ncı madde düzenlemesi kapsamında, ikinci alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet yoluna başvurulabileceğinin tereddütsüz kabulü gerekir. Varılan bu sonuç bakımından ikinci ve sonraki alacaklılar toplantısı kararlarına karşı başvurulacak şikâyet

¹⁷⁵ SPRECHER, s. 14, Rn. 34.

¹⁷⁶ BERKİN, *İflâs*, s. 321; PEKCANİTEZ, *Şikâyet*, s. 100-101; PEKCANİTEZ / SİMİL, s. 237; DELİDUMAN, s. 149; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 615; SCHÖBER / AVDYLI-LUGINBÜHL, *SK-SchKG*, Art. 239, Rn. 3.

¹⁷⁷ ÜSTÜNDAĞ, s. 145; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 652; ERDÖNMEZ, s. 176.

¹⁷⁸ AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 652; ERDÖNMEZ, s. 176; SPRECHER, s. 120, Rn. 406.

¹⁷⁹ KURU, s. 3289; DELİDUMAN, s. 154-155; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYYVAZ / HANAĞASI, s. 660; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 474; TUNÇ YÜCEL, s. 34.

¹⁸⁰ KREN KOSTKIEWICZ, Art. 253, Rn. 10; BÜRGI, *SchKG*, Art. 253, Rn. 13; RUSSENBERGER, Marc: "Art. 239", *SchKG*, Rn. 6; HEINEL, s. 495, Rn. 908. *Sprecher*, şikâyet süresi bakımından aynı sonuca varmaktadır, SPRECHER, s. 126-127, Rn. 429-430.

¹⁸¹ KURU, s. 3288-3289; ÜSTÜNDAĞ, s. 145-146; GÖRGÜN, s. 93; DELİDUMAN, s. 41, 142, 144; PEKCANİTEZ, *Şikâyet*, s. 49; PEKCANİTEZ / SİMİL, s. 73; RUSSENBERGER, *SchKG*, Art. 239, Rn. 6; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 628; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYYVAZ / HANAĞASI, s. 660; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 652.

yolunda hangi hükmün uygulanacağını tespiti, mevcut düzenlemede bir anlam ifade etmiyor gibi gözükebilir. Ancak yapılacak bu tespit daha sonra olası bir kanun değişikliği ile örneğin şikâyet süresinin değiştirilmesi gibi bir durumda önem arz eder. Örneğin mehz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda genel şikâyet süresi ile birinci alacaklılar toplantısı kararlarına karşı başvurulacak şikâyet süresi farklıdır (SchKG Art. 17 ile Art. 239). Bu kapsamda bakıldığında; İcra ve İflâs Kanunu'nun 225'inci maddesi, 16'ncı maddeye göre özel ve istisnai nitelikte bir hükümdür¹⁸². Kanun'un 237'nci maddesinde bu maddeye yapılmış herhangi bir gönderme yoktur. Birinci alacaklılar toplantısı için açıkça şikâyet yolunu düzenleyen kanun koyucunun, ikinci ve sonraki alacaklılar toplantısı için böyle bir düzenleme yapmayı kanaatimizce bilinçlidir. Bu sebeple bir iflâs organı olan ikinci alacaklılar toplantısı kararlarının denetlenmeyeceği ve şikâyete tâbi olmayacağı düşünülemeyeceğinden, burada şikâyete ilişkin genel hüküm olan 16'ncı maddenin uygulanacağını kabulü gerekir.

Alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet süresi, kararın alındığı tarihten itibaren 7 gündür¹⁸³. Ancak alacaklılar toplantısında alınan karar kamu düzenine aykırılık oluşturuyorsa bu durumda şikâyet süresizdir. İcra mahkemesinin şikâyet üzerine verdiği kararlar, İcra ve İflâs Kanunu'nun 363'üncü maddesinde sayılan istinafa başvurulabilecek kararlardan olmadığından, kesindir.

2. Şikâyet Yoluna Başvurabilecek Kişiler

Alacaklılar toplantısında alınan kararlar sadece alacaklıların değil, müflis ve üçüncü kişilerin menfaatlerini de etkiler. Özellikle tasfiye neticesinde ne kadar çok tasfiye payı elde edilirse müflis de o oranda borcundan kurtulacağından ve üçüncü kişilerin masaya karşı ileri sürdükleri iddialar bakımından nihai karar ikinci alacaklılar toplantısında verildiğinden, tasfiyenin hukuka ve tüm ilgililerin menfaatine uygun şekilde yürütülmesi önemlidir¹⁸⁴. Bu kapsamda ikinci alacaklılar toplantısında alınan kararlardan menfaati etkilenip de hukukî yararı bulunan tüm ilgililer şikâyet yoluna başvurabilir¹⁸⁵. O hâlde öncelikle, iflâs alacaklılarının ve müflisin icra mahkemesine şikâyet yoluna gidebileceğini söylemek gerekir¹⁸⁶. Ayrıca iflâs dairesi de İcra ve İflâs Kanunu'nun 223'üncü maddesinin 5'inci fıkrasının 1'inci bendi kapsamında, alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet yoluna başvurabilir¹⁸⁷.

Şikâyet yoluna başvurabilecek alacaklılar, ikinci alacaklılar toplantısına katılma hakkı olan iflâs alacaklılarıdır¹⁸⁸. Bu anlamda iflâs alacaklısı sıra cetvelinde kesin olarak reddedilirse alacaklı sıfatını ve şikâyet hakkını kaybeder¹⁸⁹. Alacağı tamamen reddedilip sıra cetveline karşı itiraz davası açan alacaklıların ise ikinci alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet yoluna başvurabileceği, ancak açtıkları sıra cetveline karşı itiraz davası tamamen reddedilen alacaklıların şikâyet yoluna başvuramayacağı doktrinde kabul edilmektedir¹⁹⁰.

¹⁸² DELİDUMAN, s. 154.

¹⁸³ KURU, s. 3165; DELİDUMAN, s. 155-156; ERDÖNMEZ, s. 188. Gerek Türk gerek İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda, şikâyet süresinin ne zaman işlemeye başlayacağına dair bir açıklık yoktur. Ancak hâkim görüş, tasfiyenin mümkün olduğunca hızlı sonuçlanabilmesi için sürenin toplantı tarihinden itibaren başlaması gerektiğini kabul etmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERDÖNMEZ, s. 187-188; DELİDUMAN, s. 155 vd.

¹⁸⁴ ERDÖNMEZ, s. 29, 178-179; PEKCANİTEZ, *Şikâyet*, s. 51, 100-101; PEKCANİTEZ / SİMİL, s. 75, 237.

¹⁸⁵ GÖRGÜN, s. 94; KURU, s. 3288-3289; DELİDUMAN, s. 149, 150; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZKES, s. 496; ERDÖNMEZ, s. 179; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 474.

¹⁸⁶ KURU, s. 3166, 3288-3289; BERKİN, *İflâs*, s. 321, 360; BELGESAY, s. 415-416; ÜSTÜNDAĞ, s. 145; GÖRGÜN, s. 93; PEKCANİTEZ, *Şikâyet*, s. 51, 100, 102; PEKCANİTEZ / SİMİL, s. 75; DELİDUMAN, s. 149; KREN KOSTKIEWICZ, Art. 253, Rn. 8; SPRECHER, s. 126, Rn. 424-426; RUSSENBERGER, *SchKG*, Art. 239, Rn. 25; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN, Art. 239, Rn. 3; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 660; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 474; TUNÇ YÜCEL, s. 35.

¹⁸⁷ Kanunda her ne kadar "itiraz" ifadesi kullanılsa da, bu ifadeden şikâyetin anlaşılması gerekir, YILMAZ, *İflâs İdaresi*, s. 88, dn. 44; DELİDUMAN, s. 150, ERDÖNMEZ, s. 181, dn. 296, KURU, s. 3166, PEKCANİTEZ / SİMİL, s. 254-255.

¹⁸⁸ ERDÖNMEZ, s. 177; PEKCANİTEZ, *Şikâyet*, s. 102.

¹⁸⁹ PEKCANİTEZ, *Şikâyet*, s. 102; PEKCANİTEZ / SİMİL, s. 240.

¹⁹⁰ KURU, s. 3284, dn. 8; ERDÖNMEZ, s. 178.

İflâs alacaklısı toplantıya katılıp da olumlu oy kullandıysa veya alınan karara zımnen katıldıysa artık bu karara karşı şikâyet yoluna başvuramaz¹⁹¹. Oylamaya katılmayan alacaklılar ile katılıp da karara açıkça itiraz etmiş olan alacaklıların ise şikâyet hakkı vardır¹⁹².

İflâs idaresinin alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet yoluna başvurup başvuramayacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre iflâs idaresi alacaklılar toplantısında alınan kararlarla bağlı olup bu kararların gereğini yerine getirmek zorunda olduğundan; şikâyet yoluna başvuramaz¹⁹³. Hatta birinci alacaklılar toplantısında iflâs idaresi seçilemediği için onun görevini yerine getiren iflâs idaresinin de bu sıfatla alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet yoluna başvuramayacağı kabul edilmektedir¹⁹⁴. Doktrinde tam tersi yöndeki görüş ise iflâs idaresinin alacaklıların menfaatini ihlâl eden alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet yoluna başvurabileceği yönündedir¹⁹⁵. Bu görüşe göre iflâs idaresinin alacaklılar toplantısı kararlarıyla bağlı olması ile bu kararlara karşı şikâyet yoluna başvurulabilmesi farklı şeyler olup kararın iptali hakkında karar verecek olan iflâs idaresi değil; icra mahkemesidir¹⁹⁶. Bu sebeple kanuna veya hadiseye uygun olmayan bir alacaklılar toplantısı kararına karşı iflâs idaresi şikâyet yoluna gidebilmelidir¹⁹⁷.

Kanaatimizce ikinci alacaklılar toplantısı kararlarına karşı hukukî yararı olan her ilgili, şikâyet yoluna başvurabileceğinden, iflâs masasının kanunî temsilcisi ve masanın menfaatlerini gözetmekle yükümlü olan (İİK m. 226/1) iflâs idaresinin de masa yararına bu yola başvurabileceğini kabul etmek gerekir. Eğer alacaklılar toplantısında alınan karar masanın açıkça menfaatine aykırı ise, bir başka ifadeyle alınan karar tüm masanın menfaatini ilgilendiriyorsa, iflâs idaresi kanaatimizce şikâyet yoluna başvurabilmelidir. Ancak karar tüm masanın değil; sadece birkaç alacaklının menfaatini ihlâl ediyorsa, bu durumda iflâs idaresi şikâyet yoluna başvuramamalıdır. Böyle bir ihtimâlde menfaati ihlâl edilen iflâs alacaklısı, zaten ikinci alacaklılar toplantısı kararına karşı şikâyet yoluna başvurabilmektedir.

Üçüncü kişilerin şikâyet yoluna başvurup başvuramayacağı hususu da aynı şekilde doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar üçüncü kişilerin ve bu kapsamda istihkak iddiasında bulunanların alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet yoluna başvurma hakkının olmadığını kabul etmektedir¹⁹⁸. Bir kısım yazarlar ise kanunen korunan hakları ihlâl edildiyse ve kararın iptalinde hukukî yararı varsa üçüncü kişilerin de şikâyete başvurabileceğini ifade etmektedir¹⁹⁹. Bu anlamda örneğin ikinci alacaklılar toplantısında iddiaları hakkında nihaî karar verilen istihkak iddiası sahipleri de şikâyet yoluna başvurabilir²⁰⁰. Kanaatimizce de hukukî yararı olan üçüncü kişiler ikinci alacaklılar toplantısında alınan kararlara karşı şikâyet yoluna başvurabilmelidir.

¹⁹¹ SCHOBER / AVDYLI-LUGINBÜHL, *SK-SchKG*, Art. 239, Rn. 2; SPRECHER, s. 126, Rn. 424; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN, Art. 239, Rn. 3; RUSSENBERGER, *SchKG*, Art. 239, Rn. 21; BERKİN, *İflâs*, s. 320; DELİDUMAN, s. 148; ERDÖNMEZ, s. 178; ÜSTÜNDAĞ, s. 145.

¹⁹² ERDÖNMEZ, s. 178.

¹⁹³ PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 103; PEKCANITEZ / SİMİL, s. 242; ERDÖNMEZ, s. 180.

¹⁹⁴ PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 103, 107; PEKCANITEZ / SİMİL, s. 242-243; ERDÖNMEZ, s. 180.

¹⁹⁵ YILMAZ, *İflâs İdaresi*, s. 135; DELİDUMAN, s. 151; ORUÇ, s. 257.

¹⁹⁶ DELİDUMAN, s. 151.

¹⁹⁷ DELİDUMAN, s. 151.

¹⁹⁸ ÜSTÜNDAĞ, s. 145; BERKİN, *İflâs*, s. 321; SCHOBER / AVDYLI-LUGINBÜHL, *SK-SchKG*, Art. 239, Rn. 4; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN, Art. 239, Rn. 3, Art. 253, Rn. 8.

¹⁹⁹ PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 104; PEKCANITEZ / SİMİL, s. 247; DELİDUMAN, s. 150; ERDÖNMEZ, s. 180; SPRECHER, s. 126, Rn. 426; FIORI, s. 106. *Fiori, Russenberger ve Deliduman*, müflisin ve üçüncü kişilerin sadece kanuna aykırılık sebebiyle şikâyet yoluna başvurabileceği, hadiseye uygun olmama sebebiyle kararın iptalini talep edemeyeceği görüşündedir, FIORI, s. 106; RUSSENBERGER, *SchKG*, Art. 239, Rn. 26; DELİDUMAN, s. 150.

²⁰⁰ GÖRGÜN, s. 93; KURU, s. 3288-3289; PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 104; PEKCANITEZ / SİMİL, s. 247; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 474. Yargıtay, 8. HD, T. 01.07.2020, E. 2019/1230, K. 2020/4332 sayılı kararında, "...üçüncü kişinin istihkak davası açması gerekirken, ikinci alacaklılar toplantısında alınan kararın kaldırılması için şikâyet yoluna başvurulmasının yasaya aykırı olduğu gerekçesi ile istinaf talebinin esaslan reddine karar verilmiştir...Somut olayda, istinafa konu edilen uyuşmazlık, İflas Müdürlüğü işlemine yönelik şikâyet olup, az yukarıda açıklanan 2004 sayılı İİK'nın 363/1. maddesi hükmü gereğince bu konuda İlk Derece Mahkemesince

3. Şikâyet Sebepleri

İkinci alacaklılar toplantısında alınan tüm kararlara karşı şikâyet yoluna başvurulabilir²⁰¹. Bu kapsamda alınan bir karar ile alacaklı özerkliğinin sınırları aşılsa şikâyet yoluna başvuru olarak kararın iptali istenebilir. Doktrinde ikinci alacaklılar toplantısında alınan bir karar ile alacaklı özerkliğinin sınırı aşılsa kanunun tanıdığı yetki kötüye kullanıldığından şikâyet sebeplerinden kanuna aykırılık gerekçesiyle şikâyet yoluna gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁰². Kanuna aykırılık ile kastedilen, İcra ve İflâs Kanunu'na, diğer kanunlardaki takip hukukuna ilişkin hükümlere, takip hukukunun yazılı olmayan temel prensiplerine, milletlerarası sözleşmelere, içtihadı birleştirme kararlarına ve iyiniyet kurallarına aykırılıktır²⁰³.

Alacaklılar toplantısına tanınan geniş karar alma yetkisinin sınırlarının aşıldığı her durumda kanuna aykırılık söz konusu olmayabilir. Kanuna aykırılık durumunda kararın şikâyet yolu ile iptal edilebileceğini söylemekte tereddüt yoktur. Ancak ikinci alacaklılar toplantısı kararlarında takdir yetkisinin sınırları aşılsa, alınan kararın hadiseye uygun olmaması²⁰⁴ sebebiyle iptal edilip edilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre, birinci alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet hem kanuna aykırılık hem de hadiseye uygun olmama sebebine dayanabilirken; ikinci alacaklılar toplantısının takdirine başka bir merci tarafından müdahale edilemeyeceği ve adi tasfiyeye alacaklıların egemen olduğu ifade edilerek alacaklıların takdirinin üstünde bir takdire yer verilmemesi gerektiği belirtilmiş; bu sebeple sadece kanuna aykırılık sebebiyle şikâyet yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir²⁰⁵. Birinci alacaklılar toplantısı bakımından ise toplantıyı oluşturan alacaklıların gerçekten alacaklı olup olmadıkları tam olarak belli olmadığından; acele hâllerde verdiği kararlar hadiseye uygun değilse veya kanuna aykırı ise şikâyet yoluna gidilebilir²⁰⁶. Bir diğer görüşe göre ise ikinci alacaklılar toplantısı kararlarına karşı hem kanuna aykırılık hem de hadiseye uygun olmadığı gerekçesiyle şikâyet yoluna başvurulabilir²⁰⁷. Zira ikinci alacaklılar toplantısının kararları hem müflis ve üçüncü kişilerin hem de alacaklıların menfaatlerini etkilediğinden, hadiseye uygun olmama sebebiyle şikâyet yoluna başvurulamaması durumunda iflâs tasfiyesinin amaca uygun yürütülmesinde menfaati olan bütün ilgililer zarar görür²⁰⁸. Bu sebeple her ne kadar iflâs tasfiyesinde alacaklı hakimiyeti söz konusu olsa da, alacaklılara mutlak bir serbesti tanınmamalı ve alacaklıların keyfi kararlar vermemesi için kararları hadiseye uygunluk açısından denetlenmelidir²⁰⁹.

İsviçre hukukundaki duruma baktığımızda; ikinci alacaklılar toplantısı kararlarına karşı, kararın hadisenin özelliklerine uygun olmadığı gerekçesiyle şikâyet yoluna gidilemeyeceğinin kabul edildiği görülmektedir. İsviçre Federal Mahkemesinin ikinci ve sonraki alacaklılar toplantısı kararlarının sadece kanuna aykırılık gerekçesiyle iptal edilebileceği, hadiseye uygun olmama sebebiyle iptal edilemeyeceği yönünde kararları bulunmaktadır²¹⁰. Bunun sebebi ise İsviçre İcra ve İflâs Kanunu ile

verilen kararlar kesin niteliktedir..." (Legalbank) diyerek, üçüncü kişinin ikinci alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet yoluna başvurup başvuramayacağı hususuna ilişkin bir değerlendirme yapmamış, yalnızca şikâyet üzerine verilen kararların kesin olması sebebiyle kanun yolu incelemesine tâbi olamayacağını değerlendirmiştir.

²⁰¹ PEKCANITEZ / SİMİL, s. 73.

²⁰² PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 50; ERDÖNMEZ, s. 183, 184; TUNÇ YÜCEL, s. 34.

²⁰³ PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 57-58; ERDÖNMEZ, s. 183; PEKCANITEZ / SİMİL, s. 82 vd.; DELİDUMAN, s. 145.

²⁰⁴ Hadiseye uygun olmama şikâyet sebebi, şikâyete tâbi işlemi yapan icra organına kanunun takdir yetkisi tanıdığı hâllerde söz konusu olur, bu şikâyet sebebiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ / SİMİL, s. 91 vd.

²⁰⁵ POSTACIOĞLU, s. 54, 85-86.

²⁰⁶ FIORI, s. 101; SCHOBER / AVDYLI-LUGINBÜHL, *SK-SchKG*, Art. 239, Rn. 1; RUSSENBERGER, *SchKG*, Art. 239, Rn. 14; PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 48-49; PEKCANITEZ / SİMİL, s. 71-72; DELİDUMAN, s. 144-145.

²⁰⁷ BERKİN, *İflâs*, s. 360; GÖRGÜN, s. 94; PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 51, 101; DELİDUMAN, s. 147; ERDÖNMEZ, s. 185-186; PEKCANITEZ / SİMİL, s. 75.

²⁰⁸ PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 51; DELİDUMAN, s. 147; ERDÖNMEZ, s. 186; PEKCANITEZ / SİMİL, s. 75.

²⁰⁹ ERDÖNMEZ, s. 186; PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 51; PEKCANITEZ / SİMİL, s. 75.

²¹⁰ Federal Mahkemenin 17.06.1983 tarihli kararı: BGE 109 III 87 (Swisslex). Aynı yöndeki bir başka Federal Mahkemenin 23.01.1975 tarihli kararı: BGE 101 III 52 (Swisslex). Yine Federal Mahkemenin 09.11.1961 tarihli Kararı: BGE 87 III 111 (Swisslex).

(SchKG Art. 253/II) alacaklılar toplantısına çok geniş bir takdir yetkisi tanınmış olması şeklinde ifade edilmiştir. Zira Kanun'da yer alan “*unbeschränkt-sınırsız*” ifadesi, ikinci alacaklılar toplantısının kararlarında yetkisinin sınırlandırılmamış olduğunu belirten bir ibaredir²¹¹. Bu sebeple ikinci alacaklılar toplantısı sadece kanunla bağlıdır ve başka bir denetime tâbi değildir. O hâlde İsviçre’de kabul edilen ağırlıklı görüşe göre ikinci ve sonraki alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikâyet yoluna sadece kanuna aykırılık sebebiyle başvurulabilir ve icra mahkemesi de kararın sadece kanuna aykırı olup olmadığını inceleyebilir²¹². Kararın hadiseye uygun olmadığı gerekçesiyle şikâyet yoluna ise başvurulamaz, icra mahkemesi de bu hususu inceleyemez²¹³. Bunun sebebi alacaklı özerkliğinin ikinci alacaklılar toplantısı düzeyinde daha da güçlendirilmek istenmesidir²¹⁴. Aksi durumda alacaklılar toplantısının sınırsız karar alma yetkisinin hiçbir önemi kalmaz²¹⁵, alacaklı özerkliği gereksiz yere kısıtlanmış olur ve icra mahkemesinin takdiri, iflâstan etkilenen alacaklıların takdir yetkisinin yerine geçer²¹⁶. Aynı yöndeki bir diğer görüşe göre de icra mahkemesi, denetim faaliyetlerinde alacaklılar toplantısının takdirine ve gerekçelerine mümkün olduğunca saygı göstermeli, ancak alacaklılar toplantısının takdirinde hukuka aykırılık söz konusu olduğunda kararı iptal etmelidir²¹⁷. Alacaklılar toplantısının takdir yetkisinin icra mahkemesi tarafından sınırsız bir şekilde kontrol edilmesi, alacaklılar toplantısı kararlarının bir onay prosedürüne tâbi olacağı anlamına gelir. Bu durum ise yasa koyucu tarafından alacaklılar toplantısına geniş karar alma yetkisi tahsis edilmesinin mantığına uymaz²¹⁸. Ancak doktrindeki bazı yazarlarca kanuna aykırılığın geniş bir şekilde anlaşılması gerektiği de ifade edilmiştir²¹⁹. İkinci alacaklılar toplantısı, usûl kurallarını veya alacaklıların bireysel haklarını göz ardı ederse yahut da iflâsın amacıyla açıkça bağdaşmayan bir önlem alırsa ve böylece İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’nun 253’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında kendisine verilen yetkileri kötüye kullanırsa, bir yasa ihlâli söz konusudur²²⁰. O hâlde bu görüşe göre kanuna aykırılık, takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını, takdir yetkisinin kapsamının aşılmasını, yazılı ve yazılı olmayan federal hukukun, kanton hukukunun ve uluslararası hukukun her türlü ihlâlîni de içerir²²¹. İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında, takdir yetkisinin kötüye kullanılmasının ve takdir yetkisinin sınırının aşılmasının, kanuna aykırılık kavramına girdiğine karar vermiştir²²².

Kanaatimizce, alacaklı özerkliği kapsamında ikinci alacaklılar toplantısına tanınan geniş karar alma yetkisi, bu yetkinin sınırsız ve keyfi bir şekilde kullanılabileceği anlamına gelmez. Bu sebeple kararların şikâyete konu olması ve takdir yetkisinin sınırlarının aşılp aşılmadığının denetlenmesi gerekir. Hatta bu geniş yetki sebebiyle yetkilerin kötüye kullanılma ihtimâli artacağından, kararlar mutlaka denetime tâbi tutulmalıdır²²³. Alacaklılar toplantısının takdir yetkisine dayanarak aldığı kararlar kanuna aykırı ise şikâyet yoluna başvurulabileceğini söylemekte tereddüt yoktur. Bunun dışında ikinci

²¹¹ FIORI, s. 101; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN, Art. 253, Rn. 4; BÜRGI, *SchKG*, Art. 253, Rn. 11.

²¹² FIORI, s. 101, 106; SCHÖBER, *SK-SchKG*, Art. 253, Rn. 13; KREN KOSTKIEWICZ, Art. 253, Rn. 5; VOCK, Dominik / MEISTER-MÜLLER, Danièle: *SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO*, 2. Baskı, Schulthess Juristische Medien, Zürich-Basel-Genf, 2018, s. 57; SPRECHER, s. 121, Rn. 408; WYSS, s. 133; HEINEL, s. 495, Rn. 908; BÜRGI, *SchKG*, Art. 253, Rn. 14.

²¹³ KREN KOSTKIEWICZ, Art. 253, Rn. 5; HEINEL, s. 495, Rn. 908; SPRECHER, s. 121, Rn. 408; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN, Art. 253, Rn. 4; BÜRGI, *SchKG*, Art. 253, Rn. 14; RUSSENBERGER, *SchKG*, Art. 239, Rn. 14. İsviçre iflâs hukukunda bu durumun tek istisnası olarak, ikinci alacaklılar toplantısının resmî olmayan iflâs idaresinin ve alacaklılar komitesinin seçimi ve onaylanması kararlarına (*Wahl- und Bestätigungsentscheide*) karşı, hadiseye uygun olmama gerekçesiyle şikâyet yoluna gidilebileceği ifade edilmiştir, bkz. SPRECHER, s. 122-123, Rn. 411 vd.; WYSS, s. 133; RUSSENBERGER, *SchKG*, Art. 239, Rn. 15-16.

²¹⁴ HEINEL, s. 495, Rn. 908; WYSS, s. 133.

²¹⁵ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN, Art. 253, Rn. 8.

²¹⁶ SPRECHER, s. 124, Rn. 421; RUSSENBERGER, *SchKG*, Art. 239, Rn. 14.

²¹⁷ SPRECHER, s. 125, Rn. 422.

²¹⁸ SPRECHER, s. 125, Rn. 422.

²¹⁹ VOCK / MEISTER-MÜLLER, s. 57.

²²⁰ KREN KOSTKIEWICZ, Art. 253, Rn. 6.

²²¹ VOCK / MEISTER-MÜLLER, s. 57; KREN KOSTKIEWICZ, Art. 253, Rn. 6.

²²² Federal Mahkemenin 23.01.1975 tarihli kararı: BGE 101 III 52 (Swisslex).

²²³ DELİDUMAN, s. 147.

alacaklılar toplantısında karar alma yetkisinin sınırlarının aşıldığı ve takdir yetkisinin kötüye kullanıldığı durumlarda da kararın şikâyet yoluyla denetlenmesi gerekir. Aksinin kabulü ilgililerin menfaatlerinin zarar görmesine sebep olur. Takdir yetkisinin sınırlarının aşılması ve takdir yetkisinin kötüye kullanılması sonucu yapılan işlemler ise hadiseye değil, kanuna aykırı olarak nitelendirilmektedir²²⁴. İkinci alacaklılar toplantısında alınan kararın hadiseye uygunluğu, bir başka ifadeyle takdir yetkisinin hadiseye uygun kullanılıp kullanılmadığı ise kanaatimizce icra mahkemesince denetlenemez. Aksi hâlde, iflâs tasfiyesinde alacaklı özerkliğin bir anlamı kalmaz ve icra mahkemesinin takdiri, alacaklıların takdirinin yerine geçmiş olur. O hâlde ikinci ve sonraki alacaklılar toplantısı kararları kanaatimizce sadece kanuna aykırılık ile takdir yetkisinin sınırlarının aşılması ve karar alma yetkisinin kötüye kullanılması durumlarında şikâyete tâbi olmalı, kararın hadiseye uygun olup olmadığına ilişkin bir inceleme ise icra mahkemesi tarafından yapılmamalıdır.

SONUÇ

Alacaklı özerkliği, iflâs sistemimizin belirleyici prensiplerinden biridir. Bu prensip iflâs alacaklılarının, alacaklılar toplantısına katılarak tasfiyenin yürütülmesine ilişkin karar alması ile temelde kendini gösterir. Özellikle ikinci alacaklılar toplantısına tanınan geniş karar alma yetkisi, alacaklı özerkliğinin bir sonucudur. Bu yetki sayesinde iflâs alacaklıları, tasfiyeye ilişkin her türlü kararı alabilir. Ancak İcra ve İflâs Kanunu’muzda alacaklıların bu yetkisine bir sınırlama getirilmeyişi, alacaklı özerkliğinin sınırsız mı uygulanması gerektiği ve özellikle takdir yetkisinin kötüye kullanıldığı durumlarda kararın şikâyet yoluyla iptal edilip edilemeyeceği sorularını akla getirir. Tespit edilen bu sorunlar kapsamında çalışmamızda özetle şu sonuçlara ulaşılmıştır:

1. Alacaklı özerkliği prensibi sınırsız değildir. Daha ziyade devlet kontrol ve gözetiminde alacaklı özerkliğinden bahsetmek doğru olur.

2. Alacaklı özerkliğinin sınırlarını kanun hükümleri, bireysel alacaklılar ile alacaklı gruplarının menfaatleri, müflis ve üçüncü kişilerin menfaatleri ile kamu yararı oluşturur. İflâs alacaklıları, sahip oldukları geniş karar alma yetkisini kötüye kullanamaz.

3. Alacaklı özerkliğinin sınırları aşılsa, ikinci alacaklılar toplantısında alınan kararlara karşı İcra ve İflâs Kanunu’nun 16’ncı maddesi kapsamında hukukî yararı olan her ilgili şikâyet yoluna başvurabilir. Bu anlamda iflâs alacaklıları, müflis, iflâs dairesi, hukukî yararı olan üçüncü kişiler ve kanaatimize alınan karar tüm masanın menfaatini ihlâl ediyorsa iflâs idaresi karara karşı şikâyet yoluna gidebilir.

4. İkinci alacaklılar toplantısında alınan tüm kararlara karşı şikâyet yoluna gidilebilir. Bu noktada kararlar kanuna aykırı ise şikâyet yoluna başvurulabileceğinde şüphe yoktur. İkinci alacaklılar toplantısında alınan kararların hadiseye uygun olmaması ise icra mahkemesi tarafından incelenemez. Aksi takdirde alacaklı özerkliğinin bir anlamı kalmaz ve icra mahkemesinin takdiri alacaklıların takdirinin yerine geçer. İkinci alacaklılar toplantısında alınan kararlar bakımından sadece takdir yetkisinin kötüye kullanılması ve alacaklı özerkliğinin sınırlarının aşılması durumu icra mahkemesince denetlenebilir ve şikâyete konu edilebilir. Aksinin kabulü hâlinde, alacaklı özerkliğinin sınırlarının aşılması ihtimâli denetimsiz kalır ve ilgililerin menfaatlerinin ihlâl edilmesi tehlikesi doğar.

²²⁴ PEKCANITEZ, *Şikâyet*, s. 62; PEKCANITEZ / SİMİL, s. 95.

KAYNAKÇA

- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *İcra ve İflâs Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- AŞIK, İbrahim / ORUÇ, Yakup / TOK, Ozan / SAÇAR, Ömer Faruk: *İcra ve İflâs Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- AŞIK, İbrahim: “İflâs Tasfiyesinde Geçici Dağıtma”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, Cilt 24, Sayı 1, s. 270-295.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- BAUER, Thomas / STAEHELIN, Daniel (Hrsg.): *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 2. Baskı, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017 (Yazar, BSK).
- BELGESAY, Mustafa Reşit: *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İkinci Cilt*, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1955.
- BERKİN, Necmeddin M.: “İflâs İdaresi ve İflâs İdare Memurlarının Vazifeleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1957, Cilt 22, Sayı 1-4, s. 150-166 (İflâs İdaresi).
- BERKİN, Necmeddin M.: *İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972 (İflâs).
- DELİDUMAN, Seyithan: *İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis: “İflâsın Hukukî Mahiyeti”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1994, Cilt 54, Sayı 1-4, s. 331-346.
- ERDÖNMEZ, Güray: *İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- FIORI, Silvio: *Die Gläubigerversammlung im schweizerischen Konkursrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 1905.
- GÖRGÜN, Şanal L: *İflâsta İstihkak Davası*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1977.
- HEINEL, Bastian: *Zwangsverwertung von Drittpfändern im Unternehmenskonkurs*, Schulthess Juristische Medien, Zürich-Basel-Genf, 2022.
- JAEGER, Carl / WALDER, Hans Ulrich / KULL, Thomas M. / KOTTMANN, Martin: *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II*, 4. Baskı, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1997/99.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta / VOCK, Dominik (Hrsg.): *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Baskı, Schulthess Juristische Medien, Zürich-Basel-Genf, 2017 (Yazar, SK-SchKG).
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: *SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erläuterungen*, 20. Baskı, Orell Füßli Verlag, Zürich, 2020.
- KURU, Baki: *İcra ve İflâs Hukuku, Cilt IV*, 3. Baskı, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1997.
- LORANDI, Franco: “Zirkularbeschlüsse im SchKG”, *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ)*, 2019, Sayı 45, s. 31-40.
- MAUS, Karl Heinz: “Schuldnerstrategien in der Unternehmensinsolvenz (Teil II)”, *Deutsches Steuerrecht (DStR)*, 2002, Sayı 25, s. 1104-1108.
- NAMLI, Mert: “Fransız Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (Rızaen Satış-İİK m. 111/A)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2023, Sayı 168, s. 313-360.
- ORUÇ, Yakup: *İflâs İdaresi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- PAPE, Gerhard / REICHEL, Daniel / SCHULTZ, Volker / VOIGT-SALUS, Joachim: *Insolvenzrecht*, 3. Baskı, Verlag C. H. Beck, München, 2022.
- PAPE, Gerhard: “Ungeschriebene Kompetenzen der Gläubigerversammlung versus Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters”, *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI)*, 2006, Sayı 2, s. 65-72.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- PEKCANITEZ, Hakan / SİMİL, Cemil: *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

- PEKCANITEZ, Hakan: “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md. 111/a)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Sayı 1, s. 819-848.
- PEKCANITEZ, Hakan: *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1986 (Şikâyet).
- POSTACIOĞLU, İlhan E.: *İflâs Hukuku İlkeleri, Cilt I: İflâs*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978.
- REINAU, Timon: *Der Vergleich im Konkursverfahren*, Dike Verlag, Zürich-St. Gallen, 2021.
- SCHMIDT, Karsten (Hrsg.): *Insolvenzordnung*, 20. Baskı, Verlag C. H. Beck, München, 2023 (SCHMIDT / Yazar, InsO).
- SPRECHER, Thomas: *Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung*, Schulthess Juristische Medien, Zürich-Basel-Genf, 2003.
- STAEHELIN, Adrian / BAUER, Thomas / STAEHELIN, Daniel (Hrsg.): *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Art. 221-352*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München, 1998 (Yazar, SchKG).
- STÜRNER, Rolf / EIDENMÜLLER, Horst / SCHOPPMAYER, Heinrich (Hrsg.): *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 4. Baskı, Verlag C. H. Beck, München, 2019 (Yazar, MüKoInsO).
- THOMA, Carl-Friedrich: *Insolvenzrechtliche Gläubigerautonomie im Gläubigerausschuss*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2019.
- TUNÇ YÜCEL, Müjgan: “İflâs İçeriği Konkordato Konusunda Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 8, Sayı 107-108, s. 25-38.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*, 8. Baskı, Yaylacık Matbaacılık, İstanbul, 2009.
- VOCK, Dominik / MEISTER-MÜLLER, Danièle: *SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO*, 2. Baskı, Schulthess Juristische Medien, Zürich-Basel-Genf, 2018.
- WYSS, Claudia: *Kollektive Beteiligungsrechte der Gläubiger im Konkurs- und Nachlassverfahren*, Schulthess Juristische Medien, Zürich-Basel-Genf, 2013.
- YILDIRIM, M. Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- YILMAZ, Ejder: *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016 (Şerh).
- YILMAZ, Ejder: *İflâs İdaresi*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976 (İflâs İdaresi).



Fuhuş Amacıyla İnsan Ticareti Suçunda Mağdurun Rızası^(*)



Consent of the Victim in the Crime of Human Trafficking for the Purpose of Prostitution

Meral BALCI



Doktor Öğretim Üyesi

Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Fuhuş,
İnsan Ticareti,
Cinsel Özgürlük,
Zorlama,
Rıza*

Öz

İnsan ticareti suçunda araç hareketlerin gerçekleştirilmesiyle kişinin irade özgürlüğünün ihlal edilmesi ve buna bağlı olarak asıl hareketlerin icra edilmesi söz konusudur. Araç hareketlerle mağdurun iradesine aykırı davranmasının sağlanması veya görünüşte rızasının elde edilmesi suçun tipikliği açısından belirleyicidir. Dolayısıyla hangi aşamadan itibaren araç hareketlerin böyle bir etkiyi ortaya çıkardığı rıza üzerine yapılacak değerlendirmede çözülmesi gereken bir sorundur. Nitekim fuhuş yaptırmak amacıyla kişinin tedarik edilmesi veya sevk edilmesi, ilgili kişinin özgür iradesine dayanma şartına bağlı olarak, suçu değiştirmektedir. Fuhuş amacıyla insan ticareti suçunda rıza konusu sadece araç hareketlerle ilişkisi üzerinden ele alınmayacak, aynı zamanda sömürü süreci de dâhil edilerek konuya daha geniş bir perspektiften yaklaşmaya çaba gösterilecektir. Çalışmada özellikle insan ticareti suçu mağdurundan fuhuş amacıyla faydalanan ve karşı konulamayacağını bilerek cinsel davranışların gerçekleştirilmesini sağlayan kişinin ceza sorumluluğu cinsel anlamda kendi geleceğini belirleme hakkının kapsamına dikkat çekilerek ve Alman Ceza Kanunu'nda buna yönelik suç düzenlemesi üzerinden somutlaştırılarak incelenecektir.

Keywords

*Prostitution,
Human Trafficking,
Sexual Freedom,
Coercion,
Consent*

Abstract

In the crime of human trafficking, there is a violation of the person's freedom of will by committing deceptive and coercive acts and accordingly, the main acts are committed. Ensuring that the victim consent against his/her will through such acts is decisive in terms of the typicality of the crime. In particular, the procurement or transport of a person for the purpose of prostitution changes the crime, depending on the free will of the person concerned. The issue of consent in the crime of human trafficking for the purpose of prostitution will not only be addressed through its relationship with deceptive and coercive acts, but also the exploitation process will be included and an effort will be made to approach the issue from a broader perspective. In the paper, the criminal responsibility of the person who takes advantage of the victim of the crime of human trafficking for the purpose of prostitution will be examined.

(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 14.05.2024, Kabul Tarihi: 12.07.2024.



GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 80'de düzenlenen¹ insan ticareti suçunun oluşması için araç ve asıl (amaç) hareketlerin varlığına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu bağlamda hem manevi unsur bakımından failin belli bir amaçla hareket etmesinin, hem de hareket unsuru açısından araç hareketlerin gerekli kılınmasıyla kapsamının sınırlandırıldığı² söylemek mümkündür. Göçmen kaçakçılığı suçuyla benzer yönleri bulunan³ insan ticareti suçunun⁴ karakteristik özelliği, suça konu olan kişilerin aynı zamanda suçun mağduru olmaları ve bu suçun onların iradelerini etkileyen araç hareketlerin gerçekleştirilmesi suretiyle işlenebilmesidir. Bu yönüyle bağlı ve birden fazla hareketli⁵ bir suç olarak düzenlenen insan ticaretinde kişinin zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla⁶ ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden başka bir yere götürülmesi veya sevk edilmesi ya da barındırılması ancak araç hareketlerin varlığı halinde tipikliği oluşturmaktadır.

Mağdurun belli şekilde davranmasının sağlanmasında herhangi bir nedenin varlığı yeterli görülmemiş ve bu konuda sınırlamaya gidilmiştir. Söz konusu araç hareketler özünde insan iradesini hedef almakta olup, insan ticaretine konu kişilerin iradelerini etkilemeye yönelik bu hareketler kanunda

¹ Düzenlemenin dayanağını Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve bu Sözleşme'ye ek İnsan Ticaretinin, Öncelikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol hükümleri çerçevesinde taraf devletlere yönelik öngörülen yükümlülükler (m. 5) oluşturmaktadır. Protokol m. 3a'ya göre: "İnsan ticareti", kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir. İstismar terimi, (exploitation) asgari olarak, başkalarının fuhuşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, esareti veya esaret benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içerecektir". Uluslararası alandaki ortak tanıma ilişkin duyulan ihtiyacın sonucu olarak görülen bu düzenlemeye yönelik eleştiri için bkz. SOBIR, Olimjon: "Kanunilik İlkesi Bağlamında İnsan Ticareti Suçu", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2022, Sayı 193, s. 102 vd. Protokol'de yer alan istismar kavramının açık şekilde tanımlanmadığı hakkında bkz. UZUN, Ekin Deniz: "Perils of Mismatching Human Trafficking For Sexual Exploitation and Sex Work: In The Shade of Definitional Perplexities of The Trafficking Protocol", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 19, Sayı 1, s. 233. Yazar başta istismar (sömürü) olmak üzere insan ticaretiyle ilgili terimlerin netlikten yoksun olmasının, kavramın ana unsurlarını açık uçlu bıraktığını ve bunun da insan ticaretini karmaşık bir olgu haline getirdiğini belirtmiştir. UZUN, s. 233.

² Uluslararası alanda insan ticareti kavramının daha dar bir çerçevede ele alınmakla birlikte devletlerin iç hukuklarında kavramın daha kapsamlı yer bulduğu yönünde bkz. BARTSCH, Tillmann / LABARTA GREVEN, Nora / SCHIERHOLT, Johanna / TRESKOW, Laura / KÜSTER, Robert / DEYERLING, Lena / ZIETLOW, Bettina: *Evaluierung der Strafvorschriften zur Bekämpfung des Menschenhandels (§§ 232 bis 233a StGB)* Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022, s. 29. İnsan ticaretine ilişkin farklı hukuk sistemleri ve dava örnekleri için bkz. AVCI, Maya: "Human Trafficking under the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children and Its Implementation in Different Jurisdictions", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 15, Sayı 195-196, s. 1675 vd.

³ Suçlar arasındaki benzerlik ve farklılıklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN, Çetin: "İnsan Ticareti Suçu (TCK m.201/b)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 53, Sayı 4, s. 25 vd.; SUMMERER, Kolis: "Köleliğin Çağdaş Şekilleri, İnsan Ticareti ve Cinsel İstismarla Mücadele Bağlamında Kadınların Korunması: İtalyan Mevzuatındaki Reformlar", (Çev.) ÖNOK, Murat, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2006, Sayı 7, s. 133; DEĞİRMENCİ, Olgun: "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 67, s. 59 vd.

⁴ İnsan ticaretinin kavramsal gelişimi hakkında bilgi için bkz. SOBIR, s. 99 vd. İnsan ticareti ve kölelik ilişkisi hakkında SUMMERER, s. 131. İnsan ticareti yerine insan yağması (sömürüsü) kavramının daha yerinde olduğu yönünde KOCA, Mahmut: "İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK m. 201b)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 52, Sayı 2, s. 142. Sömürü kavramı hakkında ayrıca bkz. RENZIKOWSKI, Joachim: "Freierbestrafung - Ja oder Nein?", *Tagungsbeitrag 2006, Zehn Jahre Aktionsbündnis gegen Frauenhandel, 2000 - 2010 Eine Dokumentation*, 2010 (Freierbestrafung), s. 39; BÜRGER, Sebastian: "Die Neuregelung des Menschenhandels Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und Schaffung eines stimmigen Gesamtkonzepts?", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2017, Sayı 3, s. 175. Alman Ceza Hukuku'nda insan ticareti kavramı Alman Ceza Kanunu'nun (ACK) 232 ile 233a maddelerinde yer alan tüm hükümleri kapsayacak şekilde kullanılmıştır. ACK m. 233'te emeğin sömürülmesi amacıyla insan ticareti suçu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye yönelik benzer yönde değerlendirme ve bu suçla korunan hukuksal değerinin insan onuru olduğu hakkında bkz. KUDLICH, Hans: "§ 233 Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft", LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm / RISSING-VAN SAAN, Ruth / TIEDEMANN, Klaus (Ed.): *Leipziger Kommentar Band 7/2 §§ 232-241a*, 12. Baskı, De Gruyter, Berlin-München, Boston, 2015 (Yazar, LK), s. 31.

⁵ Farklı yönde KURT, Gülşah: "İnsan Ticareti Suçu", (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku, Cilt:1, Uluslararası Suçlar*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 178.

⁶ Birbirleriyle ilgisi olmayan amaçların aynı maddede belirtilmesinin ve aynı suç kapsamında yer almalarının uygun olmadığı yönünde bkz. KOCA, s. 144. Bu unsur bağlamında Protokol ile TCK m. 80 arasındaki uyumsuzluğa yönelik değerlendirme için bkz. SOBIR, s. 105. İnsan ticareti olgusunun dinamik olması, suçun yeni biçimlerinin sürekli ortaya çıkması nedeniyle suçun işleme amaçlarına yönelik listenin açık tutulması gerekliliğine dikkat çekilmiş ve cinsel sömürü amacıyla özellikle kadın ve çocuk ticareti kapsamında "sivil" fuhuş yaptırmak, savaşı alanlarında ve askeri birliklerin bulunduğu yerlerde fuhuş yaptırmak, seks turizmini organize etmek, pornografi üretimi değerlendirilmiştir (SOBIR, s. 105).

“tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle” şeklinde belirtilmiştir⁷. Bu hareketlerin ortak özelliği, harekete maruz kalan kişinin iradesini kontrol altına almak ve böylelikle özgür karar verebilme hakkına engel olmaktır⁸. Çünkü söz konusu hareketler farklı şekilde gerçekleştirilmelerine rağmen, insan ticaretine konu kişiye maddi veya manevi zorlama uygulamak ya da iradesini herhangi bir şekilde fesada uğratmak temeline dayanmaktadırlar⁹.

Çalışmanın çıkış noktasını bu husus oluşturmaktadır ve mağdurun irade özgürlüğü esas alınarak hangi durumlarda buna yönelik bir engelin bulunduğu incelenecektir. Bu yönüyle konu rızanın varlığı meselesini ilgilendirmektedir. Suç tipinde birden fazla amaca yer verilen insan ticaretinde konu, fuhuş amacıyla gerçekleştirilen şekli üzerinden somutlaştırılacaktır. Böyle bir belirlemede, insan ticareti suçuyla daha etkin bir mücadelenin sağlanması çabaları arasında özellikle fuhuş amacıyla insan ticareti mağdurunun durumunu bilerek bundan faydalanan kişilerin cezalandırılabilirliği meselesinin zamanla daha fazla gündem oluşturmaya başlaması etkili olmuştur. Özellikle Alman ceza hukuku öğretisinde konuyla ilgili detaylı çalışmalar bulunmakla birlikte, Türk ceza hukukunda konu hakkında henüz yeterli inceleme bulunmamaktadır. Böyle bir fiilin ayrıca bir suç olarak düzenlenmesi gerekliliği üzerinden sürdürülen tartışmalar, korunan hukuksal değer dikkate alınarak fiilin haksızlığının cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar içerisinde tüketilebilirliği bağlamında incelenecektir. Fuhuş amacıyla insan ticareti odaklı bu çalışmada gözetilen amaç, insan ticareti suçunun kapsamından ziyade cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar alanında rızanın geçerliliği meselesinin önemine dikkat çekmektir. Suçun mağduru olarak yetişkinler dikkate alınacak olup, çocuklar açısından değerlendirmeye ayrıca yer verilmeyecektir.

I. İNSAN TİCARETİ SUÇUNDA ARAÇ HAREKETLER VE MAĞDURUN İRADESİNE YÖNELİK ETKİLERİ

A. Genel Olarak

İnsan ticaretinde sömürü yalnızca suça konu edilen mağdurdan yararlanılması ve mağdurun belli amaçlarla tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden başka yere götürülmesi, barındırılması sürecini içermemekte, bunun da öncesinde mağdurun söz konusu hareketlere karşı koymaması ve buna yönelik iradesinin yönlendirilmesi sürecini de kapsamaktadır¹⁰. Bu yönlendirici süreçte, gerçekleştirilen araç hareketle mağdurun sömürülmesine izin vermesi kolaylaştırılarak kişisel özgürlüğü kısıtlanmaktadır¹¹. Dolayısıyla ilgili hareketlerin insan ticareti bağlamında yer alan amaç hareketlerle arasında nedenselliğin bulunması gereklidir. Diğer bir ifadeyle, araç hareketlerin kullanılma nedeni asıl hareketlerin gerçekleştirilmesinin sağlanmasına yönelik olmalıdır¹². Bununla birlikte suçun gerçekleşmesi açısından söz konusu

⁷ Karşılaştırmalı hukukta araç hareketlerin çeşitliliğine dair bkz. YENİDÜNYA, A. Caner: *İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007 (İnsan Ticareti), s. 189-190. Protokol’de ise araç hareketler, “kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidi veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama” şeklinde belirtilmiştir. Ancak başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama TCK’da insan ticareti suçu bakımından açıkça düzenlenmemiş, bunun yerine kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek ifadesine yer verilmiştir. Protokol ile TCK m. 80 arasındaki araç hareketlerin farklılıklarına yönelik değerlendirme için bkz. KURT, s. 193; KOCASAKAL, Ümit: “İnsan Ticareti Suçu (TCK 201/b)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Sayı 2, s. 65; YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 48; SOBIR, s. 105.

⁸ DEĞİRMENCİ, s. 72.

⁹ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M. Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 118; DEĞİRMENCİ, s. 81.

¹⁰ Benzer yönde değerlendirme için bkz. JOERDEN, Jan C. / WROBEL, Sebastian: “Alman Ceza Hukukunda İnsan Ticareti Suçuna Genel Bir Bakış”, (Çev.) ÜNVER, Yener, *Hukuk Köprüsü*, 2014, Cilt 7, Sayı 7, s. 99. Genellikle örgüt kapsamında işlenen insan ticaretinin temelini mağdurların daha sonra istismar edilmek üzere temin edilmesiyle oluşturulduğu ve bu nedenle böyle bir yaklaşımın yerinde olduğu yönünde BÜRGER, s. 170. Yazar insan ticareti kapsamında söz konusu hareketlerin bağımsız bir suç olarak düzenlenmesinin aynı zamanda insan ticaretinde cezalandırılabilirliğine önüne çekilmesi anlamına geldiğine vurgu yapmıştır. BÜRGER, s. 177.

¹¹ BÜRGER, s. 177.

¹² Bunun basit bir etki şeklinde ifade edilemeyeceği yönünde bkz. KUDLICH, LK, § 233, s. 34. Belirtilen hareketler ihmalî nitelikte olmayıp, aktif davranışı gerektirmektedirler ki mağdurun karar verme özgürlüğü üzerinde sonuç doğurabilmeleri buna bağlıdır. BÜRGER, s. 174.

araç hareketlerin gerekliliği noktasında kanun koyucu mağdurun yaşını esas alarak belirlemede bulunmuş ve çocukların suçun konusunu teşkil etmeleri halinde araç hareketlerin icra edilmesini suçun ortaya çıkması açısından zorunlu görmemiş¹³, mefruz cebrin varlığını kabul etmiştir¹⁴. Böylece iradeyi etkileyen araç hareketler bağlamında çocuğun iradesinin geçerli olup olmadığına yönelik tartışmaların önüne geçilerek, kesin bir sınır çizilmiştir. Bunun aynı zamanda çocuk hakkında rıza açıklamasında bulunan ebeveynler için de anlam ifade ettiği söylenebilecekse de, çocuğun korunan hukuksal değerleri çerçevesinde, verilen rızanın geçerli olabileceğinden söz edilemez. Söz konusu husus, ebeveynin rıza açıklamasının araç hareketlerle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bağlı olmaksızın geçerlidir¹⁵.

Mağdurun iradesini yönlendirici etkiye sahip olan araç hareketler, bunu farklı şekilde gerçekleştirmekle birlikte aynı sonucu ortaya çıkarmaktadırlar¹⁶. Kanun koyucu ilgili hareketler arasındaki haksızlık içeriğinin farklılığına¹⁷, hareketlerin araçsallığı açısından önem atfetmemiştir. İnsan ticareti suçu kapsamında yer alan araç hareketlerin özünde zorlama veya aldatma unsuru bulunduğundan, hareketler arasındaki tasnif, bu belirlemeye göre yapılacaktır.

B. Zorlayıcı Nitelikteki Araç Hareketler

Zorlama durumunda mağdur, isteyerek hareket edip etmediğine bakılmaksızın, zorlamanın iradesini yerine getirmektedir¹⁸. Diğer bir ifadeyle, fail kendi düşüncelerini veya amaçlarını mağdurunkilerin önüne geçirdiği veya onlara hükmettiği bir durum yaratmaktadır¹⁹. Araç hareketler dikkate alındığında, mağdurun iradesi üzerindeki yönlendirmenin en yoğun şekilde ortaya çıktığı hareketler olarak şiddet ve cebrin öncelik kazandığını söylemek mümkündür. Özellikle şiddet, cebir ve tehdidin hareket

¹³ Bu düzenlemenin yerinde olmadığı, çocuklar açısından da ayırım yapılması gerektiği hakkında bkz. KOCA, s. 148; YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 178. Çocukların iradelerinin yönlendirilmesinin daha kolay olması nedeniyle araç hareketlerin uygulanmasına gerek olmadığı yönünde BÜRGER, s. 171-172. ACK'da bu, insan ticareti kapsamında yer alan düzenlemelerde 21 yaş altı kişiler için kabul edilmiştir. Konuya ilişkin ayrıca bkz. KUDLICH, *LK*, § 233, s. 32. Bunun insan ticareti suçunun en büyük mağdur grubunun bu yaş aralığının oluşturması ve 18 yaş yerine 21 yaşın kabul edilmesinin özellikle ispata ilişkin sorunlardan kaçınmak amacıyla öngörüldüğü hakkında bkz. RENZIKOWSKI, Joachim: "Die Reform der Straftatbestände gegen den Menschenhandel", *Juristen Zeitung*, 2005, Cilt 60, Sayı 18 (Menschenhandel), s. 880. 21 yaş belirlenmesinin özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarla uyum arz etmediği ve sorun teşkil ettiği yönünde bkz. PETZSCHE, Anneke: "Die Neuregelung des Menschenhandels im Strafgesetzbuch - zwischen europarechtlichen Pflichten und politischen Kompromissen", *Kritische Justiz*, 2017, Cilt 50, Sayı 2, s. 241.

¹⁴ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 127.

¹⁵ YENİDÜNYA, A. Caner "İnsan Ticareti Suçu İle Etkin Mücadelede Nasıl Bir Ceza Kanunu?", *İstanbul Anadolu Adliyesi Dergisi*, 2014, Sayı 3, (Ceza Kanunu), s. 17.

¹⁶ KOCA, s. 153. Söz konusu durum, Türk ceza hukukunda fuhşa sürüklemenin suç olarak düzenlendiği TCK m. 227'nin 4. fıkrasında yer alan hüküm açısından da önem arz etmektedir. Zira bu hükümde bir başkasını fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan failin cebir, tehdit kullanması ya da hile veya çaresizliğinden yararlanması halinde daha fazla ceza ile cezalandırılacağı yer almaktadır. Mağdurun iradesini yönlendiren etken olarak cebir, tehdit, hile ve çaresizliğinden yararlanmaya yer verilmiştir. Bu araç hareketlerin varlığıyla fuhşa sevk etme ve fuhuş yapmasını sağlamanın gerçekleşmesi TCK m. 80 ile m. 227/4 arasındaki ilişkiyi gündeme taşımaktadır. TCK m. 80 fuhuş amacıyla asıl hareketlerin gerçekleştirilmesiyle sınırlı olup, fuhşa sevk etmeyi veya sürüklemeyi kapsamadığından, m. 227/4'ün hazırlık hareketi niteliğindedir. Dolayısıyla fuhuş amacıyla insan ticareti suçu işlendikten sonra, fail cebir veya tehdit kullanarak ya da hileyle veyahut çaresizliğinden yararlanarak mağduru fuhşa sevk etmişse veya fuhuş yapmasını sağlamışsa, hem TCK m. 80'den hem de TCK m. 227/4'ten cezalandırılmalıdır (MERKİ ÇOKSEZEN, Duygu: *Fuhuş Suçu (TCK 227)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 276 vd.; DEĞİRMENCİ, s. 90-91). TCK m. 80 hükmünün, m. 227/4'ün uygulanmasını gereksiz hale getirdiği yönünde ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 105. Benzer yönde YENİDÜNYA, *Ceza Kanunu*, s. 5. Konuya ilişkin ayrıca bkz. TANERİ, Gökhan: "Fuhuş Suçu", *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 2, Sayı 3, s. 111. 5260 sayılı Kanun'la getirilen değişiklikte birlikte fuhuş amacıyla ülkeye insan sokmak veya insanların ülke dışına çıkmasını sağlamak şeklindeki TCK m. 227/3 kaldırılarak, fuhuş yaptırmak insan ticareti suçunun amaçları arasına, kişilerin ülkeye sokulması ve ülke dışına çıkarılması hareket unsuruna dâhil edilmek suretiyle olumlu bir gelişme söz konusu olmuştur (ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 94). Değişiklikten önceki süreçle ilişkin sorunlar hakkında JAHIC, Galma / KARAN, Ulaş: "Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku ve Fuhuş Amaçlı İnsan Ticareti Suçunda Yaşanan Sorunlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 67, s. 102 vd. Bu yönde Yargıtay kararı için Yargıtay, 8. CD, T. 08.05.2008, E. 2007/1862, K. 2008/5276 (Legalbank). Yargıtay, 18. CD, T. 09.10.2019, E. 2019/8556, K. 2019/14132 (Kazancı).

¹⁷ Bununla birlikte fuhşa teşvik veya fuhuşu kolaylaştırma suçuna ilişkin TCK m. 227/4 ve 5. fıkralarda yer alan suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hallerinde nitelikli halin haksızlık içeriğinin farklılığına, öngörülen yaptırım açısından da sonuç bağlanmıştır. Nitekim cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılırken, (...) suçların eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötiye kullanılmak suretiyle işlenmesinde halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

¹⁸ KARGL, Walter: "Zur objektiven Bestimmung der Nötigung", (Ed.) SCHÜNEMANN, Bernd / ACHENBACH, Hans / BOTTKE, Wilfried / HAFFKE, Bernhard: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2001, s. 912.

¹⁹ KARGL, s. 914.

yönünden zorlama unsuru ile karakterize edildiği, bunların somutlaştırılmasının kendi içinde zorlama unsurunu barındırdığı²⁰ görülmektedir.

Cebir, ayrıca TCK'da bağımsız suç²¹ olarak düzenlenmiş olmasının yanı sıra farklı suçlarda daha fazla cezayı gerektiren unsur olarak bulunmaktadır. Dolayısıyla insan ticareti suçu açısından cebirin tanımlanmasında TCK m. 108 yol göstericidir²². Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için kişiye karşı uygulanan zorlama şeklinde ifade edilen cebirde maddi/fiziksel kuvvet kullanma söz konusudur²³. Genel olarak mağdurun direncini kırmak için fail tarafından uygulanan fiziksel güç²⁴ anlamına gelen şiddet, cebirin bir görünümünü²⁵ teşkil etmektedir. Şiddetin, cebirin araç hareketlerden biri olarak kabul edildiği durumda, işlevsel anlamda önemi bulunmaması, cebirin araç hareketlerden biri olarak kabul edildiği durumda, işlevsel anlamda önemi bulunmaması, düzenlemedeki etkisi anlamı kuvvetlendirmekten ibarettir²⁶.

Tehdit, cebir ve şiddetten farklı olarak vücut bütünlüğüne yönelik o an gerçekleşen fiziki bir zorlama olmaksızın, istenilen şekilde davranmaması halinde kendisine bir kötülük yapılacağına bildirilmesiyle mağdurun iç hürriyetinin ortadan kaldırılmasıdır²⁷. Zorlamanın salt maddi cebre hasredilmesi, fiziksel müdahale teşkil etmeyen bu yöndeki hareketlerin de kapsama alınmasını mümkün kılmış olup, tehdidi bu bağlamda incelemenin önü açılmıştır²⁸. Bu yönüyle manevi cebir olarak nitelendirilen tehditte, ileride gerçekleştirileceği bildirilen kötülüğün veya zararın bizzat mağdura yönelik olması söz konusu olabileceği gibi bir yakınına yönelik olması da mümkün olabilir²⁹. Fuhuş amacıyla insan ticaretinde genellikle özel hayata ilişkin sınırların ifşa edilmesi, iş kaybı, sınır dışı edilme veya tanık olunan bir suçun ihbarı gibi kötülük halleri³⁰ ön plana çıkmaktadır.

Mağdurun iradesini yönlendirmeye yönelik baskı da suç kapsamında araç hareketlerden biri olarak kabul edilmiştir. TCK'da tehdit ve cebir farklı suç tiplerinde yer almakla birlikte, baskı sadece insan ticareti suçunda bulunmaktadır. Sözlük anlamıyla, *hak ve özgürlükleri kısıtlayarak etki altında bulundurma durumu* şeklinde tanımlanan baskı, ceza hukuku öğretisinde *cebir veya tehdit düzeyine ulaşmasa da, mağdurun iradesini etkileyen diğer her türlü zorlayıcı davranışlar* şeklinde ifade edilmiştir³¹. Dolayısıyla baskı, salt manevi zorlama ya da salt fiziksel zorlamayla sınırlandırılmaz.

²⁰ KARGL, s. 905. Yazar, mağdurun iradesini yönlendirmeye yönelik zorlamanın mağdur açısından kendi kararına aykırı davranmak zorunda kalmanın aşağılayıcılığına da içerdiğini belirtmiştir. KARGL, s. 911.

²¹ Cebirin bağımsız suç olarak düzenlenmesine gerek olmadığını ileri süren bir görüş, bu kapsamda genel olarak irade özgürlüğünün korunmasının ancak irade özgürlüğü yerine farklı suç tipleriyle ilişkilendirilmesi mümkün daha spesifik özgürlüklerin ön plana çıkarılmasının ve bunun sınırlarının daha net şekilde belirlenmesinin önemine vurgu yapmıştır. FEZER, Gerhard: "Die persönliche Freiheit im System des Rechtsgüter schutzes: Zur Problematik eines allgemeinen Nötigungstatbestandes", *Juristen Zeitung*, 1974, Cilt 29, Sayı 19, s. 606.

²² Alman Ceza Hukuku açısından benzer yönde değerlendirme için bkz. FEZER, s. 601.

²³ Benzer yönde tanımlamalar için bkz. KANGAL, Zeynel T.: "Cebir Kullanma Suçu", (Ed.) KOCA, Mahmut: *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020 (Cebir), s. 597; ARSLAN, s. 49-52.

²⁴ KURT, s. 184.

²⁵ FEZER, s. 601.

²⁶ YENİDÜNYA, İnsan Ticareti Suçu, s. 192; KANGAL, *Cebir*, s. 588; DEĞİRMENCİ, s. 83. Şiddet ve cebir ilişkisi hakkında ayrıca bkz. BAYRAKTAR, Köksal: "Çalışma Özgürlüğünü Engelleme Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan Özel Sayısı, s. 1030.

²⁷ ARSLAN, s. 52.

²⁸ KARGL, s. 906.

²⁹ KOCASAKAL, s. 62; BAYRAKTAR, s. 1031; YENERER ÇAKMUT, Özlem: "Türk Ceza Kanunu'nda İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80)", (Ed.) KOCA, Mahmut: *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 281; YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 191; KURT, s. 185.

³⁰ ISFEN, Osman: "Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2015, Sayı 4, s. 220. Bu noktada (TCK m. 227/4 açısından) tehdidin konusunun mutlaka haksızlık teşkil etmesi gerektiğini ileri süren *Merki Çoksezen*, örneğin kirayı ödeyemediği için evden atılacağı tehdidiyle kişinin fuhuş yapmasının sağlanması halinde mağdurun iradesini etkileyecek nitelikte bir zorlamanın bulunduğunu belirtmiştir. MERKİ ÇOKSEZEN, s. 230.

³¹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 120; YENERER ÇAKMUT, s. 281; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 98; DEĞİRMENCİ, s. 82; MANAV, Hakkı: *Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 238; GÜNGÖR, Mümin: "Türk Ceza Kanunu Kapsamında İnsan Ticareti Suçunun İncelenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 17, s. 252. Baskının, cebir, şiddet, tehdit seviyesinde ağırlığının olmasına ilişkin görüş için bkz. KOCASAKAL, s. 63. Benzer yönde değerlendirme için bkz. YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 193; KURT, s. 185.

Nüfuzu kötüye kullanma ise, *mağdurun, gerek ailevi, gerek akdi gerekse başka türlü bağlarla ilişki içinde bulunduğu kimselerce ve bu kimselerin mağdur üzerinde sahip olduğu etkiyle, failin fiiline rıza göstermesini sağlamak şeklinde tanımlanmaktadır*³². TCK'da bazı suçlar açısından daha fazla cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmiş olan nüfuzu kötüye kullanma şeklinde gerçekleşen araç hareketin de özünde zorlama unsuru bulunmakta olup, mağdur üzerinde oluşturulan baskının belirli bağların kullanılması suretiyle ortaya çıkması söz konusudur. Zira bu unsur, kişi üzerinde söz geçirme yetkisi ve gücü³³ veya otorite yetkisiyle³⁴ ilişkilendirilerek ele alınmakta ve bu sayede mağdurun istenilen fiile rıza göstermesine mecbur bırakılması³⁵ söz konusu olmaktadır. Başkası üzerinde sahip olunan egemen durumdan ya da o kişinin iradesini etkileme konusunda üstünlüğünden yararlanmak suretiyle suç kolaylıkla işlenebilmektedir³⁶. Buradaki zorlama, kişiler üzerindeki tahakküm gücünün kötüye kullanılması³⁷ şeklinde ortaya çıktığından ve failin bunun ötesine geçerek cebir, tehdit veya şiddet derecesine varmadan mağduru istediği şekilde davranmasını sağlayabildiğinden, baskıdan daha yoğun ancak cebir, şiddet ve tehditten daha hafif nitelikte haksızlığa karşılık gelmektedir.

Benzer yönde diğer bir araç hareket, kişiler üzerinde denetim olanağından yararlanmak olup, *“mağdurun bulunduğu konum veya koşullar itibariyle doğrudan fail veya kendisi üzerinde hak ve yetkisi olan kişiler tarafından, söz konusu hak veya yetkinin sağladığı fırsatların kullanılması suretiyle maddede yazılı fiillere razı edilmesidir”*³⁸. Böyle bir durumda da mağdurun iradesine tesir eden etken zorlama olarak ön plana çıkmaktadır³⁹. Zira insan ticareti suçu kapsamında denetim, fail ile mağdur arasındaki faaliyete ilişkin kontrole dayanmakta olup, denetlenen konumundaki mağdurun aralarındaki ilişkinin niteliğine göre denetleyen tarafından kendisinden istenilene karşı koymaya yönelik iradesinin zayıflaması gündeme gelebilecektir. Failin bulunduğu konumu kötüye kullanması suretiyle gerçekleşen bu araç hareketin kapsamı nüfuzun kötüye kullanılmasına kıyasla daha geniş olmanın⁴⁰ yanı sıra, mağdur üzerinde oluşturmuş olduğu etkinin yoğunluğu daha azdır.

Mağdurun çaresizliğinden yararlanmak, *içinde bulunduğu maddi veya manevi olumsuz durumu ortadan kaldırmak veya çözmek olanağı bulunmayan mağdurun, umarsız durumundan istifade edilecek maddede yazılı fiillere razı edilmesidir*⁴¹. Çaresizliğin nedeni, ailevi, ekonomik, sosyal, çevresel etkenlerden kaynaklanabileceği gibi, bedensel veya ruhsal rahatsızlıklara bağlı etkenlerden de kaynaklanabilir⁴². Bu şekilde insan ticareti suçu genellikle mağdurun bulunduğu ülkede yabancı olmasından kaynaklanan zor durumundan faydalanılması şeklinde gerçekleşmekle birlikte, Kanun'da sadece bununla sınırlı tutulmaması ve geniş kapsamlı olarak yer verilmesi yerinde olmuştur. Genellikle açık,

³² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 120. Örnek durumlar için bkz. KURT, s. 191.

³³ KOCASAKAL, s. 64.

³⁴ YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 194.

³⁵ YENERER ÇAKMUT, s. 281.

³⁶ KURT, s. 192.

³⁷ KOCASAKAL, s. 64.

³⁸ ARSLAN, Çetin / AZİZAĞAOĞLU Bahattin: *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayınları, Ankara, 2004, s. 337. Bu araç hareket ile Ek Protokol m. 3'te yer alan düzenleme arasındaki farklılığa yönelik değerlendirme için KOCASAKAL, s. 65; KURT, s. 192.

³⁹ Benzer yönde KOCA, s. 154.

⁴⁰ MANAV, s. 241. Aralarındaki ilişkiye dair ayrıca bkz. KOCASAKAL, s. 66; YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 199.

⁴¹ ARSLAN, s. 53; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 122. ACK'da mağdurun zor durumundan yararlanılması (§ 232 Abs. 1 S. 1 StGB) şeklinde karşılık bulan bu araç hareket bağlamında bizzat mağdurun varlığını tehdit etmesi gerekmesi de mağdurun acil kişisel veya maddi ihtiyacına dayanan ve bu nedenle kişiyi ciddi anlamda kişisel veya ekonomik olarak sıkıntıya sokan durumlar anlaşılmaktadır. Alman yargı içtihadında kişinin kendi ülkesinde istikrarsız ekonomik koşullar altında bulunması ve buna bağlı olarak karar verme ve hareket etme imkânının kısıtlanması kendi geleceğini belirleme özgürlüğünün ihlal edilmesine karşı koyma gücünü azalttığını somut olarak ortaya koyuyorsa kişinin zor durumundan söz edilir (BÜRGER, s. 171). Her türlü ekonomik veya sosyal anlamda çaresizliğin bu anlamda değerlendirilemeyeceği yönünde TANERİ, s. 112. Çaresizliğin bulunup bulunmadığına dair değerlendirmede hem objektif ölçütün hem de mağdurun içinde bulunduğu durumun esas alınması gerektiğine ilişkin görüş için KURT, s. 196; MERKİ ÇOKSEZEN, s. 236. Çaresizliğin, subjektif ölçütlere göre tespit edilmesi görüşünü benimseyen *Yenidünya*, zor koşulların herkes üzerindeki etkisinin aynı olmayabileceğini, başkaları açısından çaresizlik olarak değerlendirilemeyecek durumun, somut olayda mağdurun çaresizliğini ortaya çıkarabileceğini belirtmiştir. YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, 200.

⁴² KOCA, s. 155; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 122; YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 199.

yoksulluk⁴³ gibi dış etkenlere dayanan çaresizlik, mağdurun içinde bulunduğu durum nedeniyle kendisine teklif edilen istismar konusu şeyi reddedememesinde söz konusu olmaktadır⁴⁴. Ancak bu, mutlak bir çaresizlik şeklinde anlaşılmalıdır⁴⁵.

Bu araç hareket de mağdurun iradesi üzerinde doğrudan olmasa dahi, dolaylı bir zorlama oluşturması sebebiyle mağdurun özgürce irade oluşturmasına engel olma noktasında cebir, tehdit, baskı şeklindeki araç hareketlerle benzer nitelik taşımaktadır. Bu araç hareket açısından herhangi bir sebeple muhtaç durumda bulunan kişinin sömürülmesi amacıyla hareket eden fail, mağdurun iradesi üzerinde hâkimiyet oluşturmaktadır. Diğerlerinden farklı olarak çaresizlik durumunun bizzat fail tarafından oluşturulması gerekli olmayıp, failin bu durumdan yararlanması yeterlidir. Nitekim zor durumda bulunan kimseye fuhuş, bu durumdan kurtulmak için bir teklif şeklinde sunuluyor ve kişi bunun üzerine kabul ediyorsa iradi olarak verilen bu kararın özgür irade kapsamında değerlendirilmemesi gerekir⁴⁶. Özellikle uygulamada sıkça yer alan, çaresiz durumda bulunan kişilerin yasa dışı güçle hedef ülkeye varmalarının ve buradaki süreçte gereksinimlerinin giderilmesinin sağlanması amacıyla amaç hareketlere yönelik kendilerinden istenilenlere karşı koymamaları⁴⁷, sömürünün bulunmadığı ve bu kişilerin mağdur konumunda kabul edilmemesi sonucunu ortaya çıkarmaz.

Yargıtay'ın çaresizlikten yararlanmanın varlığına yönelik değerlendirmesi, bu konuda katı bir tutum benimsendiğini göstermektedir. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu kararlarda⁴⁸ “Çaresizlikten söz edebilmek için kişinin muhtaç durumda bulunması, bu muhtaç halin yarattığı sonuçtan yararlanılarak sömürülmesidir. Buradaki çaresizlikten; hayatını devam ettirmek, bir yerde kalmak ve iş bulmak konusunda yapacak bir şeyi olmayan kimseyi anlamak gerekir.” şeklindeki ifadesiyle, bu nitelikte bir zorluk içinde bulunmayan kişilerin amaç hareketler bakımından ikna edilmesi durumunda insan ticareti suçunun gerçekleşmeyeceği sonucunu kabul etmiş olmaktadır.

C. Araç Hareketlerde Zorlama Eşiğinin Belirlenmesi ve Elverişlilik Ölçütü

Bu suç bakımından araç hareketler kapsamında mağdurun iradesinin kontrol altına alınması söz konusu olmakla birlikte, bunun belli bir yoğunluğa ulaşmasının gerekli olup olmadığı ayrıca ele alınmalıdır. Sözü edilen durumun, araç hareketlerin yoğun ve ısrarlı şekilde uygulanmasına yönelik bir zorunluluk olarak anlaşılması gerekir⁴⁹. Özellikle fuhuş yaptırmak ve hizmet ettirmek amacıyla kişinin iradesinin yönlendirilmesinin hangi aşamadan itibaren kişinin rızasını geçersiz kılacak nitelikteki araç hareket olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin tespit ön plana çıkmaktadır. Nitekim araç hareketlerden tehdit, cebir ve şiddet açısından aranan, bunların mağdurun iradesinin aksine davranmaya zorlanmasına sebep olacak nitelikte ve elverişlilikte olması gerekliliğine vurgu yapılmaktadır⁵⁰. Objektif ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bu durumun, örneğin, mağdura sadece pasaportunun çalındığının söylenmesinin, her ihtimalde insan ticareti suçunun tipikliğini gerçekleştirmeyeceği belirtilmiştir⁵¹. Burada söz konusu hareketlerin böyle bir çerçevede ele alınmasıyla iradenin tamamen bertaraf edilmesi gerektiği sonucuna varılmamakla⁵² birlikte, belli bir yoğunluğa ulaşmalarının arandığı ortaya çıkmaktadır.

⁴³ Özellikle fuhuş amaçlı insan ticaretinin en yaygın sebebi olduğu hakkında UZUN, s. 240.

⁴⁴ KUDLICH, LK, § 233, s. 33; PETZSCHE, s. 241.

⁴⁵ MERKİ ÇOKSEZEN, s. 234.

⁴⁶ JOERDEN / WROBEL, s. 98.

⁴⁷ YENİDÜNYA, *Ceza Kanunu*, s. 2.

⁴⁸ Yargıtay, 8. CD, T. 15.04.2010, E. 2010/1440, K. 2010/5953; Yargıtay, 18. CD, T. 15.05.2017, E. 2015/24879, K. 2017/5817 (Yargıtay Karar Arama).

⁴⁹ BÜRGER, s. 174.

⁵⁰ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 119; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 97; KOCASAKAL, s. 63; ARSLAN, s. 52; YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, 194; KURT, s. 183; GÜNGÖR, s. 251.

⁵¹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 97.

⁵² Zorlama açısından benzer yönde değerlendirme için KARGL, s. 907. Aksi yönde YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 193; SUMMERER, s. 130 vd.

Kişinin zor altında bulunması şeklinde karşılık bulan baskının araç hareket olarak kabul edilmesini, kanun koyucunun *zorlama* unsurunu içeren araçların alanını genişletme isteği⁵³ şeklinde değerlendirmek mümkün olmakla birlikte, bu özellikle suçun oluşumu açısından mağdurun iradesi üzerinde oluşturulan baskının yoğunluğunun belirlenmesi⁵⁴ noktasında çözümü zorlaştıran bir etki de meydana getirmektedir. Zira benzer nitelikteki araçlarla ilişkisi açısından konu ele alındığında, şiddet her ne kadar cebir içinde tüketilebilecek araç hareket olsa dahi, baskı bu minvaldeki tüm zorlayıcı araçların asgari unsurunu oluşturacak niteliktedir. Kaldı ki, kanun koyucunun zorlama unsurunu içeren cebir, şiddet, tehdidin dışında yine bu kapsamda ele alınan baskı konusundaki ısrarını, baskının mutlaka cebir, şiddet, tehdit boyutunda olması şartıyla gereçlendirmek makul gözükmemektedir. Bu yönüyle, tehdit veya cebir için hâlâ belli bir yoğunluğa ulaşması şeklindeki bir gereklilik vurgusu pratik anlamda önemini kaybetme riski taşımaktadır. Ayrıca böyle bir sonucun, cebir ve tehdidin bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş olması ve bu suçlar açısından tipikliğin oluşması için cebir ve tehdit açısından aranan yoğunlukla⁵⁵ bağlantılandırılması uygun değildir. Zira cebir ve tehdit insan ticareti suçunda sadece araç hareketler olarak yer almaktadır⁵⁶. Dolayısıyla mağdurun iradesi üzerinde cebir, tehdit şeklinde ancak belli yoğunluktaki zorlamanın suçun oluşumu için varlığı zorunluluk arz ederse baskının araç hareketler içinde yer almamasının bu yöndeki güçlüğün önlenmesi açısından daha kayda değer nitelikte olacağı söylenebilir. Ancak bunun suçun kapsamını sınırlandıracağı ve mağdurun iradesi üzerinde oluşturulan baskıya dayalı olarak ortaya çıkan haksızlığın insan ticareti teşkil etmeyecek olması nedeniyle adil olmayan bir sonucu ortaya çıkaracağı göz önünde bulundurularak insan iradesi üzerinde baskı oluşturan araç hareketlerin tümünü kapsayacak şekilde durumun kanun metninde ifadesinin daha uygun olacağı kabul edilmelidir. Özellikle cinsel sömürü ve emek sömürüsüyle anılan⁵⁷ insan ticareti suçunda mağdurun irade özgürlüğünün korunması bağlamında karşı konulmasının güçlük arz ettiği her türlü iradi zorlamanın suç kapsamında kalacağını vurgulamak adına baskı unsurunun varlığı⁵⁸ önem taşımaktadır.

Buradan hareketle, suçun oluşması için gerekli olan iradenin zorlanmasına yönelik belirlemede sınır, baskının ciddiliği üzerinden ele alınmalıdır. Böylece öğretide⁵⁹ cebir ve tehdit açısından ileri sürülen ciddilik vurgusunun, baskı unsuru açısından da dikkate alınması ifade edilmektedir. Sözü edilen durum kişinin uygulanan baskıdan dolayı yıldırılması veya sindirilmesi suretiyle⁶⁰ serbest hareket edebilmesinin önemli derecede azaltılmasını gerektirmektedir. Bu hareketler yoluyla mağdurun iradesinin salt etkilenmesi değil, yönlendirilmesi ve mağdurun belli şekilde davranmaya sevk edilmesi, mağdurun iradesinin kontrol edilmesi gereklidir⁶¹. Söz konusu araç hareketlerle kişinin belirli alternatif davranış seçeneklerine ilişkin kararına müdahale söz konusu olmalıdır⁶². Böylece mağdurun kendi geleceğini belirleme özgürlüğünün ihlali, failin yönlendirilen davranış üzerinde fiilen kontrol sahibi olmasını sağlamaktadır⁶³. Fail için mağdurun durumu kendi planını mümkün kılıyor ya da en azından destekli-

⁵³ KOCA, s. 152.

⁵⁴ Cinsel suçlarda psikolojik baskıyla rıza ilişkisi hakkında değerlendirme için bkz. HÖRNLE, Tatjana: "Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2015, Cilt 127, Sayı 4 (Selbstbestimmung) s. 883.

⁵⁵ Konu hakkında bkz. FEZER, s. 600. Cebir kavramının, unsur olarak yer aldığı farklı suç tipleri açısından TCK m. 108 anlamında kullanılmasının gerekip gerekmediği tartışması için BAYRAKTAR, s. 1029.

⁵⁶ Alman Ceza Hukuku'nda konuya yönelik tartışma hakkında JOERDEN / WROBEL, s. 99.

⁵⁷ RENZIKOWSKI, *Menschenhandel*, s. 882; AVCI, s. 1665; JAHIC / KARAN, s. 98; YILMAZ, Yeşim: "İnsan Ticareti Suçu ve İçtima Sorunu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, Cilt 23, Sayı 3, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan Özel Sayısı, s. 887; SOBIR, s. 101; UZUN, s. 227; PETZSCHE, s. 237.

⁵⁸ MÄURER, Ulrich: "Regulierungsbedarf der Prostitution: Wege zur Bekämpfung von Menschenhandel und Zwangsprostitution", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2010, Cilt 43, Sayı 8, s. 254.

⁵⁹ KOCASAKAL, s. 63; YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 192.

⁶⁰ YENERER ÇAKMUT, s. 281.

⁶¹ BÜRGER, s. 174.

⁶² KARGL, s. 911. TCK m. 227/4 açısından benzer yönde bkz. MERKİ ÇOKSEZEN, s. 226.

⁶³ KARGL, s. 912.

yorsa, fail bunu bilerek ve bu fırsatı değerlendirerek hareket etmekte ve ilgili zayıflık durumundan yararlanmaktadır⁶⁴. Dolayısıyla mağduru içine soktuğu durum nedeniyle aksini imkânsız kılacak şekilde davranması söz konusu olmasa dahi, insan ticareti açısından araç hareketlerin tipikliği sağlanmış kabul edilmelidir. Ancak failin yönlendirmesi, mağdurun karar vermesine ya da kararını gerçekleştirmesine çok düşük düzeyde etki ediyorsa⁶⁵, irade özgürlüğüne engel olan bir zorlayıcılıktan söz edilemez. Başkaca bir etken söz konusu olmaksızın salt teşvik oluşturulması veya iradenin basit şekilde etkilenmesi gibi hususların mağdurun irade özgürlüğünü ihlal edemeyeceğine dikkat edilmelidir⁶⁶. Burada zorlamanın yoğunluğuna ilişkin asgari sınırı baskının oluşturması, baskı kapsamında değerlendirilemeyecek olan uyarı, tavsiye vs. şeklindeki iradi yönlendirmelerin kapsam dışı kalacağını ortaya koyduğu gibi, zorlayıcı hareketin mağdurun kişiliği, yaşam şartları vs. hususlar göz önünde bulundurulurken iradeyi zorlamaya elverişli olması şartına dikkat çekerek bu nitelikte olmayan hareketin insan ticareti suçu açısından araç hareket kabul edilmemesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

D. Aldatıcı Nitelikteki Hareket Olarak Kandırma

Cebir, tehdit, şiddet, baskı veya nüfuzu kötüye kullanma ya da kişi üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliğinden yararlanmanın yanı sıra kandırma da bu suç açısından araç hareketler içinde bulunmaktadır. Burada kişinin iradesinde zorlama oluşturmaktan ziyade iradenin etki altına alınması yanıltıcı, aldatıcı davranışlara dayanmakta olup, mağdurun iradesini etkileyen, yaptığı hareketin niteliği hakkında mağduru hataya düşüren her türlü aldatıcı veya gerçeğe aykırı araç kullanılması bu kapsamda dikkate alınmaktadır⁶⁷. Böyle bir durumda da mağdur failin kararı doğrultusunda hareket etmek veya karar vermek üzere yönlendirilmektedir. Zorlayıcı nitelikteki hareketlerde mağdur kendisi üzerinde daha sonra gerçekleşecek amaç hareketleri bilirken, kandırma şeklindeki hareketlerin gerçekleştiği esnada mağdur, sonraki süreci bilmemektedir⁶⁸. Fail aldatıcı hareketiyle gerçekte mağdurun rıza göstermeyeceği duruma ilişkin karşı koyma gücünü ortadan kaldırmaktadır⁶⁹. Mağdurun hataya düşmesine yol açılmak suretiyle irade özgürlüğü ihlal edildiğinden, mağdurun failin talebi doğrultusundaki davranışını rızayla gerçekleştirmiş olması, geçerli bir rızanın bulunduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır⁷⁰.

TCK'da kişinin iradesinin gerçeğe aykırı şekilde yönlendirilmesine karşılık olarak hileli davranış kavramı farklı suçlarda⁷¹ yer almakla birlikte, insan ticareti suçunda hile kavramı yerine kandırmaya yer verilmiştir. Bunun bilinçli bir tercih olarak mı dikkate alınması gerektiği yoksa kandırmayla hilenin aynı kapsamda mı değerlendirileceği noktasında öğretide⁷² bir görüş birliğinden söz edilememektedir. Burada cebir, tehdit ile baskı arasındaki ilişkiye benzer bir değerlendirmenin hile ile kandırma açısından yapılması mümkündür. Dolayısıyla nitelik olarak aldatıcılık temeline dayanan her iki kav-

⁶⁴ KUDLICH, *LK*, § 233, s. 34.

⁶⁵ YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 195.

⁶⁶ BÜRGER, s. 174.

⁶⁷ KOCA, s. 153. ACK bağlamında insan ticareti suçunda hileli hareketlere yönelik değerlendirme için RENZIKOWSKI, *Menschenhandel*, s. 880. Bunun insan ticaretinde en çok kullanılan araç hareket olduğu hakkında YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 198.

⁶⁸ BÜRGER, s. 172.

⁶⁹ BÜRGER, s. 172. Yazar hile (*die List*) kavramının aldatma (*die Täuschung*) ve dolandırma (*der Betrug*) kavramlarına karşılık geldiğini belirtmiştir.

⁷⁰ KOCA, s. 153. Söz konusu araç hareketle gerçekleşen insan ticareti suçunda ceza sorumluluğunun özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar alanına doğru genişlemesine neden olduğu şeklinde değerlendirme için BÜRGER, s. 173. Konuyla ilgili Alman Hukuku'nda ele alınan *Loverbody* olaylarına ilişkin ADAMSKI, Benjamin: "Alman Ceza Hukukunda İnsan Ticareti Suçuna İlişkin Güncel Reformlar", (Çev.) BAŞER DOĞAN, Zehra, *Hukuk Köprüsü*, 2018, Cilt 14, Sayı 14, s. 127; BARTSCH / LABARTA GREVEN / SCHIERHOLT / TRESKOW / KÜSTER / DEYERLING / ZIETLOW, s. 42 vd. Mağdurun iradesi üzerinde aldatıcı hareketlerin gerçekleştirilmesi açısından saik hatalarının (*Motivirrtum*) bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine yönelik BÜRGER, s. 173; BARTSCH / LABARTA GREVEN / SCHIERHOLT / TRESKOW / KÜSTER / DEYERLING / ZIETLOW, s. 35. Konu hakkında ayrıca bkz. EKİCİ ŞAHİN, Meral: *Ceza Hukukunda Rıza*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 211.

⁷¹ TCK m. 157, 161, 230, 235/2, 236/2, 237, 247/2, 250/2.

⁷² KURT, s. 188; MANAV, s. 239. *Yenidünya*, hile ve kandırmayı birbirine alternatif olarak kullanmıştır. YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 197. Benzer şekilde YENERER ÇAKMUT, s. 281.

ramın arasındaki farklılığın yoğunluk farkından ibaret olduğu ve bu yönüyle hükmün uygulanmasını güçleştirecek bir etkidен söz edilemeyeceği sonucuna varmak daha makul gözükmektedir. Dolayısıyla kandırma hile boyutuna varmayan hareketleri de içinde barındıran daha geniş kapsamlı bir kavram olarak kabul edildiğinde, hilenin gerektirdiği yoğunlukta aldatıcılık içermeyen kandırma niteliğindeki hareketlerin insan ticareti suçu açısından uygunluğundan söz etmek gerekecektir. Nitekim öğretide bu noktada kandırma açısından hilenin elverişli olup olmaması üzerinden belli bir yoğunluğa ulaşıp ulaşmaması zorunluluğuna yönelik değerlendirmede genel kabul⁷³, böyle bir zorunluluğun aranmamasına ilişkindir. Ayrıca ilgili Protokol de bu yöndeki araç hareketleri hileli veya aldatıcı şeklinde ifade etmiştir. Bununla birlikte söz konusu hareketin mağdurun iradesini gerçeğe aykırı şekilde yönlendirmesi gerekli olduğundan, söylenmiş basit yalanın ya da benzeri şekildeki iradi yönlendirmenin kandırıcı, aldatıcı niteliğe sahip olmaması nedeniyle bu kapsamda ele alınmasından söz edilememesi gerekir⁷⁴. Zira böyle bir ihtimalde insan ticaretinin amaç fiillerini gerçekleştirmeye yönelik mağdurun özgür iradesini ortadan kaldıracak nitelikte bir elverişlilik bulunmamaktadır⁷⁵. Bunun yanı sıra özellikle fuhuş amaçlı insan ticareti suçunda çalışmanın niteliğiyle ilgili mağdura yapılan bilgilendirmenin çok sınırlı olması ve zorlayıcı koşulların mağdurdan gizli tutulması da kandırma kapsamında değerlendirilmelidir. Mağdurun çok zor çalışma koşullarına tabi tutulması, işin niteliği bakımından gösterdiği rıza bağlamında kabul edilemez⁷⁶.

II. RIZANIN İNSAN TİCARETİ SUÇU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnsan ticareti suçunda araç hareketlere yönelik yapılan incelemede rızayla ilişkisini ön plana çıkarmak amacıyla araç hareketlerin işlevine yoğunlaşmıştır. Bu husus, rızanın insan ticareti suçu kapsamında hukuki niteliğinin belirlenmesinin ve TCK m. 80/2'ye ilişkin değerlendirmenin zeminini oluşturmaktadır. Araç hareketlerin varlığının suçun karakteristik özelliğini teşkil etmesi ve bunların kişinin irade özgürlüğünü ihlal edecek boyuta varmasının rızanın geçerliliği üzerinde belirleyici olması hususları göz önünde bulundurularak, öncelikle rızanın insan ticareti suçunda hangi kapsamda ele alınacağı ve bunun ortaya çıkardığı sonuçlar üzerinden inceleme yapmak gerekmektedir.

A. Genel Olarak Ceza Hukukunda Rızanın İşlevi ve İnsan Ticareti Suçu Açısından Rıza

Rızanın ceza hukuku sistematüğinde tipikliğe engel olan bir neden mi teşkil ettiği yoksa hukuka uygunluk nedeni olarak mı dikkate alınması gerekeceği sorunu, doktrinde tartışmalı bir konudur⁷⁷. Rızanın suç teorisindeki yerinde ikili ayrımın gittikçe daha fazla taraftar topladığı belirtilmekte, özellikle suç tipinde fiilin ilgilinin rızasına rağmen işlenmesi unsur olarak bulunmaktaysa veya açıkça yer almasa dahi yorum yoluyla bu sonuca varılabiliyorsa⁷⁸ rızanın tipikliği kaldıran etkisinden söz edil-

⁷³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 121.

⁷⁴ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 99. "...Kandırma fiilinden bahsetmek için, bir kimsenin yanıltılarak ve aldatılarak iradesinin sakatlanıp bir işin yapılmasına razı edilmesi gerekir. Başka bir deyişle kandırmanın içeriğinde hile yapmak, aldatmak ve hataya sevk etmek esastır. Fail mağdura öyle şeyler söylemeli ki mağdur da bunlara inanarak aslında yapamayacağı şeyleri yapma durumuna girmelidir. Yani mağdurun rızasını verdiği şeyle, failin rızasını aldığı şey farklıdır. Somut olayda kandırma fiilinin gerçekleştiği söylenemez. Çünkü mağdurun pasaport bilgilerine göre evvelce Türkiye'ye çok sayıda giriş ve çıkış yaptığı anlaşılmaktadır. (...) Türkiye'de kardeşi olmasına rağmen onun yanına gitmeyip sanığın yanına gelmiş, onunla birlikte kalarak fuhuş yapmaya başlamıştır. Sanık ile anlaşmazlığa düşmesi üzerine de evden ayrılıp, bir otele yerleşip yaşamına devam etmiştir. Bu oluşa göre; kandırma unsurunun gerçekleşmediği gibi, çaresizliğinden yararlanılarak rızasının elde edildiği de söylenemeyeceğinden atılı suçtan beraatine hükmedilmesi gerektiği gözlemlenmeden mahkumiyetine karar verilmesi, (...)” Yargıtay, 8. CD, T. 15.04.2010, E. 2010/1440, K. 2010/5953, (Legalbank).

⁷⁵ Aynı yönde KURT, s. 188.

⁷⁶ KURT, s. 190.

⁷⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için EKİCİ ŞAHİN, s. 64 vd.; RÖNNEAU, Thomas: "Özgürlüğün Gerçekleştirilmesi Aracı Olarak Rıza", (Çev.) KANBUR, Mehmet Nihat / ÖZKAN, Salih, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2014, Sayı 26, s. 172 vd.; DEMİREL, Muhammed: "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 78, Sayı 3, s. 1475 vd. Cinsel suçlarda rızanın hukuki niteliği hakkında bkz. AKBULUT, Berrin: "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 40 (Rızanın Niteliği), s. 269 vd.; DURSUN, Selman: "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2014, Cilt 9, Sayı 24, s. 64-65; DEMİREL, s. 1485.

⁷⁸ EKİCİ ŞAHİN, s. 63.

mektedir⁷⁹. Nitekim son husus açısından, cebir ve tehdidin fiilin unsuru olduğu suç tiplerinde rızanın varlığı, tipikliğin gerçekleşmesine engel olmaktadır⁸⁰. Hareketin ilgilinin iradesine karşı veya iradesi olmaksızın gerçekleştirilmesi söz konusuysa tipikliği kaldıran rıza kabul edilmektedir⁸¹. Rızanın tipikliğe engel olan bir neden olarak kabul edilebilmesi için hangi şartların varlığına ihtiyaç bulunduğu noktasında hukuka uygunluk nedeni olarak rızadan farklılaşmanın olup olmadığı konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır⁸². Kişinin iradesinin hukuka aykırı şekilde etkilenmemesi, diğer bir ifadeyle iradeyi etkileyen araç hareketlerin bulunmaması ihtimalinde özgür iradeden söz edilebilirse de bu ceza hukuku kapsamında rızanın gerek tipikliği engelleyen hal olarak gerekse de hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Bu bağlamda rızanın geçerliliği açısından dikkate alınması gereken farklı şartların da varlığı gereklidir. Öncelikle her iki türü açısından, rızanın suçun işlenmesinden önce veya en geç işlendiği sırada bulunması gereklidir⁸³. Rızanın gerek tipikliği engelleyen neden gerek hukuka uygunluk nedeni olarak etki gösterdiği durumlar açısından hukuken geçerli olabilmesi, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hukuksal değerinin bulunmasını şart koşmaktadır⁸⁴.

İnsan ticareti suçu bu açıdan özellik arz etmektedir, zira birden fazla hukuksal değer bir ceza normuyla koruma altına alınması söz konusudur. Bünyesinde barındırdığı araç hareketlerin niteliği gereği, hürriyete karşı işlenen suç olma özelliği ağır basmakla birlikte⁸⁵, karma nitelik taşımaktadır⁸⁶. Bu suçta özellikle araç hareketler bağlamında kişinin serbestçe irade oluşturma, iradi karar verme ve böylece kendi geleceğini belirleme özgürlüğünün ihlal edilmesi söz konusu olmaktadır⁸⁷. İnsan ticareti suçuyla failin cezalandırılabilirliğinin odak noktasını bu husus oluşturmakta ve suça karakteristik özelliğini vermektedir⁸⁸. Bu yönüyle özgür irade, insan haysiyetinin korunmasıyla yakın ilişkisi bağlamında kişinin araç haline getirilememesi ve kişiliğinin ihlal edilmemesi sonucunu da kapsamaktadır⁸⁹. İnsan ticareti suçu açısından öngörülen cezanın orantılılığını, mağdurun özgür iradesinin onun adeta araç konumuna indirgenmesi suretiyle ihlal edilmesi sağlamaktadır⁹⁰. Bunun yanı sıra ilgili suç farklı hukuksal değerlerle ilişkilendirilebilecek birden fazla amaç hareketi bünyesinde barındırmaktadır. Tüm bu yönleriyle kamu düzeninin de korunan hukuksal değer olarak kabul edilmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir⁹¹. Söz konusu durumun, konuyla ilgili önemi, üzerinde tasarruf edilebilir bir hak olarak kabul edilmemesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla geçerli bir rızanın varlığı söz konusu olmayacaktır⁹². Bu hukuksal değerlerin (olayda gerçekleşen şekline göre) hepsi bakımından kişinin tasarruf edebilmesi şarttır, zira tasarruf edilebilir ve edilemez nitelikteki iki veya daha fazla hukuksal değeri koruyan suç tipleri açısından rızanın geçersizliği kabul edilmektedir⁹³.

⁷⁹ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023 (Genel Hükümler), s. 290-291.

⁸⁰ EKİCİ ŞAHİN, s. 71.

⁸¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 290.

⁸² Aralarında ayrım olduğu yönünde görüşler için EKİCİ ŞAHİN, s. 92 vd.; AKBULUT, *Rızanın Niteliği*, s. 272-273; DEMİREL, s. 1497. Aksi yönde KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 294.

⁸³ EKİCİ ŞAHİN, s. 85.

⁸⁴ EKİCİ ŞAHİN, s. 111.

⁸⁵ Nitekim *Koca* (765 sayılı TCK döneminde) suçun, hürriyeti tahdit ve cebir kullanma suçlarının özel bir görünümü niteliğine sahip olması nedeniyle “Şahsın Hürriyeti Aleyhine İşlenen Cürümler” faslında yer almasının daha isabetli olacağı değerlendirilmesinde bulunmuştur (KOCA, s. 143). 5237 sayılı TCK açısından bu yönde görüş için YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 45; YENERER ÇAKMUT, s. 273. 5237 sayılı TCK’da kanun koyucunun gerek göçmen kaçakçılığı gerekse insan ticareti suçunu uluslararası suçlar alanında düzenlemekle, bu suçların uluslararası sözleşmelerle tanımlanan suçlar olduğu ve zamanla uluslararası suç kategorisine alınabileceğinin işaretini verdiği yönünde KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 79.

⁸⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 116; KOCA, s. 146; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 94; ARSLAN, s. 45; KURT, s. 165; GÜNGÖR, s. 243.

⁸⁷ KOCA, s. 146; YENERER ÇAKMUT, s. 272; YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 90; BÜRGER, s. 169.

⁸⁸ BÜRGER, s. 177.

⁸⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 95.

⁹⁰ BÜRGER, s. 175.

⁹¹ YENERER ÇAKMUT, s. 272; ARSLAN, s. 43.

⁹² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 126.

⁹³ EKİCİ ŞAHİN, s. 119.

İnsan ticareti suçunda mağdura yönelik amaç hareketlerin gerçekleştirilmesi ancak araç hareketlere bağlı olarak mümkün olduğundan, yetişkin bir kimsenin araç hareketler kullanılmaksızın asıl hareketlerin icrası, m. 80 bakımından tipik olmadığından, suçu oluşturmayacaktır⁹⁴. Bununla birlikte kişinin özgür iradesiyle bu yönde vermiş olduğu karar, gerçekleştirilen fiilin insan ticareti suçu bağlamında tipikliğini kaldırsa bile hukuka aykırılığı açısından ayrıca inceleme yapılmalıdır. Zira insan ticareti suçu farklı suçlarla ilişkilendirilmesi mümkün hareket türlerini içermektedir. Mağdurun iradesinin suç tipinde yer alan araç hareketlerin herhangi biriyle yönlendirilmediği, kontrol altına alınmadığı durumlarda insan ticareti suçundan değil, fiilin gerçekleşme şekline göre başka suçlardan (fuhşa sevk etme, organ ticareti, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma vs.) söz edilmesi gerekecektir. Böyle bir durumda her bir suç tipi açısından mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak geçerli olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla TCK m. 26/2 hükmü bağlamında, kişinin rıza açıklama ehliyeti bulunmakla⁹⁵ birlikte, özellikle kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği hak koşulu⁹⁶ önem arz etmektedir. Mutlak olma vurgusu, hakkın sahibinin serbestçe ve bir hukuki sınırlamayla karşılaşmadan hak üzerinde tasarruf edebilmesine işaret etmektedir⁹⁷. Üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunulabilir bir hakkın varlığı açısından, mağdurun fuhşa rıza göstermesi özgürlüğün ahlaka aykırı sınırlanmasını gerektiren bir durum olması nedeniyle, gösterilen rızanın geçerli olamayacağı kabul edilmektedir⁹⁸. Bununla birlikte kişinin fuhşu özgür iradesiyle gerçekleştirecek olması durumu, TCK m. 227 açısından rızanın geçersizliği bağlamında anlam ifade edecektir.

B. TCK m. 80/2 Hükümünün Anlamı

TCK m. 80/2’de rızayla ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. *Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersiz* olacağı hükmüyle suç kapsamında yer alan hareketler arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir. Bu hükmün içerdiği “*suçu oluşturan fiiller*” ifadesinin araç hareketlere mi yoksa amaç hareketlere mi karşılık geldiğinin şüphe oluşturduğu⁹⁹ kabul edilmekle birlikte, madde gerekçesinde “*Maddenin ikinci fıkrasında, belirtilen amaçları elde etmek üzere girilen ve suçu oluşturan yardımcı fiiller varsa artık, mağdurun rızasının yok sayılacağı belirtilmiştir. Örneğin bir kimsenin organlarını vermek hususundaki rızası, yukarıda belirtilen fiiller sonucunda elde edilmiş ise, suçun oluşması bakımından bu rıza yok sayılacaktır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Madde gerekçesinden rızanın araç hareketlerle ilişkilendirildiği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁰⁰. Böyle bir sonuç, hukuken geçerli rızanın öncelikle özgür iradeye dayanması şartı karşısında anlam ifade etmemektedir¹⁰¹. Söz konusu düzenleme, suç tipinde yer alan amaçlarla, kişinin kaçırılması, tedarik edilmesi vs. durumunda mağdura yönelik araç hareketler sonucu elde edilen *görünüşte* rızanın geçerli olmayacağını belirtmektedir¹⁰². Dolayısıyla söz konusu düzenleme insan

⁹⁴ KOCA, s. 162.

⁹⁵ Hukuka uygunluk nedeni olarak rıza ile tipikliği engelleyen neden olarak rızanın şartları arasında farklılık olduğunu savunan yaklaşım rıza gösterme yeterliliği konusundaki ayrıma dikkat çekmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için DEMİREL, s. 1502 vd.

⁹⁶ FEZER, s. 604. Nitekim kişinin yaşam hakkından vazgeçmeye veya kendisini başkasının esir veya kölesi haline getirmeye veyahut onur ya da cinsel dokunulmazlık hakkından peşinen feragat etmesine ilişkin rızası geçerli değildir (DEĞİRMENCİ, s. 88). Konuya ilişkin hem AY m. 12 hem de MK m. 23/2 önemli bir dayanak teşkil etmekte olup, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlamayacağı belirtilerek, bu yöndeki rızanın geçerliliğine imkân sağlanmamıştır.

⁹⁷ EKİCİ ŞAHİN, s. 112.

⁹⁸ KURT, s. 220.

⁹⁹ KOCA, s. 160; YENİDÜNYA, *İnsan Ticareti*, s. 221; KOCASAKAL, s. 70.

¹⁰⁰ Rızanın neye yönelik olduğunun tespiti açısından Protokol’de yer verilen düzenlemenin de dikkate alınması gerekmektedir. Protokol m. 3b’de ise insan ticaretinin (a) bendinde belirtilen yöntemlerden herhangi biriyle yapılmış olması halinde, mağdurun bu istismara razı olup olmasının durumu değiştirmeyeceği düzenlenmiştir.

¹⁰¹ Nitekim Koca sözü edilen hususu şu şekilde ifade etmiştir: “...Diğer taraftan, hem bir kimsenin maddede belirtilen maksatlarla kendisine karşı tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulanmasından, bir başkasının kendisi üzerindeki nüfuzunu kötüye kullanmasından, kandırılmasından veya kendisi üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanılarak rızasının elde edilmesinden bahsetmek ve hem de mağdurun bu maksatlarla üzerinde uygulanan bu araç hareketlere rıza gösterebileceğinden bahisle bu rızasının geçersiz olduğunu söylemek mantıksızdır.” KOCA, s. 161.

¹⁰² KOCASAKAL, s. 70; KURT, s. 220.

ticareti suçunda araç hareketlerin mağdurun özgür iradesine dayanan rızayı ortadan kaldırdığına yönelik vurgudan ibaret olduğundan, aslında düzenlemeye yer verilmesine gerek bulunmamaktadır¹⁰³.

III. İNSAN TİCARETİ SUÇUNUN MAĞDURUYLA GERÇEKLEŞTİRİLEN FUHUŞUN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ

TCK'da düzenlendiği şekliyle insan ticareti suçu sömürünün başlangıcını teşkil etmekte olup, sömürünün bizzat kendisini yaptırıma bağlamamaktadır¹⁰⁴. Dolayısıyla kanunda belirtilen amaçların gerçekleştirilmiş olması ya da insan tacirleriyle mağdur arasında uzun süreli bir bağlılık ilişkisinin bulunması gerekli değildir¹⁰⁵. Böylece sömürü fiilini gerçekleştirmek üzere mağdurun önceden belirlenmiş bir savunmasızlık durumuna yönlendirilmesi temeline dayanan ve bu yönüyle soyut tehlike suçu olarak kabul edilen¹⁰⁶ insan ticareti suçuyla, henüz sömürü başlamadan mağdurun özgür iradesinin geniş kapsamlı olacak şekilde korunmak istendiği anlaşılmaktadır¹⁰⁷. Mağdurun iradesinin belli amaçlarla kontrol altına alınması¹⁰⁸, insan ticareti suçunun tipikliği açısından yeterli olmakla birlikte; bu kontrolün sürdürülmesi ve sömürünün gerçekleşmesi halinde özellikle sömürüden faydalanan kişilerin dâhil olmasıyla süreç farklı bir boyuta taşınmaktadır. Fuhuş yaptırmak amacıyla insan ticareti suçunda sorunlu olan bir konu da, müşteri konumunda bulunan ve mağdurla cinsel ilişkiyi gerçekleştiren kişilerin cezai sorumluluğunun bulunmadığı sonucunun her durum bakımından geçerli olup olmayacağıdır. Böyle bir ihtimalde insan ticareti suçunun mağduruna yönelik sadece cinsel talepte bulunan kişi insan ticareti suçunun faili olmadığı gibi, bu suça iştirak kapsamında da bir sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁰⁹. Dolayısıyla müşteri konumundaki kişinin mağdurun fuhuşa yönelik rızasının bulunmadığını bilip bilmemesi üzerinden özellikle Alman doktrininde gündeme getirilen tartışma, mağdurun zorlanarak veya kandırılarak fuhuşa sevk edilmesi halinde müşteri konumundaki kişinin bu durumdan yararlanması nedeniyle gerçekleştirmiş olduğu hareketin (*Freierstrafbarkeit*) ceza hukuku yaptırımını gerektiren bir fiil¹¹⁰ olarak düzenlenmesi gerekliliğine¹¹¹ yoğunlaşmaktadır.

TCK'da böyle bir düzenleme yoktur. Zorla çalıştırmak suretiyle mağdurun hizmetinden faydalananların TCK m. 117/2 kapsamında¹¹² ceza sorumluluklarının bulunduğunu söylemek mümkünse de fuhuş amacıyla insan ticareti mağdurundan bizzat faydalanan kişinin TCK m. 227/4 kapsamında sorumluluğu bulunmamaktadır¹¹³.

¹⁰³ Bu yönde KOCA, s. 160; YENİDÜNYA, *Ceza Kanunu*, s. 16-17. Koca, bu düzenlemeyle kastedilenin net olmadığını belirterek, farklı ihtimaller üzerinden değerlendirmede bulunmuş ve hükmün yerinde ve gerekli olmadığı sonucuna varmıştır. Öncelikle bu hüküm ile bu suç bakımından mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmayacağına kastedildiği ihtimalini ele almıştır. Böyle bir durumda esasen hükme gerek olmadığını, zira suçun koruduğu hukuksal değer olan irade özgürlüğünden feragatin, rızanın geçerli olmadığı bir alan (MK m. 23/2) olduğunu ifade etmiştir. Diğer ihtimal ise, fıkra da geçen suçu oluşturan eylemlerden maksadın araç hareketlerin dışında kalan asıl hareketler olmasıdır. Böyle bir durumda mağdura karşı araç hareketlere başvurulmaksızın onun belirtilen maksatlarla kaçırılması veya başka bir yere götürülmesine rıza göstermesinin geçersiz olacağını belirten yazar, ancak o zaman da üçüncü fıkranın anlamsız hale geleceğine dikkat çekmiştir. KOCA, s. 160-162.

¹⁰⁴ YENİDÜNYA, *Ceza Kanunu*, s. 20. Kesintisiz suç özelliği göstermeyen insan ticareti suçunun bu yönüne ilişkin değerlendirme için bkz. RENZIKOWSKI, *Menschenhandel*, s. 883.

¹⁰⁵ BÜRGER, s. 172.

¹⁰⁶ BÜRGER, s. 177.

¹⁰⁷ BÜRGER, s. 174. Yazar bizzat sömürüye karşılık gelen suç tiplerinde öngörülen cezalar ile insan ticareti suçunun cezası kıyaslandığında, kanun koyucu için sömürüden önceki sürecin daha fazla haksızlık teşkil ettiğini söylemenin mümkün olduğunu belirtmiştir. BÜRGER, s. 179.

¹⁰⁸ BÜRGER, s. 171.

¹⁰⁹ PFUHL, Christian: "Die Nachfrage nach Opfern von Menschenhandel - Einführung einer Strafvorschrift?", *Juristische Rundschau*, 2014, Sayı 7, s. 281.

¹¹⁰ Cinsel suçlar alanında konuya ilişkin değerlendirme için HÖRNLE, *Selbstbestimmung*, s. 862.

¹¹¹ Zorla çalıştırılan fuhuş mağdurlarından cinsel amaçlı yararlanan kişilerin cezalandırılması lehinde görüş için RENZIKOWSKI, *Freierbestrafung*, s. 38 vd.

¹¹² Bayraktar, sömürü suçu olarak nitelendirmiştir (BAYRAKTAR, s. 1036). Bu husus madde gerekçesinde de belirtilmiştir: "İkinci fıkra da yer alan suç, kişilerin çalışmalarının sömürülmesini engellemek amacıyla taşınmaktadır. Kimsesiz, çaresiz veya belirli kişilere çeşitli nedenlerle bağımlı kişi, onun bu hâlden yararlananlar sömürücü kişiler tarafından insanlık dışı durumları kabule veya bazı koşullara katlanmaya sevkedilebilmektedir."

¹¹³ ŞEN, Ersan / MAVİŞ, Mert / ŞAHİN, Buğra: *Cinsel Suçlar Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar (Uygulamada ve İçtihat)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 388.

A. İlgili Fiilin Ayrıca Suç Olarak Düzenlenmesinin Gerekliği Tartışması

Mağdur üzerinde oluşturulan zorlama insan taciri ya da onu fuhşa sürükleyen kişi tarafından gerçekleştirilmek suretiyle, mağdurun sonrasında cinsel anlamda irade özgürlüğünün ihlal edilmesine yönelik harekete karşı koymaması sağlanmaktadır¹¹⁴. Mağdurun iradesini doğrudan etkilemekle birlikte zaten var olan zayıflık durumunun istismar edilmesi şeklindeki fiilin ceza hukuku yaptırımını gerektirme niteliğini haiz olduğunu ileri süren yaklaşım, müşteri konumundaki kişilerin mağdurun isteği dışında cinsel ilişkiye girmeye yönelik kastlarının varlığını önemli bir dayanak noktası olarak göstermektedir¹¹⁵. Bizzat fuhşun ödemeyi yapan tarafının mağdura yönelik zorlayıcı bir davranışı gerçekleştirmiş olduğundan söz edilemese de, böyle bir baskı altında bulunan kişiden faydalanılması, diğer bir ifadeyle dolaylı bir zorlama söz konusudur. Böylece talepte bulunan kişinin mağdurun iradesini doğrudan etkilememiş olmasının, ceza sorumluluğunun doğmasına engel olmayacağı ileri sürülmüştür¹¹⁶. Açıktır ki, belli bir zorunluluk altında bulunan kişinin bu durumunun ortaya çıkardığı kolaylıktan yararlanmak şeklinde gerçekleşen hareketin haksızlık oluşturmayacağı sonucuna, kendi özgür iradesiyle fuhuş yapan kişiyle cinsel davranışlar gerçekleştiren kişinin durumundaki gibi *kolaylıkla*¹¹⁷ ulaşılamaz¹¹⁸. Ayrıca insan ticaretiyle mücadelede, insan ticareti suçunun mağdurlarına yönelik talebin ortadan kaldırılmasının önemli bir araç teşkil edebileceğine dikkat çekilerek, cezalandırmaya yönelik ihtiyaç daha güçlü ifade edilmeye çalışılmaktadır¹¹⁹. Bu yönüyle konu insan ticaretiyle mücadelede daha etkin bir yol olarak gündeme getirilmesiyle de önem taşımaktadır.

2016 yılında getirilen değişiklikle birlikte cinsel özerkliği etkin şekilde korumak amacıyla ACK'da fuhuş amacıyla insan ticareti suçunun mağdurdan yararlanan kişilerin cezalandırılması (§ 232a Abs. 6 StGB) öngörülmüştür¹²⁰. Sözü edilen düzenlemenin dayanağını 2011/36/EU sayılı İnsan Ticaretine İlişkin Direktif oluşturmaktadır¹²¹. Direktif m. 18/4'te insan ticareti mağdurunun hizmetlerinden yararlanmanın suç olarak dikkate alınmasının (zorunlu değil)¹²² öngörülmesiyle birlikte, ACK ilk kez, daha önce insan ticareti veya zorla fuhuş mağduru olmuş kişilerin cinsel hizmetinden faydalanmayı (cinsel hizmet talebini) ceza yaptırımına tabi kılmıştır. Mağdurun zor durumda bulunması, düzenlemede yabancı bir ülkede bulunmasından kaynaklanan çaresizlik veya kişisel veya ekonomik zorluk içinde bulunması¹²³ şeklinde karşılık bulmuştur. Bu şekilde mağdur olmuş ve fuhuş yapan bir kişiye ödeme karşılığında kasten cinsel hareketlerde bulunan veya bu hareketleri yaptıran kişinin ceza-

¹¹⁴ RENZIKOWSKI, *Zwangsprostitution*, s. 214.

¹¹⁵ Bu tartışma ve konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için PFUHL, s. 280.

¹¹⁶ PFUHL, s. 281.

¹¹⁷ Fuhuş yapan kişilerin bunun için gerçekten özgürce karar verip veremeyeceklerinin şüpheli olduğu ve bunun da içinde buldukları sosyal ve psikolojik duruma dayanan sosyal bir gerçeklik olduğu, dolayısıyla konuyla ilişkili olarak verilen kararların ne kadar gönüllü olduğu sorusunun her zaman gündemde yer alacağı yönünde BOSCH, Julia: "Freierstrafbarkeit - Quo vadis?", *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2021, Sayı 5, s. 301. Konu hakkında ayrıca bkz. UZUN, s. 228. *Hörnle*, zor yaşam koşulları içinde bulunan kişinin bu durumu fuhuş yoluyla iyileştirme fırsatı yakalaması halinde, bu kararının genellikle kendi geleceğini belirleme olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş, ancak diğer bir kişinin sürece yönelik etkisini ayrıca dikkate almıştır. HÖRNLE, *Selbstbestimmung*, s. 884.

¹¹⁸ Nitekim seks işçiliği ile seks ticareti kavramlarının farklılığına açıklık getiren *Uzun*, seks işçiliğinin özellikle kendi rızasıyla cinsel hizmet satan her cinsiyetten insanı kapsamaması nedeniyle doğası gereği gönüllü katılımı içerirken, seks ticaretinin tamamen mağdurların sömürülmesine kadar uzanan güç, zorlama veya aldatmayla ilgili olduğunu belirtmiştir. UZUN, s. 229. Seks işçisi kavramı hakkında ayrıca bkz. YALÇIN, Türkân: *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 146 vd.

¹¹⁹ PFUHL, s. 280. İnsan ticareti suçunun mağdurlarının korunmasının öncelikli mesele olması gerektiği ve insan ticareti suçunun bir kontrol suçu olduğuna ilişkin değerlendirme için RENZIKOWSKI, *Menschenhandel*, s. 885.

¹²⁰ Ayrıntılı bilgi için OFOSU-AYEH, Oliver: "§ 232a Abs. 6 StGB: Die Umsetzung der Freierstrafbarkeit", *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, 2020, Sayı 2, s. 109 vd.

¹²¹ Bununla birlikte 16 Mayıs 2005 tarihli Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi m. 19'da Sözleşmenin 4'üncü maddesinin a bendinde sayılan istismar konusu hizmetlerden kişinin insan ticareti mağduru olduğunu bilerek yararlanmanın, suç sayılması için gerekli mevzuat düzenlemelerinin yapılması taraf devletlere öngörülmüştür.

¹²² Direktif'te yakın zamanda değişiklik çalışmalarının başlamış olması ve konuyla ilgili daha güçlü önlemlerin alınacağı yönünde beklentiye ilişkin bkz. BOSCH, s. 302.

¹²³ Mağdurun içinde bulunduğu zorunluluk durumu hakkında ayrıntılı bilgi için KUDLICH, *LK*, § 233, s. 33 vd.

landırılması hüküm altına alınmıştır¹²⁴. İlgili düzenlemenin devamında (§ 232a Abs. 6 S. 2 StGB) suçun ortaya çıkmasını sağlamak amacıyla iş birliğini teşvik için cezayı kaldıran kişisel sebebe yer verilerek, fail tarafından insan ticaretinin veya zorla fuhuşun yetkili makamlara gönüllü olarak¹²⁵ ve zamanında bildirilmesi halinde cezasızlık öngörülmüştür¹²⁶. Suçun objektif tipikliğini, failin cinsel sömürü amacıyla para karşılığında insan ticareti mağduruna cinsel hareketleri gerçekleştirmesi veya kendisine yaptırması oluşturmaktadır¹²⁷. Burada belirleyici olan, failin mağdurun içinde bulunduğu durumu bilmesi ve adeta savunmasızlığından yararlanarak fiili gerçekleştirmesidir. Sözü edilen husus ayrıca suçun manevi unsurunun tespiti açısından da yol göstericidir. Suçun özellikle olası kastla işlenip işlenemeyeceği sorunu, failin mağdurun ancak savunmasız durumda bulunduğu bilincinde olması halinde mümkün olabileceği kabulü üzerinden gerekçelendirilmekte ve suçun olası kastla işlenemeyeceği sonucuna varılmaktadır¹²⁸.

Bununla birlikte ceza hukukunun parçalı yapısının zorunlu bir sonucu olarak cezalandırma boşluklarının bulunacağı, bir boşluğun doldurulması iddiasıyla kanunda buna yönelik düzenleme tesis edilmesinin yeterli bir gerekçe olmadığı¹²⁹, bunun yanı sıra cezalandırma boşluğunun ancak ilgili hükmün de uygulanabilir olması halinde doldurulabileceği¹³⁰ vurgusuyla fiilin ispatlanması noktasında bulunan güçlüğü de dikkat çekilerek müşteri konumundaki kişinin cezalandırılmasının sembolik ceza hukuku¹³¹ (*symbolisches Strafrecht*) kapsamında olacağı tehlikesi ön plana çıkarılmıştır.

B. Fiile Yönelik Sembolik Ceza Hukuku Eleştirisi

Günümüzde sembolik ceza hukukuna ilişkin yapılan açıklamaların referans noktalarına bakıldığında iki hususla temellendirildiği görülmektedir¹³². Öncelikli husus, suç düzenlemesinin hukuksal değerlerin korunmasını amaçlayıp amaçlamadığıdır¹³³. Zira kavrama yönelik getirilen önemli bir eleştiri, hukuksal değerlerin korunması noktasında suçun gerekli olmaması iddiasına ilişkin olup, bu kapsamda yer alan suç belirli politik durumun aktarılmasına hizmet etmektedir¹³⁴. Bir suçun hukuki değerlerin korunması için gerekli görülmediği durumlarda, kanun koyucunun bu suçu yalnızca harekete geçme isteğinin bir sembolü olarak yarattığı varsayılır¹³⁵. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucunun acil

¹²⁴ Böyle bir fiilin ceza hukuku yaptırımını gerektirdiği konusunda şüphe bulunmadığını belirten *Renzikowski*, bu kişileri cinsel sömürücü (*sexuellen Ausbeuter*) şeklinde nitelendirmiştir. RENZIKOWSKI, *Freierbestrafung*, s. 39.

¹²⁵ Gönüllülük tespitinde ACK m. 24'te düzenlenmiş olan gönüllü vazgeçme açısından gönüllülük değerlendirmesinde esas alınan özgür irade ölçütü belirleyicidir. OFOSU-AYEH, s. 111.

¹²⁶ Burada failin mağdurun durumunu bilerek bu durumdan faydalanmak amacıyla hareket etmesi halinde mağdurun zayıf durumundan faydalanmak suretiyle cinsel saldırı suçunun tipikliğini de gerçekleştireceğini ve böylece konunun fikri içtima kapsamında değerlendirileceğine dikkat çeken görüş, ilgili suç açısından kabul edilmiş olan cezayı kaldıran şahsi sebebin uygulanabilirliğinin olmayacağını altını çizmiştir. OFOSU-AYEH, s. 111.

¹²⁷ OFOSU-AYEH, s. 109.

¹²⁸ OFOSU-AYEH, s. 110. Aksi yönde PETZSCHE, s. 244.

¹²⁹ Cinsel suçlar alanında benzer yönde değerlendirme ve buna yönelik eleştiri için HEINEMANN, Isvant: “‘Nein heißt Nein’ fünf Jahre nach der Reform des § 177 Abs. 1 StGB – Eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Gesetzgebers”, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2021, s. 65.

¹³⁰ Benzer yönde EL-GHAZI, s. 159.

¹³¹ Kavramın 1980'li yıllarda yeni suç tipleriyle ilgili tartışmaya dâhil edildikten sonra, artık tartışmanın ayrılmaz bir parçası haline geldiği hakkında PETERS, Kristina: “Symbolisches Strafrecht?”, *Juristische Rundschau*, 2020, Sayı 8, s. 414. Konu hakkında ayrıca bkz. HASSEMER, Winfried: “Das Symbolische am symbolischen Strafrecht”, SCHÜNEMANN, Bernd / ACHENBACH, Hans / BOTTKE, Wilfried / HAFFKE, Bernhard (Ed.): *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2001, s. 1002 vd.

¹³² PETERS, s. 415.

¹³³ APPEL, Ivo: “Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 1999, Cilt 82, Sayı 3, s. 278 vd. Hukuksal değer, ceza hukukunu sınırlandırma işlevine ilişkin değerlendirme ve hukuksal değer kapsamında belirlenmesine yönelik tartışma için APPEL, s. 281-283.

¹³⁴ PETERS, s. 415. ACK bağlamında 3 görünüm şeklinin olduğunu belirten yazar bu kapsamda farklı suç tiplerini (§§ 265 c ile 265 e StGB, § 237 Abs. 1 StGB, yürürlükten kaldırılmış olan § 217 Abs. 1 StGB) ele almıştır. Sonuç olarak, *korunması gereken bir hukuki değer tespit edilemiyorsa, mevcut suçlar zaten hukuki değeri ihlal eden hareketi kapsıyorsa veya hukuki değer bariz tehlikelerin yokluğu nedeniyle korunma gerekliliği bulunmuyorsa, hukuki değer korunması için bu tür düzenlemelere gerek olmamalıdır*. PETERS, s. 416.

¹³⁵ PETERS, s. 417.

toplumsal sorunları görebildiğinin ve elindeki en güçlü araçlarla bunları çözmek istemesinin göstergesi olarak anlam ifade eder¹³⁶. Konuyla bağlantılı ele alındığında, sözü edilen hükmün uygulanması sadece ahlaki rahatsızlıkların (*moralischen Empörung*) dikkate alınması amacına hizmet ediyorsa, sembolik ceza hukukundan söz edilmesi gerektiği belirtilmiş, burada hukuki değerlerin korunmasından ziyade politik etkilerin ön planda olduğu ifade edilmiştir¹³⁷. Dolayısıyla sembolik ceza hukukunun karakteristik özelliği, hukuki değerlerin koruma altına alınmasına yönelik ceza hukuku işlevinin görünüşte kalmasından ibarettir¹³⁸. Bu noktada korunması gereken hukuksal değerlerin öneminin dikkate alınması gerektiği ön plana çıkarılmış¹³⁹ olmakla birlikte doktrinde genel görüş, bu suç tipiyle ceza hukuku alanında korunmaya değer bir hukuksal değer bulunduğunu reddetmemektedir¹⁴⁰. Tartışma konusu edilen, hangi hukuksal değerle ilişkilendirilmesi gereğidir. Bu açıdan öne çıkan ise, kişinin cinsel özgürlüğü¹⁴¹ olup ayrıca insan onuru da dikkate alınmaktadır¹⁴². Zira sömürü ilişkisi, sömürülenin bir obje olarak muamele görmesiyle karakterize edildiğinden, insan ticareti suçunun mağduruna yönelik gerçekleştirilen böyle bir fiille insan onurunun ihlal edilmesinin de söz konusu olacağı ileri sürülmüştür¹⁴³.

Diğer husus ise hükmün etkinliğidir. Ceza hukuku yaptırımını gerektiren fiillerin kanun metnlerinde yer almasıyla sınırlı kalması ve fiilen uygulanmaması halinde suç tipiyle hukuksal değerlerin korunmasına hizmet edilmesinden söz edilemez¹⁴⁴. Hükmün etkinliği (*Effektivität der Norm*) ikincil öneme sahiptir¹⁴⁵. Hükmün etkinliğinin belirlenmesinde, uygulama alanının kapsamı ve ispat zorluğu içerip içermediği hususları belirleyici olmaktadır¹⁴⁶. Böyle bir düzenlemenin de neredeyse hiç uygulanma kabiliyeti bulunmadığı eleştirisi getirilmiştir¹⁴⁷. Daha açık ifadeyle, delil yetersizliği nedeniyle¹⁴⁸

¹³⁶ HASSEMER, s. 1009. Ceza hukukunun modernleşmesi (*Modernisierung des Strafrechts*) kavramını kullanan Hassemer, toplumsal kontrol ihtiyacının ana aracı olan zorlamanın ceza hukuku normlarıyla etkinliğinin artırılmasına yönelik çabanın, ceza hukukunun esnek bir kriz müdahale aracına dönüşme eğilimini yükselttiğine dikkat çekmiş ve bu kapsamda incelediği başlıklar altında göç olgusunu da ele almıştır (HASSEMER, s. 1005). Modern ceza hukukunun temel özellikleri kapsamında önleyiciliğe vurgu yaparak, burada özellikle ceza hukukunun temel ilkelerinden son çare ilkesinin terk edildiğini belirtmiştir. Böylece riskler yeterince tehdit edici boyutta kabul edildiğinde ceza hukuku öncelikli araç haline dönüşmektedir. Ayrıca modern ceza hukukunun ağırlıklı olarak ceza hukuku özel hükümler alanında veya suç düzenlemeleri içeren diğer alanlarda yeni suç tipleri oluşturmak veya cezaları arttırmak şeklinde etki gösterdiğini belirten yazar, bu suç tiplerinin muğlak şekilde ifade edilen evrensel değerleri önceliğinin altını çizmiştir. Bu şekildeki belirsizlikle amaçlanan ise, suçla korunan hukuksal değer bulunmadığı eleştirisini bertaraf etmektir. Benzer şekilde şimdiye kadar kabul edilemeyen ceza hukuku esasları, modern ceza hukukunun etkinliğini azaltma riski taşıdığından, bu esaslardan uzaklaşma eğilimi ön plana çıkmaktadır. Özellikle fiil ceza hukuku ve kanunilik ilkesi, orantılılık ilkesi, kusur ilkesi bu kapsamdadır. Dolayısıyla ceza hukukunun modernleştirilmesinin ortaya çıkardığı sonuçlar olumsuz görülmektedir (HASSEMER, s. 1007-1008). Hukuksal değer kavramının özellikle soyut tehlike alanında cezalandırılabilirliğin öne çekilmesine sınır koyma konusunda yetersiz kaldığına ilişkin değerlendirme için APPEL, s. 285.

¹³⁷ PFUHL, s. 282.

¹³⁸ PFUHL, s. 282. Belirlilik ilkesiyle ilişkisi için PETERS, s. 418. Sembolik ceza hukukunun, gerçekte yerine getiremeyeceği görevleri üstlenen ceza hukuku sistemini ifade ettiğine, sadece kanun koyucu açısından politik fayda sağladığı yönünde HASSEMER, s. 1004.

¹³⁹ PFUHL, s. 281. Ceza hukukunun son çare olması ilkesi kapsamında değerlendirme için bkz. ISFEN, s. 217. Ceza hukuku kapsamında korunan hukuksal değerler arasındaki ilişkiye yönelik değerlendirmeye için ayrıca bkz. EL-GHAZI, s. 159.

¹⁴⁰ BOSCH, s. 296. Söz konusu fiilen ceza hukuku yaptırımını gerektirdiği yönünde bkz. RENZIKOWSKI, Zwangsprostitution, s. 214; PETZSCHE, s. 244.

¹⁴¹ Konu III. C kısmında incelenecektir.

¹⁴² BOSCH, s. 296. PFUHL, s. 281. Nitekim fuhuş amaçlı insan ticaretine ilişkin olarak, Birleşmiş Milletler tarafından 2 Aralık 1949 tarihinde kabul edilen İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Önlenmesine Dair Sözleşme uyarınca insan ticareti sadece fuhuş amacıyla yapılabilir. Bu Sözleşme’de fuhuş ve sömürü kavramlarından ne anlaşılması gerektiğine yer verilmemekle birlikte giriş bölümünde bu sömürü insan onuruyla bağdaşmaz olarak nitelendirilmiştir. Fuhuş yapan kişinin buna yönelik kararının hangi koşullar altında özgür iradeye dayandığının tespitinde, özgür irade kavramı ceza hukuku kapsamında şimdiye kadar çok az tartışma konusu yapılmakla birlikte, kavramın psikolojik ve felsefi boyutunun göz ardı edilmemesi gerektiği yönünde BOSCH, s. 301.

¹⁴³ RENZIKOWSKI, Zwangsprostitution, s. 214; SUMMERER, s. 135; BÜRGER, s. 178. Bununla birlikte yazar, insan onurunun hâlâ ceza hukuku kapsamında korunması gereken bir hukuksal değer olarak kabul edilmesine ihtiyaç olup olmadığı görüşünü, kısmen insan onurundan türetilen kişi özgürlüğünün ön planda tutulması ve bunun yeterliliği üzerinden tartışmaya açmıştır. BÜRGER, s. 178.

¹⁴⁴ BOSCH, s. 296. Cezanın genel önleme amacı çerçevesinde sembolik ceza hukukunun değerlendirilmesi hakkında HASSEMER, s. 1018. ACK’da bu bağlamda değerlendirilebilecek örnek düzenlemeler için AMELUNG, Knut: “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzbuch” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1980, Cilt 92, Sayı 1, s. 55-56.

¹⁴⁵ AMELUNG, s. 54; BOSCH, s. 296.

¹⁴⁶ PETERS, s. 417.

¹⁴⁷ BARTSCH, Tillmann / LABARTA GREVEN, Nora / KÜSTER, Robert: “Strafbarkeit des Sexkaufs nach § 232a Abs. 6 StGB – ein gesetzgeberischer Fehlschlag?”, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, 2023, Cilt 17, s. 297. Renzikowski de ilgili fiilin ceza yaptırımına tabi tutulmasını savunmakla birlikte, fuhşun gönüllü olmasıyla olmaması arasındaki ayrımın belirlenmesinin güçlüğü

failin kastının tespitinin çoğu durumda mümkün olmayacağını belirten görüş, bunu, mağdurun fiili yetkili makamlara bildirmemesinin¹⁴⁹ yanı sıra insan tacirlerinin mağdurları müşteri konumunda bulunan kişilerde özgür iradeleriyle hareket ettiklerine yönelik algı oluşturmalarını sağlamaları ve böylelikle bu kişilerin mağdurların savunmasız durumda bulduklarını bilmelerinden söz edilmesinin imkânsız hale gelmesine dayandırmaktadır¹⁵⁰. Bu sorunun, mağdurun insan ticareti suçunun veya zorla fuhuşun mağduru olması hususunun objektif cezalandırılma şartı olarak kabul edilmesi suretiyle aşılabileceği önerisi ileri sürülmüştür. *Objektif cezalandırılabilme şartı, suçun işlenmesinden önce, suçun işlenmesi sırasında veya suç bütün unsurları ile gerçekleşikten sonra söz konusu olabilen ve esasen gerçekleşmediği takdirde kişinin haksızlık ve suç teşkil eden eyleminden cezalandırılmasını engelleyen şartlardır*¹⁵¹. Bir suçta böyle bir şartın varlığının önemi, kast ve taksirin kapsamına girmemesinden dolayıdır, zira bu şart haksızlık unsurlarının dışında kalmaktadır¹⁵². Böylece suçun manevi unsuruna ilişkin olarak mağdurun durumuyla ilgili failin kastının bulunup bulunmamasına yönelik belirleme önem arz etmeyecektir¹⁵³. Failin yalnızca cinsel hizmeti almaya yönelik kastının varlığı yeterli olacaktır¹⁵⁴. Bununla birlikte böyle bir kabul iki açıdan sorun içermektedir. Öncelikle söz konusu fiilin haksızlık içeriğini belirleyen unsur mağdurun durumunu bilerek onunla fuhuş yapılmasıdır. Mağdurun zayıflık durumunun, sonrasında başına gelebilecek *ciddi bir kötülükten korkması*¹⁵⁵ sebebiyle rıza gösterdiğinin fail tarafından bilinmesi kusur yargısının konusunu oluşturan haksızlık açısından belirleyicidir. Zira özgür iradeye dayanan fuhuş tek başına ceza hukuku yaptırımını gerektiren bir fiil olmayıp¹⁵⁶, fuhuşa teşvik edilmesi vs. suç teşkil etmektedir. Bu yönüyle ancak *cezalandırılabilirliğin görüşünde objektif koşuluna* bir örnek teşkil edeceğinden söz edilebilecektir ki, sözü edilen kavram doktri-

yönündeki iddianın haklılığını inkâr etmemiştir. Yazarın konu bağlamındaki önerileri için RENZIKOWSKI, *Zwangsprostitution*, s. 215. Yazarlar tarafından yapılan araştırma neticesinde varılan sonuç, böyle bir düzenlemenin, bir tarafının insan ticareti suçunun mağdurunun oluşturduğu fuhuşun azaltılmasını sağlamadığı yönündedir. BARTSCH / LABARTA GREVEN / KÜSTER, s. 301.

¹⁴⁸ RENZIKOWSKI, *Freierbestrafung*, s. 39. Bununla birlikte yazar, ispat sorununu esas alan bu eleştiriye yönelik, kanun koyucunun benzer şekilde ispatı sorun arz eden evli kişiler arasındaki cinsel suçları da hüküm altına aldığı vurgusunda bulunmuştur. Ayrıca ispat sorunlarından ziyade ceza hukuku kapsamında korunan hukuksal değerlerin varlığının esas olduğunu belirtmiştir. RENZIKOWSKI, *Freierbestrafung*, s. 40.

¹⁴⁹ UZUN, s. 227.

¹⁵⁰ OFOSU-AYEH, s. 110. Bu yöndeki bir hükmün ancak İngiliz Hukuku'nda yer alan düzenleme şeklinde kaleme alınması halinde anlam ifade edeceğini belirten yazar, 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu'nda yer alan 53A hükmünün (*Section 53A des Sexual Offences Act 2003*) sömürücü bir ilişkiye maruz kalmış bir kişiden cinsel hizmet satın alınmasını cezalandırdığına, bununla birlikte failin ceza sorumluluğu açısından mağdurun böyle bir durumda olduğunun bilinmesinin gerekli olmadığına vurgu yapmıştır. Böylece katı sorumluluğun (*strict liability*) öngörüldüğünü söylemenin mümkün olduğu bu düzenleme kapsamında failin mağdurun örneğinin bir insan taciri tarafından işe alındığı veya fuhuşa zorlandığı konusunda bilgi sahibi olmasının gerekli olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. OFOSU-AYEH, s. 111.

¹⁵¹ ARTUK, Mehmet Emin / ALŞAHİN, Mehmet Emin: "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı, s. 18.

¹⁵² KANGAL, Zeynel T.: "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2010, Cilt 68, Sayı 1-2 (Objektif Koşullar), s. 153; AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 267.

¹⁵³ OFOSU-AYEH, s. 111. Ayrıca bkz. BOSCH, s. 299.

¹⁵⁴ BOSCH, s. 299. Yazar, mağdurun durumunun objektif cezalandırma şartı olarak kabul edilmesinin insan ticareti suçu ya da zorla fuhuş mağdurundan faydalanmaya yönelik caydırıcılığı sağlayacağını ileri sürmüştür. Konuyu bir adım daha ileri taşıyan yazar, fuhuşun ödemeyi yapan taraf için yaptırımı bağlanması gibi daha geniş bir yasağa tabi kılınmasına suçun kanıtlanmasını kolaylaştıracağını ifade etmiştir (BOSCH, s. 299). Bununla birlikte böyle bir yasağın varlığının Ceza Kanunu kapsamında hukuki değerlerin korunması amacıyla uyumlu olmayacağını itiraf eden yazar, böyle bir ihtimalde kendi iradesiyle ve gönüllü olarak fuhuş yapan kişiden ödeme karşılığında böyle bir hizmet alan kişinin cezalandırılmasında korunan hukuksal değer olarak cinsel özgürlükten söz edilemeyeceğini belirtmiştir (BOSCH, s. 301).

¹⁵⁵ HÖRNLE, *Selbstbestimmung*, s. 885.

¹⁵⁶ Alman Ceza Hukuku'nda konuya ilişkin değerlendirme için RENZIKOWSKI, *Freierbestrafung*, s. 38. Yazar fuhuş için ödeme yapan kişinin fiilinin zorunlu iştirak (*notwendige Beteiligung*) kapsamında kaldığını ve bu nedenle kişinin cezalandırılmasından söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Yazar, gönüllü olarak yapılan fuhuşa yönelik yasal kısıtlamanın, ahlaki davranış standartlarını uygulamanın ya da insanları kendi sorumlulukları altında verdikleri yaşam kararlarının sonuçlarından korumanın gerekliliği olabileceğini ancak hukuki değerlerin korunmasını amaçlayan bir ceza hukukunun görevi olmadığını belirtmiştir (RENZIKOWSKI, *Freierbestrafung*, 38-39). Yazara göre, bireyin fuhuş yapma kararına, başkalarının yasal olarak korunan menfaatlerini ihlal etmediği sürece hukuk sistemi tarafından saygı gösterilmelidir. Yazar fuhuşun ceza yaptırımına tabi tutulmasının, ceza hukukunun hukuksal değerleri koruma görevi ve son çare olma özelliği aleyhine sonuç doğurma riskine dikkat çekmiştir (RENZIKOWSKI, *Zwangsprostitution*, s. 216-217). Fuhuşun cezalandırılmaması tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmiş değildir. Nitekim İsveç fuhuşla mücadelede öncü rol oynayarak, fuhuş yapanları mağdur kabul ederek, ödemeyi yapan tarafın cezalandırılmasını öngörmüştür. Fuhuşun cezalandırılmasının fuhuşu engellemediği, aksine fuhuşun kontrolünü güçleştirdiği yönünde bkz. RENZIKOWSKI, *Freierbestrafung*, s. 38. İnsan ticaretini önlemeye ilişkin etkisi hakkında UZUN, s. 230. Karşılaştırmalı hukukta fuhuş düzenlemeleri için TANERİ, s. 90 vd.

nin tamamı tarafından da kabul görmemektedir¹⁵⁷. Ayrıca fuhuş yapılan kişinin insan ticareti suçunun mağduru olduğunun bilinmesinin objektif cezalandırılma şartı olarak öngörülmesi, fuhşun suç teşkil etmediği sistemde her fuhşun suç sayılabilmesi ve buna bağlı olarak cezalandırma sınırının belirsizleşmesi riskini¹⁵⁸ de beraberinde getirecektir.

Bununla birlikte hükmün etkisizliğine yönelik endişeleri ortadan kaldırmayı amaçlayan kanun koyucu 2021 tarihinde yapmış olduğu değişikliklerle zorla fuhuş mağdurlarının daha güçlü korunmasına yönelik yeni hüküm getirmiştir. Bunun nedeni olarak, önceki şekliyle failin kastının tespitinin güçlüğü ve cezalandırma boşluklarının ortadan kaldırılması¹⁵⁹ yönündeki gereklilik gösterilmiştir¹⁶⁰. Yeni hükümle failin sadece kasten hareket ettiği durumlar değil, ayrıca ağır dikkatsizlik veya tedbirsizlikle¹⁶¹ (*leichtfertig*) hareket ettiği durumlar da ceza kapsamına dâhil edilmiştir. Bu kavramın kullanılmasıyla, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan geniş kapsamlı öngörememe hali suçun manevi unsuru olarak kabul edilmiştir. Bu şekilde kapsamı oldukça genişletilen bu suç tipi açısından ispat zorluklarından kaçınma çabası, fiilin haksızlık içeriğinin normun düzenlenme amacından farklı yönde oluşması riskini ortaya çıkarmaktadır. Zira failin ceza sorumluluğu açısından belirleyici olan, mağdur üzerinde 3. bir kişi tarafından amaçlanan sömürüyü bilmesi ve bundan yararlanmasıdır. Cezalandırılabilir fiilin belirlenmesinde, öncelikli husus ispatın kolaylığı/zorluğu olmayıp fiilin ceza hukuku yaptırımını gerektiren bir haksızlık teşkil etmesi ve ceza hukuku kapsamında korunması gereken hukuksal değer varlığıdır¹⁶². Dolayısıyla ancak kastın varlığı bağlamında ele alınabilecek durumun taksir kapsamında temellendirilmesi isabetli gözükmemektedir. Ayrıca öncül suç konumunda nitelendirilebilecek fuhuş yaptırmak amacıyla insan ticareti suçunda sadece kast öngörülmesine rağmen, zorla fuhuş mağdurunun bu durumundan faydalanılması suretiyle gerçekleştirilen fiil açısından taksir sorumluluğunun öngörülmesinin tutarsızlık arz ettiği eleştirisi dikkate değerdir¹⁶³.

C. Fiilin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suç Çerçevesinde Değerlendirilmesi

İnsan ticareti suçuyla korunan hukuksal değer kapsamında fiilin haksızlık içeriğinin tüketilmesinin söz konusu olmadığı, bağımsız olarak korunması gereken hukuksal değer ön plana çıkarılması ihtiyacının sonucu olan¹⁶⁴ böyle bir durumda korunan hukuksal değer daha spesifikleşmekte ve cinsel anlamda irade özgürlüğüne¹⁶⁵ atıfta bulunmaktadır. Böylelikle bir yandan fuhşun, diğer yandan özellikle kadın ticaretinin ortak kesişme noktasına, cinsel özerkliğin korunmasına işaret edilmektedir¹⁶⁶. Cinsel suçlar alanında bu vurgu önemlidir, zira korunan hukuksal değere yönelik tercih, yapılan dü-

¹⁵⁷ Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları arasındaki gerçek-görünüşte ayırımı ilişkin ayrıntılı bilgi için KANGAL, *Objektif Koşullar*, s. 157 vd.

¹⁵⁸ OFOSU-AYEH, s. 112. Yasal fuhuş ile yasadışı fuhuş arasındaki ayırımı sağlamak adına ceza hukuku yaptırımlarının uygun araç olmadığı yaklaşımına yönelik eleştiri için BOSCH, s. 297. Yazar, 150 ülkeyi kapsayan bir araştırmada fuhşun yasallaşmasının insan ticareti suçlarında artışa yol açtığı sonucuna varıldığına dikkat çekmiştir (BOSCH, s. 297).

¹⁵⁹ Ceza kanunlarında hiçbir hukuksal değer mutlak olarak korunmadığı ve ceza boşluklarının ceza hukukunun parçalı yapısının sonucu olduğu ve ceza hukukunun cinsel dokunulmazlık alanında her türlü ahlaki aykırılığın veya toplum tarafından istenmeyen davranışın cezalandırılması şeklinde görevinin bulunmadığı yönünde HOVEN, Elisa / WEIGEND, Thomas: “‘Nein Heißt Nein’ – Und Viele Fragen Offen: Zur Neugestaltung Der Strafbarkeit Sexueller Übergriffe” *JuristenZeitung*, 2017, Cilt 72, Sayı 4, s. 183.

¹⁶⁰ BOSCH, s. 295. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların yapısı gereği, taksirli şeklinin ceza yaptırımına tabi tutulmadığına dikkat çeken *Renzikowski*, özellikle yasal fuhuş ile yasadışı fuhuş arasındaki gri alan göz önünde bulundurulduğunda, kast dışında tipikliğin farklı bir subjektif unsurunun kabulünün uygun olmadığını ileri sürmüştür. Yazar ayrıca kara para aklama suçunda da (§ 261 Abs. 5 StGB) bu unsura (*leichtfertigen Geldwäsche*) yer verilmesinin paralel bir değerlendirmeyi meşru kılmayacağını belirterek, her iki suç tipi arasındaki önemli farklılıkların altını çizmiştir (RENIKOWSKI, *Freierbestrafung*, s. 41). Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar açısından taksir değerlendirmesi için ayrıca bkz. HÖRNLE, Tatjana: “Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, Cilt 112 Sayı 2, s. 370 vd.

¹⁶¹ Ağır dikkatsizlik veya tedbirsizliğin tespitinde dikkate alınabilecek ölçütler hakkında BARTSCH / LABARTA GREVEN / KÜSTER, s. 302). Benzer yönde BOSCH, s. 295. Suçun manevi unsuru olarak kabul edilmesinin yerinde olmadığı yönünde BOSCH, s. 295.

¹⁶² RENIKOWSKI, *Freierbestrafung*, s. 41.

¹⁶³ RENIKOWSKI, *Freierbestrafung*, s. 41.

¹⁶⁴ RENIKOWSKI, *Zwangsprostitution*, s. 215.

¹⁶⁵ Cinsel anlamda kendi geleceğini belirleme hakkının, irade özgürlüğüyle ilişkisi hakkında FEZER, s. 603; EL-GHAZI, s. 159.

¹⁶⁶ RENIKOWSKI, *Freierbestrafung*, s. 39.

zenlemelerin içeriğini doğrudan etkilemektedir¹⁶⁷. Mağdurun cinsel davranışı konusunda özgür bir karar vermediğinin farkında olan müşteri konumundaki kişi, mağdurun cinsel olarak kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal etmektedir¹⁶⁸.

İspat sorunlarının dışında normun etkinliğinin bulunmamasının böyle bir fiilin suç olarak düzenlenmesinin tek başına önem taşımamasıyla gerekçelendirilebileceğini belirten yaklaşım, mağdurun zor durumundan faydalanılarak cinsel sömürünün gerçekleştirilmesinin cinsel saldırı suçu kapsamında ele alınabileceğini ileri sürmüştür¹⁶⁹. Böylece konunun odak noktasının fiilin ceza hukuku yaptırımını gerektirip gerektirmediği tartışmasından ziyade fiilin haksızlık içeriğinin kanunda mevcut cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar içinde¹⁷⁰ tüketilip tüketilemeyeceği diğer bir ifadeyle bu suçların tipikliğini karşılayıp karşılamamasının oluşturduğuna çevrildiğini söylemek mümkündür. Mağdurun fuhşa rıza göstermesine sebep zor durumda bulunmasına bizzat müşteri konumunda yer alan kişinin neden olması halinde bu kişinin cinsel saldırı suçu kapsamında sorumluluğunun kabul edilmesi gerekir.

Sorun arz eden husus, mağdur üzerinde yaratılan zorlamanın, fuhşun diğer tarafınca değil, insan taciiri konumundaki kişi tarafından oluşturulmasıdır¹⁷¹. Mağdur karşı koymadan fiile katlanmakta, görünüşte rızasıyla fuhuş yapmaktadır. ACK esas alındığında, bu konuyla ilgili 2016 yılında cinsel saldırı suçuna ilişkin m. 177’de getirilen değişiklik önem arz etmektedir. “Hayır, hayır demektir (*Nein heißt Nein*)” prensibiyle¹⁷² anılan bu düzenleme tehdit ve cebrin cinsel dokunulmazlığa yönelik suçların zorunlu unsuru olduğu¹⁷³ kabulünü dışlayarak bu dokunulmazlığa yönelik fiiller açısından “mağdurun anlaşılabilir iradesine karşı olma (*gegen den erkennbaren Willen*)” ifadesine¹⁷⁴ açıkça yer vermiş ve böylece cinsel saldırı için mağdurun rızasının bulunmadığı hususunun tespiti açısından tehdit ve cebrin varlığına¹⁷⁵ sonuç bağlamamıştır. Anlaşılabilir irade kavramı, *karşıt irade fail tarafından zaten bilinmiyorsa veya mevcut koşullar nedeniyle münferit olayda açık değilse, mağdurun karşıt iradesini dış dünyaya en azından zımnen beyan etmesi*¹⁷⁶ gerekliliğine karşılık gelmektedir¹⁷⁷. İradeye aykırı bir cinsel hareket, ancak mağdurun suçun işlendiği zamanda aykırı bir irade oluşturması halinde kabul edilebilecektir¹⁷⁸. Anlaşılabilir

¹⁶⁷ DURSUN, s. 71.

¹⁶⁸ OFOSU-AYEH, s. 112; BARTSCH / LABARTA GREVEN / KÜSTER, s. 297.

¹⁶⁹ OFOSU-AYEH, s. 110. Aynı yönde BARTSCH / LABARTA GREVEN / KÜSTER, s. 298.

¹⁷⁰ ACK m. 180a’da fuhuş yapan kişilerin sömürülmesi kenar başlığıyla yer alan düzenleme, içinde kişilerin meslek veya sanat haline getirerek fuhuş yaptıkları ve fuhuş yapan kişilerin kişisel veya ekonomik açıdan birine bağımlı durumda bulunduruldukları bir işletmenin yönetilmesi fiilini yaptırım altına almaktadır. ACK m. 180a ve 181a kapsamındaki suçlar da, kişinin cinsel ilişkiye karar verme özgürlüğü olarak kabul gören hukuksal değer olarak cinsel özerkliğe dayanmaktadır (RENZIKOWSKI, *Zwangsprostitution*, s. 216). Bu düzenlemeyle m. 232a düzenlemesi arasındaki belirsizlik eleştirisi için bkz. PETZCSHE, s. 245.

¹⁷¹ RENZIKOWSKI, *Freierbestrafung*, s. 39.

¹⁷² Konu hakkında değerlendirme için HOVEN / WEIGEND, s. 182. Konuyla ilgili önerilen diğer çözüm modelleri hakkında HOVEN / WEIGEND, s. 185 vd.

¹⁷³ Eski ACK düzenlemesine yönelik değerlendirme için HEINEMANN, s. 64. Yazar söz konusu düzenlemenin cinsel anlamda kendi geleceğini belirleme hakkını kapsamlı şekilde korumadığını ifade etmiştir (HEINEMANN, s. 64). Eski ACK düzenlemesinin ortaya çıkardığı cezalandırma boşlukları hakkında ayrıca bkz. EL-GHAZI, s. 158 vd.

¹⁷⁴ Kavram hakkında MITSCH, Wolfgang: “Die erkennbare Willensbarriere gem. § 177 Abs. 1 StGB”, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2018, Sayı 6, s. 335; MAY, Malte: “Die Voraussetzungen der Vergewaltigung nach § 177 Abs. 1, Abs. 6 StGB n. F.”, *Juristische Rundschau*, 2019, Sayı 3, s. 133. Bunun, ceza hukuku dogmatığı açısından sorunlu olduğu, kasten işlenen suçun objektif unsuru olarak kabul edilmesinin uygun olmadığı, uygulamada failin taksirli sorumluluğuna neden olma riski barındırdığı eleştirisi için MÜLLER, Henning Erst: “Der „erkennbare“ Wille nach dem neuen Sexualstrafrecht – erkennbar fehlerhaft”, 2016 (<https://community.beck.de/2016/07/08/der-erkennbare-wille-nach-dem-neuen-sexualstrafrecht-erkennbar-fehlerhaft>, ET: 24.03.2024). Anlaşılabilirliğin, suçun objektif tipikliği kapsamında yer alan karşıt irade unsuruyla ilişkili olduğu, ayrıca madde gerekçesinde de bu unsurla suçun objektif tipikliğini sınırlandırmanın hedeflendiğinin belirtildiği, dolayısıyla böyle bir yaklaşımın yerinde olmadığı hakkında EL-GHAZI, s. 165-166. Konu hakkında ayrıca bkz. HEINEMANN, s. 63.

¹⁷⁵ Eski düzenleme kapsamında cinsel davranışlarla tehdit arasındaki nedensel bağlantının gerekliliğine ilişkin BGH yaklaşımı için. ISFEN, s. 218-219.

¹⁷⁶ HEINEMANN, s. 67. Kavram hakkında ayrıca bkz. HOVEN / WEIGEND, s. 186; MAY, s.133-134. Kavramın Alman Ceza Kanunu’nda ilk kez kullanılmasının yenilik teşkil ettiği ve bunun meşruluğu hakkında EL-GHAZI, s. 165. Özellikle mağdurun utançtan veya başka nedenlerden dolayı iradesini açıklamadığı durumların, suçun objektif tipikliği açısından “anlaşılabilirlik” gerektiğinden, suç teşkil etmeyeceği yönünde EL-GHAZI, s. 70. Benzer yönde MITSCH, s. 335.

¹⁷⁷ Böyle bir ölçütün uygulamada birçok soru ve belirsizlik içeren bir standart yarattığına ilişkin MAY, s. 142.

¹⁷⁸ EL-GHAZI, s. 162.

olmanın işlevi, tam olarak, reddin/kaşıt iradenin açıkça veya zımmen olacak şekilde ifade edilmiş olması gerektiğini açıklığa kavuşturmaktadır¹⁷⁹. Böyle bir gelişme, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar açısından belirli bir zorlama eşliğinin aşılmasının yerini özgür iradeye dayanan rıza¹⁸⁰ kavramının almasına öncülük etmesi açısından önemlidir¹⁸¹. Aynı zamanda mağdurun direncinin ortadan kaldırılmasına yönelik gerçekleştirilen hareket ve cinsel davranışlar şeklindeki iki aşamalı fiil yapısından¹⁸² uzaklaşarak tek aşamalı fiil olarak cinsel davranışın rıza dışılığı ön plana çıkarılmıştır¹⁸³. İlk fıkra açısından mağdurun iradesini açık ya da dolaylı da olsa dış dünyada ortaya koyması gerekliliği söz konusu olmakla birlikte, düzenlemenin devamında (§ 177 Abs. 2 Nr. 1) kişinin kaşıt bir irade oluşturabilecek veya ifade edebilecek durumda olmamasından yararlanılması¹⁸⁴ ve mağdurun direnmesi halinde ciddi bir kötülükle tehdit edildiği bir durumdan yararlanılması (§ 177 Abs. 2 Nr. 4) hallerinde de failin cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece aynı cezai yaptırımın öngörüldüğü söz konusu düzenleme, çeşitli nedenlerle suçun işlendiği sırada kaşıt bir irade oluşturamayan ya da oluşturması makul olarak beklenemeyen kişi üzerinde cinsel davranışların gerçekleştirilmesini kapsamaktadır. İnsan ticareti suçunun mağdurdan bu durumunu bilerek cinsel anlamda faydalanan kişinin ceza sorumluluğunun değerlendirilmesinde, belirtilen son hüküm daha belirleyicidir. Zira (ilk fıkra açısından) cinsel saldırı suçunda mağdurun rızasına aykırı olarak cinsel davranışların gerçekleştirilmesi gereklidir ki, böyle bir durumda mağdur daha önce oluşturulan zorlamanın etkisi altında olduğundan (görünüşte de olsa) rıza göstermekte ve cinsel davranışlara yönelik kaşıt irade ortaya koymamaktadır. Dolayısıyla, failin, mağdurun var olmayan ancak varsayılan iradesini göz ardı etmesi, ona aykırı davranması yeterli değildir¹⁸⁵. Dolayısıyla söz konusu hareket açısından mağdurun iradesini bizzat cinsel ilişkiye yönelik talepte bulunan kişi etkilememiş olsa da kişinin bu hareketinin cezai bir sorumluluk teşkil etmesi gerektiği iddiası cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında yer alan mağdurun zayıflık durumundan yararlanılması (§§ 174 StGB) üzerinden destek bulmaktadır.

TCK'da, cinsel davranışın rızaya aykırı olması hususuna madde metninde yer verilmemiş¹⁸⁶ olmakla birlikte, bu cinsel saldırının ancak iradeyi etkileyen cebir, tehdit gibi bir nedenin varlığına bağlı olarak gerçekleştirilebileceği sonucunu ortaya çıkarmamaktadır¹⁸⁷. Özellikle mağdurun çaresizliğinden kaynaklanan durumlarda fiile katlanmak zorunda kalan mağdurun rıza gösterdiğinden söz edilemez¹⁸⁸. *Mağdur cinsel davranış karşısında kendisini savunmak için yeterli irade oluşturamıyor, açıklayamıyor veya gerçekleştiremiyorsa, fiile direnemeyecek durumdan söz edilir*¹⁸⁹. Bu nedenle TCK'da cinsel sal-

¹⁷⁹ EL-GHAZI, s. 165.

¹⁸⁰ Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) kapsamında daha da önemli hale gelen bu kavram, Sözleşme'de (m. 36/2) "Rıza, kişinin özgür iradesinin bir sonucu olarak, ilgili koşullar bağlamında değerlendirilerek gönüllü olarak verilmelidir" şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁸¹ HEINEMANN, s. 66. Kanun metninden, suçun objektif unsurlarının, ilgili kişinin fail tarafından gerçekleştirilen cinsel hareketleri reddetmeye yönelik gerçek bir iradeyi içerdiğinin açıkça anlaşıldığına ilişkin bkz. MITSCH, s. 335.

¹⁸² Böyle bir kabulün, suçun genel ahlak ve/veya adaba aykırı olarak görüldüğü döneme ait olduğu yönünde TANER, Fahri Gökçen: *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 122.

¹⁸³ HEINEMANN, s. 67. Cinsel saldırı suçunda rızanın tipikliği kaldırın etkisi hakkında EL-GHAZI, s. 162.

¹⁸⁴ Söz konusu hüküm hakkında değerlendirme ve BGH yaklaşımı için ISFEN, s. 226.

¹⁸⁵ EL-GHAZI, s. 163.

¹⁸⁶ İlgili suç bağlamında failin mağdurun rızasına aykırı olarak gerçekleştirilebileceğine yorum yoluyla ulaşılmasının mümkün olduğuna ilişkin değerlendirme için EKİCİ ŞAHİN, s. 89 vd.

¹⁸⁷ Aynı yönde TANER, s. 120. Yazar, bu durumun kişinin cinsel özgürlüğüne yönelik korumanın geniş kapsamlı olacak şekilde değerlendirilmesine işaret ettiği yaklaşımını benimsemiştir (TANER, s. 120). Ayrıca "mağdurun direncini kırarak ölçünün ötesinde cebir kullanılması halinde kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır" şeklindeki TCK m. 102/4 düzenlemesinin 6545 sayılı Kanun'la değiştirilmesinin de yerinde olduğunu, zira bu düzenlemenin suçun oluşması açısından mağdurun direnmesinin zorunlu olduğu şeklinde anlaşılmasına uygun olduğunu ifade etmiştir (TANER, s. 124). Benzer şekilde Yalçın, 102. maddedeki "vücut dokunulmazlığının ihlali"nden "Bu kavramın 'yaralama'dan farklı olduğu; o halde cinsel saldırının gerçekleşmesi için 'yaralama' anlamına gelen bir bedensel cebir uygulanması gerektiği, daha ziyade, mağduru psikolojik olarak korkutan, etki altına alan, direnç göstermeye gerek bırakmayacak ölçüde egemenlik kuran fiilleri de içerecek biçimde geniş olduğu kabul edilmelidir." YALÇIN, s. 218. Konu hakkında ayrıca bkz. AKBULUT, *Rızanın Niteliği*, s. 269.

¹⁸⁸ YALÇIN, s. 214; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 407. Bu yönde BGH kararına konu olay için ISFEN, s. 219.

¹⁸⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 412-413. Yazarlar bu duruma örnek olarak failin, eroinman olan mağdurun durumunun bilincinde olarak, çok muhtaç olduğu uyuşturucu dozunun değeri kadar para karşılığında mağduru kendisiyle cinsel ilişkiye girmeye razı etmesini vermişlerdir (s. 413, dn. 105).

dırı açısından rızaya aykırılık, cinsel davranışın gerçekleştirilebilmesi için salt mağdurdan beklenen herhangi bir direncin aşılmasını sağlayacak şekilde zorlamanın varlığıyla¹⁹⁰ ilişkilendirilemez¹⁹¹. İnsan ticareti mağdurundan bu durumunu bilerek faydalanmak amacıyla hareket eden kişinin fiilinin, herhangi bir atıf hükmü olmaksızın¹⁹², doğrudan cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar kapsamında ele alınması kanunilik ilkesi çerçevesinde sorun arz edebileceğinden¹⁹³, açık bir atıf hükmüne yer verilmesinin uygun olacağını söylemek mümkündür.

SONUÇ

İnsan ticareti suçunda yer alan araç hareketlerin mağdurun irade özgürlüğünü ihlal etmesi gereği üzerinde sağlanan uzlaşma, irade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinin içerdiği güçlük de göz önünde bulundurulduğunda, hangi aşamadan itibaren suçun tipikliğini karşılayan bir zorlama ya da kandırmadan söz edilebileceği noktasında sürdürülememektedir. Suçla korunan hukuksal değer ve cezanın orantılılığı dikkate alındığında, araç hareketler vasıtasıyla haksızlık içeriğinin belirlenmesinde mutlak anlamda irade özgürlüğünün ortadan kaldırılması aranmamalı ve aynı zamanda mağdurun kolaylıkla karşı koyabileceği nitelikteki zorlama veya kandırma mahiyetli hareketler yeterli kabul edilmemelidir.

Fuhuş amacıyla insan ticareti suçunda rıza konusu sadece araç hareketlerle ilişkisi üzerinden değil, aynı zamanda sömürü süreci de dâhil edilerek daha geniş bir perspektiften incelenmiştir. İnsan ticareti suçunun genellikle fuhuş yaptırmak amacıyla işlenmesi, suçun fuhuş olgusundan ayrı olarak ele alınamayacağı sonucunu ortaya koymak açısından önem taşımaktadır. Özellikle fuhuşun önlenmesine yönelik alınan önlemler ve öngörülen yaptırımların aynı zamanda insan ticareti suçunun önlenmesinde etki gösterdiğini ortaya koyan araştırmalar, insan ticaretiyle mücadelede ceza hukuku boyutunun çok yönlü şekilde ele alınması gereğine dayanak oluşturmuştur.

Fuhuş amacıyla insan ticareti suçunda rıza sorunu üzerinden cinsel anlamda irade özgürlüğüne ilişkin ulaşılan sonuç, insan ticareti suçunun mağduruyla bu durumunu bilerek cinsel davranışlar gerçekleştiren kişinin cezalandırılabilirliğini öngören bağımsız bir suç düzenlemesinin gerekli olup olmadığının belirlenmesinden ziyade cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların kapsamının belirlenmesine ilişkin oluşan yeni bakış açısı ve bu yöndeki *yasal ısrarın* varlığı açısından daha dikkate değerdir. Konu, cezai yaptırımların son çare olmasıyla cinsel dokunulmazlığı ihlal eden tüm ihtimallerin tipik olarak düzenlenmesi çelişkisini değil, cinsel dokunulmazlığın korunmasında rıza dışılığın kapsamının geleneksel sınırlarını aşmasına yönelik sağladığı katkıyı ön plana çıkarmaktadır. Dolayısıyla bu ayrı suç tipine yönelik tartışmaların asıl beslediği alan, cinsel dokunulmazlığa yönelik gerçekleştirilen fiiller açısından rızanın varlığı ve geçerliliği üzerinedir. Söz konusu durum ayrıca insan ticaretiyle mücadele açısından etkisi nedeniyle önem taşımaktadır.

¹⁹⁰ HEINEMANN, s. 64.

¹⁹¹ Aynı yönde TANER, s. 120. Yazar, iradeyi ortadan kaldıran bir neden olmaksızın da suçun gerçekleşebileceğini ve önemli olanın iradenin ortadan kalkıp kalkmadığının değil, var olup olmadığının olduğunu belirtmiştir. TANER, s. 121.

¹⁹² Nitekim *Yenidünya*, konuya ilişkin açık düzenlemeler kapsamında, ayrı bir suç tipi ihdasını doğru bulmadığını ifade ederek, kanunilik ilkesine uygun tarzda bir çözüm üretilebilmesi için 80. maddeye eklenmesi düşünülen 6. fıkraya dikkat çekmiştir. Söz konusu düzenleme “Birinci fıkrada sayılan istismar fiillerinden, mağdurun bu durumunu bilerek ve isteyerek yararlananlar bu Kanunda düzenlenen ilgili suç tipleri uyarınca cezalandırılırlar” şeklindedir. “Böylece birinci fıkrada sayılan istismar fiillerinden, mağdurun bu durumunu bilerek ve isteyerek yararlananlar, bu Kanunda düzenlenen ilgili suç tipleri uyarınca cezalandırılacaklardır. Örneğin, cebir, tehdit altında olduğunu bildiği bir kimse ile cinsel ilişkiye giren kişi, cinsel saldırı yahut cinsel istismar suçundan cezalandırılabilir.” YENİDÜNYA, *Ceza Kanunu*, s. 18.

¹⁹³ YENİDÜNYA, *Ceza Kanunu*, s. 18.

KAYNAKÇA

- ADAMSKI, Benjamin: “Alman Ceza Hukukunda İnsan Ticareti Suçuna İlişkin Güncel Reformlar”, (Çev.) BAŞER DOĞAN, Zehra, *Hukuk Köprüsü*, 2018, Cilt 14, Sayı 14, s. 119-130.
- AKBULUT, Berrin: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 40, s. 265-288 (Rızanın Niteliği).
- AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- AMELUNG, Knut: “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1980, Cilt 92, Sayı 1, s. 19-72.
- APPEL, Ivo: “Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 1999, Cilt 82, Sayı 3, s. 278-311.
- ARSLAN, Çetin / AZİZAĞAOĞLU, Bahattin: *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayınları, Ankara, 2004.
- ARSLAN, Çetin, “İnsan Ticareti Suçu (TCK m.201/b)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 53, Sayı 4, s. 19-83.
- ARTUK, Mehmet Emin / ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayısı, s. 17-44.
- AVCI, Maya: “Human Trafficking under the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children and Its Implementation in Different Jurisdictions”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 15, Sayı 195-196, s. 1661-1696.
- BARTSCH, Tillmann / LABARTA GREVEN, Nora / KÜSTER, Robert: “Strafbarkeit des Sexkaufs nach § 232a Abs. 6 StGB – ein gesetzgeberischer Fehlschlag?”, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, 2023, Cilt 17, s. 296-303.
- BARTSCH, Tillmann / LABARTA GREVEN, Nora / SCHIERHOLT, Johanna / TRESKOW, Laura / KÜSTER, Robert / DEYERLING, Lena / ZIETLOW, Bettina: *Evaluierung der Strafvorschriften zur Bekämpfung des Menschenhandels (§§ 232 bis 233a StGB)*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022.
- BAYRAKTAR, Köksal: “Çalışma Özgürlüğünü Engelleme Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan Özel Sayısı, s. 1021-1050.
- BOSCH, Julia: “Freierstrafbarkeit - Quo vadis?”, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2021, Sayı 5, s. 294-302.
- BÜRGER, Sebastian: “Die Neuregelung des Menschenhandels Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und Schaffung eines stimmigen Gesamtkonzepts?”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2017, Sayı 3, s. 169-181.
- DEĞİRMENCİ, Olgun: “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 67, s. 57-96.
- DEMİREL, Muhammed: “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 78, Sayı 3, s. 1469-1523.
- DURSUN, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2014, Cilt 9, Sayı 24, s. 57-73.
- EKİCİ ŞAHİN, Meral: *Ceza Hukukunda Rıza*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- EL-GHAZI, Mohamad: “Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2017, Sayı 3, s. 157-168.
- FEZER, Gerhard: “Die persönliche Freiheit im System des Rechtsgüterschutzes: Zur Problematik eines allgemeinen Nötigungstatbestandes”, *Juristen Zeitung*, 1974, Cilt 29, Sayı 19, s. 599-606.
- GÜNGÖR, Mümin: “Türk Ceza Kanunu Kapsamında İnsan Ticareti Suçunun İncelenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 17, s. 241-270.
- HASSEMER, Winfried: “Das Symbolische am symbolischen Strafrecht”, (Ed.) SCHÜNEMANN, Bernd / ACHENBACH, Hans / BOTTKER, Wilfried / Haffke, Bernhard: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2001, s. 1001-1020.

- HEINEMANN, Isvant: “‘Nein heißt Nein’ fünf Jahre nach der Reform des § 177 Abs. 1 StGB – Eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Gesetzgebers”, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2021, s. 62-80.
- HOVEN, Elisa / WEIGEND, Thomas: “‘Nein Heißt Nein’ – Und Viele Fragen Offen: Zur Neugestaltung Der Strafbarkeit Sexueller Übergriffe” *JuristenZeitung*, 2017, Cilt 72, Sayı 4, s. 182-191.
- HÖRNLE, Tatjana: “Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, Cilt 112, Sayı 2, s. 356-380.
- HÖRNLE, Tatjana: “Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2015, Cilt 127, Sayı 4, s. 851-887 (Selbstbestimmung).
- ISFEN, Osman: “Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2015, Sayı 4, s. 217-233.
- JAHC, Galma / KARAN, Ulaş: “Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku ve Fuhuş Amaçlı İnsan Ticareti Suçunda Yaşanan Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 67, s. 97-110.
- JOERDEN, Jan C. / WROBEL, Sebastian: “Alman Ceza Hukukunda İnsan Ticareti Suçuna Genel Bir Bakış”, (Çev.) ÜNVER, Yener, *Hukuk Köprüsü*, 2014, Cilt 7, Sayı 7, s. 91-110.
- KANGAL, Zeynel T.: “Cebir Kullanma Suçu”, (Ed.) KOCA, Mahmut: *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 585-616 (Cebir).
- KANGAL, Zeynel T.: “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2010, Cilt 68, Sayı 1-2, s. 151-168 (Objektif Koşullar).
- KARGL, Walter: “Zur objektiven Bestimmung der Nötigung”, (Ed.) SCHÜNEMANN, Bernd / ACHENBACH, Hans / BOTTKKE, Wilfried / HAFFKE, Bernhard: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2001, s. 905-916.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023 (Genel Hükümler).
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- KOCA, Mahmut: “İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK m. 201b)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 52, Sayı 2, s. 141-172.
- KOCASAKAL, Ümit: “İnsan Ticareti Suçu (TCK 201/b)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Sayı 2, s. 39-79.
- KURT, Gülşah: “İnsan Ticareti Suçu”, (Ed.) BAYRAKTAR, Köksal: *Özel Ceza Hukuku, Cilt:1, Uluslararası Suçlar*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 160-233.
- LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm / RISSING-VAN SAAN, Ruth / TIEDEMANN, Klaus (Ed.): *Leipziger Kommentar Band 7/2 §§ 232-241a*, 12. Baskı, De Gruyter, Berlin, München, Boston, 2015, s. 30-39 (Yazar, LK).
- MANAV, Hakkı: *Göçmen Kaçaklığı ve İnsan Ticareti*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- MÄURER, Ulrich: “Regulierungsbedarf der Prostitution: Wege zur Bekämpfung von Menschenhandel und Zwangsprostitution”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2010, Cilt 43, Sayı 8, s. 253-255.
- MAY, Malte: “Die Voraussetzungen der Vergewaltigung nach § 177 Abs. 1, Abs. 6 StGB n. F.”, *Juristische Rundschau*, 2019, Sayı 3, s. 130-143.
- MERKİ ÇOKSEZEN, Duygu: *Fuhuş Suçu (TCK 227)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- MITSCH, Wolfgang: “Die erkennbare Willensbarriere gem. § 177 Abs. 1 StGB”, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2018, Sayı 6, s. 334-338.
- MÜLLER, Henning Erst: “Der „erkennbare“ Wille nach dem neuen Sexualstrafrecht – erkennbar fehlerhaft”, 2016 (<https://community.beck.de/2016/07/08/der-erkennbare-wille-nach-dem-neuen-sexualstrafrecht-erkennbar-fehlerhaft>, ET: 24.03.2024).
- OFOU-AYEH, Oliver: “§ 232a Abs. 6 StGB: Die Umsetzung der Freierstrafbarkeit”, *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, 2020, Sayı 2, s. 109-112.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

- PETERS, Kristina: “Symbolisches Strafrecht?”, *Juristische Rundschau*, 2020, Sayı 8, s. 414-420.
- PETZSCHE, Anneke: “Die Neuregelung des Menschenhandels im Strafgesetzbuch - zwischen europarechtlichen Pflichten und politischen Kompromissen”, *Kritische Justiz*, 2017, Cilt 50, Sayı 2, s. 236-248.
- PFUHL, Christian: “Die Nachfrage nach Opfern von Menschenhandel - Einführung einer Strafvorschrift?”, *Juristische Rundschau*, 2014, Sayı 7, s. 278-286.
- RENZIKOWSKI, Joachim: “An den Grenzen des Strafrechts - Die Bekämpfung der Zwangsprostitution”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2005, Cilt 38, Sayı 7, s. 213-217 (Zwangsprostitution).
- RENZIKOWSKI, Joachim: “Die Reform der Straftatbestände gegen den Menschenhandel”, *Juristen Zeitung*, 2005, Cilt 60, Sayı 18, s. 879-885 (Menschenhandel).
- RENZIKOWSKI, Joachim: “Freierbestrafung - Ja oder Nein?”, *Tagungsbeitrag 2006, Zehn Jahre Aktionsbündnis gegen Frauenhandel, 2000 - 2010 Eine Dokumentation*, Witmann, Roding, 2010 (Freierbestrafung).
- RÖNNEAU, Thomas: “Özgürlüğün Gerçekleştirilmesi Aracı Olarak Rıza”, (Çev.) KANBUR, Mehmet Nihat / ÖZKAN, Salih, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2014, Sayı 26, s. 171-179.
- SOBIR, Olimjon: “Kanunilik İlkesi Bağlamında İnsan Ticareti Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2022, Sayı 193, s. 98-113.
- SUMMERER, Kolis: “Köleliğin Çağdaş Şekilleri, İnsan Ticareti ve Cinsel İstismarla Mücadele Bağlamında Kadınların Korunması: İtalyan Mevzuatındaki Reformlar”, (Çev.) ÖNOK, Murat, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2006, Sayı 7, s. 130-139.
- ŞEN, Ersan / MAVİŞ, Mert / ŞAHİN, Buğra: *Cinsel Suçlar Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar (Uygulamada ve İçtihat)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- TANER, Fahri Gökçen: *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- TANERİ, Gökhan: “Fuhuş Suçu”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 2, Sayı 3, s. 87-125.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M. Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- UZUN, Ekin Deniz: “Perils of Mismatching Human Trafficking For Sexual Exploitation and Sex Work: In The Shade of Definitional Perplexities of The Trafficking Protocol”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 19, Sayı 1, s. 223-248.
- YALÇIN, Türkân: *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Türk Ceza Kanunu’nda İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80)”, (Ed.) KOCA, Mahmut: *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 265-294.
- YENİDÜNYA, A. Caner: “İnsan Ticareti Suçu İle Etkin Mücadelede Nasıl Bir Ceza Kanunu?”, *İstanbul Anadolu Adliyesi Dergisi*, 2014, Sayı 3, s. 1- 23 (Ceza Kanunu).
- YENİDÜNYA, A. Caner: *İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007 (İnsan Ticareti Suçu).
- YILMAZ, Yeşim: “İnsan Ticareti Suçu ve İctima Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, Cilt 23, Sayı 3, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan Özel Sayısı, s. 883-972.

«Görüldüğünde Ödenecek» Bonolarda İbraz ve Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı ile İlgili Bazı Sorunlar ve Görüşler^(*)



Some Issues and Opinions Concerning Commencement of Presentation and Statute of Limitations Period «on Sight» Promissory Notes

Tamer BOZKURT



Doktor Öğretim Üyesi
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Bono,
Görüldüğünde
Ödenecek Bono,
Görüldüğünde
Ödenecek Poliçe,
Zamanaşımı Süresi,
Zamanaşımı Süresinin
Başlangıcı.

Öz

Vade kaydı taşımayan her bono (ve poliçe) “görüldüğünde ödenecek” sayılır (TTK m. 777/2). Bu tür bir bono (poliçenin), düzenleme tarihinden itibaren bir yıl içinde düzenleyene (veya kabul eden muhataba) ödenmek üzere ibraz edilmesi gerekir (TTK m. 704). Aksi takdirde tüm başvuru hakları düşer (TTK m. 730/1-a). Görüldüğünde ödenecek bonolarda vade “ibraz” sayesinde ortaya çıkmakta, bu andan itibaren de üç yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlamaktadır. Bonoda düzenleyen asli borçlu olduğu için başvuru hakları düşse bile, kendisi vadeden itibaren üç yıl boyunca sorumlu olmaya devam eder (TTK m. 749/1). Ancak bono, bir yıl içinde ödenmek üzere ibraz edilmediğinde, senedin “görülmesi”, dolayısı ile borcun *muaccel olması*; bundan sonra da asli borçlu için üç yıllık zamanaşımı süresinin başlaması konusunda sorun ortaya çıkmaktadır. Tam bu noktada, öğretimi ve yargı uygulamasında böyle bir bonoda üç yıllık zamanaşımı süresinin, bir yıllık ibraz süresinin “bitimi” ile başlayacağı savunulmakta ve bir yılın son günü adeta “vade” olarak değerlendirilmektedir. Bu görüşün arkasında genelde “görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek poliçe (ve bono) için öngörülen TTK m. 705 hükmünün “kıyasen” uygulanması yatmakta; bir yılın son gününün “görülme tarihi” sayılacağı ifade edilmektedir. Türk, Alman ve İsviçre öğretisinde konu ile ilgili olarak bir yasa boşluğu olduğu belirtilmektedir. Bazı yazarlar ise bir yıllık sürenin dolmasını vadenin geçmesi ile eş değer görmektedir. Öncelikle bu sorunda bir yasal boşluk olup olmadığına, varsa bu boşluğun “kıyas” yoluyla doldurulup doldurulamayacağına irdelenmesi gerekmektedir. Yoksa bir yıllık ibraz süresini geçiren hamil bakımından, bir külfet olarak nitelendirilebilecek ibrazın yapılmamasının kendisi bakımından bir hak kaybına yol açıp açmayacağı, “kimsenin kendi kusuruna dayanarak bir hak iddia edemeyeceği” şeklindeki evrensel hukuk ilkesinin konu karşısındaki durumu da ayrıca incelenmeye değerdir.

Keywords

Promissory Note,
A Sight Promissory
Note,
A Sight Bill, Period of
Limitation,
The Beginning of
Period of Limitation.

Abstract

Each promissory note and bill of exchange not bearing maturity provision is deemed to be “sight” (TCC Art. 777/2). Such a bill of exchange/promissory note must be presented to the drawer/the acceptor within one year following its issuance date in order to be paid (TCC Art. 704). Otherwise, all rights of recourse shall be forfeited (TCC Art. 730/1-a). The maturity at sight promissory notes arises by means of “presentation”. The statute of limitation period of three years shall start to run from this moment. However, in case where a promissory note is not presented to be paid within one year, the “appearance” of the bill, therefore the debt’s becoming due; and then for the commencement of the statute of limitation period of three years for the main debtor will not be possible. Exactly at this point, at the doctrine and jurisdiction practice it is argued that at such a

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 27.11.2023, Kabul Tarihi: 13.05.2024.

Bu makale, 18-19-20 Şubat 2021 tarihinde Tüketici Hukuku Enstitüsü, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Hukuk Eğitim İşbirliği ile düzenlenen I. Ticaret Hukuku Kongresi’nde (Online) tebliğ olarak sunulmuş bildirinin genişletilmiş tam metin hâlidir.

promissory note the statute of limitation period of three years will commence with the “expiration” of the presentation term of one year and the last day of one year is almost considered as “maturity”. Behind this point of view the provision of TCC Art. 705 to be applied to “a specified after sight bill of exchange (and promissory notes) is applied “by analogy”; it is expressed that the last day of a year shall be considered as “appearance date”. In the Turkish, German and Swiss doctrine, it is stated that there is a “gap in the law” on the subject, and some authors consider the expiry of the one-year period to be equivalent to the expiry of the term. Firstly, it is necessary to examine whether there is a legal gap in this issue, and if there is, whether this gap can be filled by “analogy”. Otherwise, it is also worth analyzing whether the failure to present the document, which may be considered as a burden for the bearer who has exceeded the one-year presentation period, will lead to a loss of right for the bearer, and the status of the universal legal principle that “no one can claim a right based on his own fault” in the face of the issue.

GİRİŞ

Uygulamada en sık kullanılan kambiyo senetlerinden birisi bonodur. Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) kaynak İsviçre hukukunun tercihine uygun olarak poliçeyi esas alan düzenleme tarzı, poliçeye dair hükümlerin bonoda uygulanmasında bazen sorunlara neden olmaktadır. Türk uygulamasında bankaların gerçekleştirdiği bazı işlemler dışında poliçenin iç piyasada kullanılmaması ve hatta bilinmemesi, poliçeye dair bazı hükümlerin bono hakkında uygulanmasında yorum yöntemlerinin en üst seviyede kullanılmasını gerektirmektedir.

Gerek mülga 6762 sayılı, gerek yürürlükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda bonoya dair sadece dört madde sevk edilmiş; geri kalan kısımlarda ise “niteliğine uygun düştüğü ölçüde” poliçeye dair hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir (6762 sayılı TTK m. 690, 6102 sayılı TTK m. 778/1). Belirttiğimiz uyum sorunlarından birisi de “görülüşünde” ve “görülüşünden belirli süre sonra ödenecek” vadeli bonolarda ibraz ve zamanaşımı süresinin başlangıcı ile ilgili olarak yaşanmaktadır.

Görülüşünde ödenecek bonolar, düzenleme tarihinden itibaren bir yıllık süre içinde ödenmesi için ibraz edilmesi gereken; bu ibraz sonucunda borcun “muaccel” kılınması sağlanan bir vade türüdür. Bu türün özelliği hamile, bir yıl gibi geniş bir süre içerisinde bono borcunu “istediği an” asli borçlu olan “düzenleyen” nezdinde muaccel kılma olanağının verilmesidir¹. Buradaki ibraz sadece borcun muaccel olmasını değil, aynı zamanda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 149. maddesinin 1. fıkrasında öngörüldüğü üzere, asli borçlu için üç yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasını da sağlamaktadır. Bu sürenin geçirilmesi durumunda -varsa- başvuru borçlularına karşı başvuru haklarının düşmesi (TTK m. 730/1-a) doğal sonucu ortaya çıkar. Ancak sorun burada bitmemektedir. Çünkü bu sefer de hamilin, asli borçluya karşı hukuken muhafaza ettiği başvuru hakkı için öngörülen zamanaşımı süresinin ne zamandan itibaren hesaplanacağı sorunu ile karşılaşılır. Zira bu olasılıkta ibraz “hiç” yapılmadığı için zamanaşımı süresinin başlangıcının saptanması da olanaksız hâle gelir. İşte bu durumda hâkim öğretisi ve yargı uygulaması, “görülüşünden belirli bir süre sonra ödenecek poliçelerle” ilgili aşağıda izah edilecek düzenlemenin “kıyasen” uygulanması ve bir yıllık ibraz süresinin “âdeti” vade gibi değerlendirilerek sürenin bu andan itibaren işletilmesi yönünde bir yaklaşım içindedir. Yine ikinci bir yaklaşım olarak bir yıl içinde ibrazın yapılmamasının vadenin geçirilmesi hükmünde olduğu görüşü de belirtilmelidir.

Çalışmamızda kıyas yoluyla uygulama ile bir yıllık süre sonunda vadenin “geçirilmiş sayılması” görüşlerinin gerek kıyasla ilgili ilkeler çerçevesinde irdelenmesi, gerek senedi ibraz etmeyen hamil bakımından zamanaşımı süresinin bir yıllık ibraz süresinin sonunda başlatılmasının ne kadar “adil” olacağı tartışılmaya çalışılacaktır.

Aşağıda açıklamalarımız yapılırken, konumuz “görülüşünde ödenecek bonolarda ibraz ve zamanaşımı süresinin başlangıcı” olmakla birlikte, öğretide çözüm için atf yapılan “görülüşünden belirli süre sonra ödenecek poliçelerle” ilgili açıklamalara da yer verilecektir.

¹ Bu tarz bir ihtiyacın doğma nedenleri ve görüldüğünde ödenecek poliçelerin çıkış noktası ile ilgili tarihsel bilgiler için bkz. KINACI-OĞLU, Naci: “Görülüşünde Ödenecek Poliçeler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1968, Cilt 4, Sayı 3, s. 479.

I. BONODA VADE

A. Genel Olarak

Bono (ve poliçe) vade sistemi üzerine inşa edildiği için iktisadi anlamda birer kredi aracı hâline gelmiştir². TTK m. 703/1’de poliçe (ve bonoda) vade türleri düzenlenmiş; poliçe ve bononun hükümde belirtilen vade türünden birini taşıması gerektiği ifade edilmiştir. Bunlar; “görüldüğünde”, “görüldükten belirli bir süre sonra”, “düzenlenme gününden belirli bir süre sonra” ve “belirli bir günde” olmak üzere dört farklı şekilde olabilir. Hükümün 2. fıkrası gereğince vadesi başka şekilde yazılan veya birbirini takip eden çeşitli vadeleri gösteren poliçeler (ve bonolar- TTK m. 778/1-b) batıldır. Yine senette açıkça vade kaydı bulunmazsa bu poliçenin (ve bononun) görüldüğünde ödeneceği esası geçerlidir (TTK m. 672/2, 777/2)³. Bu hüküm ile vade kaydı taşımayan poliçe ve bonolar için bir yasal faraziye getirilmiştir.

Vade ile ilintili bir diğer önemli konu da “ibraz”dır. Çünkü ibraz ile senedin ödenmesi için ilk adım atılmakta; ödeme süreci bu yolla başlatılmaktadır. Kambiyo senetlerine ilişkin borç, niteliği itibarıyla aranacak bir borçtur⁴. Çünkü senet borçlusuna, alacaklıyı (hamili) senedin kendisine ibrazı hâlinde öğrenebilir. Yapılan cirolarla hamilin sürekli değişmesi doğaldır. Bu nedenle, senedin vadesi geldiğinde senet borçlusunun, hamili bilmesine olanak yoktur⁵. Bu zorluk bono ve poliçenin ibrazıyla aşılabılır⁶. İbrahim, senedin yetkili hamili tarafından, senedin asli borçlusuna (bonoda düzenleyen, poliçede kabul eden muhatap) yapıldığı için ibrazın arkasında ödeme talebi yatmakta; ödeme olgusu ise senedin iadesiyle birlikte kambiyo ilişkisinin sona ermesini sağlamaktadır. İbrahim sürelerinin kaçırılması, bu nedenle başvuru haklarının düşmesi ile sonuçlanabilir.

Yukarıda sayılan dört vade türü içinde, özellikle görüldüğünde ve görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek bonolarda, “ibrazın” özel bir önem ve anlamı vardır. Zira anılanlar dışındaki vade türlerinde senet düzenlendiği anda senetteki vade de belirlidir. Belirli vadeli bono ve poliçelerde vade baştan zaten belirlidir. Düzenleme gününden belirli süre sonra ödenecek vadeyi taşıyan bono ve poliçelerde ise düzenleme tarihinin üzerine senette yazılı; ay, gün vb. yazılarak, açık deyişle küçük bir hesaplama yapılarak vade rahatça bulunabilir. Oysa diğer iki vade türünde, senet düzenlendiği an, senedin vadesinin hangi tarih olacağı baştan belirli değildir. Bu vade türlerinde senet borcunun muaccel olması özel bazı işlemlere bağlıdır.

² Bkz. ÖZTAN, Fırat: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 440, 977; BOZER, Ali / GÖLE, Celal: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 9. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2020, s. 63-64; PULAŞLI, Hasan: *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, § 12, N. 2, § 22, N. 3; ÖZDAMAR, Mehmet / GÖKTÜRK, Kürşat / CAN, Mehmet Çelebi / KAŞAK, Esra: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 94.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. KINACIOĞLU, s. 478 vd.

⁴ Bkz. BAUMBACH, Adolf / HEFERMEHL, Wolfgang / CASPER, Matthias: *Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht der Zahlungsverkehr*, 24. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2020, § 38 WG, Rn. 1; HUECK, Alfred / CANARIS, Claus-Wilhelm: *Recht der Wertpapiere*, 11. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 1977, § 11, s. 95; KUHN, Hans: “Art. 1028”, ROBERTO, Vito / TRÜEB, Hans Rudolf (Hrsg.): *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz, Art. 772-1186 OR und BEG*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016 (Yazar, CHK), N. 1; NETZLE, Stephan: “Art. 1028”, HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / WATTER, Rolf (Hrsg.): *Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965-1186*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Zürich, 2012 (Yazar, BSK- Wertpapierrecht), N. 1; KARAYALÇIN, Yaşar: *Ticaret Hukuku III, Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 179; SOMUNCUOĞLU, Ünal: “Bonoların İbrahim ve Protestosuna İlişkin Bazı Sorunlar”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1978, Sayı 4, s. 230; ŞİMŞEK, Edip: *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler (Poliçe, Bono, Çek)*, Yonca Matbaası, Ankara, 1982, s. 109; BOZGEYİK, Hayri: *Poliçede Müracaat Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 88; BOZKURT, Tamer: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 267. “Borçlu, ancak senedin ibraz edilmesi halinde yetkili hamilin kim olduğunu öğrenebilir ve senetteki imzayı kontrol etmek imkânına kavuşur. Bu suretle de iki defa ödeme yapma mükellefiyetinden korunması mümkün olur. Borçlunun ödeme mükellefiyetinden söz edilebilmesi için, senedin usulüne uygun olarak ibraz edilmesi gerekir. İbrahim edilmeden senette yer alan alacağın muaccel olduğundan söz edilemez.” Yargıtay, 6. HD, T. 18.02.1985, E. 1984/13257, K. 1985/1671 (Kazancı).

⁵ KUHN, CHK, Art. 1028, N. 1; BAUMBACH / HEFERMEHL / CASPER, § 38 WG, Rn. 1. “...bonoyu tanzim eden keşideci borçlu ödeme zamanında senedin kimin elinde olduğunu bilemeyeceğinden senet hamili, TTK 620 gereği ödenmek üzere keşideciye ibrazla mecburdur...” Yargıtay, HGK, T. 22.03.2000, E. 2000/12-706, K. 2000/181 (Yargıtay Kararları Dergisi, 2000, Cilt 26, Sayı 7, s. 1020).

⁶ GÜRBÜZ, Hulusi: *Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, Cem Ofset, İstanbul, 1985, s. 407; BOZKURT, s. 267; BAHAR SAYIN, Hediye: “Banka İhbarnamesine Dayanan Protesto”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2023, Sayı 4 (Cumhuriyet Özel Sayısı), s. 357.

B. Görüldüğünden Belirli Süre Sonra Ödenecek Bonolarda “İbraz”

İç piyasada çok kullanılmasa da bononun “görüldüğünden belirli süre sonra” ödenecek vadeyi taşıması hukuken mümkündür. Örneğin düzenleme tarihi 01.04.2022 olan bir bononun, görüldüğünden yirmi gün sonra ödenmesi şart koşulabilir. Bu durumda senedin önce “görülmesi” ve görülmesinden sonra da yirmi günlük sürenin eklenerek “belirli” güne ulaşılması gerekir.

Konu ile ilgili olarak uygulanabilecek, poliçeye dair TTK m. 693 ve bonoya dair TTK m. 779/2-3 hükümleri bulunmaktadır.

Önce bu vade türü poliçe açısından ele alınırsa daha sağlıklı bir sonuca ulaşılır. Görüldüğünden belirli bir süre sonra ödenmek üzere düzenlenen poliçeler, kabule arz konusunda temel ilkelerden sapmaların olduğu poliçelerdir. Şöyle ki, bu poliçelerde kabule arz zorunlu olduğu gibi (TTK m. 693), kabule arzda ihtiyarilik ilkesi⁷ bu vadeyi taşıyan poliçelerde uygulanamaz ve kabule arz yasağı da konulamaz⁸. Bu poliçelerin düzenleme tarihinden itibaren bir yıl içinde kabule arz edilmesi gerekir (TTK m. 693). Bu süre kaçırılırsa hamil tüm başvuru haklarını kaybeder (TTK m. 730/1-c). Bu olasılıkta kabule arz yapılmadığı için poliçedeki muhatabın sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır. Zira poliçede muhatap, ancak senet üzerine imzalı bir “kabil” iradesi açıklarsa poliçeden dolayı asli borçlu sıfatı ile poliçe bedelini vadede ödemeyi taahhüt etmiş olur (TTK m. 698/1). İşte bu vade türünde kabule arz konusunda TTK m. 690’da çizilen “serbestlik ilkesinin”⁹ örselenmesi ve kabule arzın zorunlu kılınmasının nedeni, vadenin saptanması için bu sürecin zorunlu olmasıdır. Çünkü bu vade türünde “görülme” kabule arz anlamına gelir¹⁰. Senet kabule arz edilmeden görülemez; görülmeyince de senette yazılı “belirli süre” başlayamaz ve vade ortaya çıkmaz.

Aynı vade türü bono için uygulandığında ise poliçe ile bir çatışma yaşanmaktadır. Çünkü anılan vade türünde poliçenin vadesinin bulunması için yapılması gereken “kabule arz” işlemi bonoda söz konusu olmadığı için¹¹ kanun koyucu tarafından görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek bonolar için özel bir “uyum” hükmü ihdas edilme gereği duyulmuştur. Görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek bonolarla ilgili TTK m. 779 gereğince “düzenleyen, bononun kendisine ibraz edildiğini bono üzerine ibraz gününü işaret etmek ve imzasını koymak suretiyle doğrular. Süre, ibraz kaydı tarihinden itibaren işlemeye başlar. Düzenleyen; bononun kendisine ibraz edildiğini, gününü işaret etmek suretiyle doğrulamaktan kaçınırsa, bu durum bir protesto ile belirlenir. Bu takdirde süre protesto gününden itibaren işlemeye başlar.”

Görüldüğü gibi, görüldüğünden belirli bir süre sonra ödenecek bonolar için TTK m. 693’teki kabule arz ile ilgili hükme atf yapılmaktadır. Atf yapılan hükmün aksine TTK m. 779’da bir kabule arz değil, “ibraz” olgusu düzenlenmiştir. Fakat bu “ibraz”, vadede senet borcunun muaccel hâle getirilmesi için öngörülen değil, anılan poliçelerde, vadenin ortaya çıkması için yapılması zorunlu olan kabule arz ile mantıken benzer amaca hizmet eden, senedin sadece belirli vadesinin bulunması için yapılan bir ibrazdır¹². Örneğin düzenleme tarihi 01.04.2022 olan ve “görüldüğünden yirmi gün sonra ödenecek” bir bonoda, hamil tarafından senedin düzenleme tarihinden itibaren bir yıl içinde düzenleyene *ibraz edilmesi*; yukarıdaki hükmün devam eden cümlesine göre düzenleyenin, bono üzerine ibraz gününü işaret etmek ve imzasını koymak suretiyle bu durumu doğrulaması gerekir. Görülme süresi de ibraz şerhi tarihinden başlar. Eğer düzenleyen bu tespiti yapmaktan kaçınırsa durum bir protesto ile saptanır

⁷ İlke için bkz. ÖZTAN, s. 527; PULAŞLI, § 13, N. 35.

⁸ ÖZTAN, s. 529.

⁹ İlke için bkz. TEKİL, Fahiman: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1994, s. 121-122.

¹⁰ DOMANIÇ, Hayri: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 205-206; ÖZTAN, s. 666; NETZLE, *BSK-Wertpapierrecht*, Art. 1025, N. 1.

¹¹ Bkz. STAEHELIN, Daniel: “Art. 1099”, *BSK-Wertpapierrecht*, N. 3.

¹² Öğretide bu “ibraz” ile vadede borcu muaccel hale getiren “ibraz”ın birbirine karışmaması için ilkinde “yalancı ibraz”, ikincisine ise “gerçek ibraz” ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. BOZKURT, s. 265.

ve bu durumda da görülme, protestonun çekildiği tarihte gerçekleşmiş olur¹³. Yukarıdaki örnekte, hamil senedi 02.05.2022 tarihinde ibraz ederse, düzenleyen “02.05.2022, görülmüştür” diyerek imzalar. Tarih atılmaktan kaçınılırsa durum, bir yılın sonuna kadar düzenlenebilecek bir protesto (tarih protestosu TTK m. 695/2) ile saptanır ve ibrazın protesto günü yapıldığı ortaya çıkar. İlk durumda senedin vadesi, 22.05.2022 olacaktır. Eğer tarih atılmamış ve protesto da örneğin 09.05.2022’de çekilmişse, senedin vadesi 29.05.2022’ye denk gelir. Kanun’da her ne kadar tarih protestosunun çekilmesi gereken tarih ile ilgili bir hüküm bulunmasa da TTK m. 705/2, “Kabul şerhinde tarih gösterilmemiş ve protesto da çekilmemiş olursa poliçe, kabul eden hakkında, kabule ibraz için öngörülmüş bulunan sürenin son günü kabul edilmiş sayılır.” ifadesini içermektedir. Dolayısıyla poliçenin kabul edildiği, ancak tarih protestosunun çekilmediği bir olasılıkta bir yıllık sürenin son günü kabule arz yapılmış sayılır ve belirli süre eklenerek vade bulunur. Buradan çıkan sonuç, tarih protestosunun bir yılın sonuna kadar çekilebileceğidir¹⁴.

Bu hükmü bono için uygularsak; görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek bonolarda, bir yıl içinde “ibraz” yapılmış ve düzenleyen tarafından imzalı olarak tarihli bir görülme şerhi düşülmüşse, belirli süre o tarihten; şerh düşülmüş, fakat tarih atılmamışsa tarih protestosunun çekildiği tarihten; eğer tarih protestosu da çekilmemişse belirli süre, bir yıllık sürenin son gününden itibaren başlar. Aksi hâlde başvuru hakları düşer (TTK m. 705, 730).

Bu vade türüne ilişkin olarak yukarıda tartışılan olasılıklar bir yıllık süre içinde *ibrazın yapıldığı durumlar için* belirtilmiştir. Oysa bir yıllık ibraz süresi kaçınılırsa, başka bir deyişle vadenin saptanması için gereken ibraz gerçekleşmezse başvuru hakları düşer. Ancak bononun özel durumundan dolayı, asli borçlu olan düzenleyenin sorumluluğu ve bu sorumluluğun tâbi olduğu zamanaşımı süresinin başlangıcı bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Soru poliçeye ilişkin olsaydı, muhataba başvuru konusunda bir tereddüt olmazdı. Çünkü görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek bir poliçede, bir yıllık kabule arz süresi içinde kabule arzın hiç yapılmaması, başvuru haklarını düşürdüğü gibi, muhataba başvuru hakkını da kaldırır. Zira poliçede muhatap, başlangıçta ilişkinin dışında olup kabul beyanını senet üzerine yazılı olarak açıklamadıkça poliçeden dolayı herhangi bir sorumluluğu üzerine almış değildir¹⁵. Buna karşılık bonoda durum farklıdır. Bonoyu düzenleyen, başkaca bir koşula gerek olmaksızın senedin asli borçlusu sıfatıyla vadede, yetkili hamile ödeme borcu altına girmiştir. Bononun düzenlenip lehtara teslim edilmesi, bu sorumluluğun ve asli borçlu sıfatının doğması için yeterlidir. Ancak görüldüğünden belirli bir süre sonra ödenecek bonolarda hamil tarafından, bir yıllık süre içerisinde “ibraz” yapılmadıkça senedin vadesi belirlenemeyecektir. Başvuru haklarının düşmesi esasının da burada aranması gerekir. Öğretide bu tür vadeli bonoların ibraz edilmemesi ve tarih tespit protestosu da çekilmemesi durumunda, bononun bir yıllık ibraz süresinin sonunda ibraz edilmiş (*görülmüş*) sayılacağı ve senette yazılı belirli sürenin bu tarihten itibaren işlemeye başlayacağı savunulmaktadır¹⁶. Yine öğretide bonoda asıl borçlu konumundaki düzenleyen ile asıl borçlu gibi sorumlu olanlara karşı bonodan kaynaklanan hakların kullanılabilmesi için vadenin belirlenmesi amacına yönelik ibrazın, bunun için öngörülmüş sürenin son günü yapılmış sayılacağına da açıkça hükme bağladığı *TTK m. 705/2’ye atıf yapılarak* ifade edilmektedir¹⁷.

Kanımızca TTK m. 779/3’ün yollaması ile atıf yapılan TTK m. 705/2’nin lafzına tekrar bakılması gerekirse; görüldükten belirli bir süre sonra ödenecek bir poliçenin vadesinin, kabul şerhinde yazılı

¹³ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. STAEHELIN, *BSK- Wertpapierrecht*, Art. 1099, N. 4.

¹⁴ Bkz. NETZLE, *BSK- Wertpapierrecht*, Art. 1025, N. 2.

¹⁵ Bkz. ÖZTAN, s. 666; PERGOLIS, *BSK- Wertpapierrecht*, Art. 1011, N. 1, Art. 1018, N. 1.

¹⁶ Bkz. ÜLGİN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, Füsün N.: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 148.

¹⁷ Bkz. KENDİGELEN, Abuzer / KIRCA, İsmail: *Kıymetli Evrak Hukuku, Genel Esaslar- Kambiyo Senetleri*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, N. 510. Benzer yönde bkz. HUECK / CANARIS, § 17, s. 123-124; STAEHELIN, *BSK- Wertpapierrecht*, Art. 1099, N. 6.

tarihe veya protesto tarihine göre belirleneceği öngörüldükten sonra, *kabul şerhinde tarih gösterilmemiş* ve protesto da çekilmemiş olursa poliçenin, *kabul eden hakkında*, kabule ibraz için öngörülmüş bulunan sürenin son günü kabul edilmiş sayılacağı düzenlemesi yapılmıştır. Böylece görüldükten belirli bir süre sonra ödenecek poliçelerde vade, esas olarak kabul şerhi ve oraya derç edilmiş tarihe göre saptanacaktır. Eğer kabul şerhinde tarih yoksa durum bir tarih protestosu ile saptanacak; kabul şerhinde tarih gösterilmemiş, protesto ile tespit de yapılmamışsa ancak bu durumda “kabule ibraz için öngörülmüş bulunan sürenin son günü kabul edilmiş sayılacağı” hükmü uygulanacaktır. Açık deyişle kabule arz için son günün “görülme” sayılabilmesi için hüküm, poliçede bir kabul şerhi aramaktadır¹⁸. *Kabul şerhi var olmasına rağmen*, bu şerhin hangi tarihe ait olduğu konusundaki belirsizlik, tarih protestosu ile de aşılamamışsa, bu kabul iradesi yok sayılamayacağına göre, kabule arz işleminin imzalı şekilde gerçekleştiği bu poliçede, bir yıllık kabule arz süresinin son günü “görülme olgusunun gerçekleştiği” varsayımı yapılarak senetteki belirli sürenin eklenmesi ve vadenin bulunmasının önü açılmıştır. Oysa öğretilerdeki görüşlere bakılırsa sanki poliçede bir kabul iradesi bulunsa da bulunmasa da bir yıllık sürenin sonu her hâlükârda “görülme” olgusunun gerçekleşmesi ile sonuçlandırılmaktadır. Kanımızca TTK m. 705/2’nin lafzı, bu vade türünde, olan hukuk açısından bu görüşü desteklememektedir. Nitekim öğretilerde görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek poliçelerde gerek poliçenin muacceliyeti bakımından işleyecek sürenin başlangıcının belirlenmesi gerek başvuru haklarının korunması açısından kabul şerhine eklenen tarihin büyük önemini olduğu vurgulanmıştır. Bu yüzden muhatabın kabulden yahut kabul etmekle birlikte kabul şerhine tarih yazmaktan kaçınması durumunda durumun bir protesto ile belgelenmesi gerektiği, bu durumda artık bu tarihin esas alınacağı; bunun yapılmaması durumunda başvuru haklarının düşeceği, bu andan sonra ise hamilin ancak *tarihsiz bile olsa bir kabul beyanı varsa* sadece muhataptan poliçe bedelini isteyebileceği, bu durum için eski Türk Ticaret Kanunu (eTTK) m. 617/II (TTK m. 705/II) hükmünün ihdas edildiği, hüküm gereğince de poliçe borcunun muacceliyeti bakımından geçmesi gerekli sürenin, (bir yıllık) kabule arz süresinin son gününden itibaren işlemeye başlayacağı, bunun ise hamilin aleyhine bir durum yaratacağı ifade edilmiştir¹⁹.

İsviçre hukukunda da *tarihsiz bir kabul durumunda*, başvuru haklarının korunması için durumun bir protesto ile belgelenmesi gerektiği, ancak bundan bağımsız olarak poliçeyi kabul eden muhatabın sorumluluğunun baki kaldığı, bu olasılıkta ise kabul edene karşı İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 1025/2’ye göre (TTK m. 705/2) kabul için öngörülen sürenin son günü poliçenin kabul edilmiş sayılacağı ifade edilmektedir²⁰.

Görüldüğü gibi bu görüş gereğince, haklı olarak ve her durumda bir kabul şerhinin varlığı aranmakta; ancak bu şerh tarihsiz ise ve hamil tarafından da tarih protestosu çektirilerek bu belirsizlik giderilmemişse, kabule arzın bir yılın son günü yapıldığı *varsayımıyla* yasal bir faraziye yaratılmıştır. Bu durumun hamilin aleyhine olduğu vurgusu önemlidir. Zira bir yılın son günü yapılmış sayılan “kabule arz” nedeni ile poliçede yazılı belirli süre başlar ve vade ileri bir tarihe atar. Kanun kendisini bu sordandan arındırmak ve vadenin bu kadar uzamasının önüne geçmek için bir çözüm önermektedir: *Tarih protestosu*. Hamilin bu protestoyu çektirmemesi kendi sorunu ve kusurudur ve bunun karşılığında da en azından kabul eden muhataba başvuru konusunda -daha uzun vade bile olsa- hakkına hanel gelmemektedir.

Konumuz *görüldüğünde ödenecek bonolar* olmasına rağmen, görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek poliçelerin ayrıntılı olarak incelenmesinin nedeni, aşağıda görüleceği gibi görüldüğünde ödenecek bonolarla ilgili, anılan hükmün “kıyas” yoluyla uygulanması ve ortaya çıkacak sonuçların ileride tartışılacak olmasıdır.

¹⁸ Bu yönde bkz. İMREGÜN, Oğuz: *Kıymetli Evrak Hukuku (Genel Hükümler- Kambiyo Senetleri – Makbuz Senedi- Varant)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 47.

¹⁹ ÖZTAN, s. 667. Aynı yönde bkz. STRANZ, Martin: *Wechselgesetz Kommentar*, 14. Baskı, De Gruyter, Berlin, 1952, § 23, Rn. 3.

²⁰ Bkz. MOSKRIC, Elisabeth: “Art. 1023-1025”, HONSELL, Heinrich (Hrsg.): *Kurzkommentar Obligationenrecht Art. 1-1186 OR*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, N. 7.

II. GÖRÜLDÜĞÜNDE ÖDENECEK BONOLARDA İBRAZ VE ZAMANAŞIMI

A. Genel Olarak ve İbrahim Süresi

Yukarıda belirtildiği gibi vadesi gösterilmeyen veya “ibrazında ödenecektir” gibi ifadeler içeren bonolar kanun gereği “görüldüğünde ödenecek” vadeli sayılır²¹ (TTK m. 777/2). Görüldüğünde ödenmek üzere düzenlenen bono ibrazında ödenir. Böyle bir bononun düzenlenme gününden itibaren bir yıl içinde ödenmesi için ibrazı gerekir (TTK m. 704/1).

TTK m. 708/1’de ödeme için ibraz süreleri düzenlenirken görüldüğünde ödenecek poliçeler (bonolar) dışındaki poliçelerin (bonoların), *ödeme günü* veya *onu takip eden iki iş günü içinde* ödenmek üzere ibrazı öngörülmüştür. Ancak hüküm, görüldüğünde ödenecek poliçeleri (bonoları) madde kapsamına almamıştır. Bu vade türü için ibraz süresi ise başka bir hükümde (TTK m. 704) düzenlenmiştir. Çünkü görüldüğünde ödenecek poliçelerde (bonolarda), ibraz süresinin işlemesi vadeye göre belirlenmemekte; tersine, vade yapılan ibraz ile ortaya çıkmaktadır²². Bu yüzden, bu vade türünde ibrazın yapılması, vadenin ortaya çıkması için doğrudan bir etkiye sahiptir. Bir yıllık süre kaçırılırsa hamil başvuru haklarını yitirecektir (TTK m. 730).

Bu vade türünde de poliçe (bono) borcunun muaccel olması için bir yıl içinde yapılması gereken ibrazın yapılmamasının sonuçlarına dair bir düzenleme yer almamaktadır. Sorun, yukarıda tartıştığımız soruna paralellik arz etmektedir.

B. İbrahim ve Zamanaşımı Süresinin Hesaplanması

1. Genel Olarak

Görüldüğünde ödenecek bir bononun düzenleme tarihinden itibaren bir yıl içinde ibraz edilmemesi durumunda, düzenleyene başvurulup başvurulamayacağı ve başvurulacaksa üç yıllık zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağını tespit etmek gerekir. Zira bu vade türü uygulamada da sıkça kullanılır ve sorunun zamanaşımı süreleri açısından pratik değeri vardır. Ancak çoğu zaman görüldüğünde ödenecek vadeli bonoların bilinçli olarak düzenlenmesinden ziyade kişilerin konudan habersiz olmalarının daha büyük olasılık olduğu düşünülmektedir. Yine bazen “açık senet” düzenlenmesi yahut da teminat amaçlı verilen bonoların bu şekilde piyasaya çıkması da bu tür bir sonucu doğurmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, bir bonoyu düzenleyen kişi senedin asli borçlusu olduğuna ve bonoda başkaca bir şart da gerekmediğine göre, bir yıllık ibraz süresi kaçırıldığında, düzenleyen için sorumluluğun devam ettiğinin belirtilmesi gerekir. Ancak bu sürenin başlangıcı konusunda da bir hüküm bulunmamaktadır.

2. Türk Hukukunda Öğreti Görüşleri ve Yargıtay Kararlarına Bakış

a. Öğretideki Görüşler

Öğretideki görüşlere geçmeden önce yapılması gereken tespit, aslında görüşlerin sonuç itibarıyla aynı noktaya çıkması, ancak gerekçelerinde bazı farklılıkların olmasıdır.

Öğretide bazı yazarlar görüldüğünde ödenecek bonoların bir yıllık ibraz süresi içinde ibraz edilmemesi durumunda, hamilin başvuru hakkını yitireceğini; başvuru hakkını yitiren hamilin sadece ve ancak asıl borçluya (*düzenleyen*; poliçede *kabul eden muhatap*) karşı -zamanaşımı süresi içinde kalmak kaydı ile- talepte bulunabileceğini ifade eder²³. Yine bir yıllık süre içinde senedin ibraz edilme-

²¹ ÖZTAN, s. 480 vd., 995; CİNBAŞ, Mustafa Eser: *Bonoda Ödeme*, Adalet Yayınları, Ankara, 2020, s. 31-32.

²² BOZGEYİK, s. 104-105; EDGÜ, Ekrem: *Ticaret Hukuku III, Kıymetli Evrak*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s. 79.

²³ Bkz. ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN, s. 147, 207.

mesi durumunda bu sürenin dolmasıyla borç muaccel olur. İbrahim bir yıl içinde yapılması hâlinde ise vade ibrazı takip eder, senede bağlı borç da ödeme için ibraz üzerine muaccel hâle gelir²⁴.

Görüş ileri süren diğer bazı yazarlara göre görüldüğünde ödenecek poliçelerde vade, ibraz gününün son günü sayılır. Böylece bu sürenin kural olarak bir yıl olduğu; zamanaşımı süresinin ise ibraz süresinin bitimini müteakip başlayacağı ifade edilmektedir²⁵. Aynı görüşteki yazarların bir kısmı, görüldüğünde ödenecek poliçe ve bonolarda, senedin süresinde, açık deyişle, düzenleme tarihinden itibaren bir yıl içinde ibraz edilmemesinin *vadenin geçirilmesi hükmünde* olduğunu, bu durumda rücu hakkının düşeceğini; cirantalara, avalistlere, lehtara başvurulamayacağını; ancak zamanaşımı süresi dolmadıkça senet borçlusunun sorumlu olarak kalacağını belirtmektedirler²⁶.

Öğretide aynı minvalde olan bir diğer görüş ise görüldüğünde ödenecek poliçelerle ilgili olarak, hamilin daha önce kabule arz ve kabul olunmuş poliçeyi ödenmek üzere ibraz etmeyerek muhatap lehine işleyen üç yıllık zamanaşımı süresinin başlamasını ilanihaye geciktiremeyeceğini, bu noktada bir kanun boşluğu olduğunun ileri sürülebileceğini, Yargıtayın -aşağıda incelenecek kararlarında da belirtildiği gibi- çeşitli içtihatları ile bu boşluğun eTTK m. 617/II hükmüne (TTK m. 705/2) paralel bir şekilde doldurulduğunu, bu kararlara göre de vade tarihi gösterilmeyen poliçelerde zamanaşımının ibraz süresinin sona erdiği günde, yani senedin düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl sonra işlemeye başlayacağını ifade etmektedir²⁷.

b. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay eski yıllardan beri içtihatlarında görüldüğünde ödenecek bonolarda bir yıllık ibraz süresinin geçirilmesi durumunu, çoğunlukla “vadenin gelmiş sayılması” olarak değerlendirmektedir.

Yargıtay İcra ve İflâs Dairesinin 1963 yılında verdiği bir kararında²⁸ “...*Takip müstenidi emre muharrer senette vade bulunmadığından senet bedelinin Türk Ticaret kanununun 616, 689 ve 690. maddeleri mucibince görüldüğünde ödenmesi ve senedin tanzim tarihinden itibaren bir yıl içinde ibraz olunması lâzımdır. Zamanaşımı müddeti ibraz tarihinin bittiği günden itibaren cereyan eder. 28/5/1958 tarihli bononun ibraz müddeti 28/5/1959 günü akşamı bitmiş ve takibe 29/5/1962 gününde başlamış olduğuna göre zaman aşımı müddeti dolmamıştır.*” denilmiştir.

Yargıtay 1967 yılında verdiği bir diğer kararında görüldüğünde ödenecek bonoların ibraz edilmemesi durumunda zamanaşımı süresinin “dört yıl” olacağını dolaylı olarak belirtmiştir: “...*bonolar hakkında uygulanan T.T.K.nun 661'inci maddesine göre takip zamanaşımı (3) yıl olup, bu süre belli bir vade saptanmayan hallerde senedin ibrazı tarihinden başlarsa da aynı kanunun 616'ncı maddesi*

²⁴ Bkz. İMREGÜN, s. 113; ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN, s. 206; TEKİL, s. 113.

²⁵ BOZGEYİK, s. 180; SUSUZ, Kağan: *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 42, dn. 117, 44; CİNBAŞ, s. 48-49.

²⁶ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal: *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 24. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, N. 194; PULAŞLI, § 22, N. 23.

²⁷ Bkz. KARAYALÇIN, s. 251, dn. 7; ÖZTAN, s. 664. KINACIOĞLU, s. 486. *Kınacıoğlu*, eTTK m. 617 vasıtası ile sorunun çözülmesini önerirken gecikme faizlerinin işlemeye başlaması için poliçenin gerçekten ibrazının zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Böylece aslında ibrazın gerçekten yapılmaması durumunda bir de gecikme faizinin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı sorunu ile karşılaşılacaktır. Bu görüşlere göre her ne kadar vade, bir yıllık ibraz süresinin sonunda “gelmiş sayılsa” da gecikme faizi için sanırız icra takip anının esas alınması gerekecektir.

²⁸ Yargıtay, İcra ve İflâs Dairesi, T. 09.07.1963, E. 1963 /8278, K. 1963/8331 (Adalet Dergisi, 1954, Cilt 55 Sayı 2, s. 167). Aynı yönde bkz. Yargıtay, İcra ve İflâs Dairesi, T. 27.09.1966, E. 1966/9897, K. 1966/8947 (Karar için bkz. KAÇAK, Nazif: *İçtihatlarla Bono*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 104). Benzer karar için bkz. Yargıtay, İcra-İflâs Dairesi, T. 01.06.1967, E. 1967/5377, K. 1967/5471 (ÖZTAN, s. 664, dn. 102); Yargıtay, 12. HD, T. 23.11.1981, E. 1981/7344, K. 1981/8747; Yargıtay, 11. HD, T. 10.05.1985, E. 1985/2995, K. 1985/2865; Yargıtay, 12. HD, T. 28.03.2013, E. 2013/2258, K. 2013/11778; Yargıtay, 12. HD, T. 24.05.2011, E. 2010/29694, K. 2011/10326; Yargıtay, 12. HD, T. 04.07.2013, E. 2013/16785, K. 2013/25070 (Kazancı). Aynı yönde ancak bonoyu düzenleyen vadeden itibaren üç yıl boyunca sorumlu olacağı, ancak üç yıllık sürenin ne zaman başlayacağı konusunda bir tespit içermeyen karar için bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 21.06.2012, E. 2012/14627, K. 2012/21989 (Kazancı). Yargıtay yeni dönemde de aynı yaklaşımı sürdürmektedir. Yargıtay, 19. HD, T. 22.10.2015, E. 2015/1534, K. 2015/13498; Yargıtay, 12. HD, T. 12.12.2016, E. 2016/7971, K. 2016/25161; Yargıtay, 12. HD, T. 25.11.2015, E. 2015/18318, K. 2015/29405; Yargıtay, 12. HD, T. 11.03.2014, E. 2014/3999, K. 2014/6957; Yargıtay, 12. HD, T. 14.12.201, E. 2016/24991, K. 2017/15604; Yargıtay, 12. HD, T. 11.06.2014, E. 2014/14569, K. 2014/16993 (Lexpera).

*hükmü bu gibi senetlerin düzenlenmesi gününden itibaren (1) yıl içinde ibrazını zorunlu kıldığından zamanaşımı süresinin keşide gününü takip eden bir yıllık zaman geçtiği gün işlemeye başlayacağı ve takip dayanağı bononun düzenleme günü ile takip tarihi arasında (4) yıldan fazla bir süre geçmiş olmakla zamanaşımı itirazının kabulü gerekli bulunduğu inceleme ile anlaşılmıştır.*²⁹ Bu kararda aslında sonuç itibarıyla diğer kararlardan farklılık olmamakla birlikte netice itibarıyla dört yıllık zamanaşımı süresinin varlığının zikredilmesi ve bu sürenin de aslında düzenleme gününden itibaren başlatılması ilginç bir manzara yaratmaktadır. Yargıtayın bu karara yakın tarihli bir başka kararında açıkça hesap dökümü de yapılmıştır: “...*Bu itibarla, vadesi belli olmayan bonolarda üç yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı keşide tarihinden itibaren bir yılın dolduğu tarihtir ki (bir yıl + üç yıllık zamanaşımı = keşide tarihinden itibaren dört yılın dolması) böyle bir senet ancak keşide tarihinden itibaren dört yılın dolması halinde zamanaşımına uğrar.*”³⁰

Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 1971 yılında verdiği bir kararında “...*vade tarihi olmayan bono keşide tarihinden itibaren bir yıl içinde ibraz edilir. İbraz olunmadığı takdirde bir yıllık ibraz süresinin bittiği gün vadesi dolmuş sayılır.*”³¹ denilmektedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 1986 yılında verdiği bir kararında; “*bonoda vade gösterilmemiş ise, bu eksiklik senedi bono olmaktan çıkarmaz. Böyle bir bono ibraz edildiği tarihte; ibraz edilmemiş ise, keşide tarihinden itibaren 1 yıl sonra vadesi hulul etmiş bir bono addolunur*”³² denilerek yukarıdaki öğretici görüşleri ile benzer bir görüş ileri sürülmüştür.

Buna karşılık, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin, 1982 yılında verdiği bir kararda ise “*vade kaydı bulunmayan bonolar ibrazında ödenir. İbrazın en geç bir yıl içinde yapılması gerekir. Zamanaşımı, ibraz tarihinden itibaren işler. Takip dayanağı bononun keşide tarihi, 29.12.1976 olup, 24.7.1981 tarihinde takip yapılmış olmakla, zamanaşımı süresi dolduğundan...*”³³ denilmektedir. Görüldüğü gibi bu kararda, zamanaşımının ibrazla birlikte işlemeye başlayacağı doğru bir şekilde vurgulanmıştır. Ancak ibraz yapılmayıp da bir yıllık süre geçirildiğinde ne olacağına dair bir görüş paylaşılmamıştır. Karara konu olayda bononun düzenleme tarihinin üzerinden yaklaşık beş yıl geçmiştir. Takip 1978 veya 1979 yılında yapılsaydı muhtemelen yukarıdakine benzer şekilde bir karar verilecekti.

Yargıtayın yukarıdaki yerleşik kararlarının tersine kararları da mevcuttur. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 2012 yılında verdiği bir kararda tam aksi yönde bir sonuca “karar düzeltme” başvurusu sonucu ulaşılmıştır. Olayda vade kaydı taşımayan ve bir yıl içinde ibraz edilmemiş bir bonoda Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesinin keşideciye karşı yapılan takipte, böyle bir bonoda “vade tarihinin keşide tarihinden bir yıl sonra olduğu” görüşüne katılmamıştır. Olayda takibin başvuru borçluları yönünden mi asli borçlu bakımından mı olduğu konusu ilk etapta net anlaşılmasa da kararda bono ile ilgili hükümlere atıf yapılması, “keşideci”ye karşı takipten söz edilmesi ve bir yıllık ibraz süresinin geçirilmesi nedeni ile keşideciye karşı takip hakkının bulunmadığına hükmedilmesi dikkate değerdir. Kararın devamı şu şekilde kaleme alınmıştır: “...*Şikâyet tarihinde uygulanması gereken 6762 sayılı TTK’nın 688’inci maddesi uyarınca vade, bononun unsurlarından olsa da, aynı Yasanın 689/2’nci maddesi gereğince vadesi gösterilmemiş bir bononun görüldüğünde ödenmesi şart bir bono sayılacağı hükmünün düzenlendiği açıktır. TTK’nın 690’ncü maddesi uyarınca bonolar hakkında da uygulanması gereken poliçelerdeki vadeye ilişkin aynı Kanununun 616’ncü maddesi ‘görüldüğünde ödenmek üzere*

²⁹ Yargıtay, 12. HD, T. 27.02.1967, (Esas numarası verilmemiştir), K. 1967/2009 (Karar için bkz. ÖĞÜTÇÜ, Tahir / ALTIN, Mehmet: *Ticari Senetler (Poliçe, Bono, Çek) ve Özel Takip Yolları*, Ulucan Matbaası, Ankara, 1979, s. 113).

³⁰ Yargıtay, 11. HD, T. 27.11.1970, E. 1970/550, K. 1970/4855 (Karar için bkz. ÖĞÜTÇÜ / ALTIN, s. 122).

³¹ Yargıtay, 12. HD, T. 20.11.1971, E. 1971/11767, K. 1971/11519 (Karar için bkz. ÖĞÜTÇÜ / ALTIN, s. 85). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 12. HD, 24.01.1972, E. 1972/319, K. 1972/672 (Karar için bkz. ÖĞÜTÇÜ / ALTIN, s. 86); Yargıtay, 12. HD, T. 20.06.2011, E. 2011/14208, K. 2011/12552 (Karar için bkz. COŞKUN, Mahmut: *Kıymetli Evrak Hukuku, Bono-Poliçe-Çek*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 527-528).

³² Yargıtay, 11. HD, T. 16.09.1986, E. 1986/6215, K. 1986/6695 (Karar için bkz. KAÇAK, s. 105).

³³ Yargıtay, 12. HD, T. 18.01.1982, E. 1982/8991, K. 1982/36 (Karar için bkz. KAÇAK, s. 683).

keşide olunan poliçe ibrazında ödenir. Böyle bir poliçenin keşide gününden itibaren bir yıl içinde ödenmesi için ibrazı lazımdır' hükmünü içermektedir... Somut olayda, 15.06.2008 tanzim tarihli, vadesi olmayan senede dayanılarak 07.04.2011 tarihinde kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte, ödeme emrinin keşideci borçluya 13.04.2011 tarihinde tebliği üzerine süresinde 18.04.2011 tarihinde icra mahkemesine başvurulduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere vadesi olmayan bonodan dolayı alacaklının, tanzim tarihinden itibaren bir yıl içinde senedin ödenmek üzere borçluya ibrazı şart olup, anılan sürede ödenmek üzere borçluya başvurulmazsa, İİK'nın 170/a maddesi uyarınca takip hakkı bulunmamaktadır. Mahkemece, bu nedenle istemin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddi isabetsiz olup, kararın bu nedenle bozulması gerekirken onandığı anlaşıldığından, borçlunun karar düzeltme talebinin kabulüyle, yerel icra hukuk mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir³⁴. Karar Yargıtayın konu ile ilgili aksi yönde kararı olması bakımından kanımızca önemlidir. Kararda çok açık bir gerekçe ile ifade edilmese de lehtarın düzenleyene karşı takip hakkının düşmesi, senedin bir yıl içinde ibraz edilmemesine bağlanmıştır.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 2007 yılında konu ile ilgili verdiği, aksi yönde ilginç bir kararı daha vardır. Kararda "...TTK'nun 688. maddesi uyarınca vade bononun unsurlarından olsa da aynı kanunun 689/2. maddesi gereğince vadesi gösterilmemiş bir bononun görüldüğünde ödenmesi şart bir bono sayılır hükmünün düzenlendiği açıktır. TTK'nun 690. maddesi uyarınca bonolar hakkında da uygulanması gereken poliçelerdeki vadeye ilişkin aynı kanunun 616. maddesinde "görüldüğünde ödenmek üzere keşide olunan poliçe ibrazında ödenir. Böyle bir poliçenin keşide gününden itibaren 1 yıl içinde ödenmesi için ibrazı lazımdır" hükmünü içermektedir. Somut olayda takip konusu 10.02.2004 tanzim tarihli bonoda vadenin bulunmadığı görülmüştür. Bu durumda bononun yukarıda açıklandığı üzere keşide tarihinden itibaren 1 yıl içinde keşideciye ibrazının gerektiği, ancak lehtar olan alacaklı tarafından borçlu keşideciye karşı takibe 13.10.2006 tarihinde başlandığı anlaşılmakla alacaklının müracaat (takip) hakkı düşmekle takibin iptali yerine mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir."³⁵ denilmiştir. Olayda hamil, cirantalara başvursa idi başvuru hakları düşmüş olacağından cirantalara karşı takibin iptaline karar verilmesi isabetli olurdu. Ancak -kararın yazımında taraf sıfatı ile ilgili bir hata yoksa- takip lehtar tarafından bonoyu düzenleyene karşı başlatılmıştır. Bononun düzenleme tarihi ise 10.02.2004'tür. Yargıtayın yukarıda açıklanan içtihatlarına bakılırsa, normalde bir yıllık ibraz süresinin son gününün 10.02.2005 olarak kabul edilerek, bu sürenin üzerine üç yılın eklenmesi ile düzenleyenin sorumluluğunun 2008 yılına kadar sürmesi beklenirdi. Ancak Yargıtay 2006 yılında başlatılan takipte alacaklı olan lehtarın başvuru hakkının düştüğünü ifade etmiştir. Bu kararda sürenin neden geçirilmiş sayılacağına dair bir ipucu bulunmamakla birlikte, diğer kararlardan aksi yönde ve farklı olması bakımından önem arz etmektedir. Nitekim Dairenin 2015 yılında verdiği bir diğer kararında belirtildiği şekilde sonuca varılmıştır: "...TTK'nun 776. maddesi uyarınca; vade, bononun unsurlarından olsa da aynı Kanun'un 777/2. maddesi gereğince vadesi gösterilmemiş bir bono görüldüğünde ödenmesi şart bir bono sayılır. TTK'nun 778. maddesi göndermesi ile bonolarda da uygulanması gereken aynı Kanun'un 704. maddesine göre ise görüldüğünde ödenecek bononun tanzim tarihinden itibaren bir yıl içinde ödenmek üzere ibrazı zorunludur. Bir başka anlatımla vade unsurunu taşımayan senedin, TTK'nun 704. maddesinde belirtildiği üzere görüldüğünde ödenecek bono olarak düzenlendiğinin kabulü gerekeğinden, bu eksiklik senedin bono olma vasfını etkilemez. Vadesi gösterilmemiş bononun bir yıl içinde ibraz edilmemiş olması, zamanaşımı müddeti dolmadıkça senet keşidecisini sorumluluktan kurtarmaz. Senedin süresi içinde, yani keşide tarihinden itibaren bir yıl içinde ibraz edilmemesi vadenin geçirilmesi hükmünde olup, bu halde rücu hakkı düşeceğinden cirantalara müracaat edilemez. Fakat zamanaşımı süresi dolmadıkça senedi tanzim eden borçlunun (keşidecinin) sorumluluğu devam eder (Poroy/Tekinalp; Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Genişletilmiş 15. bası, s. 121, İstanbul 2001). Somut olayda, icra takibinin borçlusu, bonoyu tanzim

³⁴ Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 26.12.2012, E. 2012/32362, K. 2012/39949 (Karar için bkz. ERİŞ, Gönen: *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Poliçe- Bono- Çek Makbuz Senedi Varant*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, Madde 704, s. 468-469).

³⁵ Yargıtay, 12. HD, T. 13.03.2007, E. 2007/2003, K. 2007/4643 (Kazancı).

eden (keşideci) olup tanzim tarihinden itibaren 1 yıllık ibraz müddeti ve onun bitiminden itibaren 3 yıllık zamaşaımı süresi içinde takibe geçildiğine göre borçlu hakkındaki takipte bir usulsüzlük bulunmamakla müracaat hakkının düştüğünden bahsedilemez.”³⁶.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 2010 yılında verdiği bir kararda ise ibraz süresi olan bir yıllık süre içinde icra takibi başlatılmasının, bononun düzenleyenine “ibrazı yerine geçeceği” belirtilerek konuya bambaşka ve kanımızca kabul edilemez bir boyut katılmıştır³⁷. Bir kere senedin ibrazı, iptal kararı hariç, “senedin asılı” ile gerçekleşecek bir eylemdir ve hamil bununla hem yetkili kişi olduğunu ortaya koyar hem de ödeme talep ederek borcu asli borçlu açısından muaccel hâle getirir. Çünkü borçlar hukukunun genel hükümlerinden farklı olarak (belirli vade olmasına rağmen) belirli vadedi bir bono ve poliçede dahi vadenin gelmesi ile asli borçlu temerrüde düşmemektedir. Temerrüt ibrazla başlar³⁸. İbraza rağmen senet bedeli ödenmemişse -başvuru borçlularının da varlığı hâlinde- durum bir ödememe protestosu ile saptanarak (TTK m. 714) tüm senet ilgilileri hakkında icra takibine girilebilir. Türkiye uygulamasında yetkili hamil tarafından süresinde asli borçlunun “ayağına gidilerek” ibraz yapılmadığı gibi, özellikle bankalar tarafından tahsil cirosu ile alınan senetlerden dolayı asli borçluya taahhütlü mektupla senedin bankada olduğuna dair “çağrı” yapılmakta³⁹, aslında kanunen aranacak borç doğuran bir ilişki “götürülecek” borca evrilmektedir⁴⁰. TTK’ya böylesine aykırı şekilde gelişen bir uygulamanın varlığı, TTK’daki ibraz ile ilgili hükümlerin bertaraf edilmesi sonucunu doğuramaz⁴¹. Bu yüzden daha önce hiç ibraz yapılmamışken icra takibinin ibraz yerine geçeceğinin iddia edilmesi kanımızca mümkün değildir. Nitekim Türk öğretisinde görüldüğünde ödenecek bono ve poliçelerde ibrazın ödeme isteği ile yapılmış olması gerektiği, senedin salt görülmesi veya ibraz edilmesi değil, hamilin tahsil amacını açıkça veya örtülü olarak belli etmesi gereği aranmaktadır⁴². İsviçre öğretisinde ise *bu kararın tam aksi yönünde olacak şekilde*, birisinin elinde kambiyo senedini aynı anda ibraz etmeden yalnızca ödeme talep etmesi yahut mahkeme önünde bir dava yönelmesinin ibrazın gerçekleştiği anlamına gelmediği ifade edilmektedir⁴³. Aynı yaklaşım Alman öğretisinde de görülmektedir⁴⁴.

³⁶ Yargıtay, 12. HD, T. 25.11.2015, E. 2015/18318, K. 2015/29405 (Kazancı). Aynı yöndeki karar için bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 14.12.2010, E. 2010/17328, K. 2010/30194 (Karar için bkz. ERİŞ, Madde 705, s. 471). Benzer yönde bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 03.11.2008, E. 2008/15951, K. 2008/19054 (Karar için bkz. ERİŞ, Madde 704, s. 469); Yargıtay, 12. HD, T. 03.04.2017, E. 15120, K. 5294 (Karar için bkz. e-Uyar); Yargıtay, 12. HD, T. 11.12.2012, E. 2012/19430, K. 2012/37528; Yargıtay, 12. HD, T. 15.01.2013, E. 2012/24058, K. 2013/389; Yargıtay, 12. HD, T. 07.04.2014, E. 2014/3385, K. 2014/10042; Yargıtay, 12. HD, T. 19.03.2014, E. 2014/4905, K. 2014/7810; Yargıtay, 12. HD, T. 22.09.2016, E. 2016/3307, K. 2016/19510; Yargıtay, 12. HD, T. 03.04.2017, E. 2016/15210, K. 2017/5294; Yargıtay, 12. HD, T. 24.04.2017, E. 2016/14876, K. 2017/6284; Yargıtay, 12. HD, T. 24.04.2017, E. 2016/14876, K. 2017/6284 (Yargıtay Karar Arama).

³⁷ “...Alacaklının kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlattığı 26.01.2010 tarihli takipte dayanak bono 25.09.2009 tanzim tarihli olup, vade kaydını taşımadığından görüldüğünde ödenecek bono vasfındadır. Takip alacaklısı senette lehtar olup, borçlu ise senet keşideci-ödenen bono ibrazında ödenir. Böyle bir bononun tanzim tarihinden itibaren 1 yıl içinde ibrazı zorunludur. Bu sürenin geçirilmiş olması, başka bir anlatımla bononun, tanzim tarihinden itibaren 1 yıl içinde ödenmesi için ibraz olunmaması halinde müracaat borçluları (lehtar ve cirantalar) borçtan kurtulur. Yani kendilerine müracaat hakkı kaybedilir. Böyle bir durumda bono vasfında bir değişiklik olmaz ise de, bonoyu tanzim eden keşideci ve avalistler yönünden sorumluluk devam eder. Sadece bono ibraz süresinin son günü ibraz edilmiş sayılacağından (TTK.617/1), 3 yıllık zamaşaımı süresi de, tanzim tarihinden itibaren (1) yıllık sürenin bitiminden başlar. Bononun keşide tarihinden itibaren 1 yıl içerisinde icra takibi başlatılması bononun keşideciye ibrazı yerine geçer...”. Yargıtay, 12. HD, T. 14.12.2010, E. 2010/17328, K. 2010/30194 (Kazancı).

³⁸ TÜRK, Hikmet Sami: “Kambiyo Senetlerinde Temerrüt Faizi”, *XI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar)*, 13-14 Mayıs 1994, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1994, s. 220. Benzer yönde bkz. TEKİL, s. 138. Bu yönde Yargıtay, 12. HD, T. 26.01.2009, E. 2009/21597, K. 2009/1390 (ERİŞ, Madde 708, s. 479).

³⁹ Bkz. ERİŞ, Madde 708, s. 477. Poliçe alacağı nedeniyle muhabata karşı davanın açılmasının poliçenin ödenmek üzere ibrazının yerine geçmeyeceği ve vadenin gelmesini sağlamayacağı yönünde bkz. KINACIOĞLU, s. 482.

⁴⁰ Bu yöndeki tespitler ve ihbarname gönderilmesinin “ibraz” yerine geçmeyeceği hakkında görüş ve Yargıtay kararları için bkz. BAHAR SAYIN, s. 363 vd. Yargıtay HGK’nin 11.03.2021, E. 2017/43, K. 2021/240 sayılı kararı için ayrıca bkz. BAHAR SAYIN, s. 392 vd.

⁴¹ Bu yönde bkz. ERİŞ, Madde 708, s. 477; BAHAR SAYIN, s. 364.

⁴² Bkz. ÖZTAN, s. 663. Ayrıca bkz. KINACIOĞLU, s. 482.

⁴³ Bkz. RIZZI, Marco Athos: “Art. 1024”, KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / WOLF, Stephan / AMSTUTZ, Marc / FANKHAUSER, Roland (Hrsg.): *OFK- Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, 4. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2022 (Yazar, OFK- OR), N. 3.

⁴⁴ Bkz. BAUMBACH / HEFERMEHL / CASPER, § 34, Rn. 1.

3. İsviçre ve Alman Hukukunda Konuya İlişkin Görüşler

Türk hukukunda yukarıda aktarılan öğreti görüşleri eskiden beri Alman ve İsviçre hukuk öğretisinde de savunulmaktadır. Örneğin Alman hukukunda ibraz edilmemiş görüldüğünde ödenecek bir poliçede, tıpkı görüldüğünden belirli bir süre sonra ödenecek poliçelerde olduğu gibi, ibraz süresinin son günü vade günü olarak değerlendirilmektedir⁴⁵. Gerçekten de ibrazın yapılmaması durumunda vade gününün nasıl saptanacağı ile ilgili yasada bir düzenleme olmadığı, Alman Poliçe Kanunu'nun (*Wechselgesetz-WG*) 35. paragrafının (TTK m. 705/2, WG § 35/2) düzenleme amacına göre, WG § 70'teki zamanaşımı süresinin başlangıcı için ibraz süresinin son gününün esas alınacağı ifade edilmiştir⁴⁶. Bu noktada Alman İmparatorluk Mahkemesinin (RGZ 119, 422) sayılı kararına atıf yapılmaktadır⁴⁷. Bu atıf Alman hukukunda anılan görüşün kökeninin eskilere dayandığını göstermesi bakımından ilgi çekicidir. Ayrıca Alman hukukunda *Baumbach / Hefermehl / Casper* tarafından “vadenin sürenin son günü gelmiş sayılacağı”, “zamanaşımı süresinin de bu sürenin geçmesi ile işlemeye başlayacağı” belirtildikten sonra, bu durumda da poliçe borcunun “aranacak borç” olarak kalacağı vurgulanmıştır⁴⁸.

İsviçre hukukunda da tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, görüldüğünde ödenecek poliçelerde (bonolarda) ibraz süresi kaçırılırsa bir yıllık ibraz süresinin son gününün, vade günü sayılacağı savunulmaktadır⁴⁹. Açık deyişle ibraz süresinin geçirilmesiyle poliçe borcu bakımından “muacceliyet” gerçekleşir; bu anda da zamanaşımı süresi işlemeye başlar⁵⁰.

III. TEMERRÜT FAİZİNİN BAŞLANGICI SORUNU

İbraz edilmemiş görüldüğünde ödenecek bir bonoda temerrüt faizinin ne zaman işlemeye başlayacağı da ikincil bir sorun olarak ortada durmaktadır. Normalde TTK m. 725/1-b gereğince hamilin temerrüt faizi istemi “vade”den itibaren işlemeye başlar. Kanun koyucu burada “ödeme günü”nü değil “vade”yi esas alarak hamili korumuştur. Zira vade resmî bir tatil gününe denk geldiğinde takip eden iş günü ödeme günü olsa ve senet o gün ibraz edilebilse de temerrüt faizi daha geriden, vade tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Görüldüğünde ödenecek bonolarda bir yıllık ibraz süresinin geçirilmesi durumunda, vadenin kendiliğinden gelmiş sayılacağına dair yukarıda özetlenen görüşler ve yargı kararları karşısında, temerrüt faizinin de bu tarihten itibaren başlatılması TTK m. 725'in bir gereğidir. Ancak daha önce ne *ibraz yapılmış* ne de ayrı bir *ihbar gönderilmişse*, vadenin geçmiş sayılması düzenleyeni temerrüde nasıl düşürecektir?

Yargıtay aşağıda verilecek bir kararında temerrüt faizinin başlangıcının düzenleyen hakkında icra takibi yapıldığı an olduğuna hükmetmiştir. Borçlu daha önce temerrüde düşürülmemişse dava açılması veya icra takibi yapılması ile temerrüde düşer⁵¹ ve o andan itibaren de temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü başlar. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 1972 yılında verdiği bir kararda özetle; “...*T.T.K'nun 689/2 maddesi gereğince vade hakkında senette ayrı bir kayıt yoksa senet görüldüğünde ödenecek demektir. İbraz edilmeme hususu bonoyu düzenleyen tarihli ve (görölmüştür) şerhli beyanı ile veya*

⁴⁵ Bkz. BÜLOW, Peter: *Wechselgesetz, Scheckgesetz Kommentar*, 5. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2013, Art. 70, Rn. 2; JACOBI, Ernst: *Wechsel- und Scheckrecht, unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts*, De Gruyter, Berlin, 1955, § 60, s. 462; HUECK / CANARIS, § 17, s. 123-124.

⁴⁶ STRANZ, § 34, Rn. 8; BAUMBACH / HEFERMEHL / CASPER, § 34, Rn. 3; JÄGGI, Peter / DRUEY, Jean Nicolas / von GREYERZ, Christoph: *Wertpapierrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel-Frankfurt am Main, 1985, s. 194; TÜRK, s. 220.

⁴⁷ STRANZ, § 34, Rn. 8; BAUMBACH / HEFERMEHL / CASPER, § 34, Rn. 3.

⁴⁸ Bkz. BAUMBACH / HEFERMEHL / CASPER, § 34, Rn. 3.

⁴⁹ Bkz. MEIER-HAYOZ, Arthur / VON DER CRONE, Hans Caspar: *Wertpapierrecht*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Zürich, 2000, § 13, N. 2; RIZZI, OFK- OR, Art. 1024, N. 4.

⁵⁰ NETZLE, BSK- *Wertpapierrecht*, Art. 1025, N. 4.

⁵¹ Bkz. TANRIVER, Süha: *Medeni Usul Hukuku, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 701; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 245.

böyle bir şerh koymaktan çekinmesi halinde protesto ile saptanır. Vadesi gösterilmemiş olan bonoların keşide tarihinden itibaren bir yıl içinde ibrazı zorunlu ise de bononun ibraz edilmemiş oluşu zamanaşımı müddeti dolmamış oldukça senet keşidecisini sorumluluktan kurtarmaz ve zamanaşımı ihbar⁵² müddetinin bitiminden itibaren başlar. Her ne kadar bono takipten evvel ibraz edilmemiş ise de ödeme emri tebliği borçluyu direngen duruma düşürmüştür. Ayrıca ihbar ve ihtara lüzum yoktur. Borçlunun itirazının açıklanan nedenlerle reddine dair merci kararının onanmasına...⁵³ denilmektedir.

Öğretide konu ile ilgili olarak hamilin üç yıllık zamanaşımı süresi içinde asıl borçlulardan, örneğin poliçeyi kabul eden muhatap veya bonoyu düzenleyen kimseden başvuru hakkı kapsamına giren diğer kalemlerle birlikte temerrüt faizi isteyebilmesinin poliçe veya bonoyu vadesinde ibraz ettiği hâlde ödemedi kaçınılmış olmasına bağlı olduğu vurgusu yapılmıştır⁵⁴. Yine hamilin -başvuru borçlularına rücu hakkının kullanılmasından farklı olarak- vadenin geçmesinden sonra ibraz ettiği bir poliçe veya bononun bedeli ile -eğer şart kılınmışsa- vadeye kadar işlemiş faizi üç yıllık zamanaşımı süresi içinde asıl borçlu(lar)dan istemek hakkını kaybetmediği, ancak ödemede gecikme durumunda temerrüt faizi isteyebilmesinin genel hükümlere tâbi olduğu da belirtilmiştir⁵⁵.

Böylece TTK'daki zamanaşımı süresinin başlangıcı ile ilgili boşluk, temerrüt faizinin ne zaman işlemeye başlayacağı konusunda da ikinci bir soruna dönüşmektedir. Yargıtayın kararlarına bakıldığında bir yıllık ibraz süresinin geçirilmesi "vade"nin geçmesi hükmünde görülmekte ve zamanaşımı süresi de o andan itibaren başlatılmakta, ancak temerrüt faizinin başlangıcı için "takip tarihi" esas alınmaktadır. Bu ikili yaklaşımın çelişkili ve TTK m. 725'i ihlal eder nitelikte olduğu açıktır. Yargıtay, kararlarında belli ki temerrüt faizinin başlangıcını da bir yılın sonu olarak değerlendirememektedir. Zira o sırada ne ihtar ne de takip vardır. Temerrüt faizinin en geç takip tarihi itibarıyla başlatılacağı usul hukuku ilkeleri ile uyumludur. Ancak bu sefer de vadenin bir yılın sonunda gerçekleşeceği (muacceliyet) konusundaki durum ile bağdaşmayan bir durumla karşı karşıya kalınmaktadır. Bu durum, sorunun çözümü için bir yasal düzenleme gereğini göstermektedir.

IV. DEĞERLENDİRME

A. Türk Ticaret Kanunu'nun 705. Maddesi ile Kıyas Sorunu

1. Kıyas ile İlgili Temel İlke ve Koşullar

Kıyas belirli bir olay için konulmuş bir kuralda öngörülen ilkenin benzer nitelikteki bir başka olaya uygulanmasıdır⁵⁶. Böylece kanunda görünen ve tartışmasız başka bir hukuk kuralının aynı yasal amaç ve değer yargısı ile başka bir olaya uygulanması yoluyla boşluklar doldurulur⁵⁷ ve hakkında kural öngörülen bir maddenin kapsamı, kural öngörülme benzer durumun dâhil edilmesiy-le genişletilir⁵⁸.

Öğretide kıyas yolu ile boşluk doldurulabilmesi için söz bakımından bir benzerliğin yeterli olacağı, o kuralın düzenlediği olay veya hukukî ilişkideki çıkar uyumsuzluğunun, hakkında kural öngö-

⁵² Sanırım kararda yanlışlıkla "ibraz" yerine "ihbar" denilmiştir. Cümlelerin akışından bunun "ibraz" olduğu anlaşılmaktadır.

⁵³ Yargıtay, 12. HD, T. 24.01.1972, E. 1972/319, K. 1972/672 (ÖĞÜTÇÜ / ALTIN, s. 86). Aynı yönde bkz. Yargıtay, İcra ve İflas Dairesi, T. 24.04.1967, E. /3740, K. 1967/3915 (EROL, Nevzat: *Takip Hukukunda Kambyo Senetleri, Poliçe-Bono-Çek ve Bankalar Kanunu, Doğu Matbaacılık, Ankara, 1971, s. 131*).

⁵⁴ Bkz. TÜRK, s. 225.

⁵⁵ Bkz. TÜRK, s. 225.

⁵⁶ Bkz. EDİS, Seyfullah: *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1989, s. 143; OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami: *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 27. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, N. 383, 383a; GÖZLER, Kemal: *Hukuka Giriş*, 19. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022, s. 367; ALTAŞ, Hüseyin: *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 231.

⁵⁷ ANTALYA, Gökhan / TOPUZ, Murat: *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Cilt I*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, N. 1243. Benzer yönde bkz. OĞUZMAN / BARLAS, N. 383a.

⁵⁸ ALTAŞ, s. 232.

rülmemiş olay veya hukuki ilişkideki çıkar uyumsuzluğu ile az veya çok benzerlik göstermesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁹.

Öğretide kıyas yolu ile boşluk doldurma konusunda pek çok örnek verilmekle birlikte, konumuzla daha bağlantılı birkaç örnek ile somutlaştırma düşüncesindeyiz. Örneğin bir sözleşme esaslı hata nedeni ile iptal edilerek hükümsüz kılınabilir. Bu sözleşmenin tümünde değil, sadece bir ya da birkaç hükmünde hataya düşülmüşse, hataya düşen kişinin kısmi bir iptal hakkına sahip olup olmayacağı konusunda yasada bir düzenleme yoktur. Ancak kesin hükümsüzlük konusunda kısmi kesin hükümsüzlüğe olanak tanıyan Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27/2'nin irade sakatlığı nedeni ile iptal hâlleri bakımından kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir⁶⁰. Yine bütün sürekli borç ilişkilerinde sözleşmenin haklı nedenle feshine dair genel bir düzenleme yer almasa da benzer nitelikteki sürekli borç ilişkilerinde bu hakkın varlığı karşısında, bu hakkın tanınmadığı borç ilişkilerinde de kabul edilmesi gereği benimsenmektedir⁶¹. Yine terekenin cenaze masraflarını karşılayamaması durumunda, masraflarının kimin ödeyeceği nafaka ile ilgili hükümler kıyaslanarak doldurulmuştur⁶².

Görüldüğü gibi kısmi iptal ile ilgili yaklaşımda kıyaslanılan şey (asıl hüküm) kesin hükümsüzlükle ilgilidir. Sözleşmenin tamamının geçersiz sayılmasındansa sadece bir kısım maddelerinin hükümsüz sayılmasını sonuçlandıran hüküm, kıyaslanan şey (iptal sebepleri) bakımından da amaca uygundur ve orada da sözleşmenin ayakta tutulmasına hizmet etmektedir. Aynı şekilde yasada her türlü devamlı borç ilişkisi için haklı nedenle fesih düzenlemesine yer verilmemesi, bu hakkın sadece ismen zikredilen sözleşmelere hasredildiği şeklinde yorumlanamaz. Zira burada ortak amaç tüm devamlı borç ilişkilerinde bu irade beyanında bulunan tarafın kişilik haklarının korunmasıdır (TMK m. 23).

Kıyas yöntemi ile boşluk doldurulabilmesi için kıyaslanılan şey (asıl) ile kıyaslanan şey (ferî) arasında, asıl şeye bağlanan hüküm ve sonuçlar bakımından "illet ortaklığı" bulunması, açık deyişle kıyaslanan şey ile kıyaslanılan şeyin hükmün konuluş sebep ve amacı bakımından aynı nitelik taşıması gerektiği vurgulanmaktadır⁶³. Kıyasın yapılabilmesi için gereken diğer koşullar yanında⁶⁴ konumuzla yakından ilgili olan iki nokta vardır. Bunlardan birincisi aslın hükmünün "Bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır (*Expresso unius exclusio alterius*)" ilkesine dayandığı durumlardır⁶⁵. İkincisi ise aslın hükmünde sınırlı sayı (*numerus clausus*) yapıldığı durumların kıyasa kapalı olmasıdır⁶⁶.

2. Görüldüğünden Belirli Süre Sonra Ödenecek Poliçe/Bonolarla İlgili Hükümün Görüldüğünde Ödenecek Poliçe/Bonolara Kıyasen Uygulanması

Bu açıklamaları konumuzla bağlantılıdırırsak Türk, İsviçre ve Alman öğreti ve yargı kararlarına yansıyan kıyas yolu ile boşluk doldurma yönteminin yerinde olup olmadığı daha iyi anlaşılacaktır.

Kıyas konusu "*görüldüğünde*" (ferî hüküm) ve "*görüldüğünden* belirli süre sonra ödenecek" (asıl hüküm) poliçe/bonolardır. Asıl hüküm görüldüğünden belirli süre sona ödenecek poliçelere ilişkin olarak öngörülmüştür. TTK m. 705/2'deki kabul edilmiş, ancak tarih atılmamış; tarih protestosu da çekilmemiş poliçelerde kabule arzın, bir yıllık sürenin son günü gerçekleşmiş sayılacağı varsayımının, benzer şekilde görüldüğünde ödenecek poliçe/bonolar için de kıyas yolu ile uygulanması önerilmektedir⁶⁷.

⁵⁹ Bkz. EDİS, s. 143; ALTAŞ, s. 232.

⁶⁰ OĞUZMAN / BARLAS, N. 383b.

⁶¹ EDİS, s. 143.

⁶² EDİS, s. 143; OĞUZMAN / BARLAS, N. 384; ALTAŞ, s. 232.

⁶³ Bkz. GÖZLER, s. 368.

⁶⁴ Bkz. GÖZLER, s. 368 vd.

⁶⁵ Örneğin işçilerin grev hakkına sahip olduğuna dair hükmün memurlar bakımından kıyas yoluyla uygulanamaması gibi. Bkz. GÖZLER, s. 346, 371.

⁶⁶ GÖZLER, s. 373. Yazar buna 2010 Anayasa değişikliği öncesi AY m. 148/3'te sayılmayan TBMM başkanının göreviyle ilgili suçlardan dolayı Anayasa Mahkemesinde yargılanıp yargılanamayacağı örneğini vermektedir.

⁶⁷ Bkz. HUECK / CANARIS, § 17, s. 123-124; STAEHELIN, *BSK- Wertpapierrecht*, Art. 1099, N. 6.

Bir kere vade türlerinin sınırlı sayı ilkesi ile düzenlendiği ve bu vade türlerinin de ilk etapta birbiri ile benzeşmediği görülmektedir. Yalnızca belirli vadeli, düzenleme gününden belirli süre sonra ve görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek poliçe/bonolarda belirli işlemler vasıtası ile nihayetinde “belirli bir güne” ulaşıldığı için, bunlar pek çok düzenlemede aynı kurallara tâbi kılınmıştır. Örneğin ödeme için ibraz ve ödememe protestosu süreleri gibi (TTK m. 708/1, 714/3). Buna karşılık görüldüğünde ödenecek poliçe ve bonolar bunlardan *ayrıştırılmıştır*. Bunun dışında her bir vade türünün kendine özgü özellikleri olup bilhassa “*görüldüğünde*” ve “*görüldüğünden* belirli süre sonra ödenecek” olanlar birbirinden iyice ayrılmaktadır. Görüldüğünde ödenecek bonoda ibraz borcu doğrudan muaccel hâle getirirken, görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek vadeli bonolarda ibraz sadece senedin görülmesini sağlamakta; TTK’da öngörülen işlemler yapıldığında ise vade bulunarak söz konusu gün senedin ibrazı gerçekleştirilmektedir. Görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek bonolarda bir yıllık süre içinde ibraz yapılmaması durumunda zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı ile ilgili açık bir çözüm yoktur. TTK m. 779/3’te ise daima senedin ibrazı, ibraz günü ile birlikte durumun senede işaret edilmesi; düzenleyenin senedin ibraz edildiğini gününü de belirterek işaretlemekten kaçınması durumunda bunun bir protesto ile belgelenmesi aranmaktadır. Dikkat edilirse bu hükümdeki çözüm bir kere sırf görüldükten belirli bir süre sonra ödenecek bonolara *hasredildiği* gibi, düzenlemesini de daima senedin ibrazı üzerine oturtmuştur. Benzer durum aynı vadeyi taşıyan poliçelerle ilgili TTK m. 705/2 hipotezinde de mevcuttur. Orada da senedin daima kabule arzı üzerinden düzenleme yapılmıştır. Oysa tartıştığımız sorunda hamil bir yıl boyunca senedi “hiç” ibraz etmemiştir. Düzenlemelerini kabul edilme üzerine kuran bir kanunun, sırf bu vade türüne özgülenmiş bir hükmünün, konu ile ilgili düzenleme içermeyen görüldüğünde ödenecek bonolar için kıyas yolu ile uygulanmasının hukuk tekniği açısından uygun olmadığı kanaatindeyiz. Burada bir kanun boşluğu olduğu tespiti kanımızca da doğrudur. Kanun koyucu görüldüğünde ödenecek bononun hamilinin bir yıl gibi uzun bir süre içinde senedi ibraz etmeyeceğini ve bunun bir hukuki soruna dönüşeceğini hesaba katmaması olasıdır. Zira alacaklı konumundaki bir kişinin alacağını bir yıl gibi uzun bir süre içinde istediği an muaccel kılma olanağını mutlaka kullanacağı varsayımından hareket edilmiş olabilir. Ancak bu hak kullanılmadığı zaman ne olacağı konusu açıkta kalmıştır. Hayatın olağan akışına göre aslanan alacaklının alacak hakkını talep ve dava etmesidir. Ayrıca kıymetli evrak hukuku ile ilgili hükümler esas olarak poliçe bakımından öngörüldüğünden, poliçede muhatabın senet ilişkisine dâhil olması bononun aksine özel bir merasim gerektirmektedir. Bu da poliçe hükümlerinin bonoya uygulanmasında ayrı bir sorun teşkil eder. Bonoyu düzenleyen keşideci, başkaca bir koşula gerek kalmadan asli borçlu sıfatını edindiği ve daima sorumluluk üstlendiği için, görüldüğünde ödenecek bonolarda ibrazın hiç yapılmamasının düzenleyeni sorumluluktan tamamen kurtaracağı şeklinde yorum yapılması da hamil bakımından aşırı şekilci, haksız ve adaletsiz sonuçlara yol açacaktır. Ancak bu çözüme “kıyas” yolu ile ulaşılması, kanımızca kıyas ile ilgili temel ilkelerle bire bir uyumlu değildir.

B. Sorunun “Vadenin Gelmiş Sayılması” Yoluyla Çözümü

Yukarıda görüldüğü gibi TTK m. 705/2’nin kıyas yoluyla uygulanması ile ilgili yaklaşım dışında, görüldüğünde ödenecek bonolarda hamilin bir yıllık ibraz süresini geçirmesi durumunun vadenin geçirilmesi hükmünde olduğu ve zamanaşımı süresinin de bir yılın bitimi ile başlayacağı da savunulmakta idi. Hatta konu ile ilgili ağırlıklı görüş ve yargı uygulaması bu yöndedir. Gerçekten de bu süre içinde hamil, poliçeyi ibraz etmek suretiyle poliçenin muacceliyet anını serbestçe belirleyebilir⁶⁸. Bir yıllık süre içinde ibraz ne kadar erken olursa, vade de o kadar erken bir tarihe isabet eder. Böylece hamile bir yıl içinde bono borcunu istediği zaman muaccel hâle getirme olanağı sağlanmıştır. Bu olasılıkta bir yılın sonuna kadar ibrazın yapılarak vadenin bulunması gereği belirtilirse, en azından hamile bir yıllık süre verildiği, bu süre içinde istediği an vadeyi ortaya çıkarabileceği, bunu yapmaması durumunda ise vadenin en geç bir yılın sonu itibarıyla gerçekleşeceği varsayımı, hukuk tekniği bakımından en azın-

⁶⁸ RIZZI, *OFK- OR*, Art. 1024, N. 1.

dan kıyas yoluna başvurulmasından daha isabetli sonuçlara götürebilir. Bu yolla en azından hükmün kendi konuluş amacı içinde bir yorum yapılmış olur.

Bununla birlikte bir karşı argüman da ileri sürülebilir. İbrazın yapılmaması durumunda bu durum borçlunun yararına gibi görülebilir. Hatta kendisi ibraz süresinin geçmesi durumunda borcun *muaccel olmaması beklentisini* bile taşıyabilir. Sonuç itibarıyla bir yıl gibi uzun bir süreyi kaçıran kişi hamilin kendisidir. İbraz süresi hamil tarafından kaçırılarak hem bir külfet ihlal edilmiş hem de sanki bir yılın son günü -ibraz hiç yapılmadığı hâlde- bu görüşlere göre ibraz yapılmış varsayımı ile hareket edilmiştir. Bunun sonucu olarak bir yılın son gününün vadenin geçilmesi hükmünde sayılması ve zamanaşımı süresinin söz konusu gün başlatılması, *Yargıtayın değişisi ile* üç yıllık zamanaşımı süresinin “1+3 yıl”a dönüşmesi, hem zamanaşımı sürelerinin değiştirilememesi ilkesi (TTK m. 6) hem de “kimsenin kendi kusuruna/ayıbına dayanarak bir hak iddia edemeyeceği” şeklindeki evrensel hukuk ilkesi ile bağlaşmamaktadır. Hâkimin boşluk doldurma faaliyeti sırasında TMK m. 1 kapsamında duruma göre evrensel hukuk ilkelerini de dikkate alması gerekebilir⁶⁹. Olaya yukarıdaki “vadenin geçirilmiş sayılması” perspektifi ile değil de “hamilin ihmali” cephesinden bakılacak olursa, bu sefer de ibraz eylemini yapmayan ve aslında borcu muaccel hâle getirmeyerek sürecin sürünmede kalmasına neden olan hamile süre konusunda bir yıl daha “armağan” edilmiş olmaktadır. İbraz bir külfet olarak değerlendirilirse, hamil bu külfetin ihlalinden zararlı değil “*yararlı*” çıkmaktadır. Oysa bir külfetin ihlalinin, bunu ihlal eden kişi bakımından olumsuz sonuçlarının olması gerekir⁷⁰. O hâlde bu cepheden bakıldığında, zamanaşımı süresi “düzenleme tarihinden” başlatılarak hamil hukuken olumsuz bir duruma mı düşürülecektir? Hamilin zamanaşımı süresi konusunda olumsuz bir durum içinde olması isteniyorsa sürenin düzenleme tarihinden başlatılması ve bir yıl eksiltmesi gerekir. Ancak bu düşüncenin de borçlar hukukunun genel ilkeleri ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira bu durumda senedin düzenleme tarihine “vade tarihi” muamelesi yapılması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. O hâlde bu soruna yasal düzenleme yolu ile bir çözüm bulunması gerekir. Sorunun yorum yöntemleri kullanılarak çözülmesi, yeni bir kural yaratılmasına ve yorumcunun kendisini yasa koyucu yerine koymasına neden olmaktadır. Yargıtayın yukarıda açıklanan ayırık kararlarında belirttiği, düzenleyenin sorumluluğunun tamamen sona ermesi yaklaşımı da aşırıdır. Burada hamilin senedi ibraz etmemesi yüzünden ortaya çıkan durumla düzenleyenin sorumlu olacağı sürenin açık bir şekilde saptanması arasında adil bir denge gözetilmelidir. Bir yıllık sürenin geçirilmesi ile zamanaşımı süresinin üç yıl değil, iki yıl kalacağı şeklinde bir çözüm düşünülebilir. Ancak ne tür yorum yapılırsa yapılsın ortaya çıkan sonuçlar zorlama kalmaktadır.

Tartışılan bu sorunun yarattığı diğer bir kriz ise yukarıda belirtilen temerrüt faizinin başlangıç anı ile ilgilidir. Yargıtay kararlarında, bir yıllık sürenin vadenin geçirilmesi hükmünde olduğu karara bağlanıp üç yıllık sürenin bir yıllık sürenin sonunda başlayacağını belirtilmesine rağmen, temerrüt faizinin bu anda değil de *icra takibi tarihi* itibarıyla başlayacağını ifade edilmesi usul hukuku ilkeleri ile uyumludur. Ancak Yargıtayın bu değerlendirmesi kendi içtihadı ile çelişki yaratmaktadır. Bir yılın sonu mademki vade tarihi olarak varsayılacaktır, o hâlde TTK m. 725/1-b gereğince temerrüt faizinin de aynı gün başlatılması gerekir. Oysa bu varsayımda senedin ibrazı yapılmadığı gibi açılmış bir dava veya başlatılmış bir takip de yoktur. O hâlde faiz nasıl başlatılacaktır? İşte bu dahi anılan görüşün sürenin başlangıcı ile temerrüt faizinin işlemeye başlayacağı an bakımından nasıl bir çatışma içine düştüğünün kanıtıdır. Kıyas yapılmasından daha tutarlı gördüğümüz (ehveni şer) bir yılın sonunda vadenin gelmiş sayılacağı görüşünün, aynı şekilde temerrüt faizinin işlemesi bakımından da esas alınması düşünülebilir. Oysa bu durumda düzenleyen bakımından “çifte haksızlık”, hamil bakımından da “çifte ödül” durumu ile karşılaşılacaktır ki, bunun hakkaniyete uygunluğu ayrıca tartışılır. Kaldı ki zamanaşımı süresi konusunda ileri sürülen görüşlerde, temerrüt faizinin başlangıcı ile ilgili bir yorum yapılmadığı da görülmektedir.

⁶⁹ Bkz. EDİS, s. 146 vd., 149.

⁷⁰ Bkz. EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, N. 118.

SONUÇ

Görüldüğünde ödenecek bonoların bir yıllık yasal ibraz süresi içinde ibraz edilmemesi durumunda zamanaşımı süresinin başlangıcı ile temerrüt faizinin işlemeye başlayacağı anın tespiti sorun teşkil etmektedir. Görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek poliçeler için getirilen ve poliçenin kabulü ile bağlantılandırılan bir çözümün, kıyas yolu ile görüldüğünde ödenecek bonolar için de uygulanmasının kıyas ilkeleri ile uyumu kanımızca yoktur. Görüldüğü gibi birbirine benzediği düşünülen iki vade türünde, biri için getirilen çözümün diğeri için uygulanabilirliği sorun yaratmaktadır. Hamile bono borcunu muaccel hâle getirmek için bir yıl gibi uzun bir süre tanınmış olması karşısında, onun bu eylemi yapmaması durumunda bir yılın sonunda vadenin geçirilmiş sayılacağı şeklindeki diğer görüş ise kıyas ile ilgili yaklaşıma nazaran en azından kendi içinde daha tutarlıdır. Böylece hamile bir yıllık uzun bir süre tanındığı, bu süre içinde bono borcu muaccel hâle getirilmezse en geç bir yılın sonunda zaten kanun gereği muaccel hâle gelmiş sayılacağı üzerine kurulu bu yaklaşım ise temerrüt faizinin buna rağmen takip tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı şeklindeki Yargıtay uygulaması karşısında yine “tökezlemektedir”. O hâlde sorun nasıl çözülecektir? Açıkçası “kıyas yolu ile çözüm” ile “bir yılın sonunda borcun kanun gereği muaccel hâle geleceği” yaklaşımları dışında, hamilin TTK’nın öngördüğü ibraz ile ilgili hükümlerin ihlalden kendi aleyhine sonuçlar çıkarılması çerçevesindeki evrensel hukuk ilkesinin bir yansıması olarak kendisinin düzenleyene başvurusu için zamanaşımı süresinin bir yılın sonunda başlamayacağı da savunulabilir. Ancak bu son görüş bir yorumdan ziyade yeni bir kural ihdas etme ile eşdeğer şekilde değerlendirilebilir. Kökleri çok eskilere dayanan hem İsviçre hem Alman hukukunda yüz yıla yakın bir süredir savunulan bu görüş ve bu görüşe dayanılarak verilen Türk, İsviçre ve Alman mahkeme kararlarındaki bu yaklaşımların isabet derecesinin en azından sorgulanması gerektiğini düşünüyoruz. Uzun yıllardır öğreti ve yargı uygulamasında yerleşmiş bir görüşün aksi yönde bir görüş savunulmasının zorlukları ortadadır. Ancak bir görüşün yerleşmiş olması ve yargı uygulamasında istikrarlı şekilde uygulanması o görüş ve kararların yarattığı uygulamanın doğru ve adil olduğu anlamına gelmez. Bir görüş ve yaklaşım zaman içinde değişebilir ve tekrar sorgulanmaya tâbi tutulabilir.

KAYNAKÇA

- ALTAŞ, Hüseyin: *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ANTALYA, Gökhan / TOPUZ, Murat: *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Cilt I*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BAHAR SAYIN, Hediye: “Banka İhbarnamesine Dayanan Protesto”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2023, Sayı 4 (Cumhuriyet Özel Sayısı), s. 352-399.
- BAUMBACH, Adolf / HEFERMEHL, Wolfgang / CASPER, Matthias: *Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht der Zahlungsverkehr*, 24. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2020.
- BOZER, Ali / GÖLE, Celal: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 9. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2020.
- BOZGEYİK, Hayri: *Polîçede Müracaat Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- BOZKURT, Tamer: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- BÜLOW, Peter: *Wechselgesetz, Scheckgesetz Kommentar*, 5. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2013.
- CİNBAŞ, Mustafa Eser: *Bonoda Ödeme*, Adalet Yayınları, Ankara, 2020.
- COŞKUN, Mahmut: *Kıymetli Evrak Hukuku, Bono-Polîçe-Çek*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- DOMANIÇ, Hayri: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.
- EDGÜ, Ekrem: *Ticaret Hukuku III, Kıymetli Evrak*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965.
- EDİS, Seyfullah: *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1989.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ERİŞ, Gönen: *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Polîçe- Bono- Çek Makbuz Senedi Varant*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- EROL, Nevzat: *Takip Hukukunda Kambiyo Senetleri, Polîçe-Bono-Çek ve Bankalar Kanunu*, Doğu Matbaacılık, Ankara, 1971.
- GÖZLER, Kemal: *Hukuka Giriş*, 19. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022.
- GÜRBÜZ, Hulusi: *Yargıtay Uygulaması Işığında Ticarî Senetlerin İptali Davaları ve Ticarî Senetlere Özgü Sorunlar*, Cem Ofset, İstanbul, 1985.
- HONSELL, Heinrich (Hrsg.): *Kurzkommentar Obligationenrecht Art. 1-1186 OR*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.
- HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / WATTER, Rolf (Hrsg.): *Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965-1186*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Zürich, 2012 (Yazar, BSK- Wertpapierrecht).
- HUECK, Alfred / CANARIS, Claus-Wilhelm: *Recht der Wertpapiere*, 11. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 1977.
- İMREGÜN, Oğuz: *Kıymetli Evrak Hukuku (Genel Hükümler- Kambiyo Senetleri – Makbuz Senedi- Varant)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.
- JACOBI, Ernst: *Wechsel- und Scheckrecht, unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts*, De Gruyter, Berlin, 1955.
- JÄGGI, Peter / DRUEY, Jean Nicolas / von GREYERZ, Christoph: *Wertpapierrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel-Frankfurt am Main, 1985.
- KAÇAK, Nazif: *İçtihatlarla Bono*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.
- KARAYALÇIN, Yaşar: *Ticaret Hukuku III, Ticarî Senetler (Kambiyo Senetleri)*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1970.
- KENDİGELEN, Abuzer / KIRCA, İsmail: *Kıymetli Evrak Hukuku, Genel Esaslar- Kambiyo Senetleri*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- KINACIOĞLU, Naci: “Görüldüğünde Ödenecek Polîçeler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1968, Cilt 4, Sayı 3, s. 477-492.

- KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / WOLF, Stephan / AMSTUTZ, Marc / FANKHAUSER, Roland (Hrsg.): *OFK-Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, 4. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2022 (Yazar, OFK- OR).
- MEIER-HAYOZ, Arthur / VON DER CRONE, Hans Caspar: *Wertpapierrecht*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Zürich, 2000.
- OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami: *Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 27. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÖĞÜTÇÜ, Tahir / ALTIN, Mehmet: *Ticarî Senetler (Poliçe, Bono, Çek) ve Özel Takip Yolları*, Ulucan Matbaası, Ankara, 1979.
- ÖZDAMAR, Mehmet / GÖKTÜRK, Kürşat / CAN, Mehmet Çelebi / KAŞAK, Esra: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÖZTAN, Fırat: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal: *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 24. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- PULAŞLI, Hasan: *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ROBERTO, Vito / TRÜEB, Hans Rudolf (Hrsg.): *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz, Art. 772-1186 OR und BEG*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016 (Yazar, CHK).
- SOMUNCUOĞLU, Ünal: “Bonoların İbraz ve Protestosuna İlişkin Bazı Sorunlar”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1978, Sayı 4, s. 229-245.
- STRANZ, Martin: *Wechselgesetz Kommentar*, 14. Baskı, De Gruyter, Berlin, 1952.
- SUSUZ, Kağan: *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- ŞİMŞEK, Edip: *Hukukta ve Cezada Ticarî Senetler (Poliçe, Bono, Çek)*, Yonca Matbaası, Ankara, 1982.
- TANRIVER, Süha: *Medenî Usul Hukuku, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- TEKİL, Fahiman: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1994.
- TÜRK, Hikmet Sami: “Kambiyo Senetlerinde Temerrüt Faizi”, *XI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar)*, 13-14 Mayıs 1994, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1994, s. 211-255.
- ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, Füsün N.: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

Uluslararası Adalet Divanı ve İnsan Hakları İlişkisinde Süregidenler ve Yenilikler^(*)



*Continuities and Novelties in The Relationship Between the International
Court of Justice and Human Rights*

Elif ÇELİK



Doktor Öğretim Üyesi

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Birleşmiş Milletler,
Uluslararası Adalet
Divanı,
Uluslararası İnsan
Hakları Hukuku,
İnsan Hakları,
Danışma Görüşleri,
Geçici Tedbir,
Erga Omnes Partes.*

Keywords

*United Nations,
International Court of
Justice,
International Human
Rights Law,
Human Rights,
Advisory Opinions,
Provisional Measures,
Erga Omnes Partes.*

Öz

Uluslararası Adalet Divanı'nın, evrensel bir yargı organı olarak uluslararası adalet idesini sağlamak bakımından etkinliğine ilişkin soru işareti ve eleştiriler süregiderken, literatürde son çeyrek asırdır Divan'ın insan hakları konularında önemli bir rol oynamaya başladığı yönünde görüşler artmıştır. Nitekim son yıllarda sayısı bu yönde artış gösteren başvurular da Divan'ın insan hakları konularıyla daha fazla alakadar olmaya başladığına ve bunun devamının gelebileceğine işaret etmektedir. Bu çalışma Divan ve insan hakları arasında sözü edilen türden olumlu bir gelişim ve katkı olduğu yönündeki argümanları ele alırken, konuya tarihsel bir süzgeçten ve görece temkinli yaklaşmaya çalışarak, ilk olarak bu konuda güncelliğini korumaya devam eden sınırlılıklara işaret edecektir. Bunun akabinde çalışma, bu gerçeklikleri elden bırakmadan, insan haklarını Divan nezdinde konu edinebilmeye ilişkin mevcut prosedürleri inceleyerek güncel gelişmeler ışığında bu yöndeki yeni stratejileri ve potansiyelleri bazı örneklerle ele alacaktır.

Abstract

While the criticisms regarding the efficiency of the International Court of Justice, as a global jurisdiction organ in achieving the idea of universal justice, has been going on since its establishment; over the last quarter of a century, growing number of views have emphasized the importance of Court's role with respect to human rights. Indeed, the increasing number of applications in recent years indicates that the Court is poised to become significantly more involved in human rights issues. In addressing the arguments for such a positive development and contribution between the Court and human rights, this paper will primarily try to approach the issue from a historical and relatively cautious perspective and will address the current remaining limitations. Notwithstanding these realities, the study will then examine the existing procedures for addressing human rights issues before the Court and will illustrate developments, new strategies, and potentials in this regard, particularly in light of some recent advancement.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 19.04.2024, Kabul Tarihi: 03.06.2024.

I. ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN SINIRLARINA KISA BİR GİRİŞ

Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın 92. maddesi, Uluslararası Adalet Divanı'nı (Divan/UAD) örgütün başlıca yargı organı olarak tanımlar. Bu gerçekten hareketle kural olarak tüm BM üyesi devletler Divan'a taraftır. Bunun ötesinde BM üyesi olmayan devletler de BM Güvenlik Konseyi'nin önerisi üzerine ve BM Genel Kurulu tarafından kabul edilerek Divan'a taraf olma hakkına sahiptir. Bu özelliklerinden yola çıkarak dünya genelini kapsayan genel bir yargılama yetkisine haiz olan Divan, bu yöndeki ilk 'dünya mahkemesi'¹ olmayıp, 1922 ve 1946 yılları arasında faaliyet göstermiş olan Daimi Adalet Divanı'nın BM bünyesinde bir anlamda yeniden hayata geçirilmiş bir versiyonudur. Zira tıpkı Milletler Cemiyeti örneğinde konu olduğu üzere Daimî Divan da 1930'lu yılların sonu itibarıyla etkinliğini yitirmiş ve 1945 yılında BM'nin kuruluşuyla bu kez bu yeni örgüt bünyesinde ve daha etkin bir rol oynayabileceği umuduyla yeniden diriltilmeye çalışılmıştır.

BM'nin temel yargı organı olan bu mahkemenin, II. Dünya Savaşı sonrasında gelişen ve kişilerin haklarıyla çok daha fazla ilgilenen yeni bir uluslararası hukuk paradigmasını yansıtmıyor oluşu ve prosedürlerini bu yeni gerçekliğe göre kurgulamamış olmaması geçmişten günümüze sorgulanabilmiş bir konudur. Bu açıdan, BM Şartı'nın amaç ve ilkeleri ışığında diğer BM organlarına insan haklarını korumak konusunda verilen rol ve sorumlulukların aslında Divan için de konu olmuş olmasının beklenebilir olduğuna işaret edilmiştir². Ne var ki yapısı ve işleyiş usulleri bakımından muhafazakâr ve şekilci bir yapıya sahip olmasıyla bilinen Divan, uluslararası hukuka bakış açısında da selefi olan Daimî Adalet Divanı'nı andırmaktadır. Bu bakımından UAD -en azından son yıllardaki gelişmeler öncesine kadar-devletlerin karşılıklı menfaatlerini odağına alan ve uluslararası hukukun taraflarını yalnızca egemen devletlerle sınırlı olarak tutan Vestfalyacı bir kabule dayanmaktadır. Bu nokta, yazarlar tarafından Divan'ın esasen on dokuzuncu yüzyıl devletlerarası ilişkileri paradigmasında takılı kalmış olduğu tespitiyle ele alınır³. Divan'ın günümüzde de dayandığı kurallar, kişilerin hiçbir zaman doğrudan uluslararası hukukun faydalanıcıları olamayacağı yönündeki bir önceki yüzyıla ait olan kabul üzerine inşa edilmiştir.

Divan'ın genel olarak etkinliğine yönelik eleştiri ve sorgulamalar aslında hiç de yeni değildir. BM'nin temel yargı organı olan bu kurumun, bilhassa geçmişteki "izole pozisyonuna" vurgu yaparak, günümüz uluslararası hukukunun gerçekleri ve çeşitlenen aktörleri karşısında yeterince etkin olamayacağı yönündeki eleştiriler, bizzat Divan eski dönem yargıçları tarafından da dile getirilebilmiştir⁴. Bu eleştirilerin de ötesinde, yirmi birinci yüzyılın başına gelindiğine bu kez bazı yazarlar, sahip olduğu sembolik öneme rağmen, Divan'ın tarafsızlık koşulunu sağlayamadığından söz etmiş ve baskın devletlerin menfaatlerinin diğer devletlerin menfaatlerini göz ardı ediyor olmasına dayanan eleştiriler ortaya koyarak, Divan'ın gerek başvuru oranları gerekse ele aldığı davalar bakımından ciddi bir ivme kaybettiğine işaret etmiştir⁵.

¹ Divan'ın gerçekten bir "dünya mahkemesi" olup olmadığı konusundaki tartışmalar çok yönlüdür. Bu tartışmalarda dile getirilen eleştirilerden biri de, hem kurulduğu dönemde dünyada var olan emperyalist gerçeklikleri hem de bu gerçekliklere paralel olarak yıllar içinde Divan'a erişebilen ve burada aktif rol alabilen hukukçuların vatandaşlıklarını konu edinmektedir. GAUBATZ, Tailor Kurt / MACARTHUR, Matthew: "How International is 'International' Law?", *Michigan Journal of International Law*, 2001, Cilt 22, Sayı 2, s. 239.

² BM Şartı'na hukuki pozitivizm penceresinden yaklaşmış olan *Kelsen* insan haklarını korumak konusunda yükümlülüklerinin tam olarak tanımlanmamış olduğuna işaret eder. Yazara göre Şart'ta insan hakları ve temel özgürlükler konusuna yapılan referanslar belirsiz ve hatalıdır. Zira özü itibarıyla devletler ve kişiler arasında konu olan bu haklara ilişkin yükümlülüklerin ne olacağı tanımlanmamıştır. *Kelsen*'e göre Şart'ta konu edilen bir hakka karşılık gelen bir yükümlüğe yer verilmediği sürece bu hak hukuki bir önem ve değer taşımaya-caktır. KELSEN, Hans: *The Law of the United Nations a Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, 2. Baskı, Steven and Sons Limited, London, 1951, s. 27-29. Bunun tam tersi yönündeki görüşlerse Şart'ın insan haklarını korumak yönündeki sorumluluklarının yeterince açık olduğuna işaret edilmektedir. Örneğin *Jessup*'a göre de Şart'ta insan onuruna ve temel özgürlüklere saygı konusunun üye devletlerin bir ödevi olduğu konusu yeterince aşikârdır. LAUTERPACHT, Hersch: *International Law and Human Rights*, Steven and Sons Limited, London, 1950, s. 475; JESSUP, C. Philip: *A Modern Law of Nations-An Introduction*, Macmillan, New York, 1948, s. 91. Bu konuda daha kapsamlı örnekler için bkz. SWELB, Egon: "The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter", *The American Journal of International Law*, 1971, Cilt 66, Sayı 2, s. 337-351.

³ LANGFORD, Malcolm: "The New Apologist: The International Court of Justice and Human Rights", *Retford*, 2015, Cilt 48, Sayı 1, s. 49.

⁴ JENNINGS, Y. Robert: "The International Court of Justice after Fifty Years", *American Journal of International Law*, 1995, Cilt 89, Sayı 3, s. 504.

⁵ POSNER, Eric: "The Decline of the International Court of Justice", *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, 2004, Sayı 233, s. 112.

Divan yargıçlarının bağımsızlığı konusunda yapılan bazı çalışmalarda yargıçların çok büyük oranda kendi ülkelerinin menfaatini gözeterek yanlı kararlara imza attıklarına işaret ederek bu yöndeki tartışmaları hararetlendirebilmiştir. Keza yargıçların seçimine ilişkin esas ve usuller de bu eleştirilerden payını almaktadır⁶. Divan'ın yargılama yetkisinin ancak devlerin karşılıklı onayı halinde söz konusu olabilmesi gerçeğinden yola çıkan yazarlar, Divan'ı, bir yargı organından öte bir "hakemlik organına" benzetmekte ve yine taraf devletlerin ad-hoc yargıçlar önerebilmesi⁷ uygulamasına dayanarak ilgili yargıçlardan bir "sadakat beklentisinin" konu olabileceğine ihtimal vermektedir⁸. Bu noktada işaret edilmiş bir başka "yazısız kural" da Divan yargıçları arasında hemen her zaman BM Güvenlik Konseyi daimi üyesi devletleri vatandaşlarının olduğudur⁹. Burada konu edinilemeyen diğer eleştiriye açık yönleriyle düşünülecek olduğunda, Divan'ın, uluslararası ilişkilerin politik dinamiğinden bağımsız düşünülemeyecek olan uluslararası hukukun sınırlı hareket alanı içinde olduğu da ortaya çıkar¹⁰. Bu bakımdan Divan'ın öyküsü kimi yazarlarca: Evrensellik yönündeki özlem ve beklentilerle; devletlerin kendilerine yönelik bu uluslararası dayatmalara itiraz etmeleri arasındaki bir çekişmenin tarihi olarak ifade edilebilmiştir¹¹.

1945 yılından bugüne, uluslararası yargı organlarının konu ve sayı bakımından büyük değişimler yaşamış olduğu bir gerçektir. Bu değişimlerde rol oynayan en önemli neden hiç şüphesiz bu hukuk alanındaki aktörlerin çeşitlenmesiyle ilişkilidir. Bunun ötesinde, ortaya çıktığı dönemde ilk ve tek uluslararası yargı organı olma özelliğine sahip olan Divan, vaktiyle hiyerarşik bakımdan tartışmasız bir pozisyona sahipken, zaman içinde, bilhassa yargılama yetkisi dışında kalan konular olan insancıl hukuk ve insan hakları hukuku karşısında daha atıl bir pozisyona düşmüştür. Günümüze yaklaştıkça, Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi diğer uluslararası yargı organları karşısında Divan'ın vaktiyle tartışmasız olan hiyerarşik üstünlüğüne yönelik soru işaretlerinin doğduğu gözlemlenir¹².

Divan'ın uluslararası hukuka olan katkısı, danışma görüşleri ve çekişmeli yargı faaliyetleri ile varlık gösterebilmektedir. Divan'ın devletlerarası bir anlaşmazlıktan doğan çekişmeli yargılama yetkisiyse ancak devletlerin karşılıklı onayı dahilinde konu olur. Bu onay çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, taraf devletlerce iptal edilmediği sürece Divan'ın zorunlu yargılama yetkisine ilişkin ihtiyari hükmün tanınmıyor olması yoluyla¹³. Bir diğer yol, anlaşmazlıkların giderilmesi konusunda Divan'a atıfta bulunan bir sözleşmeye taraf olunması ve bu sözleşmede Divan'ı yetkili kılan bir hükme çekince koyulmamış olması yoluyla olabilecektir. Bir üçüncü yol devletlerin belirli bir uyuşmazlığın Divan'da görülmesine rıza gösterdiği özel bir anlaşma yolu ile olabilecektir.¹⁴ Bunların dışında *forum prorogatum* yoluyla da Divan'ın çekişmeli yargı yetkisi konu olabilmektedir¹⁵. Divan, onay göstermiş devletler üzerindeki yargılama yetkisi dışında, aynı zamanda Danışma Görüşleri yoluyla faaliyet gös-

⁶ OGBODO, S. Gozie: "An Overview of the Challenges Facing the International Court of Justice in the 21st Century", *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2012, Cilt 18, Sayı 1, s. 14-21.

⁷ UAD Statüsü 31 (1) (<https://www.icj-cij.org/statute>, ET: 01.04.2024).

⁸ GINSBURG, Tom: "Political Constraints on International Courts", *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, 2013, Sayı 453, s. 489.

⁹ ZYBERI, Gentian: "Taking Rights Seriously: Time for Establishing a Human Rights and Humanitarian Issues Chamber at the International Court of Justice?", *University of Prishtina Journal of Human Rights and Policy*, 2009, Cilt 2, Sayı 1 (Taking Rights Seriously), s. 114.

¹⁰ Bu konuda bir yorum için bkz. GÜNEYSU, Gökhan: "On the Apolitical Character of International Law (Or Lack Thereof)", *Ankara Bar Review*, 2013, Cilt 6, Sayı 2, s. 2-35.

¹¹ POSNER, Eric / FIGUEIREDO, F. P. Miguel: "Is the International Court of Justice Biased", *The Journal of Legal Studies*, 2005, Cilt 34, Sayı 2, s. 604.

¹² KINGSBURY, Benedict: "International Courts: Uneven Judicialisation in Global Order", (Ed.) CRAWFORD, James / KOSKENNIEMI, Martti: *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 205-211.

¹³ UAD Statüsü 36(2)

¹⁴ UAD Statüsü 36(1); 40(1). DONOGHUE, Joan E.: "The Role of the World Court Today", *Sibley Lecture Series*, 2012, s. 187; SIVAKUMARAN, Sandesh: "The International Court of Justice and Human Rights", (Ed.) JOSEPH, Sarah / MCBETH, Adam: *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edwar-Elgar, Glos, 2010, s. 300.

¹⁵ Bu konu için bkz. VERSAN, Rauf: "Milletlerarası Adalet Divanının Forum Prorogatum İlkesine Göre Yetki Kazanması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, Cilt 24, Sayı 1-2, s. 767- 772.

termektedir. Faaliyet göstermeye başladığı tarihten bugüne kadar otuza yakın danışma görüşü ortaya koymuştur¹⁶. Bu görüşler kural olarak BM Güvenlik Konseyi, BM Genel Kurulu ve diğer BM organları tarafından istenebileceği gibi, aynı zamanda BM özel yetkili kuruluşlarınca da Genel Kurul'un onayı dahilinde istenilebilmektedir¹⁷. Belirmek gerekir ki bu yol çok daha sorunsuz bir biçimde işlemektedir zira Divan, BM organları tarafından kendisine yöneltilmiş olan danışma görüşleri konusundaki yükümlülüğünü her zaman yerine getirmektedir¹⁸.

Burada işaret edilen gerçeklikler ve kısıtlar bir yana, Divan'ın son yıllarda özellikle insan hakları konularında ve global topluma yönelik sorumluluklar özelinde daha önce görülmedik bir hareketlilik yaşadığını kabul etmek gerekir. Bu durum özellikle sözleşmelerle korunan insan haklarına ilişkin artan sayıdaki devletlerarası şikâyetlerde ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda bu çalışma ilk olarak Divan'ın insan haklarını korumak yönünde neden tam olarak elverişli bir hukuki organ olamayacağı yönündeki geçmiş argümanları konu edinecektir. Bunu takip eden başlıksa, ilk bölümdeki argümanlara rağmen, Divan'ın bu konuda giderek arttığı iddia edilen mevcut ve potansiyel katkılarını ve insan hakları korumasında Divan'dan azami faydayı sağlayabilmek adına beliren yeni stratejileri ele almayı amaçlamaktadır.

II. DİVAN'IN İNSAN HAKLARINI KORUMAK BAKIMINDAN ETKİN BİR ORGAN OLMADIĞI YÖNÜNDEKİ ARGÜMANLAR

Kuruluş öyküsü, misyonu ve statüsünde egemen olan muhafazakâr yaklaşım düşünülecek olduğunda, Divan'ın bir insan hakları mahkemesi olarak anılmak gibi bir iddia barındırdığını söylemek mümkün olmaz. Nitekim Divan'ın öncüsü olan Daimî Adalet Divanı'nın statüsünde de insan haklarına dair bir ibareye rastlanılmaz. Daimî Adalet Divanı'ı, her ne kadar on dokuzuncu yüzyıl uluslararası hukuk gündeminde gözetilen bir grup olan azınlıklar konusu özelinden yola çıkarak çeşitli kararlarında örnekse ayrımcılık yasağını konu edinebilmiş olsa da¹⁹, insan hakları misyonu bakımından bundan fazlasını söylemek mümkün değildir. Bu durum şaşırtıcı değildir zira konu olan dönem aralığında insan haklarından henüz uluslararası hukukun bir konusu olarak söz etmek mümkün değildir. İnsan haklarına saygı duyulması ve bu hakların devletlerce korunması yönündeki bir amaç 1945 tarihli BM Şartı'nda yer bulmuş olsa da münferit bir insan hakları hukuku alanının gelişmesi ve bu yöndeki bağlayıcı sözleşmelerin varlığı ancak sonraki on yıllarda konu olabilecektir²⁰. Buna rağmen Divan'ın insan haklarına ilişkin çekişmeli davaları konu edinmek bakımından Daimî Adalet Divanı'nın şaşırtıcı biçimde daha gerisinde olabildiğine işaret eden görüşlere de rastlanır²¹. Her halükârda BM Şartı ile, bu örgütün temel ve kalıcı yargısal organı pozisyonuna kavuşan Divan'ın devletler arasındaki anlaşmazlıkları çözüme kavuşturmak görevi dışında, misyon ve öncelikleri arasında, bireysel boyutuyla insan haklarının korunması ya da gözetilmesi olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu gerçekten hareketle, Divan önüne, herhangi bir uyuşmazlığın konusunun dolaylı bir uzantısı olarak değil de doğrudan insan hakları ihlallerini konu edinen davaların gelebilmesi ihtimali çok daha sınırlıdır.

Öte yanda Divan ve insan hakları ilişkisini konu edinirken yalnızca tarihsel argümanlara dayanmak fazlasıyla durağan bir yaklaşım olur. Bu noktada Divan'ın yargılama yetkisi bakımından güncel

¹⁶ https://www.icj-cij.org/decisions?type=4&from=1946&to=2024&sort_bef_combine=order_DESC (ET: 01.04.2024).

¹⁷ Birleşmiş Milletler Şartı, 96 (2) (<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, ET: 01.04.2024).

¹⁸ Bu konudaki bir istisna Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından yönlendirilen bir danışma görüşüdür. İlgili talep, örgütün kendi anayasası ve işleyişine ilişkin bir konuya ilişkin olmaması nedeniyle reddedilmiştir. UAD, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Advisory Opinion), T. 08.07.1996, s. 66 (<https://www.icj-cij.org/case/93/advisory-opinions>, ET: 01.04.2024).

¹⁹ MDAD, *Minority Schools in Albania*, Series A/B No. 64, T. 06.04.1935; MDAD, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, A/B, No. 44, T. 04.02.1932 (<https://www.icj-cij.org/pcij-series-ab>, ET: 01.04.2024).

²⁰ Uluslararası Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi bu yöndeki ilk örnek olarak görülebilecek olsa da, bu konudaki dönüm noktası bağlayıcılık arz eden 1966 tarihli İkiz Sözleşmeleri olarak anılabilir.

²¹ GRIMSEHEDEN, Jonas: "The International Court of Justice – Monitoring Human Rights", (Ed.) ALFREDSSON, Gudmundur / GRIMHEDEN, Jonas / RAMCHARAN, Bertrand / ZAYAS, Alfred: *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays In Honour Of Jakob Moller*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, s. 254.

olarak geçerliliğini sürdürmeye devam eden diğer argümanlar devreye girecektir. İfade etmek gerekir ki burada yer alan argümanlardan büyük bir kısmı, her ne kadar günümüz güncel gelişmeleri konusunda geri planda kalmış gibi görünse ya da ikinci bölümde konu edilecek bazı yeni doktrinler karşısında esneyebilmiş olsa da yapısal birer gerçeklik olarak var olmaya devam etmektedir.

A. Divan'ın Çekişmeli Yargı Yetkisinin Sınırlılığında Doğan Argümanlar

UAD Statüsü'nün hazırlık sürecinde karşılaşılan sorulardan biri, oluşacak yeni mahkemenin çekişmeli bir yargılama yetkisine sahip olup olmayacağı konusunda olmuş ve bu yöndeki itirazların başını Amerika Birleşik Devletleri ve Rusya çekmiştir²². Bu nokta, Divan'ın zorunlu yargılama yetkisinin neden ancak buna rıza gösteren devletlerle sınırlı olduğunun tarihsel gerekçelerinden biri olarak anılabilir. Oysa II. Dünya Savaşı'nın ardından uluslararası hukukun yeni bir boyut kazanma yoluna girdiği ve geleneksel kalıpların etkin olamayacağı konusu, dönemin hukukçuları tarafından çeşitli kereler dile getirilmiştir²³.

Divan'ın yargılama yetkisinin taraflarının yalnızca devletlerle sınırlı olması, bir uyuşmazlık konusunun doğrudan Divan tarafından ele alınabileceği sonucunu da doğurmaz. Çekişmeli yargı yetkisi, devreye ancak devletler kanalıyla girebileceği için bu noktada insan hakları konularının da farklı senaryolarla belirmesi söz konusu olabilecektir. Bu konuda işaret edilen bir örnek, bir devletin bir başka devleti gerek kendi vatandaşlarının gerekse ilgili devletin vatandaşlarının haklarını ihlal ettiği gerekçeyle dava edebilecek olmasıdır²⁴. Ne var ki bu konudaki en büyük engel Divan'ın yargılama yetkisine devletler tarafından sıcak bakılmaması gerçeğidir. Divan Statüsü 36 (2) bakımından konu olabilecek bir yargılama yetkisi, gerçekten de az sayıda devlet tarafından kabul edilmiştir. Günümüz itibarıyla bu sayı 193 BM üyesi devletin yalnızca 74'ü olarak görünmektedir²⁵. Bu noktada belirtmek gerekir ki güncel olarak BM Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üye ülkesi arasından da yalnızca Birleşik Krallık²⁶ bu yetkiyi kabul etmektedir. Geri kalan devletlerden ABD ve Fransa zaman içinde menfaatlerine uygun olmayan kararların muhatabı olmaları sonrasında bu yetkiyi tanımaktan vazgeçerken²⁷ Rusya ve Çin sürecin en başından beri devletler arasındaki anlaşmazlıkların bir üçüncü tarafça değil, ikili ilişkilerle çözülmesi gerektiğinden yana olmuşlardır²⁸. Devletlerin bu yetkiyi tanımak konusundaki isteksizlikleri, zaten insan hakları konusunda çekişmeli bir yargılama aşamasına varabilme seçeneği son derece sınırlı olan Divan'ın büyük ve ciddi insan hakları ihlallerini ele alabilmesini engellemektedir. Nitekim bu yetkinin devletlerin onayına tâbi olması, uluslararası hukukun *jus cogens* unsurlarının ihlalinin dahi, geçmişte esas bakımından Divan'da konu edinilememesiyle sonuçlanmıştır²⁹. Bunun ötesinde çekişmeli yargılama yapabildiği davalar söz konusu olduğunda bile insan hakları açısından Divan'ı sınırlandıran bir başka unsur vardır. Bu da mahkemenin dayanacağı bulguların bizzat devletler tarafından sunulanlarla sınırlı olacağıdır. Öte yandan devletlerin *erga omnes*³⁰ yükümlülüklerine dayanarak aslında insan hakları konularını Divan önünde konu edinebilecekleri, ancak bu yolu - yakın bir zaman

²² WOOD, Michael / STHOEGER, Eran: *The UN Security Council and International Law*, Cambridge Publishing, Cambridge, 2022, s. 159, 160.

²³ FRIEDMANN, Wolfgang: "Half a Century of International Law", *Virginia Law Review*, 1964, Cilt 50, Sayı 8, s. 1340.

²⁴ ARSAVA, Füsün: "Uluslararası Adalet Divanı Tarafından İnsan Haklarının Korunması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2015, Cilt 6, Sayı 21, s. 3.

²⁵ <https://www.icj-cij.org/declarations> (ET: 01.04.2024).

²⁶ <https://www.icj-cij.org/declarations/gb> (ET: 01.04.2024).

²⁷ Statü'nün 36 (2) maddesi ihtiyari bir hüküm niteliğinde olup, bu yönde daha önce verilmiş olan olumlu bir beyandan çekilmek mümkündür. Örneğin Divan, Nikaragua davasında ön itirazlarını reddettiğinde ABD, bu yetkiyi tanımaktan vazgeçmiştir.

²⁸ WOOD / STHOEGER, s.180.

²⁹ Kongo v. Ruanda davasında konu olan bu durum, Divan yargıçlarının bir kısmının eleştirisi ve ayrı görüşlerine konu olmuştur. SIMMA, Bruno: "Mainstreaming Human Rights: The Contribution of the International Court of Justice", *Journal of International Dispute Settlement*, 2012, Cilt 3, Sayı 1 (Mainstreaming Human Rights), s. 19.

³⁰ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. BAŞLAR, Kemal: "Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, Cilt 22, Sayı 2, s. 75-107.

öncesine kadar- seçmiyor oluşları yalnızca Divan ile sınırlı bir olgu değildir. Zira BM sözleşmelerine bağlı koruma mekanizmaları pek çok sözleşme bakımından bu yola olanak sağlanmış olsa da devletlerarası şikâyet yolu devletler tarafından tercih edilmemektedir³¹.

B. Evrensel İnsan Hakları Sözleşmelerinin Özelliklerinden ve Devletlerin bu Sözleşmelere Koydukları Çekincelerden Kaynaklanan Argümanlar

Mevcut uluslararası insan hakları sözleşmelerinin pek çoğu, ilgili sözleşmelerin yorumlarından doğacak uyuşmazlıklar konusunda Adalet Divanı'na bir yetki tanıyabilmektedir. Öte yandan bu yetkiyi tanımlayan üç yüze yakın farklı nitelikteki uluslararası sözleşme düşünüldüğünde, bu yetkiyi tanıyan insan hakları sözleşmelerinin oranının da genel sözleşmelere oranla son derece düşük olduğu görülecektir³². Bu yetkiyi tanıyan sözleşmelerden biri olan Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Engellenmesi Sözleşmesi açısından 29. maddede tanımlanan bu görev: İki veya daha fazla taraf devlet arasında bu sözleşmenin yorumlanması veya uygulanmasından doğabilecek ve müzakere yoluyla çözümlenemeyen uyuşmazlıkların, taraflardan birinin talebi üzerine tahkime götürüleceği ve şayet tahkim talebinin yapıldığı tarihten itibaren altı ay içinde taraflar tahkimin düzenlenmesi konusunda anlaşamazlarsa, o vakit taraflardan herhangi birinin, Divan Statüsü'ne uygun olarak, talep üzerine uyuşmazlığı Uluslararası Adalet Divanı'na götürebileceği hükmüne yer vermektedir³³.

Divan'ın insan hakları hukukuna katkı yapabilmesi için elverişli bir araç olarak beliren bu seçenek, pratikte taraf devletlerin sözleşmelerde yer alan bu hükümlere rezervasyon koyabilmesiyle sekteye uğramaktadır³⁴. Bu konunun Divan'ın yargılama yetkisi bakımından geçmişte engel olduğu bir dava *Demokratik Kongo Cumhuriyeti v. Ruanda* davası olmuştur. Bu olayda Ruanda'nın Soykırım Sözleşmesi başta olmak üzere, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi ve Kadına Karşı Ayrımcılık Sözleşmesi'nde yer alan uzlaşmacı hükümlere koyduğu çekinceler, Mahkeme'nin Ruanda'ya ilişkin yargı yetkisi için bir engel oluşturmuştur. Söz konusu davada Divan, Soykırım Sözleşmesi'nin maddi yükümlülüklerini *jus cogens* olarak nitelendirebilmiş olsa da, Ruanda'nın Divan'ın yargılama yetkine yönelik var olan çekincesini, soykırım iddiası hakkında karar verebilmesi önünde bir rıza eksikliği olarak değerlendirmiştir. Bu sonucun yargıçlar arasında görüş ayrılıklarına sebebiyet verdiğini ise belirtmek gerekir. Nihayetinde soykırım gibi önemli bir konuyu düzenleyen Sözleşme'nin, kendine özgü başka bir denetim mekanizmasının da bulunmaması karşısında, Divan'ın taraf devletlerin sorumluluklarını ele almak bakımından tek yetkili hukuki organ olması ve doğası itibarıyla bu yetkiye ilişkin bir çekince koyulup koyulamayacağı sorunsalı yargıçların ayrı görüşlerinde özellikle vurgulanmıştır³⁵.

Mevcut uluslararası insan hakları sözleşmeleri arasında Divan'ın bu yetkisini bir ön aşamaya bağlı olarak değil de doğrudan kabul eden tek sözleşme Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi olup³⁶, geri kalan sözleşmelerin gerektirdiği çetrefilli ve her biri farklılık arz eden ön süreçler de Divan'ın insan hakları bakımından konu olabilecek yargı yetkisini sınırlandırmaktadır. Uluslararası insan hakları sözleşmeleri arasında, ilgili sözleşmenin uygulanması ve gözetiminden sorumlu bir komiteye sahip olmayan tek sözleşme olması itibarıyla Soykırım Sözleşmesi'nin Divan'ı doğrudan dev-

³¹ SIMMA, *Mainstreaming Human Rights*, s. 17.

³² CRAWFORD, James / KEENE, Amelia: "Interpretation of the Human Rights Treaties by the International Court of Justice", *The International Journal of Human Rights*, 2019, Cilt 24, Sayı 7, s. 2.

³³ BM Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi 29 (1) (<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>, ET: 01.04. 2024).

³⁴ Uluslararası sözleşmelere getirilen çekincelerle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTURANLI, Beyza: "Uluslararası Hukuk Komisyonu Çerçevesinde Uluslararası Andlaşmalara Getirilen Çekincelere İlişkin Hukuki Rejim", *Istanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2012, Cilt 11, Sayı 22, s. 471-505.

³⁵ UAD, *Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada and Simma to the Judgment in the Congo v. Rwanda Case*, T. 03.02.2006 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-02-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

³⁶ BM Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme (9) (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocitiesrimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf, ET: 01.04.2024).

reye sokabilen bir düzenlemeye yer vermesi, bir anlamda bu sözleşmenin taraf devletlerce uygulanmasının da tek garantisidir. Aynı şey, denetim mekanizmasına sahip sözleşmeler için konu olamayabileceği için diğer sözleşmeler bakımından Divan'ı yetkili kılan bu ihtiyari şarta başvurmadan evvel, öngörülen ön prosedürlerin tüketilmesi gerekebilmektedir³⁷. Nitekim *Gürcistan v. Rusya* başvurusunda Divan, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi'nin ihlali konu edildiğinde, geçici tedbirlerle karar verebilmekle birlikte, tam da bu noktayı referans alabilmiş ve bu iddianın konu edinilebilmesi için öncelikle bu sözleşmede öngörülen ön prosedürlerin tüketilmesi gerektiğine işaret etmiştir³⁸. Belirtmek gerekir ki Divan'ın benimsediği bu katı şekilcilik bizzat yargıçların da eleştirebildiği bir nokta olmuştur. Bu bakımdan bu dava özelinde konuya ilişkin bir ortak görüş koyan yargıçlar, söz konusu insan hakları olduğunda, Divan'ın, başvuranın adalete erişimini geciktirecek ya da engelleyecek gereksiz ve abartılı prosedürel yükümlülükleri zorunlu kılmaması gereğine işaret etmişlerdir³⁹.

Divan'ın bu yöndeki bir işlevinin devreye girebilmesinin önünde her tek sözleşme bakımından konu olabilecek olan farklı prosedürler yatmaktadır. Bu bakımdan Divan'ın görevinin devreye girebilmesi yönündeki ön prosedürlerin zaman içinde çok daha çetrefilli bir forma büründüğü ve özellikle insan hakları konuları bakımından süreci güçleştirip uzattığına yönelik eleştiriler⁴⁰ son derece yerindedir. Mevcut haliyle Divan, çekişmeli yargı yetkisi bakımından yalnızca devletlere; danışma görüşlerinden istifade edilebilmesi amacıyla ise BM temel organlarına ve özel kuruluşlarının başvurusuna açıktır. Ne var ki insan hakları konularını mahkemeye taşıma konusunda genel olarak zaten isteksiz olan devletler -bu yönde konu olabilecek sınırlı davanın da işaret ettiği üzere- bunu gerçekleştirdikleri durumda da bu kez Divan'ın yargılama sürecine ilişkin aşamalara takılabilmektedirler.

C. Temsil Yetkisinden (*Locus Standi*) Kaynaklanan Argümanlar

Divan'ın insan hakları konusunda elverişli bir yargısal merci olmadığı yönündeki bir diğer argüman temsil yetkisine ilişkindir. Divan'ın kişilere *locus standi* sağlamaması konusu mahkemenin etkinliğine ilişkin bir eksiklik olarak uzun süredir dile getiriliyor olmasına rağmen bu yöndeki bir gerekliliğin tartışma konusu edilmesinin düşünüldüğü kadar yakın zamanlı olmadığını belirtmek gerekir. Bu bakımdan henüz 1920 yılında, Daimi Adalet Divanı Statüsü'nü kaleme alan hukukçuların bunu bir tartışma konusu yapabilmış olduklarına işaret edilebilir. Bu tartışmalarda yalnızca devletleri esas alan geleneksel bir uluslararası hukuk yaklaşımının doğruluğunu savunan hukukçular karşısında, az sayıda bazı hukukçunun, devlet egemenliği kavramının kişilerin devletleri sorumlu tutabilmesinin önünde bir engel olarak yer alması gerektiğini savunduklarına işaret edilmektedir⁴¹. Divan'ın bu devletler odaklı kurgusu ilerleyen yıllarda da eleştirilmeye devam edecektir. Bu eleştirileri dile getirenler arasında hukuk bilginleri olabildiği kadar bizzat Divan'da yargıç olarak görev alan isimler de olmuştur⁴². Eleştiriler, devlet odaklı yaklaşımın uluslararası hukukun gelişimi karşısında işlevsiz kaldığına işaret ederken⁴³; Divan Statüsü'nün gerek devletler ve özel ve kamu kurumları arasında doğan uyuşmazlıkları gerekse devletler ve kişiler arasında doğan uyuşmazlıkları ele alabilmesi gerektiğini ortaya koymuştur⁴⁴. Öte yandan bazı yazarlarsa

³⁷ SIMMA, *Mainstreaming Human Rights*, s. 15.

³⁸ UAD, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, T. 01.04.2011, para. 180-184 (<https://www.icj-cij.org/case/140/preliminary-objections>, ET: 01.04.2024).

³⁹ UAD, *Preliminary Objections Joint Dissenting Opinion by President Owada, Judges Simma, Abraham, Donoghue and Judge Ad Hoc Gaja (Georgia v. Russian Federation)*, T. 01.04.2011, s. 142, para. 43 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/140/140-20110401-JUD-01-01-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

⁴⁰ ZYBERI, Gentian: "The Interpretation and Development of International Human Rights Law by the International Court of Justice", (Ed.) SCHEININ, Martin: *Human Rights Norms In Other International Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019 (The Interpretation and Development), s. 35.

⁴¹ KJELDGAARD, P. Astrid: "The International Court of Justice and the Individual", *iCourts Working Paper Series*, 2019, Sayı 169, s. 5, 6.

⁴² JENNINGS, s. 504.

⁴³ ROSENNE, Shabtai: *The Law and Practice of the International Court of Justice*, 3. Baskı, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1965, s. 268.

⁴⁴ LAUTERPACHT, s. 56-60.

Divan'ın kişilerden gelebilecek insan hakları ihlali başvurularına yanıt verebilmesi gerektiği yönündeki önerilerin uygulanabilirliğinin “ütopik” olduğunu belirtmiştir⁴⁵. Kişilerin ötesinde, Divan'ın *locus standi* kurallarının eleştirisinde beliren bir argüman da çekişmeli yargı davaları bakımından uluslararası örgütlerin taraf olma hakkına sahip olmayışına ilişkindir⁴⁶.

D. Divan'ın Kararlarının Uygulanmasına Yönelik Bir Yaptırım Gücünden Yoksun Oluşu Yönündeki Argümanlar

Divan kararlarının uygulanması konusunun geçmişte fazla ilgiye mazhar olmamış olduğu yönündeki tespitler, bunun gerekçesi olarak, bu kararların yerine getirilmesi yönündeki istatistiklerin görece iyi olduğu gerçeğinin rol oynamış olabileceğine işaret etmektedir⁴⁷. BM Şartı'nın 94. maddesi bu konuda iki düzenlemeye yer vermektedir. Bunlardan ilki BM üyesi her devletin Divan'ın her türlü kararına uygun hareket etmek zorunda olduğudur. İkincisi ise Divan'ın yargı kararlarına ilişkindir. Buna göre davanın taraflarından biri Divan tarafından verilen bir karara istinaden yükümlülüklerini yerine getirmediğinde, diğer taraf Güvenlik Konseyi'ne başvurabilecektir. Konsey, gerekli gördüğünde kararın yürürlüğe girmesi için tavsiyelerde bulunabilecek ya da alınacak önlemlere karar verebilecektir⁴⁸. Görülebileceği üzere Divan Statüsü ve BM Şartı bu yöndeki bir garantiyi BM Güvenlik Konseyi'nin takdirine bırakmıştır⁴⁹.

Konsey'in barış ve güvenliğe tehdit oluşturan geniş ölçekli insan hakları konularında son derece önemli bir fonksiyonu olabileceği yönündeki beklentiler yeni olmasa da bu konular bakımından elini taşın altına koyması ancak Soğuk Savaş süreci sonunda belirmiştir. Güvenlik Konseyi'nin insan haklarını kollamak adına sahip olduğu mekanizmaların neler olduğu ya da büyük ölçekli insan hakları ihallerini ilgilendiren durumlardaki geçmiş başarısızlıklarına ilişkin tartışmalar bu çalışmanın kapsamının çok ötesindedir. Burada değinilebilecek bir nokta Konsey, Divan ve insan haklarının ortak kesişimini konu edinen sınırlı bir alana ilişkindir.

Bu ilişkide Güvenlik Konseyi'nin sahip olduğu üç seçenek belirir. Bunlardan biri Konsey'in uluslararası barış ve güvenliği etkileyebilecek anlaşmazlıkları, barışçıl bir şekilde çözüme kavuşturabilmek için Divan'ın çekişmeli yargı yetkisine başvurmasıdır. BM Şartı'nın 36 (3) maddesi, Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliği ilgilendiren konularda uygun tedbirler alması gerektiğini belirtirken aynı zamanda meselenin hukuki boyutunu çözümlenmek üzere genel bir kural olarak konunun Divan'a yönlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Ancak bugüne kadar pratikte bu durum yalnızca birkaç örnekte gerçekleşebilmiştir⁵⁰.

Bir diğer seçenek Konsey'in çalışmaları sırasında baş gösteren hukuki sorunlar hakkında Divan'ın danışma görüşlerine başvurulabilecek olmasıdır. Belirtmek gerekir ki bugüne kadar Divan önüne gelmiş olan ve insan hakları konularını da içeren danışma görüşlerinin neredeyse tamamı ise ancak BM Genel Kurulu tarafından yönlendirilmiştir. Üçüncü seçenekse, Divan kararlarına devletler tarafından uyulmaması durumunda konu olabilecek bir seçenektir. BM Şartı bu noktada Konsey'e bu vakaları ele alabilme görevini vermektedir. Ancak Konsey bugüne kadar bu kararlara uyulması konusunda da bir rol oynamamıştır. Bu konuda not düşülebilecek bir olay ABD'nin, Divan tarafından 1986 tarihli *Nika-*

⁴⁵ SIMMA, *Mainstreaming Human Rights*, s. 17.

⁴⁶ ESPOSITO, Carlos: “Human Rights”, (Ed.) ESPOSITO, Carlos / PARLETT Kate: *The Cambridge Companion to the International Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023, s. 489, 490.

⁴⁷ AL-QAHTANI, Mutlaq: “The Role of the International Court of Justice in the Enforcement of Its Judicial Decisions”, *Leiden Journal of International Law*, 2002, Cilt 15, Sayı 4, s. 781.

⁴⁸ BM Şartı (94).

⁴⁹ Divan kararlarının Güvenlik Konseyi aracılığıyla uygulanması konusunda bir çalışma için bkz. ERKİNER, H. Hakan: “Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla Uygulanması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, Cilt 23, Sayı 2, s. 87-102.

⁵⁰ Bunlardan biri Arnavutluk ve Birleşik Krallık arasındaki Korfu kanalı davasıdır. Bir diğeri ise Yunanistan ve Türkiye arasındaki kıta sahanlığı konusunda olmuştur. S/12167, T. 10.10.1976. WOOD / STHOEGER, s. 161.

ragua kararını uygulamaması üzerine, Konsey'in bu karara uyulması konusunda bir taslak karar oluşturması örneğinde yaşanmıştır. Konsey'in bu teşebbüsü daimî üyelerden biri olan ABD'nin taslak kararı vetosu ile hayata geçememiştir⁵¹.

Burada beliren bir başka soruysa, son yıllarda insancıl hukuk ve insan hakları konularında durumun daha kötüye gitmemesi adına Divan tarafından verilen geçici tedbir kararlarına devletler tarafından uyulmaması ya da bu tedbirlerin ötesine geçen durumlar baş gösterdiğinde ne olacağıdır⁵². Nitekim çok yakın zamanlarda *Hollanda v. Suriye* ve *Güney Afrika v. İsrail* örnekleri bu soruyu tekrar ortaya koymaktadır. Kural olarak Divan tarafından hükmedilen geçici tedbirlere uyulmadığı takdirde bundan etkilenen tarafın Divan'a başvurarak ilave tedbirler alınmasını isteme şansı vardır⁵³. Bu tedbirlere ilgili devlet tarafından hiç uyulmadığı durumdaysa Divan, BM Şartı'nın 94(2) maddesi uyarınca konuyu Güvenlik Konseyi'ne taşımayı deneyebilir. Ancak belirtmek gerekir ki Güvenlik Konseyi'nin Divan kararlarının uygulanmasının sağlanması yönündeki potansiyelinden bugüne kadar nadiren yararlanmıştı. Bu durum geçmiş dönem Divan yargıçları tarafından da dile getirilmiş ve Güvenlik Konseyi'nin uzun yıllar bu görevi ihmal ettiği ifade edilmiştir⁵⁴.

III. DİVAN'IN İNSAN HAKLARI KONUSUNDA ÖNEMLİ VE İŞLEVSEL OLMAYA BAŞLADIĞI YÖNÜNDEKİ ARGÜMANLAR

Yirmi birinci yüzyılın başında, sayısı artmış olan uluslararası ve bölgesel mahkemeler karşısında Divan, hem yapısal özellikleri hem de potansiyel işlevleri bakımından önemini kaybetmeye yüz tutan bir yargı organı olarak anılagelmeye başlamıştır. Bununla beraber Divan'ın aynı dönemde uluslararası hukuk alanında yaşanan gelişmelerden payını aldığı ve bu dinamizme ayak uydurmaya başladığına da işaret edebilmiştir⁵⁵. İşte bu noktada insan hakları konularında oynadığı rol, Divan'ın yeniden hayat belirteleri göstermeye başlaması olarak okunmaktadır⁵⁶. Zira son yirmi yılda gerek sayı gerekse içerik bakımından insan haklarını konu edinen başvuruların sayısının arttığı bir gerçektir. Bu gelişmelere paralel olarak Divan'ın insan hakları bakımından etkisi ve katkısının önemli olduğu yönünde literatürde çok sayıda görüş ortaya koyulmuştur⁵⁷. Bu görüşlerden bazıları, bu 'başarıyı' son dönemle sınırlandırmayarak, geçmişte self-determinasyon gibi bazı kolektif hakların uluslararası bir hak niteliğine kavuşması bakımından da Divan'ın önemine işaret edebilmektedir⁵⁸.

Bu yöndeki görüşlerin ortak çıkarımı, günümüzde Divan'ın insan hakları konularında söz söylemek adına bir yer tuttuğu ve bu bakımdan kendi içinde bir tarih oluşturduğu yönündedir. Gelinek-tada Divan, insan hakları normlarıyla ilgili açıklamalar yapabilmekte, bu hukuku belirli durumlara

⁵¹ BM Güvenlik Konseyi, S/PV.2718, T. 28.10.1986 (<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%2FPV.2718&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>, ET: 01.04.2024).

⁵² Divan, 2020 yılında iç işleyişine ilişkin aldığı bir kararla, geçici tedbirlerin izlenmesi amacıyla üç yargıçtan oluşan geçici bir komite düzenleneceğini ve bu komitenin bu tedbirlerin izlenmesi ve raporlanması konusunda Divan'a rapor ve görüş vereceğini düzenlemiştir. *Resolution Concerning the Internal Judicial Practice of the Court*, Article 11 (<https://www.icj-cij.org/other-texts/resolution-concerning-judicial-practice>, ET: 01.04.2024).

⁵³ UAD, *Request for the Modification of the Order of 26 January 2024 Indicating Provisional Measures*, T. 28.01.2024 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240306-wri-01-00-en.pdf>, ET: 01.04.2024).

⁵⁴ WOOD / STHOEGER, s. 161.

⁵⁵ OWADA, Hishashi: "The Changing Docket of the International Court of Justice", *American Society of International Law Proceedings*, 2009, s. 399-403.

⁵⁶ LANGFORD, s. 53, 54.

⁵⁷ Bunlardan yalnızca bazıları için bkz. SCHWEBEL, Stephen: "Human Rights in the World Court", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1991, Cilt 24, Sayı 5, s. 945-971; HIGGINS, Rosalyn: "Human Rights in the International Court of Justice", *Leiden Journal of International Law*, 2007, Cilt 20, Sayı 4 (Human Rights), s. 745-751; DUXBURY, Alison: "Saving Lives in the International Court of Justice: The Use of Provisional Measures to Protect Human Rights", *California Western International Law Journal*, 2000, Cilt 31, Sayı 1, s. 141-176; BEDI, R. S. Shiv: *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Hart Publishing, London, 2007; ZYBERI, Gentian: "The Development and Interpretation of International Human Rights and Humanitarian Law Rules and Principles Through the Case-Law of the International Court of Justice", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, Cilt 25, Sayı 1 (The Development and Interpretation), s. 117-139.

⁵⁸ HIGGINS, *Human Rights*, s. 747.

uygulayabilmekte ve uzman insan hakları mahkemeleri ve heyetlerinin süregiden misyon ve faaliyetlerine tamamlayıcı bir görev üstelenebilmektedir. Divan'ın bu kapasitesi yazarlar tarafından: tipik bir insan hakları mahkemesi olmamakla birlikte, bu hakların hukuki korunması konusuna tamamen angaje olduğu şeklinde dile getirilebilmiştir⁵⁹. Öte yandan yakın dönem literatürde Divan'ın insan haklarına yönelik katkılarını konu edinen çalışmaların, eleştirellikten uzak ve hemen her zaman peşin bir olumlu bir değerlendirmeyi barındırdığına da işaret edilebilmiştir⁶⁰.

1990'lı yılların sonu itibarıyla Divan kararlarında insan haklarına yapılan referansın artmış olması, insan hakları bakımından oynadığı role yönelik sorgulamaların da hareketlenmesine neden olmuştur. Bu referansların artmasındaki nedenler arasında, uluslararası insan hakları hukuku uzmanı olan ve daha önce farklı uluslararası insan hakları organlarında görev yapmış olan kişilerin Divan nezdinde yargıçlık görevinde bulunmaya başlamaları gösterilmektedir⁶¹. Divan ve insan hakları konusu, yazarlar tarafından bir süredir irdelenen bir konu olması itibarıyla, bugün geldiğimiz noktada farklı ele alınma biçimleri ve sınıflandırmalara konu olabilmektedir. Bunlardan biri, kronolojik bir sınıflandırmayla bu tutumun üç farklı dönem üzerinden ele alınabileceğine işaret etmekte ve bu süreçleri 1970'lere kadar olan ilk dönem, 1970 ve 1990'lar arası dönem ve nihayet Soğuk Savaş sonrası süreçten günümüze uzanan dönem olarak sınıflandırabilmektedir.⁶²

Yapılan bir diğer sınıflandırma, Divan önüne yansımış davalarda insan haklarının ne ölçüde, hangi motivasyonla ve ne noktaya kadar konu olduğunu esas almaktadır. Buna göre erken dönem davalar başta olmak üzere bu yöndeki ilk gruplandırma insan haklarının arızı olarak belirdiği davalardır. Bu davaların ortak özelliği, ilgili davanın konu olduğu hukuk dalından ayrıca bir referansla Divan tarafından insan haklarına kısacık bir referans yapmış olması bakımındandır⁶³. Aynı sınıflandırmada değinilen ve en bariz örneği Soykırım Sözleşmesi konusundaki danışma görüşü olarak ele alınabilecek olan ikinci grup davalardaysa, insan hakları daha fazla yer tutabilmekte ve bir anlamda uluslararası hukukun dokusu içerisinde yer alacak biçimde ele alınmaktadır. Divan'ın belirli antlaşma yükümlülüklerinin insan hakları niteliğini açığa kavuşturduğu veya insan haklarının yorumlanması ve uygulanması için önem taşıyan *jus cogens* normları ve *erga omnes* yükümlülükleri aydınlatıldığı faaliyetler, yine bu gruba örnek gösterilir. Özellikle bu ikinci grupta yer alan davalar, sınırlı olmakla birlikte, Divan'ın insan haklarının gelişimine yaptığı katkılar olarak değerlendirilebilmektedir⁶⁴. Dayanılan bu sınıflandırmada üçüncü grupta yer alan davalarsa Divan'ın self determinasyon konusundaki rolüne ilişkin davalardır. Bu hakkın tanınması, bireysel özgürlüklerin gerçekleştirilebilmesinin bir koşulu olması bakımından insan hakları ile ilişkili olarak ele alınmıştır⁶⁵.

A. Divan'ın İnsan Hakları Konularındaki Yaklaşımının Gelişimi

İnsan hakları hukukunun gelişim ve değişiminin Divan'ı ne yönde etkilediği ve bu gelişimde bizzat Divan'ın bir rolü olup olmadığı sorusu bu yöndeki sorgulamalar adına bir çıkış noktası oluşturmaktadır. Divan'ın bugüne kadar insan haklarıyla ilişkilendirilmiş olduğu konular tarihsel seyir bakımından öncelikle insan haklarının dolaylı ve arızı olarak konu edinildiği konular olarak ele alınabilir. Bunlar

⁵⁹ HIGGINS, Rosalyn: "The International Court of Justice and Human Rights", (Ed.) WELLENS, Karen: *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, Martins Nijhoff, The Hague-Boston-London, 1998, s. 703.

⁶⁰ SIMMA, Bruno: "Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?", (Ed.) TAMS, Christian / SLOAN, James: *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013 (Human Rights Before the International Court of Justice), s. 303.

⁶¹ Bu isimler arasında Rosalyn Higgins, Peter Kooijmans, Thomas Buergenthal, Bruno Simma ve Antonio Cançado Trindade gibi kişiler bulunmaktadır.

⁶² ZYBERI, *The Interpretation and Development*, s. 208.

⁶³ SIMMA, *Human Rights Before the International Court of Justice*, s. 304.

⁶⁴ ESPOSITO, s. 784.

⁶⁵ SIMMA, *Human Rights Before the International Court of Justice*, s. 303.

self-determinasyon konusu ile başlamış, soykırım suçunun tanımı ve bu suçun gerçekleşmesi konularıyla devam etmiştir. Bunun takip eden dönemlerde, sözleşmeler hukukunun insan hakları sözleşmeleri bakımından uygulanması bağlamında doğan çekinceler ve katılım konularının Divan gündeminde yer almaya başladığı görülür. Daha yakın dönemlerdeyse devlet dokunulmazlığı ve evrensel ceza yargılaması hukukundan doğan etkileşimler, diplomatik koruma hukukunun bireysel haklarla olan ilişkisi konu edilmiş ve nihayet insancıl hukuk konularının devreye girdiği durumlar olan savaş ve işgal durumlarında insan hakları hukukunun uygulanması ve tüm bunlar bağlamında bireylerin korunması konuları gündeme gelebilmiştir.

Divan'ın insan haklarıyla ilişkisinde, daha erken dönemlerdeki davalarda uzak bir referansla insan hakları kavramına rastlanabiliyor olsa da, bu davaların insan haklarının asıl amacına katkı sunabilecek bir boyutta olduğundan ya da Divan içtihatlarının bu hakların gelişimine bariz bir katkısından söz edilemez⁶⁶. Zira belirtmek gerekir ki, devletler arasında çıkacak uzlaşmazlıkların doğası ve niteliği insan hakları konularından farklıdır. Bu yönüyle insan hakları hukuku tıpkı insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku alanları için söz konusu olabileceği üzere, devletlerin tekil faaliyetlerini konu edinen olayların çok daha ötesinde olan global menfaat ve değerlerin korunması ile ilgilidir. Divan'ın insan hakları konusundaki ilk tutumları tereddütlü olabilmiş olsa da ilerleyen dönemlerde bu yaklaşımın görece daha katılımcı olmaya başladığı gözlemlenebilir. Divan'ın zaman içinde daha dinamik ve teleolojik yorumlarda bulunabilmesi ve bu yaklaşımdan insan hakları konularının da payını alabilmiş olması, Divan'ın uluslararası toplumu ilgilendiren kolektif nitelikteki menfaatlere ilişkin konularla ilgilenmiş olmasına bağlanır⁶⁷.

Divan ve insan haklarını konu edinen davalar bakımından bu çalışmada daha yalın bir yol seçilecek ve farklı başvuru yollarından hareketle bir sınıflandırmaya başvurulacaktır.

B. İnsan Haklarının Danışma Görüşlerinde Konu Olduğu Davalar

Danışma görüşleri, bu prosedürün sonucunun doğrudan bir faydalanıcısı olmamaları nedeniyle devletlerin onayından bağımsız ilerleyen bir prosedürdür ve bu yönüyle Divan'ın uzmanlığından insan hakları adına faydalanmak için oldukça elverişli bir yol olarak düşünülebilir. Bu görüşlerin devletlere değil de ilgili BM organlarına sunuluyor olması, Divan'ın daha cesur yorumlarda bulunabilmesi yönünde bir beklenti yaratabilir. Ancak belirtmek gerekir ki bu görüşler doğrudan devletler arasındaki tartışılabilir hukuki sorunlara ya da mevcut somut bir hukuki uyuşmazlığa ilişkin olamayacaktır⁶⁸. Yalnızca bu gerçeklik dahi danışma görüşlerinden insan haklarından yana olan beklentilerin sınırını çizmek bakımından yol göstericidir. Yine de Divan'ın: "BM üyesi olsun veya olmasın hiçbir devletin gerekli görülen bir konuda açığa çıkması gerektiği düşünülen bir konuda yorum yapma faaliyetini engelleyemeyeceği" yönündeki bir ifadesi bu yöndeki olumlu beklentilere bir dayanak oluşturabilmektedir⁶⁹.

Gerçek şu ki Divan'a yakın bir geçmişe kadar yansımış olan insan hakları konuları büyük ölçüde danışma görüşlerine başvurulması yoluyla olmuştur. Bu görüşlere başvurmak konusundaysa BM temel organları arasında ön plana çıkan organ BM Genel Kuruludur⁷⁰. Ancak belirtmek gerekir ki Genel Kurul tarafından danışma görüşü istenen hususlar da bireysel haklara ilişkin olmayıp büyük ve sistemli insan haklarını ilgilendirebilecek konulardaki sözleşmelerden kaynaklanan teknik soru ve sorunlara

⁶⁶ SIMMA, *Mainstreaming Human Rights*, s. 10. Bu noktada yazara göre, Corfu Channel (1949), Barcelona Traction (1970), Tehran Hostages (1980) davaları ve yine LaGrand (2001) ve Avena (2004) davaları bu sınıfta yer almaktadır.

⁶⁷ DEBBAS, G. Vera: "The ICJ and the Challenges of Human Rights", (Ed.) ANDENAS, Mads / BJORGE, Eiric: *A Farawell to Fragmentation: Reassertion and Convergence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s. 114.

⁶⁸ ARSAVA, s. 5.

⁶⁹ UAD, *Interpretation of the Peace Treaties (Advisory Opinion)*, T. 30.01.1950, para. 71 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/8/008-19500330-ADV-01-00-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

⁷⁰ ZYBERI, *The Interpretation and Development*, s. 211.

ilişkindir⁷¹. Yine de çok yakın zamanlı örnekler, bu soruların doğrudan evrensel insan hakları sözleşmeleri ile ilgili olabileceği gerçeğini de ortaya koymuştur⁷².

Bu yönde ilk örnek olarak anılabilecek 1951 tarihli danışma görüşünde, Divan'dan cevaplanması istenen sorular arasında: Taraf devletlerin Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesi'ne çekince koyup koymayacakları; diğer devletlerin bu yönde bir çekinceye itiraz etmesi halinde çekince koyan devletin Soykırım Sözleşmesi'ne taraf olarak kabul edilip edilemeyeceği; çekince koyan devletin sözleşmeye taraf olmasının kabul edilecek olması halindeyse çekince koyan devlet ile bu çekinceyi kabul eden ve bu çekinceye itiraz eden devletler arasında çekincenin etkisinin ne olacağı gibi sorular yer almaktadır⁷³. Divan bu soruları yanıtlarken her şeyden evvel söz konusu sözleşmenin doğasının insani ve uygar amaçları korumak olduğundan hareketle bu türden bir sözleşmede sözleşmeciler devletlerin münferit menfaatlerinden söz edilemeyeceğine ve burada bir 'kolektif menfaatin' konu olduğuna işaret etmiştir. Bu bakımdan Divan, Soykırım Sözleşmesi açısından bireysel avantajlar ya da dezavantajlardan değil ancak kolektif haklar ve ödevlerden söz edilebileceğini belirtmiştir. Bunun ötesinde gerek çekince koyan gerekse çekinceye itiraz eden bir devlete yönelik yapılacak değerlendirmede, ölçüt olarak, çekincenin Sözleşme'nin amacı ve hedefiyle uyumluluğunun gözetileceğini belirtmiştir. Öyle ki bu noktada Divan'a göre devlet egemenliği fikrinin "aşırı bir boyutta" öne sürülmesi de Sözleşme'nin amaç ve hedeflerini yok edebilecektir⁷⁴. Bu bakımdan bu durum Divan'ın olası çekinceler bakımından bir "hedef ve amaç" testi getirmiş olduğu şeklinde yorumlanmıştır⁷⁵.

Bu ifadeleriyle Divan, bir yandan Soykırım Sözleşmesi'nin hedef ve amacına aykırı türden çekinceler koymasının mümkün olmadığını belirtirken, öte yandan devletlerin bu yöndeki uyuşmazlıklarını ve sözleşmeye ilişkin olası ihlallerini karara bağlamak için Divan'a yargı yetkisi tanınamalarına izin vermiştir. Zira ortaya çıktığı dönemde ve sonrasında tartışmaya konu olabilmiş bu danışma görüşünde, her ne kadar bir sözleşmenin ortaya çıkmasına neden olan amaçlar -ki soykırım sözleşmesi örneğinde bunlar *jus cogens* normlardır- ilgili sözleşmeye çekince koyacak devletler bakımından gözetilmeliyse de, nihayetinde bu konuda devletlerin kendilerinden öte bu konuda söz sahibi olacak bir merci olmadığından yana bir görüş bildirilmiştir⁷⁶. Bu yönüyle Divan'ın insan haklarına katkı sağlamaktan ziyade, uluslararası sözleşmelere koyulabilecek çekinceler konusunda bir standart getirmiş olduğu kabul edilebilir. Öte yandan 1951 yılında konu olan şey Divan'dan belirli bir noktaya özel yorum yapması istenmiş olmasıdır. Bu bakımdan ilerleyen yıllarda doğacak olan yepyeni olaylar için 1951 tarihli yorumun statik olarak yorumlanmasına gerek bulunmadığına da işaret etmek gerekir. Yine belirtmek gerekir ki, ilgili danışma görüşünde devletler özelindeki çekinceler konusu tatmin edici bir yanıt alamamış olsa da, Divan'ın soykırım suçunun tanımına ve bu kapsamda konu olabilecek gruplar ve suçun gerekli unsurlarına ilişkin işaret ettiği ya da açığa kavuşturduğu hususlar önemli addedilmiş ve ilerleyen yıllardaki ad-hoc ceza yargılamalarında ışık tutmuştur⁷⁷.

Divan'ın insan hakları konusunda oynadığı rolle ilgili değişim gözlenen bir örnek olaraksa 1966 tarihli *Nükleer Silahlara* ilişkin danışma görüşü işaret edilir⁷⁸. BM Genel Kurulu tarafından yöneltilen:

⁷¹ Bunun ilk örnekleri Genel Kurul'un, Soykırım Sözleşmesi'ne rezervasyon koyulup koyulamayacağına ilişkin Divan görüşüne başvurmasıdır.

⁷² "Doğu Kudüs de Dahil Olmak Üzere İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İsrail'in Politika ve Eylemlerinin Hukuki Sonuçları" başlıklı danışma görüşü sorusu bu niteliktedir. UAD, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem (Request for Advisory Opinion)*, T. 03.02.2023 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20230203-ord-01-00-en.pdf>, ET: 01.04.2024).

⁷³ UAD, *Request for Advisory Opinion*, T. 17.11.1950 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/10855.pdf>, ET: 01.04.2024).

⁷⁴ UAD, *Reservations to the Genocide Convention (Advisory Opinion)*, T. 28.05.1951 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

⁷⁵ ZYBERI, Gentian: "Assessing the Validity of Reservations to International Human Rights Treaties Through the Lens of the International Court of Justice", *NJCM-Bulletin*, 2008, Cilt 33, Sayı 8 (Assessing the Validity), s. 1123.

⁷⁶ HIGGINS, *Human Rights*, s. 746.

⁷⁷ ZYBERI, *The Interpretation and Development*, s. 215, 216.

⁷⁸ SIMMA, *Human Rights Before the International Court of Justice*, s. 309.

“Nükleer silahların kullanımının veya tehdidinin herhangi bir şart altında uluslararası hukukta kabul edilip edilemeyeceği” sorusuna⁷⁹ cevaben 1996 tarihli kararında Divan, insan hayatının keyfi biçimde sona erdirilmesi yasağından hareketle uygulanabilir hukuk olarak Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’ne atıf yapmıştır⁸⁰. Bu nokta, Divan’ın temel bir uluslararası insan hakları sözleşmesini açık bir şekilde bir uluslararası hukuk kuralı olarak ele aldığı ilk örnek olarak ele alınır. Bu bakımdan *Nükleer Silahlar* görüşü, devletlerin insan hakları sorumluluklarının savaş ya da çatışma durumunda da devam ettiği gerçeğine Divan’ın katkıda bulunduğu bir örnektir. Bu örnekte Divan’ın önemine işaret ettiği bir ayırım, kişinin yaşamından keyfi olarak mahrum bırakılmama hakkının çatışmalar süresince de geçerli olduğudur. Ancak hangi eylemlerin keyfi olarak yaşamdan mahrum bırakılmaya ilişkin olduğunu belirleyecek test, silahlı çatışmalarda geçerli olacak olan ve düşmanlıkların yürütülmesini düzenlemek üzere tasarlanmış olan hukuk tarafından belirlenecektir. Bu yönüyle düşünüldüğünde savaş zamanında meydana gelen can kayıplarının ne ölçüde çatışmanın doğasından kaynaklandığına ne ölçüdeyse keyfi olduğuna ilişkin değerlendirmeye, olayda konu olan Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin hükümlerine bakarak değil, silahlı çatışmalarda uygulanabilecek olan (*lex specilis*) hukuka bakılarak karar verilecektir⁸¹. Kararda yer alan bu nokta aslında insan hakları hukuku bakımından hayâl kırıklığı yaratan bir noktadır zira yaşam hakkından keyfi olarak mahrum bırakılmanın hukuksınırlarının yalnızca insancıl hukuk sözleşmeleri tarafından ele alınacak olması, insan hakları hukukunun dinamik ve sürekli iyileşen karakteri karşısında alt bir eşik olarak kalmaktadır⁸².

BM Genel Kurulu tarafından yöneltilen bir başka danışma görüşü olan *Duvar* görüşünde Divan’dan yanıtlanması istenen soru: İşgalci bir güç olan İsrail tarafından Doğu Kudüs ve çevresinde inşa edilmekte olan duvarın, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi ve konuya ilişkin Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararları ve uluslararası hukuk ilke ve kuralları çerçevesinde doğurduğu hukuki sonuçların neler olduğudur. Divan bu danışma görüşünde, olayda uygulanabilir uluslararası hukuk kuralları olarak insancıl hukuk kurallarının yanı sıra BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin ilgili hükümlerinin konu olduğunu belirtmiştir. İsrail’in anılan sözleşmeler bakımından yükümlülüklerini ihlal ettiğini belirten kararda ayrıca söz konusu yükümlülüklerin ihlal edilmesinin gerekçesinde dayanılabilecek istisnai koşulların da mevcut davada uygulanabilir olmadığını ortaya koymuştur. Bu karar aynı zamanda İnsan Hakları Komitesi tarafından oluşturulan içtihadı da benimseyerek doğrulamıştır. Bu danışma görüşünün insan hakları bakımından önemli addedilmesinde bir neden de Divan’ın ilk kez uluslararası hukuk kurallarının ihlal edilmesi sonucunda zarar gören gerçek kişileri gözeterek bir telafiye işaret etmesi bakımındandır⁸³.

2022 tarihli BM Genel Kurulu kararı⁸⁴ ile Divan önüne gelen: “İsrail’in Doğu Kudüs ve İşgal Altındaki Filistin Topraklarındaki Politika ve Eylemlerinden Doğan Hukuki Sorular” başlıklı danışma sorusu, Divan’ın insan hakları konusunda oynadığı role yeni bir katkı sunabilme potansiyeli taşımaktadır. Genel Kurul, Divan’a bu kez BM Şartı, uluslararası insancıl hukuk, uluslararası insan hakları hukuku, BM Güvenlik Konseyi, Genel Kurul ve İnsan Hakları Komisyonu kararları çerçevesinde: İsrail’in Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını sürekli olarak ihlal etmesi ve 1967 yılından bu yana işgal altında tuttuğu Filistin topraklarında gerçekleştirdiği eylemlerin ve ayrımcı politikaların hukuki sonuçlarının ne olduğu ve yine İsrail tarafından yapılan bu uygulamaların işgalin hukuki statüsünü nasıl etkilediği ve bu statünün tüm Devletler ve Birleşmiş Milletler için nasıl hukuki sonuçlar

⁷⁹ BM Genel Kurul, 79/75K, T. 15.12.1994, *Request for Advisory Opinion*.

⁸⁰ UAD, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, T. 08.07.1996, s. 226 (<https://www.icj-cij.org/case/95/advisory-opinions>, ET: 01.04.2024).

⁸¹ UAD, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, para. 25.

⁸² DEBBAS, s. 125.

⁸³ DEBBAS, s. 137; ZYBERI, *The Interpretation and Development*, s. 207.

⁸⁴ BM Genel Kurul, A/RES/77/247, T. 30.12.2022. (<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F77%2F247&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>, ET: 01.04.2024)

doğurduğu sorusunu yöneltmiştir⁸⁵. Danışma sorusuna cevaben referans olarak alınması istenilen belgelerin insan hakları sorularını odağına aldığı düşünülecek olduğunda, Divan'ın nihai görüşünde insan hakları konusunun büyük oranda yer tutabileceği beklenmektedir. Nitekim bugüne kadar altmışa yakın üye ülke tarafından verilen yazılı görüş bildirimlerinde de bu husus ön plana çıkmaktadır⁸⁶.

Divan önünde halihazırda bekleyen en güncel danışma görüşleri ise, bu kez insan hakları bakımından alışlagelmiş konuların dışında soruları barındırmaktadır. ILO Sözleşmesi kapsamında Grev Hakkını konu edinen⁸⁷ ve devletlerin iklim değişikliği konusundaki sorumlulukların neler olduğu⁸⁸ konusundaki görüş talepleri, Divan'ı insan hakları yorumunda durduğu geleneksel alandan çıkmak zorunda bırakacağına benzemektedir. Görünen o ki Divan, bu görüşleri ele alması durumunda, bugüne kadar ele almadığı türden haklarla ilişkilendirilerek yorum faaliyetlerinde bulunacaktır.

Danışma görüşleri yoluyla Divan'ın insan hakları hukukuna bir katkı sunup sunmayacağı konusunda beliren bir soru, insan hakları sözleşmelerinin yorumlanması konusunda en etkili organın Divan'ın kendisi mi yoksa uzman insan hakları kuruluşları mı olacağı sorusudur. Üstelik, nadiren de olsa, aynı anlaşmazlığın devletler tarafından Divan'a; kişiler tarafından bölgesel insan hakları mahkemelerinin önüne götürülebilmesi ihtimali, literatürde uluslararası hukuk kuralları konusunda olası bir yorum ayrışmasına sebebiyet vereceği endişesini de uyandırabilmiştir⁸⁹.

Bu konulara cevaben açılması gereken bir parantez, insan hakları sözleşmelerinin uluslararası hukuk çerçevesindeki yorumu konusunda olabilir. İnsan haklarının *sui generis* doğasının uluslararası hukukun geleneksel prensiplerinin ötesinde bir yoruma ihtiyaç duyduğunu belirten görüşler, insan hakları sözleşmelerin de farklı özellikler arz eden türden bir yoruma ihtiyaç duyduğuna işaret edilebilmektedir. Bu sözleşmelerin Viyana Sözleşmeler Hukuku kapsamı ötesinde özel kurallarla yorumlanmasına gerek olup olmadığı yönündeki sorgulamaya yanıt veren isimler: Sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin genel ilkeler ve insan hakları sözleşmelerinin yorumunun aslında "simbiyotik bir ilişki" ortaya koyduğuna işaret etmektedir⁹⁰. Buna göre Divan tarafından insan hakları sözleşmelerinin yorumlanması faaliyeti Viyana Sözleşmeler Hukuku'nun 31 ve 32. maddelerinin, uluslararası hukukun özel bir dalına uygulanmasından ibarettir. Bu noktada yazarlar, Divan'ın bir insan hakları sözleşmesini yorumlarken bazen insan hakları yorumcularının görüşlerini benimseyebildiğine bazen de bu yorumlar konusunda ikna olmadığına işaret etmektedir⁹¹. Öte yandan insan hakları konusundaki özel mahkemelerin ve komitelerin bu konulara çok daha ayrıntılı odaklanabilecekleri ve çok daha etkin çözüm yolları sunabilecekleri bir gerçektir. Bu gerçeğin ötesinde Divan'ın ise temel konu ve kavramlara ilişkin yorumlar konusunda daha yetenekli olabileceği dile getirilmiştir⁹².

Divan'ın insan hakları sözleşmelerinin yorum ve uygulanmasına yönelik ele almış olduğu bir diğer başlık, bu sözleşmelerin tarafı olan devletlerin hangi coğrafi sınırlar ve koşullarda sözleşmelerle bağlı olma yükümlülüğünün devam ettiği konusudur. Örneğin BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleş-

⁸⁵ UAD, *Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem (Request for Advisory Opinion: transmitted to the Court pursuant to General Assembly resolution 77/247 of 30 December 2022)*, T. 19.01.2023 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20230117-REQ-01-00-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

⁸⁶ <https://www.icj-cij.org/case/186> (ET: 01.04.2024).

⁸⁷ UAD, *Right to Strike under ILO Convention No 87 (Request for Advisory Opinion transmitted to the Court pursuant to the resolution of the Governing Body of the International Labour Organization of 10 November 2023)*, T.10.11.2023 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/191/191-20231110-req-01-00-en.pdf>, ET:01.04.2024).

⁸⁸ UAD, *Obligation of States in Respect of Climate Change (Request for Advisory Opinion transmitted to the Court pursuant to General Assembly resolution 77/276 of 29 March 2023)*, T. 12.04.2023 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20230412-app-01-00-en.pdf>, ET: 01.04.2024).

⁸⁹ ZYBERI, *The Interpretation and Development*, s. 202.

⁹⁰ ÇALI, Başak: "Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights", (Ed.) HOLLIS, B. Duncan: *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 504.

⁹¹ ÇALI, s. 521.

⁹² WILDE, Ralph: "Human Rights Beyond Borders of the World Court", *Chinese Journal of International Law*, 2013, Cilt 12, Sayı 4, s. 652.

mesi, kendi topraklarında ve kendi yargılama yetkisi içinde kalan herkesin bu sözleşmede yer alan haklardan yararlanabileceği hükmünü içerir. Farklı sözleşmeler için benzer hükümlere rastlamak mümkündür. Bu noktada soru, devletlerin kendi yargılama yetkileriyle sınırlı oldukları topraklarının nerede başlayıp bittiği sorusudur⁹³. Nitekim *Duvar* görüşünde Divan, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin uygulanmasından sorumlu insan hakları komitesi kararları ve sözleşmenin hazırlık çalışmalarından da yola çıkarak, ilgili sözleşmenin devletlerin kendi toprakları dışındaki eylemleri durumunda da geçerli olacağı sonucuna varmıştır.

C. İnsan Haklarının Çekişmeli Yargılamaya Konu Olduğu Davalar

Bu konuda referans verilen bir dizi dava, aslında Divan'ın insan haklarına arızı olarak değinmiş olduğu davalar kategorisinde değerlendirilmelidir. Bunlardan biri *Barselona Traction* davası olarak bilinen 1970 tarihli *Belçika v. İspanya* davasıdır. Divan bu kararında, diğer hususların yanı sıra yaptığı bir referansla insan haklarının “adaletin inkarından korunmayı” da içerdiği sonucuna varılmıştır⁹⁴. Bir diğer dava olan *Tahran Rehinelere (ABD v. İran)* davasıysa Divan bu kez kişileri haksız yere özgürlüklerinden mahrum bırakmanın ve onları zor koşullar altında fiziksel kısıtlamaya tabi tutmanın, BM Şartı'nın ilkelerine ve İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde belirtilen temel ilkelere açıkça aykırı olduğuna işaret etmiştir⁹⁵. Yine diplomatik korumadan yararlanma kapsamındaki diğer iki örnek olan *Lagrand ve Avena* davaları da bu kategoride anılabilir. Zira bu davalarda Divan'ın odağında kişi haklarının korunması konusu varsa da insan hakları yoktur⁹⁶.

Son çeyrek asırda Divan önüne, hem çekişmeli yargı yetkisi dahiline giren hem de doğrudan insan hakları konusu ile ilgili olan ciddi sayıda dava ulaşmıştır. 1993 tarihli *Soykırım* davası olarak bilinen *Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ* davası bu kategoride bir ilk olarak ele alınabilen ve 2007 yılında Divan tarafından soykırımının engellenmemesi suçunun ihlal edildiği kararına vardığı bir davadır⁹⁷. Ancak belirtmek gerekir ki Divan, bu dava bakımından yargı yetkisini yalnızca taraf devletler arasında Sözleşme'nin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesiyle ilgili uyuşmazlıklarla sınırlı tuttuğunu belirtmiştir. Bu dava bakımından Divan, soykırıma varmayan ancak uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülükler olarak ele alınabilecek olan yükümlülüklerle ve özellikle de silahlı çatışmalarda insan haklarını koruyan yükümlülüklerle ilişkin -bunlar *erga omnes* yükümlülükler olsa bile- bir yargı yetkisi olmadığını altını çizmiştir⁹⁸. Divan'ın bu ifadesine rağmen, bazı yazarlar, söz konusu davanın Divan ve insan hakları ilişkisini konu edinen bir dava olarak anılması gerektiğini ifade etmektedir⁹⁹.

Divan ve insan hakları ilişkisinde dönüm noktası olarak anılan bir dava ise 2022 yılında nihai kararın verildiği *Kongo v. Uganda*¹⁰⁰ davasıdır. Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin Uganda, Burundi ve Ruanda'yı, Kongo topraklarında kitlesel insan hakları ihlalleri gerçekleştirdiği iddiasıyla Divan önüne çıkardığı bu davada Mahkeme, henüz 2005 yılında verdiği ilk kararda Uganda'nın insan haklarına

⁹³ DENNIS, J. Michael: “Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation”, *American Journal of International Law*, 2005, Cilt 99, Sayı 1, s. 119.

⁹⁴ UAD, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, T. 05.02.1970, para. 91 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

⁹⁵ UAD, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, T. 24.05.1980, para. 91 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

⁹⁶ RIETER, Eva: “The International Court of Justice and Its Contribution to Human Rights Law”, (Ed.) KADELBAH, Stefan / RENN-MANN, Tilo / RIETER, Eva: *Judging International Human Rights*, Springer International Publishing, Cham, 2019, s. 32.

⁹⁷ UAD, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, T. 26.02.2007, s. 43 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

⁹⁸ *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 147.

⁹⁹ SIMMA, *Mainstreaming Human Rights*, s. 20.

¹⁰⁰ UAD, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* Judgement, T. 19.12. 2005 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>, ET: 01.04. 2024).

ve uluslararası insancıl hukuka saygı göstermek ve saygı gösterilmesini sağlamak için gerekli önlemleri almadığı sonucuna varmış ve Uganda'nın birden fazla uluslararası insan hakları sözleşmesinde ve yine bölgesel bir insan hakları sözleşmesinde koruma bulan insan haklarını ihlal etmiş olduğuna işaret etmiştir¹⁰¹. Söz konusu karar, uluslararası insancıl hukuk ihlallerine ilişkin bulguların yanı sıra insan hakları ihlallerine ilişkin bir bulgunun da yer bulduğu ilk örnek olarak anılmaktadır.

Divan daha yakın bir geçmişten itibaren hem uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan hükümlere hem de bunların uygulanmasından sorumlu yarı yargısal organların içtihatlarına işaret etmeye başlamıştır. 1998 tarihinde Divan önüne gelen ve *Diallo* davası olarak bilinen *Gine v. Kongo* davasında 2010 yılında verilen karar, bu yönüyle yine bir dönüm noktası olarak anılır¹⁰². Her iki devletin de Divan'ın yargı yetkisine ilişkin bir çekincesinin olmayışı ve davanın doğası itibarıyla -insan hakları perspektifinden olmasa da- bireysel hakları konu ediniyor olması, bu davanın Divan ve insan hakları arasındaki ilişkiyi konu edinirken sıkça ele alınan bir dava olması sonucunu doğurmaktadır. Divan bu kararında, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin gözlem organı olan İnsan Hakları Komitesi'nin ve Sözleşme Genel Yorumlarının yanı sıra, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına da atıfta bulunmuştur. Divan, her ne kadar yargısal işlevlerini yerine getirirken hiçbir şekilde kendi yorumunu İnsan Hakları Komitesi'nin yorumuna dayandırmak zorunda olmadığını belirtse de, bu örnekte sözleşmenin uygulanmasını denetlemek üzere özel olarak kurulmuş olan bu bağımsız organ (İnsan Hakları Komitesi) tarafından benimsenen yoruma büyük önem atfetmesi gerektiğine inanmıştır¹⁰³. Böylelikle Divan, sınır dışı edilmeye ilişkin bu kararında, bilhassa diğer uluslararası ve bölgesel insan hakları anlaşmaları uyarınca hayat bulmuş olan içtihadı açık biçimde kabul ettiğini ortaya koymuştur. Benzer bir çıkarım 2012 yılında verdiği *Belçika v. Senegal* kararına bakarak da gözlemlenebilir. Keza bu davada da Divan, Senegal'in İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 6. ve 7. maddelerini ihlal ettiğine karar verirken BM İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin bu sözleşmeyi yorumlayan içtihatlarına atıfta bulunmuştur.

O hâlde insan hakları konularında Divan'ın çekişmeli yargı fonksiyonunun son yıllarda özellikle insan hakları sözleşmelerinde yer alan ve Divan'ın yargı yetkisini tanıyan hükümler yoluyla gerçekleştiğini söylemek mümkün olacaktır. Bu konuda ilk örnek *Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ* davası olurken bu tarihten sonra Divan Soykırım sözleşmesi ile ilgili büyük bir kısmı derdest olan dört farklı çekişmeli dava ile karşı karşıya kalmıştır¹⁰⁴.

1. Erga Omnes Partes Yükümlülükler ve İnsan Hakları

Yakın dönemlerde, devletlerin insan hakları yükümlülüklerini Divan'da konu edinmenin yeni bir kanalı *erga omnes partes* doktrininden hareketle gerçekleşmektedir. Divan, 1970 yılında *Barcelona Traction* davasında geliştirdiği *erga omnes* doktriniyle bir anlamda bütün devletlerin menfaatini konu edinen ve herkese karşı sorumlu olunan yükümlülüklerle işaret etmiştir. Bu sorumluluklar, soykırım ve saldırı suçunun önlenmesi yükümlülüklerinin yanı sıra kölelik ve ırk ayrımcılığından korunmak olmak üzere insanların temel haklarına ilişkin prensip ve kurallardır. Divan'a göre bütün devletlerin bunların korunmasında hukuki bir menfaati olacaktır¹⁰⁵.

Divan bu kararından yaklaşık kırk sene sonra, *Belçika v. Senegal* davasında bu kez bu yükümlülüklerin ihlalden doğan bir "yargılama zorunluluğunu" konu edinerek bu yükümlülüğün diğer dev-

¹⁰¹ *Democratic Republic of the Congo v. Uganda* s. 241, para. 211.

¹⁰² Mahkeme eski yargıçlarından *Brunno Simma* bu durumu "insan hakları cini bir kez şişeden çıkmıştı artık" olarak tanımlar.

¹⁰³ UAD, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Merits*, T. 30.11. 2010, s. 639, para. 66 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

¹⁰⁴ *Bunlar Hirvatistan v. Sırbistan, Gambia v. Myanmar, Ukrayna v. Rusya, Güney Afrika v. İsrail* başvurularıdır.

¹⁰⁵ UAD, *Barcelona Traction, Light and Power Co. (Belgium. v. Spain)*, T. 05.02.1970, para. 34. (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

letlere taraf olma hakkını sağlayabildiğine karar vermiştir¹⁰⁶. Bu davada Belçika, başkanlığı döneminde işkence eylemlerinde bulunmakla suçlanan eski Çad diktatörü Hissène Habré'ye ilişkin bir kovuşturma yapmadığı ve iade etmediği için, İşkence'nin Önlenmesi Sözleşmesi'ni ihlal ettiği iddiasıyla Senegal aleyhine dava açmıştır. Divan, *erga omnes partes* sorumlulara (sözleşmelerle korunan *erga omnes* sorumluluklar konusunda sözleşmenin taraflarına borçlu olunan yükümlülükler) dayanarak, Belçika'nın İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nin bir tarafı olması itibarıyla, ilgili davada başka bir zarara uğramış olma şartı aranmaksızın davacı olabileceğine karar vermiştir. Böylece artık *erga omnes* yükümlülükleri içeren bir sözleşmeye taraf olan devletlerden biri, sözleşme kapsamındaki temel yükümlülüklerden biri ihlal edildiğinde, bu yükümlülükleri kendisi de dahil olmak üzere tüm taraf devletlerin ortak menfaati için korumak adına dava edebilecektir.

Bu doktrinin *Gambia v. Myanmar* başvurusunda bir adım daha öteye ulaştığını söylemek mümkündür. Zira Divan, bu kez, *erga omnes partes* doktrinine başvurmak için bir devletin mutlaka doğrudan bir zarar görmüş olması şartının gerekli olmadığını açıkça ortaya koymuştur. 2022 tarihinde sonuçlanan ön itirazlar konusundaki Divan kararı kesin olarak ortaya koymaktadır ki: Soykırım gibi büyük ve sistemli insan hakları ihlalleri konusunda Divan'ın yargı yetkisine başvurabilmek için söz konusu ihlalden doğrudan etkilenmek gibi bir koşul gerekli değildir. Binlerce kilometre uzaklıkta ve farklı bir kıtada yer alan Gambiya, bu başvurusunda başvurucu sıfatına dayanak olarak Soykırım Sözleşmesi'nin bir tarafı olmayı gerekçe göstermiş ve buradan hareketle soykırımın önlenmesinde, diğer tüm devletlerle ortak olan hukuki bir menfaati olduğunu iddia etmiştir. Divan, Soykırım Sözleşmesi'ne taraf olan herhangi bir devletin, bu sözleşme kapsamındaki *erga omnes partes* yükümlülüklerine uymadığı iddiasını tespit etmek ve buna son vermek amacıyla, başka bir taraf devletin sorumluluğuna başvurabileceğini belirtmiş ve yine sözleşmeye taraf diğer bir devletin dava açma hakkının da bu kapsamda olduğunu söylemiştir¹⁰⁷.

Bu bakımdan *erga omnes partes* doktrini bu dava ile iyice gün yüzüne çıkmış ve bunu takip eden dönemde bu temelle kabul edilen bir diğer ortak başvuru Hollanda ve Kanada'nın, İşkence'nin Önlenmesi Sözleşmesi'ni ihlal ettiği iddiasıyla Suriye'ye karşı yaptığı ortak başvuru olmuştur¹⁰⁸.

Bu konudaki en güncel örneğe Güney Afrika'nın, yine *erga omnes partes* doktrinine dayanarak İsrail aleyhine yaptığı başvurudur. Bu başvuruda da Güney Afrika, Soykırım Sözleşmesi'nin ihlal edilmesinden doğan doğrudan bir zarara uğramamış olsa da bu yasağın *jus cogens* niteliğinden hareketle, soykırımın önlenmesi konusunda diğer devletlerin sahip olduğu yükümlülükler dayanmaktadır¹⁰⁹.

Bu yakın zamanlı doktrinin özellikle insan hakları sözleşmelerinde yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından son derece elverişli olduğu ve devletlere esneklik sağlayacağı düşünülebilir. Bu durum halihazırda Soykırımın ve İşkence'nin Önlenmesi sözleşmeleri bağlamında, *Gambiya v. Myanmar; Hollanda ve Kanada v. Suriye ve Güney Afrika v. İsrail* davalarında deneyimlenmiştir. Nitekim yazarlar, mevcut evrensel insan hakları sözleşmelerinden en az altısının *erga omnes partes* yükümlülükler temelinde bir taraf oluşa olanak sağlayabileceğine işaret etmektedir. Bunlar arasında özellikle işaret edilen bir sözleşme 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumu Sözleşmesi olmaktadır

¹⁰⁶ UAD, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, T. 20.07.2012, s. 450, para. 69 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

¹⁰⁷ UAD, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, T. 22.07.2022, s. 477, para. 109, 111, 112 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20220722-jud-01-00-en.pdf>, ET: 01.04.2024).

¹⁰⁸ UAD, *Joint Application Instituting Proceedings Concerning a Dispute Under the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, T. 08.06.2023, para. 7 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20230608-APP-01-00-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

¹⁰⁹ UAD, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, T. 26.01.2024, para. 33 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-00-en.pdf>, ET: 01.04.2024).

ve bu doktrinin geri gönderme (*non refoulment*) yasağı konusunda devletleri sorumlu tutmak adına önemli bir rol oynayabileceği düşünülmektedir¹¹⁰. Doktrinin umut vaat eden boyutunun yanı sıra risklerine de işaret edilebilmektedir. Zira yazarlara göre uluslararası insan hakları ihlallerinin cezasız kalmaması ya da bu konuda önlemler alınmasına vesile olabilecek bu doktrinin yaygınlaşması, aynı zamanda devletleri rahatsız edebilecek kararlara imza atabilecek olan Divan'ın meşruiyetini zedeleyebilecektir. Aynı yazarlara göre yine devletlerin zaman içinde insan hakları sözleşmelerinden çekilmeleri de konu olabilir¹¹¹. Öte yandan sonuçlarını tam ortaya koymamış bir doktrin için bu yöndeki endişeler erken olup ilk etapta bu potansiyelin insan hakları lehine olabildiğince kullanılması ve şekillenmesi gereği daha olasıdır.

2. Geçici Tedbirler ve İnsan Hakları

Tarihsel köken olarak Roma hukukundaki bazı uygulamalar ya da Orta Çağ'daki ihtiyati haciz gibi pratiklerle anılabilen geçici/ihtiyati tedbir kavramı¹¹², bugün uluslararası hukuk yargılamaları bakımından son derece yaygın bir pratik halini almıştır. Başta UAD ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi olmak üzere, mevcut bölgesel insan hakları mahkemeleri olan Avrupa ve Amerikalılar arası insan hakları mahkemeleri ve BM Sözleşmelerine bağlı yarı yargısal komitelerin büyük bir kısmı bu prosedüre olanak sağlamaktadır¹¹³. Nitekim bu tedbirlerin son otuz yıldır çok daha etkin bir yargısal güvenceye kavuştuğu ve artık otonom bir karakter kazandıklarına da işaret edilmektedir¹¹⁴.

Bu doğrultuda insan haklarının korunması konusunda Divan'ın -geçici nitelikte de olsa- katkı sunabildiği bir yol, kendisinden talep edilen ve bunun ötesine varabilen bu tedbirlere karar vermesidir. Divan'ın geçici tedbirler alma konusundaki geniş ve kendi takdirine bağlı yetkileri Statü'nün 41. maddesinde düzenlenmiştir¹¹⁵. Divan'ın bu tedbirlere karar vermek yönündeki yetkisinin ardında, yargılamaların son derece uzun sürebildiği gerçeğinden hareketle, önünde bekleyen davalar sonuçlanıncaya kadar tarafların haklarını korumak gayesi yatmaktadır. Bu bağlamda tıpkı ulusal mahkemeler tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarında konu olduğu gibi, Divan tarafından verilen geçici tedbirler de nihai kararın bütünlüğünü sağlamak için taraflar arasındaki hukuki durumu bir anlamda dondurmaya amaçlamaktadır. UAD Statüsü madde 41(1) uyarınca, Divan, "koşulların gerektirdiği kanaatine varırsa, taraflardan birinin haklarını korumak için alınması gereken geçici tedbirleri belirtme yetkisine sahiptir". Yine Divan İçtüzüğü, geçici tedbir taleplerinin diğer tüm davalara göre önceliğe sahip olduğuna ve talep hakkında ivedilikle bir karara varılması amacıyla derhal bir duruşma yapılacağı ifadesine yer vermektedir¹¹⁶. Divan bu tedbirlere işaret edebilmeden evvel, başvuru devlet tarafından ileri sürülen yargı yetkisi için *prima facie* bir temel oluştuğuna ikna olmalıdır. Bu durum, Divan yargıçlarının çoğunluğunun, davanın esası üzerinde son kertede bir yargı yetkisi doğacağına inanması gerektiği olarak açıklanır¹¹⁷. Ancak kendisine geçici tedbir kararı uygulanan devlete ilişkin kesin bir ihlal kararı çıkacağı gibi bir peşin sonuç çıkarılamaz. Dolayısıyla yargıçların bu tedbirler konusunda bağımsız bir yetkisi olduğu kabul edilir.

¹¹⁰ HATHAWAY, Oona A. / HACHEM, Alaa / COLE, Justin: "A New Tool for Enforcing Human Rights: Erga Omnes Parties Standing", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2023, Cilt 61, Sayı 2, s. 47.

¹¹¹ HATHAWAY / HACHEM / COLE, s. 11.

¹¹² SHABTAI, s. 2.

¹¹³ Bu konu hakkında bkz. GEMALMAZ, Semih: *Provisional Measures of Protection in International Law: 1907-2010*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011; GÖZTEPE, Ece: *İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

¹¹⁴ Bu konu yargıç *Cançado Trindade* tarafından, 2015 tarihli *Nicaragua v. Kosta Rika* davasında bir ayrı görüşte ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. *Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, UAD, Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, T. 16.12.2015, s. 665 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/152/152-20151216-JUD-01-04-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

¹¹⁵ MCAD Statüsü (41); UAD Statüsü (41). Konunun usule ilişkin çerçevesi ise UAD İçtüzüğü'nün 73-76. maddelerinde yer alır (<https://www.icj-cij.org/rules>, ET: 01.04.2024).

¹¹⁶ UAD İçtüzüğü 74 (2).

¹¹⁷ ZYBERI, Gentian: "Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Conflict Situations", *Leiden Journal of International Law*, 2010, Cilt 23, Sayı 3 (Provisional Measures), s. 573.

Geçici tedbirlerle amaçlanan şey, Divan'ın esasa ilişkin kararı beklenirken halihazırda ihtilafli olan hakların korunmasıysa, bu tedbirler çok farklı amaçlar için de konu olabilecektir. Nitekim bu tedbirler: Taraf devletlerin haklarına önceden hizmet etmek, statükoyu korumak, yargılamaların tatmin edici bir şekilde yürütülmesini teşvik etmek ve uyuşmazlığı ağırlaştırarak veya uzatacak hiçbir eylemde bulunulmamasını sağlamak gibi amaçlara hizmet edebilmektedir. Bu sıralamada belirtilen ilk amaç, uyuşmazlığın tarafı olan bir devletin haklarını odağına alırken, diğer amaçlar, bireylerin korunmasını da içerecek şekilde daha geniş bir şekilde yorumlanabilir¹¹⁸.

Divan'ın bugüne kadar insan hakları konularında verdiği geçici tedbirler idam, silahlı çatışmalarda kişilerin yaşam hakları, soykırımın önlenmesi ve ırk ayrımcılığı konularını kapsamaktadır. Geçici tedbirlerin geçmişte konu olduğu önemli bir vaka -bir insan hakları başvurusu olmamakla birlikte- *Tahran Rehineleri* davasıdır. Divan bu kararında rehinelerin telafisi mümkün olmayan bir zarara uğrama tehlikesine dikkat çekmiş ve şunu söylemiştir: Mevcut talebe konu olan durumun devam etmesi, ilgili insanları mahrumiyete, sıkıntıya, ıstıraba ve hatta yaşam ve sağlık tehlikesine ve dolayısıyla telafisi mümkün olmayan ciddi bir zarar olasılığına maruz bırakmaktadır¹¹⁹.

Bu tedbirlerin devletler üzerinde bağlayıcı olup olmadığı konusuysa uzun süre sorgulanmıştır. Ancak Mahkeme, *LaGrand* kararıyla bu şüpheleri ortadan kaldırmış ve uluslararası uyuşmazlıkların yargısal çözümüne ilişkin temel işlevini göz önünde bulundurarak bu tedbirlerin bağlayıcı olduğuna hükmetmiştir. Karar bu bakımdan bir dönüm noktası olarak anılmaktadır¹²⁰. Alman vatandaşlığına sahip iki kardeşin Birleşik Devletler tarafından idamına ilişkin olan ve Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nin Almanya aleyhinde ihlal edildiğine yönelik olan bu davada Divan, Almanya'nın başvurusu üzerine geçici tedbire hükmetmiş olmasına rağmen, ABD başsavcısının Divan tarafından verilen geçici tedbirlerin bağlayıcılık taşımadığından hareketle kardeşlerden ilkinin idamını gerçekleştirilmesi üzerine: Bu tedbirlere uyulmasının devletler bakımından bağlayıcı olduğunu karara bağlamıştır¹²¹. Nitekim tedbirlerin bağlayıcı olduğu yönündeki Divan'ın bu yaklaşımı 2005 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir¹²². Literatürde bu kararı diplomatik himaye ve insan hakları ilişkisi açısından önemli bir adım olarak ele alan çalışmaların¹²³ yanı sıra, Divan'ın bu davada konu olan insan haklarına sorularına ilişkin yeterli bir muhakemede bulunmamış olduğuna işaret eden görüşler de vardır¹²⁴.

Divan'ın, ilk dönem kararlarında olmasa da sonrasında bağlayıcı olduğuna işaret ettiği bu prosedür aynı zamanda evrilmekte olan bir prosedür olarak ele alınmaktadır¹²⁵. Geçici tedbirlerle hedeflenen amaç, ihtilaf konusu olan hakları korumak ve karar verilinceye kadar kişilere veya mallara telafisi mümkün olmayan bir zarar verilmesinin önüne geçmek olduğu için, bu tedbirler, delillerin korunması da dahil olmak üzere Divan'ın kararlarının etkinliğini korunmayı amaçlayacak farklı türden eylemleri kapsayabilmektedir. Tahmin edilebileceği üzere bu yol bilhassa sivil halkın silahlı çatışmaların yıkıcı

¹¹⁸ DUXBURY, s. 154.

¹¹⁹ UAD, *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)* Request for the Indication of Provisional Measures, T. 15.12.1979, para. 42 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/64/064-19791215-ORD-01-00-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

¹²⁰ CERNA, M. Christina: "Provisional Measures: How International Human Rights Law is Changing International Law", *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 2021, Cilt 11, Sayı 1, s. 41.

¹²¹ UAD, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, T. 27.06.2001, s. 466, para. 102-104, 109 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>, ET: 01.04.2024).

¹²² CERNA, s. 44.

¹²³ Bu konu hakkında bkz. GÖÇER, Mahmut: "Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt 57, Sayı 4, s. 224-227; YÜKSEL, Cüneyt / BARAN, Deniz: "Uluslararası Adalet Divanı Kararları Işığında Bireysel Hakların Diplomatik ve Konsüler Haklar Bağlamında Korunması", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2022, Cilt 10, Sayı 1, s. 1-40.

¹²⁴ SIMMA, *Mainstreaming Human Rights*, s. 11.

¹²⁵ HIGGINS, Rosalyn: "Interim Measures for the Protection of Human Rights", *Columbia Journal of Transnational Law*, 1997, Cilt 36, Sayı 1-2, s. 108.

etkilerinden koruması için de iş görebilecek bir yoldur. Geçmişte de silahlı çatışmalara ilişkin konularda, diplomatik korumaya ve konsolosluk ilişkilerine ilişkin durumlarda Divan'ın bu tedbirlere başvurduğu bilinmektedir. Divan'ın insan hakları ihlallerine ilişkin geçici tedbir kararlarından ilki ise *Kongo Topraklarındaki Silahlı Faaliyetler* davasında konu olmuştur¹²⁶.

Geçici tedbirlere hükmedilmesinin taraf devletlerin haklarının ötesinde bizzat kişilerin haklarını korumak için de konu olabilmesi, uluslararası hukukun kamusalılık karakterinin ortak menfaat ya da ortak insanlık değerlerinin¹²⁷ korunması yönünde iş görmeye başlamasının bir işareti olarak ele alınmaktadır¹²⁸. Bu yönüyle Divan'ın bu tedbirlerle insan kırılabilirliğini odağına aldığından ve kişisel haklara hizmet ettiği için de söz edilmiştir¹²⁹. Nitekim bu tedbirlerin faydalanıcılarının devletler değil insanlar olduğu Divan yargıçlarının ifadelerinde de kendine yer bulabilmiştir¹³⁰.

Son yirmi yılda, otuza yakın geçici tedbir kararı verdiği gerçeğinin yanı sıra, Divan'ı daha önce hiç olmadığı bir biçimde insan hakları konularıyla meşgul eden bir dizi güncel başvuruda da geçici tedbirlerin konu olduğu görülmektedir. Bu bakımdan özellikle 2020 yılından günümüze kadar olan süreçte, *Gambiya v. Myanmar*; *Hollanda v. Suriye*, *Ukrayna v. Rusya* ve nihayet *Güney Afrika v. İsrail* davalarının tamamında Divan, tarafların argümanları üzerine geçici tedbir kararları vermiştir. Öte yandan Divan bu tedbirlere, nihai kararını vermeden önce, talep edilen haklara yönelik telafisi mümkün olmayan gerçek ve yakın bir risk olması ve durumun aciliyet arz etmesi durumunda karar verebileceğinin altını çizmekte ve her somut olayda bu koşulu aramaktadır¹³¹. Önemli bir başka nokta ise gerek Divan Statüsü'nün gerekse İç Tüzüğü'nün mahkemeye kendisinden talep edilenden tamamen veya kısmen farklı tedbirler alabilme yetkisini tanıyan olmasıdır. Nitekim *Gambiya v. Myanmar* ve *Ukrayna v. Rusya* davalarında verdiği geçici tedbirlerde Divan, bu yetkiye dayanarak, kendisinden istenilen ve kendisinin hükmedeceği tedbirlerin birebir aynı olmayabileceği konusunu vurgulamıştır¹³².

Yakın tarihli kararlardan biri olan *Gambiya v. Myanmar* kararında Divan, Gambiya tarafından ileri sürülen haklara yönelik gerçek, yakın ve telafisi mümkün olmayan bir zarar riski bulunduğu hareketle karar vermiştir. Gambiya'nın Rohingya azınlık grubuna karşı Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal ettiği iddiasıyla Myanmar aleyhine 2019 yılında açtığı bu davada Divan, başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına karar vermeden önce 2020 yılında geçici tedbir kararına hükmetmiştir. Burada önem taşıyan bir nokta, Divan'ın geçici tedbirlere karar vermesi için gerekli gördüğü "telafisi mümkün olmayan zarar" riskini, yargılamanın mevcut aşamasında soykırım niyetinin varlığının tespit edilmesi gereğinden bağımsız olarak ele almış olmasıdır. Divan'a göre sunulan tüm olgular ve koşullar, Gambiya tarafından geçici önlem talebine konu olan soykırım işlememe ve soykırımı önleme ve cezalandırma yükümlülüklerine uymasını isteme yönündeki hakların makul olduğu sonucuna varmak için yeterli olmuştur¹³³.

Geçici tedbirler konusu son olarak *Güney Afrika v. İsrail* davasıyla gündeme gelmiştir. Davanın bu aşamasında Divan, İsrail'in soykırımdan sorumlu olup olmadığına karar verme aşamasına geçme-

¹²⁶ Taraflar, çatışma bölgesinde temel insan haklarına ve insancıl hukukun uygulanabilir hükümlerine tam saygı gösterilmesini sağlamak için gerekli tüm tedbirleri derhal almalıdır. UAD, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (Request for the Indication of Provisional Measures), T. 01.07.2000, s. 111.

¹²⁷ UAD, *Belgium v. Senegal*, 2012, para. 68, 69.

¹²⁸ RIETER, s. 129.

¹²⁹ PETERS, Anne: "'Vulnerability' versus 'Plausibility': Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures? Reflections on ICJ, Ukraine v. Russian Federation Order of 19 April 2017", *EJIL Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 2017 (<https://www.ejiltalk.org/vulnerability-versus-plausibility-righting-or-wronging-the-regime-of-provisional-measures-reflections-on-icj-ukraine-v-russian-federation-order-of-19-apr/>, ET: 01.04.2024).

¹³⁰ ALEXANDER, Atul: "Plausibility to Human Vulnerability or Both: Shifting Provisional Measures Standards in Human Rights Cases Before the International Court of Justice", *Liverpool Law Review*, 2024, s. 12.

¹³¹ UAD, *Provisional Measures, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, T. 16.03.2022, s. 211, para. 66.

¹³² UAD, *Ukraine v. Russian Federation*, 2022, para. 79-83.

¹³³ UAD, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Request for the Indication of Provisional Measures), T. 23.01.2020, s. 3, para. 42, 70, 73.

den, Güney Afrika'nın ihlal edildiğini iddia ettiği hakların inandırıcılığı da dahil olmak üzere, bu tür tedbirleri belirtmek için gerekli koşulların yerine getirildiğini tespit etmiştir. Divan'ın bu yönde verdiği altı tedbir arasında, İsrail'in soykırım eylemlerinden kaçınması ve yaşam koşullarını iyileştirmesi gereğinin yanı sıra bu yöndeki kısıktıcı eylemleri cezalandırması gereği de yer almaktadır¹³⁴.

Son dönemlerde Divan önündeki insan hakları sözleşmelerinin ihlalden kaynaklanan başvuruların artması hem de bunların büyük çoğunluğunda davanın ilk inceleme fazında geçici tedbir isteminde bulunulması aslında Divan bakımından hiç de yeni olmayan bu prosedürün yeniden ve bu kez insan haklarıyla olan ilişkisinde gündeme gelmesine neden olmuştur. Divan her ne kadar *Lagrand* kararında bu tedbirlere uyulmasının bir zorunluluk olduğuna işaret etmiş, bu hususu sonrasında *Kongo v. Uganda* kararında özellikle ifade etmiş ve nihayet 2020 yılında getirdiği yeni bir iç işleyiş kuralıyla bu tedbirlerin gözetimi için özel bir komite kurulmasını öngörmüşse de; bu tedbirlere uyulmadığı durumda devletlere ilişkin yaptırımların ne olacağı konusu açık değildir¹³⁵. Bu bakımdan bir yenilik Divan önündeki derdest bir başvuru olan *Güney Afrika v. İsrail* başvurusunda, başvuruçunun isteğiyle bugüne kadar ek ve farklı tedbirlere karar verebilmiş olmasıdır. Önceki bölümlerde konu edinildiği üzere tedbirlere uyulmaması konusunda akla ilk gelen organ BM Güvenlik Konseyi olmaktadır. Ancak Konsey'in geçmişte yargı kararlarının uygulanmadığı gerekçesiyle kendisine ulaşan çok sınırlı sayıdaki başvuruda etkin bir pozisyon almadığı belirtilmektedir. Nitekim Konsey, 1951 yılında İran'a yöneltilen geçici tedbirlerin hayata geçirilmesi için aksiyon alması için İngiltere tarafından yöneltilen istem karşısında da, öncelikle bu konudaki yetkisinin ne olduğu konusunda tekrardan Divan'dan görüş istemiştir. Divan tarafından bağlayıcı olduğu belirtilen geçici tedbirlere uyulmaması karşısında özellikle BM Güvenlik Konseyi'nin nasıl bir rol oynayabileceğinin ise ne uygulamada ne de literatürde açık olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu konuyu ele alan az sayıdaki çalışmanın da dayanabildiği örnekler fazlasıyla sınırlıdır. Ancak yine de bunlar arasında öne çıkan bir örnek Divan'ın *Bosna Hersek v. Yugoslavya* davasındaki geçici tedbirlerin akabinde Konsey tarafından alınan bir dizi yaptırım ve kararı işaret etmektedir¹³⁶. Nihayetinde bu çalışmanın amacı ve sınırları da bu yöndeki tartışma ve olasılıkları konu edinmeye elverişli değildir. Yine de belirtilebilir ki, literatürde bazı görüşler bu tedbirlere uyulmaması konusunun, Divan'ın verdiği bir yargı hükmüne uyulmamasından farklı olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir. Bu yaklaşıma göre burada konu olacak olan şey, BM Şartı'nın 94(1) maddesinde yer alan: Her BM üyesi ülkenin Divan 'kararları'na uymak zorunda olduğunu belirten hükümdür. Bu görüşlere göre geçici tedbire uyulmaması konusu ancak uluslararası barış ve güvenliği tehdit ediyorsa, Konsey'in bağlayıcı kararlar almak da dahil olmak üzere yetkileri devreye girebilecektir¹³⁷. Kabul etmek gerekir ki tam da bu nokta, farklı bir dizi eleştiri ve tartışmanın başlayacağı ve beraberinde getireceği politik motivasyon ve sorular nedeniyle bu çalışmanın sınır ve içeriğini aşacak yeni bir nokta olacaktır.

SONUÇ

UAD, insan haklarının korunması ya da insan hakları hukukuna katkı sunmak için akla gelebilecek ilk yargısal organ olmasa da teorik olarak dünya genelinde bir yargılama yetkisine sahip olması bakımından, bu hakların, özellikle de topluluk menfaatini konu edinen bir kısmının, evrensel ölçekte korunup geliştirilmesi adına potansiyel bir otoriteye sahiptir. Bu çalışmada anılan yapısal ve politik

¹³⁴ UAD, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, T. 26.01.2024, para. 86.

¹³⁵ 2015 tarihli bir ayrı görüşünde Yargıç *Trindade* bu tedbirlerin bir özelliğe sahip olduğundan, kendilerine ait bir hukuki rejimleri bulunduğundan ve bunlara uyulmamasının devletin sorumluluğunu doğurduğundan ve bunun hukuki sonuçları olduğundan söz etmiştir. Yargıç, bu konunun doğru bir şekilde ele alınmasının gelecek yıllarda Divan'ın bir görevi olduğuna işaret etmiştir. Bkz. Yargıç *Cañade Trindade Costa Rica v. Nicaragua* davasındaki ayrı görüşü.

¹³⁶ RAMSDEN, Michael / ZIXIN, Jiang: "The Dialogic Function of I.C.J. Provisional Measures Decisions in the U.N. Political Organs: Assessing the Evidence", *American University International Law Review*, 2023, Cilt 37, Sayı 4, s. 912-914.

¹³⁷ LANDO, Massimo: "Compliance with Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice", *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, Cilt 8, Sayı 1, s. 10.

kısıtlar geçmişten bu yana Divan'ın bu potansiyelinin önündeki engelleri ortaya koymaya çalışmış olsa da günümüze daha yakın ve mevcut gelişmeler, bu potansiyelin sınırlarının zorlanmaya başlandığına işaret etmektedir. Nitekim son çeyrek asırda evrensel insan hakları ve Divan arasındaki ilişki literatürde tartışma konusu olabilmış ve bu yönde farklı bakış açıları ve tasnifler belirebilmiştir.

İfade etmek gerekir ki Divan'ın insan hakları normlarını yorumlaması faaliyeti başka; bunları gözetip koruması faaliyetleri başkaca bir konudur. İlki, insan haklarının aynı zamanda uluslararası hukukun bir dalı olması itibarıyla ve bu bağlamda gözettiği temel değerlerin uluslararası hukuk genel ilke ve buyruklarıyla örtüştüğü oranda kaçınılmaz olarak konu olmaktadır. Bu yönüyle düşünülecek olduğunda Divan'ın bu konuda mevcut insan hakları standartlarının ötesine geçen özel bir başarısından söz etmeyi olanaklı kılacak bir yorumdan söz edilemez. Öte yandan Birleşmiş Milletler'in başlıca yargı organı olan Divan'ın, bu özelliğiyle, ad-hoc ceza mahkemelerinden ya da ulusal mahkemelerden farklı ve bunların ötesinde, uluslararası hukuk kurallarının gerek hiyerarşik değerini belirlemek gerekse norm yaratmak yönünde bir üstünlüğe sahip olduğu düşünülebilir. Bu perspektiften düşünülecek olduğunda Divan'ın insan hakları normlarının hukuki 'değerini' belirlemek bakımından önemli bir rol üstlendiği düşünülebilir ve nitekim son çeyrek asırda işkence yasağının emredici niteliğini ortaya koyduğu yorum ve kararları bu bağlamda ele alınabilir. Önünde bekleyen güncel ve farklı konulardaki danışma görüşü soruları ise, Divan'ın bundan böyle farklı insan hakları konuları ve belgeleriyle de ilgilenmek durumunda kalacağına işaret etmektedir. Dolayısıyla önümüzdeki yıllarda, grev hakkından devletlerin çevre ve iklim konusundaki sorumluluklarına varan konularda Divan'ın potansiyel katkıları olabileceği beklentisi yersiz değildir.

Divan'ın insan hakları ihlallerinin önüne geçmesi ve bunların telafisi bakımından fonksiyonu ise her şeyden evvel yargılama yetkisinin kısıtlılığı ve bu yöndeki usullerin karmaşık yapısı nedeniyle sınırlıdır. Yine de son yıllarda buna en sık olanak sağlayan yol, ilgili insan hakları sözleşmelerinden bazılarında bulunan ve Divan'ın yargı yetkisini olanaklı kılan hüküm aracılığıyla gerçekleşmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki Divan ve insan hakları ilişkisinde yeni bir sayfadan söz edilebilecekse, bu, söz konusu davaların konu edinilebilmesinde de rol oynayan yöntem ve doktrinlerin insan hakları lehine kullanılması aracılığıyla gerçekleşebilmektedir. Bu çalışma bakımından geçici tedbirler ve *erga omnes partes* doktrini bu yönde örnekler olarak ele alınmıştır. Divan'ı insan hakları bakımından etkisiz bir organ olarak ele almaktansa, uluslararası hukukun insan hakları mücadelesinde kullanılmasına olanak sağlayacak mevcut yol ve yöntemlerin, özellikle kolektif menfaatlerden hareketle insan hakları lehine yorumlanması ve bu bakımdan sınırlarının zorlanması, görünen o ki yakın gelecekte daha sık karşılaşılabilecektir.

KAYNAKÇA

- AL-QAHTANI, Mutlaq: “The Role of the International Court of Justice in the Enforcement of its Judicial Decisions”, *Leiden Journal of International Law*, 2002, Cilt 15, Sayı 4, s. 781-804.
- ALEXANDER, Atul: “Plausibility to Human Vulnerability or Both: Shifting Provisional Measures Standards in Human Rights Cases Before the International Court of Justice”, *Liverpool Law Review*, 2024, s. 1-19.
- ARSAVA, Fusun: “Uluslararası Adalet Divanı Tarafından İnsan Haklarının Korunması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2015, Cilt 6, Sayı 21, s. 1-40.
- BAŞLAR, Kemal: “Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, Cilt 22, Sayı 2, s. 75-107.
- BEDI, R. S. Shiv: *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Hart Publishing, London, 2007.
- CERNA, M. Christina: “Provisional Measures: How International Human Rights Law is Changing International Law”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 2021, Cilt 11, Sayı 1, s. 34-59.
- CRAWFORD, James / KEENE, Amelia: “Interpretation of the Human Rights Treaties by the International Court of Justice”, *The International Journal of Human Rights*, 2019, Cilt 24, Sayı 7, s. 935-956.
- ÇALI, Başak: “Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights”, (Ed.) HOLLIS, B. Duncan: *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 504-524.
- DEBBAS, G. Vera: “The ICJ and the Challenges of Human Rights”, (Ed.) ANDENAS, Mads / BJORGE, Eiric: *A Farawell to Fragmentation: Reassertion and Convergence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s. 109-145.
- DENNIS, J. Michael: “Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation”, *American Journal of International Law*, 2005, Cilt 99, Sayı 1, s. 119-141.
- DONOGHUE, Joan E.: “The Role of the World Court Today”, *Sibley Lecture Series*, 2012, s. 182-191.
- DUXBURY, Alison: “Saving Lives in the International Court of Justice: The Use of Provisional Measures to Protect Human Rights”, *California Western International Law Journal*, 2000, Cilt 31, Sayı 1, s. 141-176.
- ERKİNER, H. Hakan: “Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla Uygulanması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, Cilt 23, Sayı 2, s. 87-102.
- ESPOSITO, Carlos: “Human Rights”, (Ed.) ESPOSITO, Carlos / PARLETT Kate: *The Cambridge Companion to the International Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023, s. 486-513.
- FRIEDMANN, Wolfgang: “Half a Century of International Law”, *Virginia Law Review*, 1964, Cilt 50, Sayı 8, s. 1333-1358.
- GAUBATZ, Tailor Kurt / MACARTHUR, Matthew: “How International is ‘International’ Law?”, *Michigan Journal of International Law*, 2001, Cilt 22, Sayı 2, s. 240-279.
- GEMALMAZ, Semih: *Provisional Measures of Protection in International Law: 1907-2010*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- GINSBURG, Tom: “Political Constraints on International Courts”, *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, 2013, Sayı 453, s. 483-502.
- GÖÇER, Mahmut: “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt 57, Sayı 4, s. 219-236.
- GÖZTEPE, Ece: *İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- GRIMSEHEDEN, Jonas: “The International Court of Justice – Monitoring Human Rights”, (Ed.) ALFREDS-SON, Gudmundur / GRIMHEDEN, Jonas / RAMCHARAN, Bertrand / ZAYAS, Alfred: *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays In Honour Of Jakob Moller*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, s. 249-261.
- GÜNEYSU, Gökhan: “On the Apolitical Character of International Law (Or Lack Thereof)”, *Ankara Bar Review*, 2013, Cilt 6, Sayı 2, s. 2-35.
- HATHAWAY, Oona A. / HACHEM, Alaa / COLE, Justin: “A New Tool for Enforcing Human Rights: Erga Omnes Partes Standing”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2023, Cilt 61, Sayı 2, s. 1-77.

- HIGGINS, Rosalyn: “The International Court of Justice and Human Rights”, (Ed.) WELLENS, Karen: *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, Martins Nijhoff, The Hague-Boston-London, 1998, s. 691-705.
- HIGGINS, Rosalyn: “Human Rights in the International Court of Justice”, *Leiden Journal of International Law*, 2007, Cilt 20, Sayı 4, s. 745-751 (Human Rights).
- HIGGINS, Rosalyn: “Interim Measures for the Protection of Human Rights”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1997, Cilt 36, Sayı 1-2, s. 91-109.
- JENNINGS, Y. Robert: “The International Court of Justice after Fifty Years”, *American Journal of International Law*, 1995, Cilt 89, Sayı 3, s. 493-505.
- JESSUP, C. Philip: *A Modern Law of Nations-An Introduction*, Macmillan, New York, 1948.
- KELSEN, Hans: *The Law of the United Nations a Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, 2. Baskı, Steven and Sons Limited, London, 1951.
- KINGSBURY, Benedict: “International Courts: Uneven Judicialisation in Global Order”, (Ed.) CRAWFORD, James / KOSKENNIEMI, Martti: *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 205-211.
- KJELDGAARD, P. Astrid: “The International Court of Justice and the Individual”, *iCourts Working Paper Series*, 2019, Sayı 169, s. 1-26.
- LANDO, Massimo: “Compliance with Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, Cilt 8, Sayı 1, s. 1-34.
- LANGFORD, Malcolm: “The New Apologist: The International Court of Justice and Human Rights”, *Retfærd*, 2015, Cilt 48, Sayı 1, s. 49-78.
- LAUTERPACHT, Hersch: *International Law and Human Rights*, Steven and Sons Limited, London, 1950.
- OGBODO, S. Gozie: “An Overview of the Challenges Facing the International Court of Justice in the 21st Century”, *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2012, Cilt 18, Sayı 1, s. 14-21.
- OWADA, Hishashi: “The Changing Docket of the International Court of Justice”, *American Society of International Law Proceedings*, 2009, s. 399-403.
- ÖZTURANLI, Beyza: “Uluslararası Hukuk Komisyonu Çerçevesinde Uluslararası Andlaşmalara Getirilen Çekincelere İlişkin Hukuki Rejim”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2012, Cilt 11, Sayı 22, s. 471-505.
- PETERS, Anne: “‘Vulnerability’ versus ‘Plausibility’: Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures? Reflections on ICJ, Ukraine v. Russian Federation Order of 19 April 2017”, *EJIL Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 2017 (<https://www.ejiltalk.org/vulnerability-versus-plausibility-righting-or-wronging-the-regime-of-provisional-measures-reflections-on-icj-ukraine-v-russian-federation-order-of-19-apr/>, ET: 01.04.2024).
- POSNER, Eric / FIGUEIREDO, F. P. Miguel: “Is the International Court of Justice Biased”, *The Journal of Legal Studies*, 2005, Cilt 34, Sayı 2, s. 599-630.
- POSNER, Eric: “The Decline of the International Court of Justice”, *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, 2004, Sayı 233, s. 111-142.
- RAMSDEN, Michael / ZIXIN, Jiang: “The Dialogic Function of I.C.J. Provisional Measures Decisions in the U.N. Political Organs: Assessing the Evidence”, *American University International Law Review*, 2023, Cilt 37, Sayı 4, s. 902-932.
- RIETER, Eva: “The International Court of Justice and Its Contribution to Human Rights Law”, (Ed.) KADELBAH, Stefan / RENSMANN, Tilo / RIETER, Eva: *Judging International Human Rights*, Springer International Publishing, Cham, 2019, s. 19-50.
- ROSENNE, Shabtai: *The Law and Practice of the International Court of Justice*, 3. Baskı, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1965.
- SCHWEBEL, Stephen: “Human Rights in the World Court”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1991, Cilt 24, Sayı 5, s. 945-971.

- SIMMA, Bruno: “Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?”, (Ed.) TAMS, Christian / SLOAN, James: *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 300-325 (Human Rights Before the International Court of Justice).
- SIMMA, Bruno: “Mainstreaming Human Rights: The Contribution of the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2012, Cilt 3, Sayı 1, s. 7-29 (Mainstreaming Human Rights).
- SIVAKUMARAN, Sandesh: “The International Court of Justice and Human Rights”, (Ed.) JOSEPH, Sarah / MCBETH, Adam: *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward-Elgar, Glos, 2010, s. 299-325.
- SWELB, Egon: “The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter”, *The American Journal of International Law*, 1971, Cilt 66, Sayı 2, s. 337-351.
- VERSAN, Rauf: “Milletlerarası Adalet Divanının Forum Prorogatum İlkesine Göre Yetki Kazanması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, Cilt 24, Sayı 1-2, s. 767- 772.
- WILDE, Ralph: “Human Rights Beyond Borders of the World Court”, *Chinese Journal of International Law*, 2013, Cilt 12, Sayı 4, s. 639-677.
- WOOD, Michael / STHOEGER, Eran: *The UN Security Council and International Law*, Cambridge Publishing, Cambridge, 2022.
- YÜKSEL, Cüneyt / BARAN, Deniz: “Uluslararası Adalet Divanı Kararları Işığında Bireysel Hakların Diplomatik ve Konsüler Haklar Bağlamında Korunması”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2022, Cilt 10, Sayı 1, s. 1-40.
- ZYBERI, Gentian: “Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Conflict Situations”, *Leiden Journal of International Law*, 2010, Cilt 23, Sayı 3, s. 571-584 (Provisional Measures).
- ZYBERI, Gentian: “Taking Rights Seriously: Time for Establishing a Human Rights and Humanitarian Issues Chamber at the International Court of Justice?”, *University of Prishtina Journal of Human Rights and Policy*, 2009, Cilt 2, Sayı 1, s. 103-126 (Taking Rights Seriously).
- ZYBERI, Gentian: “The Development and Interpretation of International Human Rights and Humanitarian Law Rules and Principles Through the Case-Law of the International Court of Justice”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, Cilt 25, Sayı 1, s. 117-139 (The Development and Interpretation).
- ZYBERI, Gentian: “The Interpretation and Development of International Human Rights Law by the International Court of Justice”, (Ed.) SCHEININ, Martin: *Human Rights Norms in Other International Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 28-61 (The Interpretation and Development).

Otonom Silah Sistemlerinin ve Doğabilecek Sorumluluk Meselesinin Uluslararası İnsancıl Hukuk Bağlamında Değerlendirilmesi^(*)



*Evaluation of Autonomous Weapon Systems and the Issue of Responsibility in
the Context of International Humanitarian Law*

Kenan DÜLGER^()**



Doktor Öğretim Üyesi

İstanbul Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Devletler Genel Hukuku Anabilim Dalı

Özge TANYELİ SÖKÜK



Avukat Arabulucu

İstanbul Barosu

Anahtar Kelimeler

*Otonom Silah Sistemleri,
Uluslararası İnsancıl Hukuk,
Yapay Zekâ,
Sorumluluk,
Uluslararası Suçlar.*

Öz

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin yaygın olarak kullanımına bağlı olarak her geçen gün teknolojik alt yapılarını daha fazla geliştiren devletlerin söz konusu teknoloji bağımlılığı, aynı zamanda kendileri açısından ayrı bir risk alanını da beraberinde getirmektedir. Teknolojiden her alanda yararlandığı gibi devletlerin kendilerine en fazla katkıyı savunma ve güvenlik alanlarında elde edebilmeleri, birinci derecede önem arz etmektedir. Zira gerek sıcak çatışmalarda gerekse caydırıcılık gücü bağlamında, her devlet kendi askeri alt yapısını sürekli yenileme ihtiyacı içindedir. Teknoloji ve bilimin gelişimi sürecinde ortaya çıkan en önemli sonuç ise insan varlığının ve katkısının giderek azalmaya başlamış olmasıdır. Savaş ve/veya silahlı çatışmalar alanında insan faktörünün giderek yerini teknolojiye bırakmaktadır. Teknolojik gelişmeler sürecinde devletlerin bahsi geçen alanlarda otonom silah sistemleri kullanımı, her geçen gün artmaktadır. Lakin otonom silahların kullanımı ile ilgili çoğu uluslararası örgüt ve devlet nezdinde uluslararası düzenleme boşlukları doğduğu düşünüldüğü gibi bu boşlukların ne şekilde doldurulacağı da açık değildir. Bu çalışmada, belirtilen hukuki boşlukların doldurulup doldurulamayacağı, hangi tür uluslararası insancıl hukuk kurallarının uygulanacağı ve bu çerçevede ortaya çıkabilecek sorumluluk sorunu ele alınmaktadır.

Keywords

*Autonomous Weapon Systems,
International Humanitarian Law,
Artificial Intelligence,
Responsibility,
International Crimes.*

Abstract

Depending on common usage of the information and the communication technologies, technology addiction of the states, which improve their technologic infrastructure every passing day, also brines alone another risk field on their part at the same time. Taken advantage of the technology in every area, it is a primary importance for the states to obtain the most contribution in the defense and safety area. Every state is in need of to improve their military infrastructure constantly within the context of armed conflict and deterrence power. The most important thing to emerge in the development process of the technology and science is the need for human existence and contribution are gradually decreasing. We can say that technology gradually replaces humans in the

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 08.11.2023, Kabul Tarihi: 12.03.2024.

Bu çalışma İstanbul Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı bünyesinde, 13.06.2023 tarihinde tamamlanan “*Otonom Silah Sistemlerinin Kullanımının Uluslararası İnsancıl Hukuk Kuralları Çerçevesinde İncelenmesi*” başlıklı yüksek lisans tezi esas alınarak hazırlanmıştır.

^(**) Sorumlu Yazar.

war and also hot conflict. The usage of the autonomous weapon systems in the mentioned areas are increasing day by day in the development process of the technology. Nevertheless, there are regulation gap about the usage of the autonomous weapon systems in the presence of international organizations and states and it is not clear how to be filled. It is being discussed whether to be filled or not for these regulation gaps and what kind of international rules of law should be applied with its responsibilities in this study.

GİRİŞ

Kılıç, kalkan ya da top ve tüfek gibi geleneksel yöntem ve araçlar ile gerçekleşen savaşıardan; insansız çalışabilen ve kendi başına hedefe kilitlenerek hareket edebilen otonom silah sistemlerinin kullanılmaya başlandığı bir dönemde yaşamaktayız. Uluslararası alanda her geçen gün giderek savunma ve güvenlik konularında yapay zeka ve/veya otonom sistemlerin tartışıldığı görülebilmektedir. Söz konusu otonom sistemlerin teknolojisini elinde barındıran veya bu sistemlere sahip olmak için çalışmalarını sürdüren devletlerin ellerindeki bu imkânı silahlı çatışma veya savaşlarda kullanmak istemesi, aynı zamanda otonom silahlara yönelik kuralların oluşmasına engel olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna ek olarak, bu alanda faaliyetleri bulunan ya da etkin olma arzusu içinde olan uluslararası örgüt ve sivil toplum kuruluşu gibi aktörlerin de tanımlama yapma amacı taşıyan çalışmalar sürdürmesi nedeniyle henüz üzerinde uzlaşılmış ortak bir otonom silah sistemi tanımı yapılamamıştır. Bu belirsizliğin beraberinde bazı tartışmalar ve cevabını bekleyen sorular gelmektedir. Örneğin, insan aklı ve iradesinin belirleyici olmadığı bir durumda kendi kendine karar vererek uygulayan otonom bir silahın hukuka uygun olup olmadığı sorusu en merak uyandıranıdır. Yine kullanılan otonom silah sisteminin yol açtığı uluslararası hukuka aykırı bir eylemden doğan sorumluluğun kime/kimlere, nasıl atfedileceği de değerlendirilmesi gereken dikkat çekici hususlar arasında yer almaktadır.

Yukarıda belirtilen konular hakkında genel olarak uluslararası insancıl hukuk kuralları bağlamında inceleme ve araştırma yapılarak, cevap bulunması gerekmektedir. Ancak bugüne dek gerçekleştirilen saldırılara ilişkin olarak herhangi bir somut olayda işletilen bir yaptırım mekanizması henüz bulunmamaktadır. Dolayısıyla uygulamada sorumluluk sürecinin tam ve gereği gibi işletilememesi halinde yaşam hakkı başta olmak üzere birtakım insan hakları hukuku ve insancıl hukuk ihlallerinin ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Güncel gelişmeler bakımından ele almak gerekirse, yakın zamanda gerçekleşen çatışma örneklerinden İsrail'in Filistin'e, Rusya'nın da Ukrayna'ya karşı işlediği ileri sürülen insancıl hukuk ihlallerinde, otonom silahların kullanıldığı iddiaları ortaya atılmaktadır. Dolayısıyla, bu eylemlerin yasaklanmasına ilişkin bağlayıcı bir kuralın henüz bulunmaması, gerek bu ve benzeri tartışmaların gerekse mevzu bahis edilen ihlallerin daha da artacağı öngörüsünü beraberinde getirmektedir. Teknolojinin gösterdiği inanılmaz hızlı ilerlemenin uluslararası toplumu ve özellikle devletleri getirdiği bugünkü noktada, otonom sistemlerin askeri alanın her aşamasında kullanılmaya elverişli imkânlar sunması nedeniyle uygulamada karşılaşılan örneklerdeki artışın paralelinde bilimsel çalışmalarda da giderek inceleme alanı bulduğu görülmektedir. Söz konusu çalışmanın otonom silah sistemlerinin savaş veya silahlı çatışma zamanlarında kullanılması durumunda ortaya çıkabilecek insancıl hukuk ihlallerinin neler olabileceğine dair değerlendirmelere yer vermesi ve doktrinde bu alanda yapılmış çalışmalara ek olarak katkı sunabilmesi amaçlanmaktadır. Bununla birlikte, otonom silah sistemlerinin kullanımı nedeniyle doğabilecek sorumluluğun hangi durumlarda kimlere karşı ileri sürülebileceği meselesinin daha da önem arz ettiği düşüncesine dayanarak, bilhassa birtakım özel hususları ön plana çıkarmaktadır. Bu çerçevede sorumluluğun isnat edilebilmesi, isnat edilebildiği durumlarda belirli şartlara bağlı olarak kimlerin sorumluluğuna gidilebileceği konuları dikkate değer başlıklar arasında gelmektedir. Sorumluluk açısından özellikle bireysel olarak ve devlet sorumluluğu biçiminde bir ayırım gözetilmek suretiyle konunun kendi içeriği bağlamında doktrinde yapılan ve yapılacak çalışmalara katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

I. OTONOM SİLAH SİSTEMLERİ KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİM

Otonom silah sistemleri hakkında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Savunma Bakanlığı (*The U.S. Department of Defense—DoD*), İnsan Hakları İzleme Örgütü (*Human Rights Watch—HRW*) ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi (*International Committee of Red Cross—ICRC*) gibi çok sayıda devlet, uluslararası kuruluş ve sivil toplum kuruluşu tanımlama yapmış bulunmaktadır.

ABD Savunma Bakanlığı'nın otonom silah sistemleri hakkında hazırladığı direktife göre, otonom silah sistemleri bir kez etkinleştirildiğinde, devreye girip bir insan tarafından müdahale olmaksızın harekete geçen sistemler olarak tanımlanmaktadır. Yine bu sistemlerin içerisinde insan operatörler tarafından iptal edilme imkânı olan insan denetimli otonom silah sistemleri de yer almasına rağmen, daha fazla insan müdahalesi olmaksızın hedefleri seçerek devreye alınabileceği ifade edilmektedir¹. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere söz konusu silah sistemleri, ilgili Direktif tarafından insan denetimiyle hareket eden, yarı otonom ve tam otonom silah sistemleri olarak üç aşamada sınıflandırılmıştır².

ABD Savunma Bakanlığına göre, yarı otonom silah sistemleri, bir kez etkinleştirildiğinde, yalnızca bir insan kullanıcı tarafından seçilen ve programlanan hedeflere veya hedef gruplara saldırması amaçlanan bir silah sistemidir. Bu kapsamda, bunlarla sınırlı olmamak üzere, potansiyel hedeflerin ele geçirilmesi, izlenmesi ve belirlenmesi, kullanıcılarca potansiyel hedeflerin işaret edilmesi, seçilen hedeflere öncelik verilmesi, ateşleme zamanlaması veya angajman için münferit hedeflerin ve belirli hedef grupların seçilmesi kararı üzerinde insan kontrolünün muhafaza edilmesi şartıyla, seçilen hedeflere odaklanmak yer alır³. Direktif'e göre, insan denetimli otonom silah sistemleri ise bir silah sistemi arızası durumu da dâhil olmak üzere, büyük bir hasar meydana gelmeden önce müdahale etme ve çarışmaları sona erdirmeye yeteneği sağlamak için tasarlanmış otonom silah sistemidir⁴.

Otonom silah sistemleri, *ICRC* tarafından ise hedeflerini bağımsız olarak seçebilen ve saldırabilen silahlar olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımla birlikte *ICRC*, aynı zamanda otonom silah sistemlerini; hedefleri ele geçirme, takip etme, seçme ve saldırma gibi "kritik işlevlerde" özerkliğe sahip silah sistemleri şeklinde kriterlere de ayırmaktadır⁵.

ICRC, otonom silah sistemlerini üç ana kategoriye ayırarak açıklamıştır. Bunlardan ilki, doğrudan bir uzak operatör tarafından kontrol edilen uzaktan kumandalı veya uzaktan çalıştırılan sistemlerdir. İkincisi, harici kontrolden bağımsız olarak hareket edebilen, ancak yalnızca önceden tanımlanmış bir dizi programlanmış kurala göre hareket edebilen otomatikleştirilmiş sistemlerdir. Üçüncüsü ise programlama ve yazılımlarının geniş kısıtlamaları veya sınırları dâhilinde olsa da ayrıca bir kontrol olmaksızın hareket edebilen ve kendi eylemlerini tanımlayabilen otonom sistemlerdir. *ICRC*'ye göre otonom sistemlerde hedefleri seçmek ve saldırmak için gerekli kritik işlevlerin bulunması gerekmektedir. Bu kritik işlevler, otonom silah sistemi tarafından belirlenen hedef belirleme, izleme, seçme ve saldırı sürecindeki otonom düzeyidir⁶.

HRW ve Harvard Hukuk Fakültesi Uluslararası İnsan Hakları Kliniği (*The International Human Rights Clinic—IHRC*), otonom silah sistemlerini tanımlarken ve detaylandırırken robot kavramını kullanmıştır. Buna göre robotlar, temelde nasıl programlandıklarına bağlı olarak algılama ve hareket etme gücüne sahip makinelerdir. *HRW* ve *IHRC*'ye göre, insansız robotik silahlar, insan varlığı ve

¹ Department of Defense Directive, Autonomy in Weapon Systems, Number: 3000.09, 25.01.2023 (<https://www.esd.whs.mil/Portals/54/Documents/DD/issuances/dodd/300009p.PDF?ver=e0YrG458bVDI3-oyAOJjOw%3d%3d>, ET: 10.07.2023), s. 21.

² Department of Defense Directive, s. 5.

³ Department of Defense Directive, s. 23.

⁴ Department of Defense Directive, s. 22.

⁵ INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS: *Autonomous Weapon Systems: Technical, Military, Legal and Humanitarian Aspects*, 26-28 March 2014, Geneva, 2014 (<https://www.icrc.org/en/document/report-icrc-meeting-autonomous-weapon-systems-26-28-march-2014>, ET: 10.07.2023), s. 5.

⁶ *Autonomous Weapon Systems: Technical, Military, Legal and Humanitarian Aspects*, s. 62.

insanların eylemlere katılma durumuna göre üç kategoriye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki hedefleri seçebilen ve kuvvet uygulayabilen robotlardır. Bu robotlar, sadece insan komutuyla çalışabilmektedir. İkincisi, robotların hareketlerini geçersiz kılabilen bir insan operatörün gözetiminde hedefleri seçebilen ve kuvvet uygulayabilen robotlardır. Üçüncüsü ise herhangi bir insan etkisi olmadan hedef seçebilen ve kuvvet uygulayabilen robotlardır⁷.

HRW ve *IHRC*, yukarıdaki üç ayrımı yapmasının ardından tam otonom silahları, hem devre dışı silahları hem de bir insanın etkileşime girmesine izin veren ancak denetimi çok sınırlı olduğu için etkin bir şekilde devre dışı bırakılabilen silahlar olarak tanımlanmaktadır⁸.

A. Otomatik, Otomatikleştirilmiş ve Otonomi Ayrımı

Otomatik sistemler, diğer sistemlere göre daha basit bir sistem olup sadece bir insan tarafından başlatılan ve bitirilen döngüde hareket eden sistemlerdir. Bu doğrultuda otomatik silahlar ise diğer iki grupta yer alan silahlardan daha basit düzeyde olup bir insan kontrolünde olan silahlardır⁹.

Otomatikleştirilmiş sistemler ise önceden insan tarafından etkinleştirilmiş sistemlerdir. Bunlara örnek olarak anti-personel mayınları verilebilir. Bu konuda doktrinde “Ottawa Sözleşmesi” olarak adlandırılan 1997 tarihli Anti-Personel Mayınların Kullanımının, Depolanmasının, Üretimini ve Devredilmesinin Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşmesi’ne¹⁰ göre anti-personel mayınları, bir kişinin varlığı, yaklaşması veya etkileşimi ile patlayacak şekilde tasarlanmış mayın çeşidi olarak tanımlanmıştır. Sözleşme’ye göre, anti-personel mayın, bir veya birden fazla kişiyi öldürebilir veya yaralayabilecektir¹¹. Görüleceği üzere otomatikleştirilmiş silahlar, tek tip fonksiyonu bulan mekanik yapıya bağlı silahlardır¹².

Otonomi ise makinenin yerine getirdiği görev, makinenin bu görevi yerine getirirken insanla olan ilişkisi ve makinenin görevi yerine getirirken ortaya çıkan karar alma sistemi olmak üzere üç farklı olguyu içermektedir¹³. Otonominin ilk boyutu olan makinenin yerine getirdiği görevi yarı otonom, denetimli otonom ya da tam otonom olarak yerine getirebilmektedir¹⁴.

Yarı otonom sistemlerde makinenin bir görevi yerine getirmesinin ardından, söz konusu göreve devam edebilmesi için insanın göreve dâhil olması beklenmekle birlikte denetimli otonom sistemlerde makine kendi başına karar verip uygulayabilmektedir. Burada ise insan, makineyi gözlemler ve istediği zaman durdurur. İnsan müdahalesi olmadan tamamen kendi başına karar verip uygulayan makineler ise tam otonom sistemlerdir. Yarı otonom sistemlerde, döngü içinde insan bulunmakla birlikte “sez, karar ver, uygula” döngüsünden geçmektedir. Denetimli otonom sistemlerde ise döngünün üzerinde insan bulunmakla birlikte makine “sez, karar ver, uygula” döngüsünü kendi başına yapacaktır, insan döngüyü istediği zaman durdurabilecektir. Tam otonom sistemlerde insan, döngünün tamamen dışındadır. Makine, insan müdahalesi olmadan kendi başına “sez, karar ver, uygula” döngüsünden geçmektedir¹⁵.

⁷ HUMAN RIGHTS WATCH: *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*, International Human Rights Clinic, Harvard, 2012 (https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/arms1112_ForUpload.pdf, ET: 11.07.2023), s. 2.

⁸ *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*, s. 2-3.

⁹ TEKELİ, Melisa: *Askeri Sahada Yapay Zeka Kullanımının Gelişimi: Etik ve Hukuki Sorunlar*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 50.

¹⁰ Bu Sözleşme’ye Türkiye, 2003 yılında taraf olmuştur. Bkz. Anti-Personel Mayınların Kullanımının, Depolanmasının, Üretimini ve Devredilmesinin Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 4824, 12.03.2003 tarihli ve 15.03.2003/25049 sayılı Resmi Gazete, <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4824.html> (ET: 16.07.2023).

¹¹ The United Nations, Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, 18 September 1997 (https://treaties.un.org/doc/Treaties/1997/09/19970918%2007-53%20AM/Ch_XXVI_05p.pdf, ET: 11.07.2023), s. 2/1.

¹² GÜNEYSU, Gökhan: *Otonom Silah Sistemleri – Bir Uluslararası Hukuk İncelemesi*, Nisan Yayınları, Eskişehir, 2022, s. 28.

¹³ SCHARRE, Paul: *İnsansız Ordular Katil Robotlar, Otonom Silahlar ve Makine Savaşları*, (Çev.) ÇETİNALP, Kutsi Aybars, Kronik Yayınları, İstanbul, 2020 (İnsansız Ordular), s. 56.

¹⁴ SCHARRE, *İnsansız Ordular*, s. 58.

¹⁵ SCHARRE, *İnsansız Ordular*, s. 58-59.

B. Otonom Silah Sistemlerinin Tarihsel Gelişimi

Otonom silah sistemleri, yeni bir kavram olmayıp geçmişten günümüze kadar evrim göstermiştir. İlk insansız hava aracı (İHA) kullanımının, 22 Ağustos 1849 tarihinde Avusturalya'dan Venedik'e, içinde zaman fitilli bombalar bulunan balonların gönderilmesi olduğu kabul edilmektedir.¹⁶ İnsansız kara araçlarının (İKA) ise ilk kullanımı, Almanya'nın 1941'de Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'ni (SSCB) kuşatması sonrası, SSCB tarafından Finlandiya'ya karşı kullanılmıştır. Bahsedilen İKA, 1930'larda SSCB tarafından inşa edilmiş olup, başka bir tanktan radyo ile kontrol edilmektedir. 60 veya 100 kg (130 veya 220 lb) ağır ve şiddetli patlayıcı yüklü makineli tüfeklerle donatılmış olan bu İKA'lara Teletank adı verilmiştir¹⁷.

1978'de ABD tarafından Phalanx Yakın Çekim Silah Sistemi (CIWZ) adı verilen otomatik silah sistemi, denizden gelen tüm tehditlere karşı geliştirilmiştir. CIWZ, gemiye gelen füzeleri, uçak tehditlerini otomatik olarak algılayarak izlemekte ve var olan silah sistemi ile saldırmaktadır. Söz konusu silah sistemi, çeşitli savaşlarda da kullanılmıştır. Bunlardan biri, 17 Mayıs 1982'de Basra Körfezi'nde içinde CIWZ bulunan *USS Stark* isimli firkateyne Irak tarafından gönderilen iki *Exocet* tarafından vurulmuş olup, o sırada CIWZ beklemede kalıp karşı saldırı yapamamış ve 37 Amerikan Deniz Kuvvetleri personeli hayatını kaybetmiştir¹⁸. Yaşanan bu kayıpların ardından, daha fazla kayıpların olmaması için CIWZ'lerde teknik geliştirmeler yapılmıştır. Teknolojide yaşanan gelişmelerle birlikte günümüzde geliştirilmiş olan CIWZ; Kanada, Portekiz, Japonya, İngiltere¹⁹ gibi çok sayıda ülkenin donanmasında kullanılmaktadır²⁰.

Avrupalı bir füze şirketi *Minority Business Development Agency (MBDA)* tarafından geliştirilen, 1979'da Fransız Donanması'na katılan *Exocet* çeşitlerine göre yüzey gemilerinden, denizaltılardan, helikopterlerden ve sabit kanatlı uçaklardan fırlatılabilen gemi savar füzesi de otonom silah sistemlerinin gelişiminde ön sıradadır. *Exocet*, hedefini bulup vurmak için uçuşunun sonlarında aktif radar güdümünü açmaktadır²¹. Denizaltından fırlatılan *Exocet SM39*, denizde sıyrarak uçuş, katı yakıt ve yüksek öldürücü savaş başlığı özelliklerine sahiptir²². Havadan fırlatılan *Exocet* ise *Exocet AM39*'dur. Bu füzeler, saldırı uçaklarından, deniz karakol uçaklarından ve helikopterlerden fırlatılabilmektedir²³. Söz konusu *Exocet*, savaş ortamında ilk kez Falkland Savaşı'nda kullanılmıştır. 1982 yılında, İngiltere ve Arjantin arasında yaşanan savaşta İngilizler, Arjantin denizaltısı Santa Fe'ye saldırmışlardır. Bu saldırının ardından denizaltının batması üzerine Arjantin, Fransız yapımı *Exocet AM39* füzelerini, İngilizlerin Sheffield destroyerine göndermiş ve gemi 4 Mayıs 1982'de batmıştır²⁴.

ABD tarafından üretilen ve geliştirilen bir diğer araç, *RQ4 Global Hawk* isimli insansız hava aracıdır. 2001 yılından bu yana kullanılan araç, gece ve gündüz her türlü hava koşulunda, 30 saatten fazla uçuş süresince oldukça geniş ölçekteki arazilerin görüntülerini alabilmektedir²⁵. *Global Hawk*,

¹⁶ KAHVECİ, Muzaffer / CAN, Nazlı: "İnsansız Hava Araçları: Tariçesi, Tanımı, Dünyada ve Türkiye'deki Yasal Durumu", *Selçuk Üniversitesi Mühendislik, Bilim ve Teknoloji Dergisi*, 2017, Cilt 5, Sayı 4, s. 512.

¹⁷ Vikipedi, İnsansız Kara Aracı (https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nsans%C4%B1z_kara_arac%C4%B1, ET: 12.07.2023).

¹⁸ KELLEY, Stephen Andrew: *Better Lucky Than Good: Operation Earnest Will As Gunboat Diplomacy*, Naval Postgraduate School, Monterey, California, 2007, s. 40.

¹⁹ Navy Lookout, Last Ditch Defence—The Phalanx Close-in Weapon System in Focus, 10 August 2020 (<https://www.navylookout.com/last-ditch-defence-the-phalanx-close-in-weapon-system-in-focus/>, ET: 13.07.2023).

²⁰ Seaforces Naval Information, Mk-15 Phalanx close-in Weapon System (CIWS), 2015 (<https://www.seaforces.org/wpnsys/SURFACE/Mk-15-close-in-weapon-system.htm>, ET: 13.07.2023).

²¹ Wikipedia, Exocet (<https://en.m.wikipedia.org/wiki/Exocet>, ET: 13.07.2023).

²² Minority Business Development Agency, Exocet SM 39, 2018 (<https://www.mbda-systems.com/product/exocet-sm-39/>, ET: 13.07.2023).

²³ Exocet SM 39, s. 22.

²⁴ Imperial War Museums, A Short History of The Falklands Conflict (<https://www.iwm.org.uk/history/a-short-history-of-the-falklands-conflict>, ET: 14.07.2023).

²⁵ Northrop Grumman, Global Hawk: Vigilance for a Changing World (<https://www.northropgrumman.com/what-we-do/air/global-hawk/>, ET: 14.07.2023).

aracında silah sistemi bulunmamakta olup, söz konusu araç uzaktan bir operatör eşliğinde yönlendirilmektedir²⁶.

MQ-1 Predator ise ABD tarafından üretilen ve Hava Kuvvetleri ile Merkezi İstihbarat Teşkilatı (*Central Intelligence Agency—CIA*) tarafından kullanılan başka bir İHA olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu İHA, uzaktan kumanda edilen bir araç olup 1990'larda keşif ve gözlem amacıyla üretilmiştir²⁷.

Hava Kuvvetleri, İHA'ların bilgi işlem hızları ve kapasitesindeki gelişmeler sonucunda, 2047'de teknoloji ile gözlem (*observe*)-yönlendirme (*orient*)-karar (*decide*)-hareket (*act*) (*OODA*) döngüsünü tamamlama süresini mikro veya nanosaniyelere indirebileceğini ifade etmiştir. Bugünkü teknolojinin rolü ise dünyanın her adımında insanları katılmaya doğru yönlendirecektir²⁸.

Buradan anlaşılmaktadır ki teknoloji, hızlı bir gelişim seyri içinde, her alanda olduğu gibi, savunma ve silahlanma alanlarında paralel bir ilerlemeye katkıda bulunmaktadır. Bu şekilde devam ettiği sürece tam otonom silah sistemlerinin her türlü eylemi gerçekleştirme, karar verme ve kuvvet kullanma iradesini gösterme vb. gibi insan odaklı süreçlerde tam hâkimiyet sağlayacağı öngörüsü yanlış olmayacaktır.

II. OTONOM SİLAH SİSTEMLERİ İLE ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Otonom Silah Sistemlerine İnsancıl Hukuk Bağlamında Genel Bir Bakış

Otonom silahların ortaya çıkışı ve kullanım alanının hızlı gelişmesi, bu konuda düzenleme yapılması ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Birçok devlet, kurum, uluslararası örgüt ve sivil toplum kuruluşu, söz konusu teknolojilerin kullanımı ve yol açtıkları olumsuz sonuçlara karşı etkili hukuki rejim uygulanması konusunda çalışmalar yürütmektedir. Bugüne dek kapsamlı bir uluslararası anlaşmanın yapılamamış olması, bilhassa insancıl hukuk ihlallerine yönelik nasıl bir uygulama yapılacağına ilişkin tartışmalara neden olmaktadır.

ICRC'nin yaptığı çalışmalar sonucunda, bu tür ölümcül otonom silahların kullanılmasının, insanları savaş ya da çatışma ortamından uzaklaştırıp makinelere devrederek savaşta bir “paradigma kaymasını” temsil edeceği öne sürülmektedir. Buna göre, silah sistemlerinin kritik işlevlerinde artan özerklikle, insanların zaman ve mekân açısından hedeflerin seçiminden ve saldırılarından o kadar uzaklaştığı bir noktaya ulaşılabilir ki kuvvet kullanımına ilişkin insan kararları makine süreçlerinin yerini alır. Bu, kuvvet kullanımında ve insan yaşamının sona erdirilmesinde insanların rolü ve sorumluluğu hakkında derin ahlaki ve toplumsal sorunları gündeme getirmektedir²⁹.

Uluslararası insancıl hukuk, silahlı çatışma ya da savaşın yürütülme şeklini yöneten kurallar bütünü ifade eder. İnsancıl hukuk kurallarının amacı, mağdurlarını mümkün olduğunca koruyarak ve onlara yardım ederek çatışma ortamının neden olduğu acıyı sınırlamaktır. Bu nedenle, kuvvete başvurma gerekliliklerini veya yasallığını dikkate almadan savaş ortamını ele almaktadır. Uluslararası insancıl hukuk, anlaşmazlığın sadece beşeri kaygılarla ilgili hususlarını yönetmektedir³⁰.

²⁶ The U.S. Air force Official Website, RQ4 Global Hawk, October 2014 (<https://www.af.mil/About-Us/Fact-Sheets/Display/Article/104516/rq-4-global-hawk/>, ET: 14.07.2023).

²⁷ Wikipedia, MQ-1 Predator (https://tr.wikipedia.org/wiki/General_Atomics_MQ-1_Predator, ET: 14.07.2023).

²⁸ DONLEY, Michael B. / SCHWARTZ, Norton A.: “Unmanned Aircraft Systems Flight Plan 2009-2047”, 2009 (<https://nps.edu/documents/106607930/106914584/UAS+Air+Force+Roadmap+2009.pdf/179e02eb-a788-4a85-a791-c13c39640ac9>, ET: 15.07.2023), s. 41.

²⁹ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: *Autonomous Weapon Systems: Implications of Increasing Autonomy in the Critical Functions of Weapons, 15-16 March 2016*, Versoix, 2016 (<https://www.icrc.org/fr/publication/4283-autonomous-weapon-systems-implications-increasing-autonomy-critical-functions>, ET: 15.07.2023), s. 82.

³⁰ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: “Jus ad Bellum ve Jus in Bello”, 2010 (<https://www.icrc.org/en/document/jus-ad-bellum-jus-in-bello>, ET: 15.07.2023).

Otonom silah sistemlerinin, uluslararası insancıl hukuk kuralları içinde nerede yer aldığına ilişkin çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmalar daha çok Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarına İlişkin 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek 1977 tarihli I No'lu Protokol (I No'lu Ek Protokol) hükümleri ve Martens Kaydı doğrultusunda şekillenmektedir. Otonom silahların kullanılmasının insancıl hukuk üzerinde ne şekilde yansıma bulacağına ilişkin üç soru ortaya çıkmıştır:

Bu sorulardan ilki otonom silah aracılığıyla yurt dışında kuvvet kullanılmasının, uluslararası insan hakları hukukunun ülke dışında uygulanması için kendi başına yeterli olup olmadığı yönündedir. İkinci soru ise, bir otonom silahın, uluslararası silahlı çatışmayı kendi başına tetikleyerek uluslararası insancıl hukuku faaliyete geçirebilir, geçiremeyeceği üzerinedir. Üçüncü soru ise silahlı bir çatışma sırasında, bir otonom silah sistemi aracılığıyla kuvvet kullanımının ne zaman, düşmanlıkların yürütülmesi paradigması tarafından yönetilen bir savaş aracı kullanımı anlamına geleceği sorunsalı üzerinedir.

Bu üç soru otonom silahın kontrol ve kullanımındaki kasıt meselelerini sorgulamakta olup hangi kuralın geçerli olduğu konusunda bir anlaşma yoksa otonom silah sistemlerinin kullanımının yasallığını mevcut kurallar ışığında değerlendirmek gerektiği ileri sürülmektedir³¹.

İnsancıl hukuk kurallarına göre teknolojiye bağlı olarak yeni silahların yasal olup olmadığı, 1977 tarihli I No'lu Ek Protokol'ün 36. maddesinde belirlenmiştir. Herhangi bir savaş yöntemi ve aracı olarak yeni bir silahın araştırılması, geliştirilmesi, alınması ve elde edilmesinin her durumda Ek Protokol ve uluslararası hukukun diğer kurallarına uygun olması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla I No'lu Ek Protokol'e taraf devletler açısından ilgili düzenlemenin uygulama alanının oldukça geniş olduğu söylenebilir³². Her ne kadar durum böyle olsa da, sözü edilen düzenlemenin gerektirdiği inceleme ve değerlendirmenin geleneksel silahlar açısından yeterli görülebileceği, fakat otonom silah sistemleri açısından ise yeterli olmayabileceği de öngörülmektedir. Otonom silahların öğrenebilen sistemler olma özelliğinden yola çıkılarak yaşam döngüleri boyunca yasal inceleme gerektirdikleri ileri sürülmektedir. Bu nedenle gerek tasarım ve tedarik süreci gerekse gelişim ve kullanım sürecinde kapsamlı bir inceleme ve değerlendirme yapılması vurgulanmaktadır³³.

İnsancıl hukuk, gereğinden ağır yaralanmaya veya gereksiz ıstıraba neden olacak nitelikte herhangi bir silahı ve ayırım gözetmeyen veya aşırı derecede yaralayıcı etkilere sahip olabilecek her türlü silahı yasaklamaktadır. Bu durum, bir silahlı çatışmada taraflardan herhangi birinin her türlü savaş yöntemi kullanma konusunda sınırsız yetkili olmadığı ile ilgilidir³⁴. Örneğin anti-personel mayınların doğrudan veya dolaylı kullanımı, geliştirilmesi, üretimi, stoklanması, depolanması veya transferi yasaklanmıştır³⁵.

Bu doğrultuda otonom silah sisteminin yasaklanması için öncelikle gereksiz yaralanmaya veya gereksiz ıstıraba neden olacak nitelikte herhangi bir silahı ve ayırım gözetmeyen veya aşırı derecede yaralayıcı etkilere sahip olabilecek bir özelliği bulunup bulunmadığı kontrol edilmelidir. Bu fikri savunan yazarlar, otonom silahların sadece otonom olması sebebiyle, hukuk dışı kılınmayacağını savunmaktadır³⁶. Reddy ise I No'lu Ek Protokol'ün 36. maddesinin, otonom silahların geliştirilmesi, test

³¹ BREHM, Maya: "Defending the Boundary: Constraints and Requirements on the Use of Autonomous Weapon Systems Under International Humanitarian and Human Rights Law", *Geneva Academy Briefing*, 2017, Sayı 9, s. 26.

³² The International Committee of The Red Cross, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977 (<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>, ET: 16.07.2023), madde 36.

³³ COPELAND, Damian / LIIVOJA, Rain / SANDERS, Lauren: "The Utility of Weapons Reviews in Addressing Concerns Raised by Autonomous Weapon Systems", *Journal of Conflict & Security Law*, 2023, Cilt 28, Sayı 2, s. 288-289.

³⁴ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), madde 35.

³⁵ Anti-Personel Mayınların Kullanımının, Depolanmasının, Üretiminin ve Devredilmesinin Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun.

³⁶ ANDERSON, Kenneth / WAXMAN, Matthew C.: "Debating Autonomous Weapon Systems, Their Ethics, and Their Regulation Under International Law", *Washington College of Law Research*, 2017, Sayı 21 (Debating Autonomous Weapon Systems), s. 1105.

edilmesi ve konuşlandırılmasının her aşamasında uygulanacak uluslararası ilkeleri ortaya koyabileceğini ifade etmektedir³⁷.

Bazı Silahların Kullanımının Sınırlanması ya da Yasaklanmasına İlişkin Sözleşme (*Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons—CCW*) çerçevesinde uzmanlar tarafından yapılan toplantı sonrası oluşturulan taslak önerisinde, otonom bir silah sisteminin ayırım gözetme, orantılılık ve önlemlerle tutarlı olması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca söz konusu taslakta otonom bir silah tarafından saldırı hedefi, saldırı sırasında elinde mevcut bilgiler ışığında ve yeterli şekilde güvenli olarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁸. Burada karar verme, bir hedefin seçilmesi ve bu hedefe karşı vurucu askeri kuvvet uygulanması anlamına gelmektedir³⁹.

Hedef ise olası olduğu düşünülen tehdit için bir işlevi yerine getiren bir varlık veya nesne, nişan veya diğer eylem anlamına gelmektedir⁴⁰. Otonom silah sistemlerinde hedefleme süreci, kimi araştırmacılarca yasal, kimi araştırmacılarca ise etik tartışmalar üzerinden yorumlanmaktadır⁴¹. Bu değerlendirme ile otonom silah sistemlerinin, insancıl hukuk kurallarına uygulanması, insancıl hukukun temel ilkeleri olan siviller ve muhripler arasındaki ayırım gözetme ilkesi, savaş dışı kalanlara saldırma yasağı, gereksiz acı çekme yasağı, gereklilik ilkesi ve orantılılık ilkesi ile değerlendirilmesi gerekmektedir⁴².

B. Otonom Silah Sistemlerinin İnsancıl Hukukun Temel İlkeleri Çerçevesinde İncelenmesi

Savaş ya da silahlı çatışmaların hukuka uygun bir şekilde yürütülmesini sağlama amacı güden insancıl hukuk kurallarının, daha yerinde ve yaygın bir uygulamasını temin etmek amacıyla ICRC tarafından temel ilkelerin neler olduğu sorusuna cevap verilmektedir⁴³. Herhangi bir çatışma ortamında genel olarak mağdurların korunması veya mümkün olan en az zararı görmesini sağlamak, gereksiz acıların önlemek ve savaş yöntem ve araçların sınırsız olarak kullanımını sınırlamak amacıyla kabul edilen ayırım gözetme, orantılılık ve gereklilik ilkelerine doktrinde ve içtihatlarında da yer verilmektedir⁴⁴.

1. Ayırım Gözetme İlkesi

Ayırım gözetme, bir savaşçının, koşullar altında makul muhakemeyi kullanarak, hem muhripler ile siviller hem de askeri ve sivil nesnelere arasında ayırım yapmasını gerektirir. Otonom silah sistemlerinin kullanımı başlı başına yasa dışı olmasa da bunların yasal kullanımı açısından önemli bir yere sahiptir⁴⁵. Bu çerçevede herhangi bir silahlı çatışmada tarafların, daima muhripler ile sivilleri birbirinden ayırt etmesi ve bu kuralla mutlak surette saygı göstermesi beklenmektedir⁴⁶.

³⁷ REDDY, R. Shashank: "India and The Challenge of Autonomous Weapons", *Carnegie India*, 2016 (https://carnegieendowment.org/files/CEIP_CP275_Reddy_final.pdf, ET: 16.07.2023), s. 7.

³⁸ United Nations Office for Disarmament Affairs Documents Library, Draft Articles on Autonomous Weapon Systems – Prohibitions and Other Regulatory Measures on the Basis of International Humanitarian Law, 13 March 2023, s. 2 [https://docs-library.unoda.org/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_Group_of_Governmental_Experts_on_Lethal_Autonomous_Weapons_Systems_\(2023\)/CW_GGE1_2023_WP.4_Rev1.pdf](https://docs-library.unoda.org/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_Group_of_Governmental_Experts_on_Lethal_Autonomous_Weapons_Systems_(2023)/CW_GGE1_2023_WP.4_Rev1.pdf) (ET: 16.07.2023).

³⁹ DREMLIUGA, Roman: "General Legal Limits of the Application of the Lethal Autonomous Weapons Systems within the Purview of International Humanitarian Law", *Journal of Politics and Law*, 2020, Cilt 13, Sayı 2, s. 116.

⁴⁰ OFFICE OF THE CHAIRMAN OF THE JOINT CHIEFS OF STAFF: *DOD Dictionary of Military and Associated Terms*, The Joint Staff, Washington DC, 2021 (<https://irp.fas.org/doddir/dod/dictionary.pdf>, ET: 16.07.2023).

⁴¹ COFFIN, Andrew M.: *Lethal Autonomous Weapons Systems: Can Targeting Occur Without Ethical Decision-Making?*, United States Naval War College, Newport, 2019, s. 13.

⁴² INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: *Fundamentals of International Humanitarian Law*, (<https://casebook.icrc.org/law/fundamentals-ihl>, ET: 17.07.2023).

⁴³ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: *Basic Rules of International Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1988 (<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/basic-rules-ihl-311288.htm>, ET: 17.07.2023).

⁴⁴ COVERDALE, John F.: "An Introduction to the Just War Tradition", *Pace International Law Review*, 2004, Cilt 16, Sayı 2, s. 224; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>, ET: 17.07.2023), s. 78.

⁴⁵ ANDERSON / WAXMAN, *Debating Autonomous Weapon Systems*, s. 1106.

⁴⁶ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977 (https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0321.pdf, ET: 17.07.2023), madde 48, 51/2.

Silahlı bir çatışmanın katılımcıları, eylemlerini yalnızca askeri hedeflere yöneltmelidir. Bu ilke, herhangi bir sivil can kaybının veya sivil nesnelere verilen hasarın uluslararası insancıl hukukun ihlali olduğu anlamına gelmez; ancak savaşan taraflar, bu tür durumları en aza indirmekle yükümlüdür⁴⁷. Teknolojinin gelişimine bağlı olarak savaş yöntem ve araçlarında da ortaya çıkan yenilikten etkilenmiş bir ilke olarak ayırım gözetme ilkesinin zaman içinde ifade ettiği anlamın da değişim gösterdiği kabul edilmektedir. Sivillerin ve sivil hedeflerin koruma altına alınması amacını güden bahsedilen temel ilke ile günümüz şartlarında daha nitelikli bir korumaya ihtiyaç duyduğu, bu nedenle öneminin de arttığı söylenebilir⁴⁸. Ayırım gözetme ilkesi doğrultusunda otonom silah tarafından hedef alınan hedef alanını kapsayan kişi ve nesnelere üç kategori içinde değerlendirilmekte olup bu kişiler; silahlı kuvvetler mensupları, siviller ve bir organize silahlı grubun üyeleri şeklinde belirlenmektedir⁴⁹.

Her türlü silah kullanımı açısından geçerli olduğu üzere otonom silahlar açısından da geçerli olan ayırım gözetme ilkesine göre, doğası gereği, otonom silahların askeri ve sivil hedefleri birbirinden ayırabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Genel olarak az sayıda silah teknolojisinin doğası gereği ayırım gözetemeyecek biçimde nitelendirildiği, önemli olan hususun ise ayırım gözetebilecek silahların buna aykırı bir şekilde kullanıldığıdır. Otonom silahlar açısından bu yönde tartışmaların bulunduğu söylenebilir⁵⁰.

Ayırım gözetme ilkesinin silahlı kuvvetler mensuplarına karşı uygulanması, resmî askeri kıyafet kullandıklarından daha kolaydır. Ancak siviller açısından kuralın uygulanması karmaşık hâle gelmektedir. Bilhassa çatışmalara doğrudan katılarak korumadan yararlanamayacak olup saldırıların hedefi hâline gelen sivillerin durumu önem arz etmektedir. Normal bir sivil ile böyle bir yasal hedef hâline gelen sivil arasında ayırım yapmanın durumsal farkındalığa ve zihin teorisine dayandığı, karşıdaki kişinin niyetini ve muhtemel davranışlarını tahmin etmeye dayandığı ileri sürülmektedir. Doktrinde otonom silahların ayırım gözetme ilkesine genel olarak uyumlu olduğu ancak ahlaki olarak yeterli görülmediği iddia edilmektedir. Bir başka deyişle, ölümcül kuvvet uygulama kararının alınmasında ahlaki sorunlar nedeniyle bahsi geçen ilkeye uygun düşmediği belirtilmektedir⁵¹. Yine benzer şekilde az sayıda ikincil hasar olarak sivil kaybı ve hasara neden olunan örnekler bulunsa da otonom silahların ayırım gözetme ilkesine uygun olduğu savunulmaktadır. Zira uygulamada, insanlardan daha hızlı ve ileri seviyede olan otonom sistemler sayesinde söz konusu ilkenin daha hassas bir şekilde ve daha doğru yerine geldiği ifade edilmektedir⁵².

Doktrinde her ne kadar ayırım gözetme ilkesine uyumlu olduğu konusunda görüşler ve sonuçlar bulunsa da bazı hususlarda sorunların devam ettiği düşünülmektedir. Öncelikle savaş taktiklerinin güncel olarak çok değişkenlik gösterdiği ve klasik olarak muharip-savaşçı kavramının iç içe geçtiği bir uygulamanın ortaya çıktığı iddia edilmektedir. Teröristler ya da isyancılar gibi asimetrik yöntem ve araçlara başvuran ve siviller ile karıştırılmaya müsait silahlı grupların gerçek sivillerden ayırt edilmesi daha da hassas hâle gelmiştir. Daha sonra otonom silah sistemlerinin kasıtlı olarak yanıtlanabilme imkânları bulunmaktadır. Teknolojik olarak buna karşı önlem alınabilirse de her otonom silah sisteminin kullanıldığı durum ve şartlara göre tasarlanması ve ayarlanması gerektiği ileri sürülmektedir⁵³.

⁴⁷ DREMLIUGA, s. 117.

⁴⁸ SCHMITT, Michael N.: "The Principle of Discrimination in 21st Century Warfare", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 1999, Cilt 2, Sayı 1, s. 152.

⁴⁹ COFFIN, s. 21.

⁵⁰ ANDERSON / WAXMAN, *Debating Autonomous Weapon Systems*, s. 1105.

⁵¹ COFFIN, s. 16.

⁵² KELLENBERGER, Jakob: "International Humanitarian Law and New Weapon Technologies, 34th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law San Remo, Italy, 8–10 September 2011", *International Review of the Red Cross*, 2012, Cilt 94, Sayı 886, s. 812.

⁵³ EYKHOLT, Kevin / EVTIMOV, Ivan / FERNANDES, Earlene / LI, Bo / RAHMATİ, Amir / XIAO, Chaowei / PRAKASH, Atul / KOHNO, Tadayoshi / SONG, Dawn: "Robust Physical-World Attacks on Deep Learning Visual Classification", *Conference on Computer Vision and Pattern Recognition*, IEEE/CVF, Salt Lake City, 2018, s. 1628; DREMLIUGA, s. 118.

Nihayetinde ayırım gözetme ilkesi uyarınca, saldıran bir devlet, saldırı başlamadan önce askeri hedefler ile sivil nesnelere arasında ayırım yapmalıdır. Bu doğrultuda, ayırımın doğru yorumlanması belli bir hedefin öldürücü kuvvetle karşı karşıya gelmesine olanak sağlar. Bu nedenle sözü edilen ilke, Afganistan'da kalabalık bir pazarda, Yemen'de bir camide veya Pakistan'ın aşiret bölgesinde bir gece düğünde hedef alma gibi eylemleri desteklemeyecektir. Sivil yerleşim yerlerine yönelik, binlerce mil uzakta olan uzaktan kumandalı *Hellfire* füzelerinin operasyon merkezlerinden ateşlenmesi, ayırım gözetme ilkesi kapsamında insancıl hukuk ihlali olarak kabul edilmelidir⁵⁴.

2. Orantılılık İlkesi

İnsancıl hukukta orantılılık ilkesi, sivillerin yaşam hakkı ihlallerini ve öngörülen askeri avantaja göre aşırı sayılan ihlalleri ve sivil mülkiyete zarar verilmesini önlemektedir. Bu ilke ile kayıp ve zararların hepsinin birlikte oluşmasına neden olacak eylemlerden ve karar vermektan kaçınılmaktadır⁵⁵. Beklenen askeri avantaj ile olası sivil zarar arasındaki müzakere için gereken zihinsel operasyon, koşulların bir bütün olarak değerlendirilmesi gereken karmaşık, değere dayalı, vaka bazında karar vermeyi içerir⁵⁶.

Otonom silah sistemlerinin orantılılık ilkesine uygunluğu hususunda, belirli bir otonoma sahip olsalar da, kullanıcıları tarafından sivillerin varlığına bağlı olarak beklenmedik kayıplara karşı muhakereme yapmaları beklenmektedir. Başta beklenen askeri avantaj olmak üzere çevre faktörleri vb. gibi birçok etkene bağlı olarak değerlendirme yapmanın zorlaştığı, yasal olup olmadığının tespitinde kullanıcının vereceği tercihe bakılabileceği ifade edilmektedir. Ancak otonom silahların rahatlıkla sınırlı bir uygulamaya göre ayarlanabileceğinden hareketle, orantılılık ilkesine uygun olduğu savunulmaktadır⁵⁷. Buna karşılık *HRW* tarafından hazırlanan bir çalışmada bir kısım akademisyen ve uzmanlara göre ise otonom silah sistemleri, oldukça fazla sayıda unsur bakımından programlanmaktadır. Bu durum söz konusu sistemlerin, orantılılık ilkesinin bir gereği olarak bir insan gibi muhakeme yapma ve karar verme gibi psikolojik analiz süreçlerine uygun olmadığını göstermektedir⁵⁸.

Sassoli, orantılılık ilkesini uygularken otonom bir silah sisteminin karşılaşacağı en büyük zorluğun, siviller ve sivil nesnelere için risklerin değerlendirilmesiyle değil, beklenen askeri avantajın değerlendirilmesiyle bağlantılı olduğunu savunmaktadır. *Sassoli*'ye göre, siviller üzerinde hiçbir etkinin olmadığı veya açıkça göz ardı edilebilir bir etkinin öngörülmediği durumlar dışında, bir makine mükemmel bir şekilde programlanmış olsa bile, askeri operasyonlar ve planlar hakkında sürekli olarak güncellenmedikçe orantılılık ilkesi uygulanamayacaktır⁵⁹.

Boothby ise planlanan saldırı sonucunda muhtemelen belirli bir oranda sivil yaralanma veya hasara ilişkin bir beklenti ya da öngörü ortaya çıksa da, saldırıdan elde edilecek askeri avantajın dikkate alınmasını savunmuştur. Bu doğrultuda sivil zayıfın askeri avantaja göre aşırı olup olmadığına karar vermek için, doğası gereği farklı ve ölçülemez kavramlar arasındaki ilişkinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu kaynakların ölçülememesi de insan karar vericilerin işini zorlaştırmaktadır⁶⁰. *Boothby*'e göre uydulardan, insanlı ve insansız bilgi toplayan uçaklardan, insan istihbaratından ve diğer kaynaklardan alınan bilgiler ile sivil yaralanma veya hasar, görevden önce belirlenebilecektir. Algoritma yazılımının tanımlamak için tasarlandığı gibi, bir nesnenin saldırısından beklenecek jenerik as-

⁵⁴ GHOSHRAJ, Saby: "Targeted Killing in International Law: Searching for Rights in The Shadow of 9/11", *Indiana International & Comparative Law Review*, 2014, Cilt 24, Sayı 2, s. 399.

⁵⁵ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, madde 51/5-b, 57/2/a/iii

⁵⁶ GEISS, Robin: *The International-Law Dimension of Autonomous Weapons Systems*, Friedrich-Ebert Stiftung, Bonn, 2015, s. 15.

⁵⁷ ANDERSON / WAXMAN, *Debating Autonomous Weapon Systems*, s. 1107-1108.

⁵⁸ Losing Humanity: The Case Against Killer Robots, s. 32-33.

⁵⁹ SASSOLI, Marco: "Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified", *International Law Studies*, 2014, Cilt 90, s. 332.

⁶⁰ BOOTHBY, William H.: *Conflict Law: The Influence of New Weapons Technology: Human Rights and Emerging Actors*, Springer, The Hague, 2014, s. 110.

keri avantaj önceden bilinebilir ve bu, ikincil hasar tahmininin görünürdeki güvenilirliği ile birleştiğinde, orantılılık için bir temel oluşturabilecektir⁶¹.

Bir diğer açıdan otonom sistemlerin orantılılık ilkesine uygun olabilmesi için elde edilmek istenen askeri avantaja kıyasla, olası sivil kayıplarının orantısını bağımsız olarak analiz etmesi gerektiği savunulmaktadır. Dolayısıyla ne zaman aşırı bir sivil kayba ya da hasara yol açtığını belirleyebilmesi gerekmektedir. Ancak, tüm askeri stratejinin, taktiklerin ve operasyon konularının otonom sistemler tarafından bilinmesinin ve anlayabilmesinin mümkün olmadığı iddia edilmektedir. Bu nedenle söz konusu silah sistemlerinin orantılılık ilkesine uygun olması bakımından mutlaka bir insan müdahalesine ihtiyacı olduğu ileri sürülmektedir⁶². Yine de teknolojik ilerlemeler ışığında imkânların daha da zorlanabileceği ve otonom sistemlerin kullanımında orantılılık analizinde iyileştirmeler yapılabileceği tartışılmaktadır. Otonom sistemlere hedefleme yazılımlarına taktiksel düzeyde oldukça büyük hacimli örneklem ve orantılılık hesaplamalarının yüklenebileceği, bu sayede orantılılık analizlerinde iyileştirmeler sağlanabileceği öngörülmektedir. Kendi kendine öğrenebilme yeteneği sayesinde söz konusu sistemlerin bu orantılılık analizlerine dayanarak kendisini geliştirebileceği ve daha makul, kabul edilebilir bir anlayış ortaya koyabileceği iddia edilmektedir⁶³.

3. Askeri Gereklilik İlkesi

İnsancıl hukuk açısından temel nitelikte bir diğer ilke olan askeri gereklilik ilkesi, modern savaş hukukunda önemli bir yere sahiptir. Doğasında barış dönemine geri dönmeyi imkânsız hâle getirecek hiçbir bir davranışın bulunmadığı söz konusu ilke, aynı zamanda acımasızlık ve zulüm içeren hiçbir davranışı kabul etmemektedir. Bu bağlamda düşmanı en kısa zamanda yok etmek amacıyla alınması gerekli ve orantılı her türlü önlemin askeri gereklilik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür⁶⁴. Bununla beraber insancıl hukukun temelinde insancıl düşünceler ve insanlık ilkesi ile askeri gereklilik ilkesi arasında var olan bir dengenin bulunduğu ileri sürülmektedir. ICRC, yukarıda ifade edildiği gibi, düşmanı zayıflatmak için gerekli önlemlerin alınması anlamına gelen askeri gereklilik ilkesi ile insancıl zorunlulukların daima karşı karşıya geldiğini ifade etmektedir⁶⁵.

Doktrinde, otonom silah sistemlerine savaş ya da silahlı çatışma ortamında kuvvet kullanma iradesi ve kontrolü bırakıldığında, askeri gereklilik ile insani zorunluluklar arasında belirtilen dengeye gölge düşebileceği savunulmaktadır⁶⁶. HRW'ye göre yukarıda belirtilen iki unsur arasındaki dengenin, değer yargıları temelinde yapılan bir muhakemeyi gerektirmesi nedeniyle, söz konusu sürecin subjektif bir analize dayandığı belirtilmektedir⁶⁷. Bu nedenle askeri gereklilik ilkesi ile insancıl zorunluluklar arasındaki bahsedilen etkileşimin sonucunda otonom silah sistemlerinin askeri gereklilik ile uyum sağlayamayacağı düşünülmektedir⁶⁸. Buna karşılık doktrinde, söz konusu değerlendirmeye dikkat çekilerek, askeri gereklilik ilkesinin doğru yorumlanmadığı ileri sürülmektedir. Otonom sistemlerin, insanlı sistemlerden farklı olarak herhangi bir aşırılığa yol açamayacağından bahisle, sözü edilen silah sistemlerinin hukukiliğinin değerlendirilmesinde askeri gereklilik oldukça az bir etkiye sahip olmaktadır⁶⁹.

⁶¹ BOOTHBY, s. 111.

⁶² EGELAND, Kjølsv: "Autonomous Weapon Systems Under International Humanitarian Law", *Nordic Journal of International Law*, 2016, Cilt 85, Sayı 2, s. 16; DREMLIUGA, s. 118.

⁶³ BOOGAARD, Jeroen van den: "Proportionality and Autonomous Weapons Systems", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2015, Cilt 6, Sayı 2, s. 275.

⁶⁴ CARNAHAN, Burrus M.: "Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity", *The American Journal of International Law*, 1988, Cilt 92, Sayı 2, s. 213-216.

⁶⁵ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: *Military Necessary*, (https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/military-necessity, ET: 18.07.2023).

⁶⁶ EGELAND, s. 17.

⁶⁷ *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*, s. 34.

⁶⁸ COFFIN, s. 14.

⁶⁹ SCHMITT, Michael N. / THURNHER, Jeffrey S.: "Out of the Loop: Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict", *Harvard National Security Journal*, 2013, Cilt 4, Sayı 2, s. 258-259.

III. OTONOM SİLAH SİSTEMLERİNDEN KAYNAKLANAN İNSANCIL HUKUK İHLALLERİ VE SORUMLULUK

Teknolojinin gelişimine paralel olarak devletlerin aralarında ortaya çıkan rekabet ortamında, “dünyaya hükmetme” düşüncesi içinde olan devletler, insancıl hukuk kurallarını arka plana atarak hareket edebilmektedir. Bu konuda birtakım çalışmalar yapılmış olsa da henüz çözüme ulaşılabilmemiş değildir. Uluslararası insancıl hukuk kuralları, her şeyden evvel herhangi bir silahlı çatışma ortamında, sivillerin korunmasına odaklanan ve/veya ağırlık veren kurallardan oluşmaktadır. Otonominin gelişimi ile birlikte otonom silah sistemleri, insancıl hukuk kuralları ile birlikte ele alınarak analiz edilmektedir.

Otonom sistemlerin teknolojinin dinamik bir gelişim seyri içinde daha da hassas ve isabetli bir kullanım imkânı sunacağı öngörülmektedir. Böylece çatışma sahasında, insani duygulara sahip olmalarına rağmen, sözü edilen sistemlerin daha ahlaki davranışlar gösterebileceği savunulmaktadır. Ancak farklı kategorilerdeki otonom silah sistemlerine ilişkin çalışmalar ve istatistiklere dayanarak sivil kayıpların insanlı sistemlere nazaran çok daha fazla görüldüğü anlaşılmaktadır⁷⁰. Bu durumda, otonom sistemlerin münhasıran uluslararası hukuk kuralları ile düzenlenmemiş olsalar da herhangi bir ihlale yol açabilecekleri ve bunun sonucunda sorumluluk sorunu ile karşı karşıya kalılabileceği ortaya çıkmaktadır. Bu başlık altında insancıl hukuka aykırı davranışların yol açtığı ihlaller ve doğabilecek sorumluluğa ilişkin değerlendirmelere dikkat çekilmektedir. Uluslararası insancıl hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle ortaya çıkabilecek ihlaller, barışa karşı suçlar, savaş suçları ve soykırım suçlarıdır.

A. Otonom Silah Sistemlerinin Yol Açtığı İnsancıl Hukuk İhlalleri

1. Barışa Karşı Suçlar

Barışa karşı suçlar yani saldırı suçu, insancıl hukuk kurallarının ihlali neticesinde ortaya çıkan suçlardan biridir. Belirli bir tanımı bulunmayan saldırı suçu, uluslararası alanda birçok aktör tarafından farklı şekilde tanımlanmıştır.

Roma Statüsü'nün beşinci maddesinde, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisininin 121 ve 123. maddeler kapsamında değerlendirileceği belirtilmektedir⁷¹. Bu nedenle Mahkemenin, bu suça ilişkin yetkilerini hangi hâllerde kullanacağı belirlendikten sonra uygulama yapılacağı ifade edilmiştir. Mahkemenin vereceği hükmün, Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın ilgili hükümleri ile uyumlu olması gerektiğini belirtmiştir⁷². Burada saldırı suçunun tanımı yapılmamış olup, Statü'nün 123/1. maddesine göre, Sözleşme'nin kabulünden 7 yıl sonra yapılacak olan Gözden Geçirme Konferansı ile saldırı suçunun tasnifine değinileceği düzenlenmiştir. Bunun üzerine toplanan UCM Hazırlık Komisyonu, uzlaşılardan sonucunda saldırı suçunu tanımlamıştır. Buna göre bir devletin hem siyasi hem de askeri eylemlerini yöneten veya yoğun olarak kontrol eden bir kişi, devletin alanı içinde gönüllü olarak ve bilerek herhangi bir saldırı eylemi gerçekleştirebilir. Herhangi bir saldırının başlatılması bağlamında “doğası gereği ciddi” ise BM Şartı'nın ciddi bir ihlali olacaktır. Bir diğer ifadeyle bir infaza ilişkin verilen emirden veya infaza aktif olarak katılması durumunda saldırı suçundan sorumlu tutulacaktır⁷³. Bu durumda söz konusu eylemlerin niteliği, ağırlığı ve kapsamı itibarıyla BM Şartı'nın belirgin şekilde ihlalini oluşturması gerektiği de unutulmamalıdır⁷⁴.

⁷⁰ ARKIN, Ronal C.: “Governing Lethal Behavior: Embedding Ethics in a Hybrid Deliberative/Reactive Robot Architecture Part I: Motivation and Philosophy”, *3rd ACM/IEEE International Conference on Human-Robot Interaction (HRI)*, IEEE, Amsterdam, 2008 (<https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=6249424>, ET: 18.07.2023), s. 124.

⁷¹ International Criminal Court Official Web Site, “Rome Statute of the International Criminal Court”, 1998 (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>, ET: 18.07.2023), madde 121, 123.

⁷² Rome Statute of the International Criminal Court madde 5.

⁷³ KRESS, Claus / VON HOLTZENDORFF, Leonie: “Saldırganlık Suçunda Kampala Uzlaşması”, (Çev.) ERDÖZEN, Ozan, *Küresel Bakış*, 2011, Cilt 1, Sayı 2, s. 18.

⁷⁴ Saldırı suçuna dair tarihsel geçmiş olarak yapılmış tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DÜLGER, Kenan: *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015 (Devletin Sorumluluğu), s. 192-198.

BM Şartı'nda meşru müdafaa hakkını düzenleyen hükümde saldırı suçu ifade edilirken “silahlı saldırı” ibaresi kullanılmaktadır⁷⁵. Doktrinde özellikle burada ifade edilen ‘silahlı saldırı’ teriminin ne anlama geldiği ve ne şekilde yorumlandığı netleştirilmediğinden tartışmalıdır.

Ruys, BM Şartı'nın 51. maddesinin hükümlerine, özellikle de meşru müdafaa'nın doğal niteliğine ve “silahlı saldırı” ifadesine ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Söz konusu düzenlemede meşru müdafaa'nın yalnızca geçici bir tedbir olarak görüldüğünü ifade eden *Ruys*, silahlı saldırı gerekliliğini üç yönlü bir bakış açısı ile analiz etmektedir. Bunlardan ilki, konu bakımından hangi eylemlerin silahlı saldırı olarak sayıldığına ilişkindir. İkinci olarak zaman bakımından silahlı bir saldırının ne zaman gerçekleştiğine ilişkindir. Son olarak ise kişi bakımından saldırının kimden geldiğine ilişkin olmaktadır⁷⁶. Otonom silah sistemlerinin yazılımlarına ve programlanmalarına bağlı olarak hem askeri hem sivil nitelikte olabilecek durumlarda muhtemel hedeflerin tespit edilmesinde büyük sıkıntılar yaşanabileceği ileri sürülmektedir. Ayırt etme ilkesi ile birlikte düşünülmesi gereken söz konusu meselede, hatalı kararlar verilebileceği ve otonom sistemlerin bir silahlı çatışmayı tetikleyebileceği öngörülmektedir⁷⁷.

Silahlı saldırının iki faktörü olduğunu belirten *Ruys*'a göre bu faktörler, saldırıların ölçeği ve/veya etkileri ile saldırganın niyetini ve/veya güdülerini içermektedir⁷⁸. Ona göre, “kuvvet kullanma” ve “silahlı saldırı” kavramları arasında belli bir boşluk bulunmaktadır. Ancak hukuka aykırı kuvvet kullanımı asgari bir ağırlığa ulaştığında “silahlı saldırı” olarak nitelendirilmelidir⁷⁹.

May ise saldırganlık suçunun koşulu olarak saldırganlık eyleminin gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre saldırı eyleminin bir birey tarafından gerçekleştirilemeyeceği belirtilerek, saldırı eyleminin toplu bir eylem olduğu savunulmaktadır⁸⁰.

Avrupa Birliği'ne (AB) üye devletler de “silahlı saldırı” kavramının ne demek olduğuna ilişkin ve silahlı saldırıya eklenmesi gereken bazı eylemlerden de bahsetmektedir. Avrupa Birliği Antlaşması ise saldırı suçunu, silahlı saldırı olarak değerlendirmektedir. Buna göre AB'ye üye olan bir devletin toprak bütünlüğüne yönelik silahlı saldırı durumunda, AB'ye üye olan diğer devletlere sorumluluk yüklenmektedir. Bu sorumluluk gereği üye devletler, BM Şartı'nın 51. maddesine uygun olarak saldırıya maruz kalan ülkelere kendi imkanları dâhilinde yardım edecek ve destek sağlayacaktır⁸¹.

Söz konusu tanımlama, devletler tarafından yeterli bulunmamış olup silahlı saldırı ifadesinin içine siber ve terör saldırılarının da dâhil edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda ABD, silahlı saldırı hususuna siber saldırının da eklenmesi gerektiğini, kendilerine yönelik siber saldırı olması durumunda meşru müdafaa kapsamında cevap vereceklerini ifade etmiştir⁸². Fransa, bir siber saldırının, fiziksel kuvvet kullanımından kaynaklananlarla karşılaştırılabilir bir ölçek ve şiddette olması hâlinde, silahlı bir saldırı teşkil edeceğini ifade etmiştir⁸³. Görüleceği üzere meydana çıkan belirsizlik, devletleri kendi başlarına hareket etmeye zorlamaktadır. Doktrinde ise bir devletin uluslararası hukuka aykırı-

⁷⁵ The United Nations Charter (<https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>, ET: 18.07.2023), madde 51.

⁷⁶ RUYS, Tom: *Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 126.

⁷⁷ AKKUŞ, Berkant: “Uluslararası İnsancıl Hukukun İnsandışılaştırılması: Otonom Silah Sistemlerinin Uluslararası İnsancıl Hukuk Üzerindeki Potansiyel Etkisi Üzerine Bir Analiz”, *Güvenlik Çalışmaları Dergisi*, 2022, Cilt 24, Sayı 2, s. 180.

⁷⁸ RUYS, s. 139.

⁷⁹ RUYS, s. 176.

⁸⁰ MAY, Larry: *Aggression and Crimes Against Peace*, Cambridge University Press, New York, 2008, s. 209-210; HAJDIN, Nikola R.: “The Actus Reus of the Crime of Aggression”, *Leiden Journal of International Law*, 2021, Cilt 34, Sayı 2, s. 500.

⁸¹ Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, 2011 (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, ET: 19.07.2023), Madde 42/7.

⁸² THE WHITE HOUSE: *International Strategy For Cyberspace*, 2011 (https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/rss_view/r/international_strategy_for_cyberspace.pdf, ET: 19.07.2023), s. 14.

⁸³ Self-Defence, International Cyber Law in Practice Interactive Toolkit ([https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/Self-defence#France_\(2019\)](https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/Self-defence#France_(2019)), ET: 19.07.2023).

lık teşkil eden ve saldırganlık olarak nitelendirilebilen bir eylemi herhangi bir devlete yönelik gerçekleştirilmesi biçiminde bir tanımlama yapılmaktadır⁸⁴.

2. Savaş Suçları

Roma Statüsü'nün sekizinci maddesinde savaş suçları ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Buna göre, öncelikle 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlallerini oluşturacak şekilde koruma altına alınmış kişi ya da nesnelere yönelik eylemlerin uluslararası silahlı çatışmalarda işlenmesi halinde savaş suçu ortaya çıkmaktadır. Buna ek olarak uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak üçüncü maddesinin ağır ihlalleri de savaş suçunu oluşturmaktadır. Başka bir deyişle silahlarını bırakanlar ve yaralanmış olanlara, gözüaltına alınanlara, hastalık veya başka bir nedenle savaş dışında kalanlara yönelik ihlaller, mevcut uluslararası hukuk çerçevesinde savaş suçu olarak kabul edilmektedir⁸⁵. Aynı zamanda, gerek uluslararası silahlı çatışma gerekse uluslararası olmayan silahlı çatışmada uygulanabilen savaş hukukuna ilişkin örf ve adetlerin de ağır ihlalleri bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu hâliyle Roma Statüsü'nde savaş suçu bakımından silahlı çatışmanın niteliğine ilişkin bir ayırım gözetilmemiştir⁸⁶.

Dört ayrı sözleşme ile oluşturulan Cenevre Sözleşmeleri, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hazırlanan savaş ve/veya silahlı çatışmanın kurallarını etkin şekilde ortaya koyan sözleşmelerdir. Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, hasta ve yaralıların durumlarını, savaş esirlerine yapılacak muameleleri, savaş sırasında bulunan sivillerin korunmasına ilişkin hükümler içermekle birlikte taraf devletlere ihlal durumunda ağır yaptırımlar uygulanacağını hüküm altına almıştır⁸⁷. Ancak söz konusu düzenlemelerde, teknolojinin gelişmesiyle ortaya çıkan otonom silahlarla işlenebilecek savaş suçlarına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

Doktrinde otonom silahların savaş suçlarında kullanılmasına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, otonom silah sistemlerinin kullanımının savaş suçlarının işlenmesine yol açabileceğini ve insancıl hukuka aykırı olabileceğini vurgulamaktadır. Örneğin *Scharre*, otonom silahın arıza durumunda yanlış hedeflere yönelmesi nedeniyle, büyük hasarlara yol açabileceğini savunmaktadır. Ayrıca otonom bir silah, potansiyel olarak geniş bir alanda şarjörünü tüketene kadar uygun olmayan hedeflere saldırmaya devam edebilir. Bu durumda otonom silahların savaş suçlarını işleyebileceğini ifade etmiştir. Ancak insan denetimli otonom silahlarla gerçekleştirilen eylemlerde, silahın arıza durumunda insanın müdahalesi ile beklenmedik hasarın azalabileceği *Scharre* tarafından savunulmaktadır⁸⁸. *Özer*, benzer şekilde, otonom silahın teslim olma niyetinde olan bir savaşanın ayırımını yapamayarak zarar vermesi durumunda savaş suçunun işlenebileceğini ifade etmiştir. Ancak insanın döngüde olması durumunda, ihlallerin önlenmesinin mümkün olduğunu savunmuştur⁸⁹.

Diğer taraftan bazı yazarlar ise otonom silah sistemlerinin savaş hukukuna uygun şekilde kullanılabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, otonom silahlar insan müdahalesinin olmaksızın hedef tespiti ve saldırı kararlarında daha hassas ve hızlı olabilir, böylece sivil kayıpların azaltılmasına ve askeri operasyonların etkinliğinin artırılmasına katkıda bulunabilecektir. *Anderson*, otonom silahların kullanımının savaş hukukuna uygun olabileceğini savunmaktadır. Yazar, otonom silah sistem-

⁸⁴ SHAW, Malcolm N.: *International Law*, 6. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 439; HILLIER, Tim: *Sourcebook on Public International Law*, Cavendish, London, 1998, s. 674.

⁸⁵ Rome Statute of the International Criminal Court, madde 8

⁸⁶ CRYER, Robert: *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 269.

⁸⁷ YAMANER, Melike Batur / ÖKTEM, A. Emre / KURTDARCAN, Bleda / UZUN, Mehmet C.: *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 42.

⁸⁸ SCHARRE, Paul: "Autonomous Weapons and Operational Risk, Ethical Autonomy Project", *Center for a New American Security*, 2016 (https://s3.us-east-1.amazonaws.com/files.cnas.org/hero/documents/CNAS_Autonomous-weapons-operational-risk.pdf?mtime=20160906080515&focal=none, ET: 19.07.2023), s. 5.

⁸⁹ ÖZER, Adem: *Silahlandırılmış Yapay Zeka Otonom Silah Sistemleri ve Uluslararası Hukuk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 348.

lerinin doğru şekilde programlanması, hedef seçiminde insancıl hukuk kurallarının gözetilmesi ve etkili denetim mekanizmalarının bulunmasıyla savaş hukukuna uygun şekilde kullanılabileceğini öne sürmektedir⁹⁰.

3. Soykırım Suçları

Uluslararası insancıl hukuka göre soykırım suçu; ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla bilinçli olarak gerçekleştirilen eylemleri ifade eder. 9 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen ve soykırım suçlarına yönelik cezalandırma ile bu suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla kabul edilen Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme gereğince soykırım, soykırım yapmak için komplo kurmak, soykırım işlemek için doğrudan ve alenen tahrik, soykırım yapmaya teşebbüs ve soykırımda suç ortaklığı fiilleri cezalandırılacaktır. Örneğin Sözleşme'nin dördüncü maddesi, soykırım suçunun faillerinin ister anayasal sorumlu yönetici ister kamu görevlisi veya özel kişi olsun herkes tarafından işlenebileceğini ifade etmektedir⁹¹.

Soykırım suçuyla ilgili olarak *Stanton*, soykırımın belirli aşamaları ve süreçleri olduğunu vurgulayarak, bu suçun on aşamada gerçekleşebileceğini ifade etmektedir. İlk aşama, *sınıflandırmayı* içermektedir. İkinci aşama, sınıflandırma sonucunda ortaya çıkan *sembolleşmedir*. Üçüncü aşama, sınıflandırılan ve sembolleştirilen kişilerin haklarını tam olarak kullanamaması sonucunda ortaya çıkan *ayrımcılıktır*. Dördüncü aşama ise faillerin sınıflandırdığı kişilere yönelik *insanlıktan çıkarma* eylemidir. Bu dört aşama, ötekileştirmeyi içeren aşamalardır. Beşinci aşama, nefret gruplarının, orduların ve milislerin *örgütlendiği* aşamadır. Altıncı aşama, bölünme sürecini durdurabilecek ılımlı kişilerin, özellikle faillerin grubundan olanların hedef alındığı *kutuplaşmayı* ifade etmektedir. Yedinci aşama, liderlerin öldürme ve sınır dışı etme planlarının yapıldığı, faillerin eğitildiği ve silahlandırıldığı *hazırlık* aşamasıdır. Sekizinci aşama, mağdurların tespit edildiği, tutuklandığı, nakledildiği, işkence gördüğü ve öldürüldüğü hapisanelere veya toplama kamplarına yoğunlaştırıldığı *zulmü* içermektedir. Dokuzuncu aşama; ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubun kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla yok edildiği *imha* aşamasıdır. Son aşama olan *inkâr* ise imha aşamasının devamıdır ve sürekli bir yok etme girişimini temsil etmektedir⁹².

Bu aşamalar dikkate alındığında otonom silah sistemleri ile gerçekleştirilebilecek soykırım suçunun, dokuzuncu aşama olan imha aşamasında devreye girebileceği söylenebilir. Buna uygun olarak çoğu araştırmacı, otonom silahların kitlesel imha silahı olarak kullanılması endişesi içindedir. Bahsedilen hususa ilişkin en iyi örnek, İHA sürüleri olarak verilebilecektir. İHA sürüleri, teorik olarak kitle imha silahlarıyla birlikte kategorize edilebilir. Büyük çapta oluşturulan söz konusu savaş sürülerinin düşük maliyeti, yeni askeri manevra ve taktiklere uygunluğu, ezici sayıda İHA sürüsü ile toplu imha konusunda her eşiği karşılayabileceği düşünülmektedir. Örneğin her biri büyük bombalar ve füzelerle donatılmış 10.000 İHA sürüsü ile kitlesel imha işlemi gerçekleştirme riski yüksek bulunmaktadır⁹³.

Otonom silah sistemlerinin karar alma süreçlerinin belirsizliği, kimin suçlu olduğunu veya kimin sorumluluğu taşıdığını tespit etmeyi zorlaştırabilir. Bu durum, soykırım suçlarının işlenmesi durumunda adaletin sağlanmasını engelleyebilir. *Özer*'e göre otonom silah sistemleri tarafından gerçekleştirilen eylemlerin soykırım suçu kapsamında değerlendirilmesi için eylemlerin bir hedef grubu kısmen veya

⁹⁰ ANDERSON, Kenneth: "Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a 'Legal Geography of War'", *American University Washington College of Law Research Paper*, 2011, Sayı 16, s. 16.

⁹¹ The United Nations, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, General Assembly Resolution, 1948 (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf, ET: 19.07.2023).

⁹² STANTON, Gregory H.: "The Logic of the Ten Stages of Genocide", *Genocide Watch*, 2023 (<https://www.genocidewatch.com/tenstages>, ET: 20.07.2023).

⁹³ KALLENBORN, Zachary: *Are Drone Swarms Weapons of Mass Destruction?*, United States Air Force Center for Strategic Deterrence Studies Future Warfare Series, Alabama, 2020, s. 10-11.

tamamen ortadan kaldırma iradesiyle işlendiğinin ve bu doğrultuda kasıtlı hareket ettiğinin tespiti gerekmektedir. Otonom silah sistemlerinin doğrudan soykırım suçunu işleyebilmesi, üretici veya programcının önceden yüklediği algoritmalar ile ya da sisteme yönelik siber saldırı sonucunda mümkün olabilecektir⁹⁴. Yine *Sharkey*, otonom silah sistemlerinin soykırım suçlarının işlenmesine katkıda bulunabileceğini savunmaktadır. Yazara göre, bu tür silahlar, karar alma sürecini insan dışı bir duruma getirir ve yanlış hedeflere saldırma riskini artırır⁹⁵. Benzer bir düşünceyi savunan *Wallach*, otonom silah sistemlerinin insancıl hukuka uygunluk açısından ciddi endişeleri beraberinde getirebileceğini ifade etmektedir. İnsan faktörünün azalmasıyla birlikte soykırım suçlarının işlenmesi riskinin artabileceğini belirtmektedir⁹⁶.

B. Otonom Silah Sistemlerin Kullanımından Kaynaklanan Sorumluluk

Otonom silah sistemlerine uygulanmasına yönelik hukuki düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle hukuki sorunlar için yeterli ve etkili çözümler getirilememektedir. Otonom silah sistemlerinin tanımı her ne kadar farklılık arz etse de yapılan tanım çalışmalarının yanında söz konusu silahların kullanımından kaynaklanan sorumluluğa ilişkin hukuki düzenleme yapılması hakkında görüşler de bildirilmektedir. Bunlardan biri olarak, *CCW* tarafından otonom silah sistemleri hususunda uluslararası insancıl hukukun gereklerine ve ilkelerine her koşulda saygı gösterilmesinin, ceza hukuku ile uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin toplantılarda gündeme getirilmesi gösterilebilir⁹⁷.

Savaşta meydana gelen her ölümden birinin sorumlu tutulabilmesi insancıl hukukun gereğidir. İnsancıl hukuk kuralları ve ilkelerinin tamamen yerleşmesi için sorumluluğun üstlenilmesi ve/veya dağıtılması da hayati önem taşır. Örneğin muhriplerin meşru ve gayri meşru hedefler arasında ayırım yapmasını gerektiren ayırım gözetme ilkesi, onu ihlal edebilecek saldırılardan kimin sorumlu olduğunu belirleyebileceğimizi varsayar. Daha genel olarak, insancıl hukuk ilkelerinin uygulanması, bu ilkelerin düzenlemesi amaçlanan eylemlerden sorumlu kişilerin belirlenmesini sağlamaktadır⁹⁸.

Otonom silah sistemlerinin kullanımında insan faktörünün süreç içerisinde yer alması gerektiğine ilişkin düşüncenin altında yatan temel gereksinim, sorumluluğun isnadı meselesidir. Belirli oranda sözü edilen sistemlerin özerk olarak hareket edebilmesinin yanında, hukuki ve ahlaki sınırlamalara uygun hareket edebilmesini sağlayabilmek amacıyla kontrolün de elden bırakılmaması gerektiği düşünülmektedir. Bu noktada silahlı kuvvete başvurma, hedefe atış yapma anı bağlamında mutlaka anlamlı bir insan kontrolüne ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir. Bahsi geçen kontrolün de sıradan bir süreç olarak yer verilmemesi gerektiği, geliştirilen bir silah sisteminin hukuk ve ahlak sınırlamalarına uygun şekilde kullanıldığından emin olunabilmesi için bu kontrolün etkili ve yeterli düzeyde olması gerektiği vurgulanmaktadır⁹⁹.

Teknolojinin göstermiş olduğu hızlı gelişim ile birlikte düşünen robotların üretilme aşaması başlamıştır. Canlı beyin hücreleri ile geliştirilen ve yapay zekâ ile desteklenen robotların, yanlış kararlar verdiğinde beyin hücreleri ile uyarılarak önlem alındığı ifade edilmektedir¹⁰⁰. Bunun sonrasında da

⁹⁴ ÖZER, s. 339.

⁹⁵ SHARKEY, Noel: "The Ethical Frontiers of Robotics", *Science New Series*, 2008, Cilt 322, Sayı 5909, s. 1801.

⁹⁶ WALLACH, Wendell / COLIN, Allen: *Moral Machines: Teaching Robots Right from Wrong*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 50.

⁹⁷ UNITED NATIONS OFFICE FOR DISARMAMENT AFFAIRS: *Draft Report of the 2021 Session of the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems*, 2021 (<https://reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2021/gge/documents/draft-report.pdf>, ET: 20.07.2023), s. 5.

⁹⁸ SPARROW, Robert: "Killer Robots", *Journal of Applied Philosophy*, 2007, Cilt 24, Sayı 1, s. 67.

⁹⁹ Bu alanda ilk defa 2013 yılında İngiltere tarafından ortaya atılan anlamlı insan kontrolü adı verilen söz konusu kavram ile ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. AKKUŞ, Berkant: "An Assessment of the Acceptance of Meaningful Human Control as a Norm of International Law in Armed Conicts Using Artificial Intelligence", *Ankara Barosu Dergisi*, 2022, Cilt 81, Sayı 3, s. 52, 59.

¹⁰⁰ Japon Bilim İnsanları Dünyanın İlk Düşünen Robotunu Geliştirdi: Kendi İradesine Sahip Makineler Çağı Başlıyor, 27.10.2021 (https://www.ntv.com.tr/galeri/teknoloji/japon-bilim-insanlari-dunyanin-ilk-dusunen-robotunu-gelistirdi-kendi-iradesine-sahip-makineler-cagibasliyor,t77q_Ciee0SeC1VGAXUL8A/IJwb7U-ouky8F3OFx3zExQ, ET: 20.07.2023).

bahsi geçen robotların suç işleyip işleyemeyeceği ve işledikleri takdirde sorumluluğun kime, nasıl ait olacağı soruları ön plana çıkmaktadır.

HRW tarafından yapılan değerlendirmeye göre sorumluluğun, askeri amir, programcı, üretici ve robotun kendisine ait olabileceği ifade edilmektedir. Tam otonom silah sistemleri tarafından işlenen hukuka aykırı eylemlere yönelik yasal sorumluluğun etkili bir yolunun bulunmadığı gerekçesiyle yukarıda sözü edilen seçenekler de yeterli görülmemektedir. Buna göre amir, silahların savaş alanı üzerindeki eylemlerinden sorumlu tutulacaktır. Ancak bu silahların özerkliğinin sorumluluk boşluğu yarattığını ve yeterli kontrol imkânına sahip olmayan insanların üzerinde çalıştıkları makinelerin eylemlerinden sorumlu tutulmasının haksızlık olacağı ifade edilmektedir. Programcının hesap verebilirliği ve insancıl hukuk kapsamında cezai sorumluluğu mümkün görünmektedir. Programcı tarafından yapılan herhangi bir yanlış kodlamada kastın varlığı, ihmali ve sorumluluğu etkileyecektir. Böyle bir ithamda, kastın bulunmaması veya öngörülemeyen etkiler yarattığı anlaşılırsa hesap verme yükümlülüğünün doğmayacağı öngörülmektedir. Üreticiler açısından sorumluluğu değerlendiren *HRW*, şayet üreticilerin otonom silah sistemlerinin kullanımından kaynaklanan sorumlulukları doğarsa, üreticilerin sorumluluktan kaçmak için daha güvenilir araçlar üreteceklerini savunmuştur. Buna göre silah üreticileri, üretilen araçların risklerini önceden alıcılara söylese otonom silahların kullanımına bağlı olarak sorumlu tutulmayacaktır¹⁰¹.

Otonom silah sistemlerine ilişkin yapılan bir *ICRC* toplantısında *Heyns*, otonom silah sistemlerinin hesap verilebilirlik ve sorumluluk konularını gündeme taşımıştır. Buna göre otonom silahların kullanımı ile doğurabileceği muhtemel riskler hakkında net bir hesap verilebilirlik olması gerektirdiğini ve bu olmaksızın kullanımın sorumsuzca ve hukuka aykırı olacağını ifade etmektedir. Konuşmasının devamında *Heyns*, ayrıca, otonom silahların kullanımında kim kötü niyetle hareket ederse, onun sorumlu olabileceğinin altını çizmiştir. Bununla birlikte üretici ve tedarikçilerin daha kapsamlı rol ve ürün sorumluluğu ile kurumsal cezai sorumluluklarının netleştirilmesi durumunda sorumluluklarının doğabileceğini belirtmiştir. Ayrıca devletlerin de otonom silahları kullanma yönündeki ihlallerden dolayı sorumlu olduklarını, devletlerin tazminat ödemekle yükümlü olduğunu öne sürmektedir¹⁰².

Simmler ve *Markwalder*, otonom araçların sorumluluğu ile ilgili dört senaryonun olduğunu ifade etmiştir:

- Birinci senaryo, otonom robotun kasıtlı olarak suç işlemek için programlanmasıdır.
- İkinci senaryoda, otonom robot, hatalı programlanma nedeniyle suç işleyebilmektedir.
- Üçüncü senaryo, otonom robotun ahlaki ikilem arasında kalarak programcının verdiği kararı vermesidir.
- Dördüncü senaryo ise otonom robotun yapay zekâsının programlanması nedeniyle suç işlemesi durumudur¹⁰³.

1. Bireysel Sorumluluk

a. Operatörün Sorumluluğu

Otonom silah sistemleri, insan operatör tarafından programlanarak etkinleştirilmektedir. Her durumda ve kullanımda, ölümcül kuvvet uygulaması insan operatör tarafından geçersiz kılınabilir. Bu operatörün, ölümcül kuvvet uygulayıp uygulamamaya yönelik ahlaki açıdan bilgilendirilmiş, makul

¹⁰¹ Losing Humanity: The Case Against Killer Robots, s. 42-45.

¹⁰² Autonomous Weapon Systems: Technical, Military, Legal and Humanitarian Aspects, s. 47-48.

¹⁰³ SIMMLER, Monika / MARKWALDER, Nora: "Guilty Robots? – Rethinking the Nature of Culpability and Legal Personhood in an Age of Artificial Intelligence", *Criminal Law Forum*, 2019, 30, s. 7-8.

ölçüde güvenilir bir karar vermesi için yeterli zamana ve yeterli bilgiye sahip olması gerekmektedir¹⁰⁴. Bu konuda uygulama örneği olarak ABD *Patriot* ve *Phalanx* füzesavar sistemleri ve İsrail'in *Iron Dome*¹⁰⁵ füzesavar sistemi gibi sınırlı savunma bağlamlarında ve insan operatörlerin sistemi etkinleştirip işleyişini geçersiz kılabileceği bazı sistemlerin hâlihazırda mevcut olduğu ifade edilebilir¹⁰⁶.

Operatörün sorumluluğu açısından öncelikli husus, bir otonom silahın insan kontrolü ile birlikte özerkliğini kaybetme tehlikesidir. Bu teknolojilerin geliştirilmesi ve kullanımı konularındaki askeri gerekçeler, söz konusu sistemlerin özerk olmasını da beraberinde getirmektedir. Çünkü askeri robotların konuşlandırılmasını zorlayan baskılar, aynı zamanda onlara hangi hedeflere saldıracakları ve ne zaman ateş açacakları konusunda kontrol verilmesini de zorlamaktadır. Bu doğrultuda yapay zekâ teknolojisi geliştikçe bir insan operatör, bu tür sistemlerde yalnızca gereksiz değil, aynı zamanda dezavantajlı da olabilecektir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, çok yakın bir gelecekte, hayatta kalmak açısından kritik kararlar vermek için gerekli sürenin, genellikle bir insanın bu kararları vermesi için ihtiyaç duyduğu süreden daha az olacağı, böyle bir durumda da sadece robotların savaş ortamında olacağı iddia edilmektedir. Otonom silahların, insan operatörün sorumluluğu ile hareket etmesi, kısa veya orta vadeli olarak bahsedilen ikilemleri önleme ihtimali bulunabilecektir. Ancak bu kararların otonom silahlara tamamen bırakılması hususu muhtemeldir¹⁰⁷. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi, otonom silahın özerkliğini kaybetme durumu doğabilecektir.

Doktrinde bu hususta birçok farklı görüş bulunmaktadır. Örneğin *Matthias*, operatörün otonom silah üzerindeki kontrolünü azalttığı durumlarda daha az sorumluluk üstleneceğini veya hiçbir şekilde sorumluluk üstlenmeyeceğini ifade etmektedir¹⁰⁸. *Wood* ise ihmali sorumluluktan bahsederek otonom silah sisteminin öngörülemez bir kaza nedeniyle başarısız olması durumunda, kimsenin sorumlu tutulmaması gerektiğini savunmuştur. Yazara göre operatörler otonom silah sistemini, hataların meydana gelebileceği ortamlarda kullanırlarsa özen sorumluluğu doğacaktır¹⁰⁹.

Bununla birlikte doktrinde, otonom araçların kullanılması sırasında sürüş kontrolünün tamamen insana ait olması nedeniyle ceza sorumluluğunun gündeme gelmesi halinde, sorumlu kişilerin tespiti için var olan ceza normlarının yeterli olduğu, yeni yasal düzenlemelere gerek olmadığı savunulmaktadır¹¹⁰.

b. Amirin Sorumluluğu

Bir amirin sorumluluğu, kendi eylemleri ve astlarının eylemlerinden oluşmaktadır. Amir, insancıl hukuk kurallarını ihlal etmesi durumunda cezai açıdan sorumludur. Aynı şekilde amirin hiyerarşik düzene bağlı olarak emir komuta zinciri içinde yer alan astlarının işledikleri suçlar ile astlarını gerektiği gibi kontrol edemediği durumların sonucunda sorumluluğu doğmaktadır. Roma Statüsü'nün 28/2 maddesi gereğince askeri amir, astlarının eylemlerinden sorumlu tutulmuştur: Amirin astlarının herhangi bir suç işlediği veya işlemek üzere olduklarını bildiği ve amirin bu durumu kasten görmezden geldiği hâllerde; amirin sorumluluğu ve kontrolü altında olan eylemlerle ilgili suçlarda; suçun işlenmesinin önüne geçmek için zorunlu önlemleri almaması, bu durumda soruşturma ve yargılama için

¹⁰⁴ MILLER, Seumas: *Shooting to Kill: The Ethics of Police and Military Use of Lethal Force*, Oxford University Press, New York, 2016, s. 278.

¹⁰⁵ *Iron Dome* füzesi, İsrail Havacılık ve Uzay Endüstrisi tarafından geliştirilmiş bir füze savunma sistemidir. Bu silah ile Gazze ve Batı Şeria'dan gelebilecek roket ya da diğer hava saldırılarına karşı durdurma mekanizması söz konusudur. Çalışma şekli ise atılan füzeyi tanımlamak, hedefe kilitlemek ve roketi veya füzeyi havadayken imha etmektir. Detay için bkz. Vikipedi, Demir Kubbe (https://tr.wikipedia.org/wiki/Demir_Kubbe, ET: 21.07.2023).

¹⁰⁶ ANDERSON, Kenneth / WAXMAN, Matthew C.: "Law And Ethics for Autonomous Weapon Systems: Why a Ban Won't Work and How the Laws of War Can", *American University Washington College of Law Research Paper*, 2013, Sayı 11, s. 1.

¹⁰⁷ SPARROW, s. 68.

¹⁰⁸ MATTHIAS, Andreas: "The Responsibility Gap: Ascribing Responsibility for the Actions of Learning Automata", *Ethics and Information Technology*, 2004, Cilt 6, s. 176.

¹⁰⁹ WOOD, Nathan Gabriel: "Autonomous Weapon Systems and Responsibility Gaps: A Taxonomy", *Ethics and Information Technology*, 2023, Cilt 25, Sayı 16, s. 3.

¹¹⁰ YAZICILAR, Tarık T.: *Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 88.

olayı yargı makamlarına intikal ettirmedeği hâllerde askeri amir, astlarının eylemlerinden sorumlu tutulacaktır¹¹¹.

Bir askeri amirin, suçların gerçekleşmesini engellemek veya cezalandırmak için elzem önlemleri almaması durumunda komuta sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Amirin sorumluluğunun asli unsurunu, emrinde yer alan kuvvetlerin bir veya daha fazla suç eylemine karıştığı veya karışmak üzere olduğunu ya bilmeli ya da o dönemin mevcut olayları nedeniyle bilmesi gerektiği oluşturmaktadır¹¹². Buna karşılık doktrinde, ulusal ceza hukuku kuralları kapsamında işlenen suçlarda amirin sorumluluğuna gidilmesinin gereksiz olduğu ileri sürülmektedir. Şayet amirin fiillerinde cezai sorumluluk doğuracak bir durum varsa doğrudan kişisel cezai sorumluluk esaslarına göre inceleme yapılacağı ifade edilmektedir¹¹³. Bununla beraber insancıl hukukun ihlalini teşkil edecek şekilde çalışan otonom silahı kasıtlı olarak programlayan bir programcının veya o ortamda yasal olarak kullanılmaması gereken bir silahı etkinleştiren amirin, ortaya çıkan ihlalden kesinlikle cezai sorumluluğunun olacağı vurgulanmaktadır. Bu doğrultuda performansını ve etkilerini makul şekilde tahmin edemeyeceği otonom bir silah sistemini isteyerek harekete geçirme kararı veren bir amirin de sorumlu olacağı savunulmaktadır¹¹⁴.

Modern içtihat hukuku bağlamında amir sorumluluğundan bahsedebilmenin doktrinde üç unsuru bulunduğu belirtilmektedir. Bunlardan ilki, astlar üzerinde etkili kontrol ile karakterize edilen üst-ast ilişkisinin varlığıdır. Daha sonra astlarının soykırım, insanlığa karşı suçlar veya savaş suçlarını işlemesini engelleyememesi ya da işledikleri bahsedilen eylemler nedeniyle cezalandırılması hususunda gerekli ve makul önlemlerin alınmaması gelmektedir. Son olarak ise yukarıda bahsi geçen eylemlerin işlenmek üzere olduğunu veya işlendiğinin bilinmesi ya da bilinmesinin gerekmesidir¹¹⁵.

Otonom silah sistemleri ile kullanıcıları arasındaki ilişki üzerinde yapılan değerlendirmelere bakıldığında, otonom silahlar ve amir arasındaki ilişki ast-üst ilişkisine benzetilerek sorumluluk hususu üzerinde durulmaktadır. Buna göre, otonom sistem ile amirin arasında kurulan ast-üst ilişkisinin temeli, insan-makine arasında aktarım olacak askeri disiplin ile sağlanmaktadır. Bu doğrultuda, otonom sistem üzerinde bir amirin etkin kontrolü devam ettiği sürece, otonom sistem de buna göre hareket edecektir. Amirin ortaya çıkabilecek ilk sorumluluğunun, otonom sistemin eylemlerini etkileyebilmesi ve kararlarını geçersiz kılabilmesi anlamında, otonom sistemin eylemleri üzerinde var olan bir denetim çerçevesinde söz konusu olabilir. Amirin ikinci sorumluluğu ise suçun işlenmek üzere olduğunu veya işlenmiş olduğunu bilmek için bir nedeni olmasıdır. Amir, ya astlarının suç işlediği veya işlemek üzere olduğu konusunda fiilî bilgiye sahip olmalı ya da suç işleme riskini gösterecek bilgiye sahip olmalıdır¹¹⁶.

Buna karşılık, Roma Statüsü'ne göre amirin astının yalnızca gerçek kişi olabileceğinden ve otonom silah sistemlerinin gerçek kişi olmadığından hareketle otonom silahların "ast" olamayacağı savunulmaktadır¹¹⁷. Ancak otonom silah sisteminin ast olarak kabul edilmesi durumunda, amirin sorumluluğunun doğması için otonom sistemin yapacağı eylemi bilmesi gerekmekte olup, bunun tam olarak mümkün olamayacağı belirtilmektedir. Örneğin ast olan bir otonom sistem, bir sivil bir savaşıyla

¹¹¹ Rome Statute of the International Criminal Court art. 28

¹¹² MANN, Jindan-Karena: "Autonomous Weapons Systems and the Liability Gap, Part One: Introduction to Autonomous Weapons Systems and International Criminal Liability", *Rethinking SLIC*, 2019 (<https://www.rethinkingslic.org/blog/criminal-law/51-autonomous-weapons-systems-and-the-liability-gap-part-one-introduction-to-autonomous-weapon-systems-and-international-criminal-liability>, ET: 22.07.2023).

¹¹³ ÖNOK, R. Murat: "Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 2005, Cilt 1, Sayı 3, s. 96.

¹¹⁴ DAVISON, Neil: "A Legal Perspective: Autonomous Weapon Systems Under International Humanitarian Law", *Perspectives on Lethal Autonomous Weapon Systems*, UN Publications, New York, 2018, 30, s. 17.

¹¹⁵ AMBOS, Kai: "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, 2007, Cilt 5, Sayı 1, s. 161.

¹¹⁶ HALAJOVÁ, Ludmila: "Individual Criminal Responsibility For War Crimes Resulting From The Use Of Autonomous Weapons Systems", *The Lawyer Quarterly*, 2020, Cilt 10, Sayı 2, s. 143.

¹¹⁷ HOLSTEIN, Eugene: *Autonomous Weapon Systems Under International Criminal Law and the Accountability for Crimes Committed by Them*, Yüksek Lisans Tezi, Riga Graduate School of Law, 2022, s. 31 https://dspace.lu.lv/dspace/bitstream/handle/7/59370/Holstein_Eugen.pdf?sequence=1 (ET: 22.07.2023).

karıştırması (ayrım gözetme ilkesi hatası) sonucunda bir eylem gerçekleştirmiş olsa otonom sistemin geçmişteki hukuka aykırı eylemi ile gelecekteki bir saldırının hukuka aykırı olup olmayacağı hususunda amirin bir sorumluluğu bulunur mu? Üretici, sistemi askeri personel ve siviller arasında ayrım yapmayacak şekilde programladıysa ve sistem konuşlandırılırsa ve tam olarak bu sorun sahada sivillerin ölümüyle sonuçlanacaksa amir, programcının yasa dışı davranışı hakkında bilgi edinebildiği kadar sorumlu olacaktır¹¹⁸.

Bununla birlikte makineler ile insanlar arasındaki etkileşim üzerine güncel gelişmeler, insana özgü duygusal ve pratik yetenekler ile performans sonuçlarına ilişkin değerlendirmeleri ele almaktadır. Bu hususlarda karşılaşılan zorlukları aşabilmek amacıyla döngü içerisindeki insan (*human in the loop*) kavramı ortaya atılmıştır. Söz konusu kavram ile insana özgü bilgi ve becerileri süreç dâhilinde ele almanın amaçlandığı söylenebilir¹¹⁹. Günümüz teknolojik ilerlemesi sayesinde silahlı çatışmalar, mücadelelerin yaşandığı sahadan uzakta yürütülmesine imkân tanımaktadır. Geliştirilen her yeni silah, teknolojinin sağladığı avantajlar ile bu mesafenin artmasını kolaylaştırmış olmasına karşın insan faktörünü süre dâhilinde tutmaya devam etmektedir. Bahsi geçen durumun insansız otonom sistemlerin geliştirilmesine rağmen devam ettiği bilinmektedir. Bu sebepten ötürü insansız otonom silah sistemlerinde bile insan unsurunun sürecin içerisinde bulunmaya devam ettiği sürece insancıl hukuk açısından büyük bir sorun teşkil etmediği kabul edilmektedir. Ancak teknolojinin gelişimi ile tam otonom sistemlerin ortaya çıkması, bu konudaki tartışmaları alevlendirmiştir. Bir başka deyişle, insan unsurunun ve kontrolünün sürecin dışına çıkarılması, etkin olarak müdahil olabilmesi yerine yalnızca gerektiğinde müdahalede bulunması biçiminde karakterize edilen döngü dışındaki insan (*human out of loop*) kavramı ile açıklanmaktadır. Burada sözü edilen tam otonom sistemlerin karar verme sürecine doğrudan insan katkısını devre dışı bırakmak suretiyle tamamen bağımsız hareket edebilme yeteneğine sahip olduğu belirtilmektedir¹²⁰.

c. Üretici, Geliştirici ve Programcının Sorumluluğu

Üreticiler ile geliştiriciler bir otonom sistemi, herhangi bir insanın yapamayacağı düzeyde işlemleri yapabilmesi amacıyla üretmekte ve geliştirmektedir. Savaştan, hızlı ve verimli sonuç almak için otonom sistemler üretilmiştir. Çünkü teknolojinin gelişmesiyle insan, savaş ortamında yetersiz kalmaktadır. Üreticilerin, geliştiricilerin ve programcılarının otonom silah sistemleri tarafından işlenen suçlar kapsamında sorumluluğu konusunda herhangi bir hukuki düzenleme bulunmaması nedeniyle kimi yazarlar ve kuruluşlar, sorumluluğun ne şekilde ve kime yükleneceğine ilişkin olarak fikir ayrılıkları yaşamaktadır.

Kimi yazarlara göre söz konusu süreç, tereddütsüz bir şekilde karmaşık bir görünümde olup üreticilerin ve geliştiricilerin sorumluluğuna gidebilmek oldukça zordur. Böyle bir durumda geliştirilen ve üretilen her türlü savaş aracı ile malzemesinden ve kullanımının yol açtığı ihlallerden sorumluluğun ortaya çıktığını kabul etmek gerekecektir. Zira üreticiler, her ölüm ve savaş suçundan sorumlu tutulamaz. Somut bir örnek teşkil etmesi bakımından ABD’de uygulanan Yasal Silah Ticaretinin Korunması Yasası (*PLCAA*) gösterilebilir. Buna göre, ateşli silah üreticileri ve satıcıları korumak amacıyla oluşturulmuş olup, ürettikleri veya sattıkları ürünler kullanılarak suç işlenmesi hâlinde sorumlu tutulamayacaklardır¹²¹. Bu konuda *Sparrow*, üretici ve geliştiricilerin sorumluluğuna gitmenin, çocuklarının bakımı sona erdikten sonra ebeveynlerin sorumlu tutulmasıyla eşdeğer görmektedir¹²².

¹¹⁸ HOLSTEIN, s. 33-34.

¹¹⁹ WU, Xingjiao / XIAO, Luwei / SUN, Yixuan / ZHANG, Junhang / MA, Tianlong / HE, Liang: “A Survey of Human-in-the-Loop for Machine Learning”, *Future Generation Computer Systems*, 2022, Cilt 135, s. 365.

¹²⁰ WAGNER, Markus: “Taking Humans Out of the Loop: Implications for International Humanitarian Law”, *Journal of Law Information and Science*, 2011, Cilt 21, s. 1-4.

¹²¹ QUINCE, Sophie: *The Laws Surrounding Responsibility and Accountability of Autonomous Weapons Systems are Insufficient: An Analysis of Legal and Ethical Implications of Autonomous Weapons Systems*, Northumbria University Law School, 2020 (<https://www.northumbriajournals.co.uk/index.php/sjppar/article/view/1113/1471>, ET: 26.07.2023), s. 22-23.

¹²² SPARROW, s. 70.

Üreticilerin bireysel cezai sorumluluklarının bulunup bulunmadığı ve hatta bunun gerekliliği hususunda tartışmalar mevcuttur. Her şeyden önce kasıtlı bir ihlale neden olabilecek davranışlarda cezai sorumluluğun ortaya çıkabileceği açıktır. Ancak kasıtlı bir davranıştan ziyade sahadan uzakta yer alan konumlarından ve diğer bazı etkenlerden ötürü hatalı bir şekilde ortaya çıkan durumlarda ulusal düzeyde sorumluluğun gündeme gelmesi gerektiğini düşünen görüşler bulunmaktadır¹²³. Bunun dışında her ne kadar üretici, geliştirici ve programcının sorumlu tutulabileceği prensipte kabul görse de, bilhassa tam otonom sistemlerde önceden öngörülebilirlik sorumluluğun tespitinde önem arz etmektedir. Önceden tahmin edilememesi otonom sistemlerin aynı zamanda ayırt etme ilkesinin uygulanmasına da engel teşkil ettiğinden insancıl hukuka uygun olmadığı ileri sürülmektedir. Böyle bir durumda hesap verebilirliğin zorlaştığı belirtilmektedir¹²⁴.

Otonom aracın sisteminde doğacak olan arıza nedeniyle meydana gelecek suçlar için doktrinde üreticinin sorumluluğuna gidilmesi gerektiği hususunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Kimi yazarlar ise ürün sorumluluğu yasaları uyarınca, üreticiler ve programcılar, programlamadaki hatalardan veya bir otonom silah sisteminin arızalanmasından sorumlu tutulabileceğini savunmaktadır¹²⁵. Dolayısıyla meydana gelen arıza nedeniyle, otonom araç için vaat edilen özelliklerin ortadan kalkması veya hiç olmaması sebebiyle doğacak zararlarda üreticinin hukuki sorumluluğuna gidilerek zararın tazmini istenebilecektir. Üreticilerin bu hususta, özel hukuk sorumluluğu doğabilecektir¹²⁶. Bununla beraber doktrinde, otonom aracın işlediği bir suçtan dolayı bilinçli hareket etmesi hâlinde üreticinin sorumluluğuna gidilemeyeceği öne sürülmektedir. Çünkü üreticinin bu durumda bir kusuru bulunmamaktadır. Üretici, suçun faili olarak değerlendirilirse bu durum, suçların ve cezaların şahsiliği prensibine aykırılık teşkil edecektir. Böyle bir durumda suçun faili otonom araç olacaktır. Lakin bu gibi bir durum doğarsa ceza hukukunda failin sadece gerçek kişiler olması nedeniyle otonom aracın öncelikle hukuki statüsünün belirlenmesi önem arz etmektedir¹²⁷. Bir başka görüşe göre çatışma alanlarında giderek daha sofistike otonom sistemlerin ortaya çıktığı düşünüldüğünde, söz konusu karmaşık sistemleri bir araya getiren birden fazla bileşenin varlığı görülebilmektedir. Bu durumda sayıları oldukça fazla kuruluş, askeri ve sivil nitelikte kamu kurumları ve yerli ya da yabancı özel şirketler gibi unsurun içerisinde yer aldığı bu süreçte kusura dayansın veya dayanmasın doğabilecek bireysel sorumluluğun isnat edilebilmesi giderek zorlaşacaktır¹²⁸. Son olarak bir diğer görüşe göre otonom aracın üreticisinin, geliştiricisinin veya programlayıcısının kastı doğrultusunda sorumluluğun tespiti gerekmektedir¹²⁹.

2. Devletin Sorumluluğu

Otonom silah sistemlerinin kullanımından kaynaklanan devletin sorumluluğuna geçmeden önce uluslararası hukuk ve insancıl hukuk kapsamında devletin sorumluluğunun ne şekilde düzenlendiğine ilişkin değerlendirme yapmak yararlı olacaktır. 2001 yılında kabul edilen Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerde Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'in yedinci maddesi, bir devlet organı veya hükümet yetkisine sahip olan kişi veya kuruluşun eylemi, yetkisini aşsa bile uluslararası hukuk açısından devletin eylemi olarak kabul edilmektedir¹³⁰. Aynı şekilde I No'lu Ek Protokol'de bu hüküm

¹²³ BOUTIN, Berenice: "Legal Questions Related to the Use of Autonomous Weapon Systems", *Asser Institute Center for International and European Law*, 2021, s. 9.

¹²⁴ ERYAVUZ, Feriha Beyza: "Savaş Suçları Bağlamında Otonom Silahlarda Hesap Verebilirlik Sorunsalı", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 9, Sayı 1, s. 98.

¹²⁵ DAVISON, s. 17.

¹²⁶ YAZICILAR, s. 84-85.

¹²⁷ DÜLGER, Murat Volkan: "Yapay Zekalı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2018, Cilt 13, Sayı 142, s. 86.

¹²⁸ McFARLAND, Tim / McCORMACK, Tim: "Mind the Gap: Can Developers of Autonomous Weapons Systems be Liable for War Crimes?", *International Law Studies*, 2014, Cilt 90, Sayı 1, s. 381.

¹²⁹ BACAKSIZ, Pınar / SÜMER, Seda Yağmur: *Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 162.

¹³⁰ Yearbook of the International Law Commission, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, Cilt 2, Sayı 2 (https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, ET: 24.07.2023).

altına alınmıştır. Söz konusu Protokol'ün 91. maddesinde devlet sorumluluğundan bahsedilmiş olup devletin tazminat sorumluluğundan bahsedilmiş ve silahlı gücün herhangi bir bölümünü oluşturan kişilerce işlenen suçlardan devletin sorumlu olacağı ifade edilmiştir¹³¹. Bir başka ifadeyle, bir devletin silahlı çatışma sırasında kendi adına hareket eden her türlü organ, kurum ya da görevlisinin insancıl hukuka aykırı davranışlarından söz konusu devlet sorumlu tutulmaktadır. Devletin silahlı kuvvetleri, bir organı ya da kurumu olarak kabul gördüğünden yapılan her eylem bahsi geçen devlete isnat edilmekte olup insancıl hukukun ihlalini teşkil eden söz konusu eylemden sorumluluğu doğmaktadır¹³².

Bu doğrultuda birçok uluslararası yargı organının vermiş olduğu kararlar örnek olarak gösterilebilir. Örneğin 1944 yılında Alman birliklerinin, işgal ettiği Distomo'da kadın ve çocuklar hariç yaklaşık 300 köy sakinini öldürdüğü olaya ilişkin olarak Almanya Federal Yüksek Mahkemesi'nin 2003 yılında verdiği kararda, savaş sırasında işlenen hukuka aykırı eylemlere silahlı kuvvetler mensuplarının işledikleri eylemlerin de dâhil olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla bu şekilde işlenen ihlallerden devletin sorumlu olduğunu kabul etmektedir¹³³. Yine 1998 yılında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin *Furundzija* davasında verdiği kararda, bir silahlı çatışma sırasında devlet görevlilerinin işkence yapması hâlinde ya da işkencenin önlenmesi veya cezalandırılmasında başarısızlık hâlinde devletin sorumluluğunun bulunduğu ifade edilmektedir¹³⁴.

Buraya kadar ifade edilenlerin dışında devletin sorumluluğunun, yalnızca tazminat ödeme yükümlülüğü olmadığı, her şeyden önce hukuka aykırı davranışa son vererek, bir daha tekrarlanmaması için uygun güvence ve garantiler sunma yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Bununla beraber manevi olarak tatmin edici bazı davranışların da yerine getirilmesi gerekmektedir¹³⁵. Doktrinde askeri yapay zekâ ile ilgili hesap verilebilirlik çerçevesi aynı zamanda askeri teknolojilerin geliştirilmesi veya satın alınması aşamalarında da geçerli olduğundan, askeri yapay zekanın konuşlandırılmasından önce devlet sorumluluğu ortaya çıkabilir. Devlet sorumluluğu, bu nedenle, yalnızca savaş alanındaki yanlış davranışlara yönelik *ex post* sorumluluk için değil, daha genel olarak yapay zekânın yaşam döngüsü boyunca uluslararası yönetimi için de geçerlidir¹³⁶.

Bununla beraber sorumluluk açısından hukuki ve ahlaki olarak birtakım sorunlar olduğu da ileri sürülmektedir. Savaş suçu gibi insancıl hukukun ağır ve ciddi bir ihlalini teşkil eden bir eylemi gerçekleştiren otonom silah sistemlerinin hangi ölçüde sorumluluğuna gidileceği tartışmalı görülmektedir. Zira bahsedilen sistemleri “akıllı” olarak nitelendirsek de kendilerine sorumluluk yüklemenin ve yaptırım uygulamanın kavramsal olarak mümkün görülmediği ifade edilmektedir¹³⁷. Yukarıda belirtilen I No'lu Ek Protokol m. 91 hükmü incelendiğinde, benzer şekilde, başta silahlı kuvvetler mensubu “kişiler” kavramı kullanılmaktadır. Burada yer alan kişiler kavramının otonom silah sistemlerini kapsadığını iddia etmenin zor olduğu açıktır. Her ne kadar söz konusu 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri'nin hazırlanma sürecinde otonom silah sistemlerinin öngörüldüğü söylenemese de ilgili düzenlemelerde yer alan, sorumluluk açısından ağır ve ciddi ihlallerin işlenmesi şartının yerine getirilmesinde gerçek ya da yapay gibi bir ayrıma bakılmaksızın herhangi biri tarafından gerçekleştirilme-

¹³¹ YAMANER / ÖKTEM / KURTDARCAN / UZUN, s. 247.

¹³² KALSHOVEN, Frits: “State Responsibility for Warlike Acts of The Armed Forces: From Article 3 of Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and Beyond”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1991, Cilt 40, Sayı 4, s. 827; SASSOLI, Marco: “State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, 2002, Cilt 84, Sayı 846, s. 405.

¹³³ RAU, Markus: “State Liability For Violations of International Humanitarian Law-The Distomo Case Before the German Federal Constitutional Court”, *German Law Journal*, 2005, Cilt 7, Sayı 7, s. 702.

¹³⁴ ICTY, *The Prosecutor v. Furundzija*, T. 10.11.1998, para. 142 (<https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/>, ET: 24.07.2023).

¹³⁵ Devletin uluslararası insancıl hukuk kurallarına aykırı davranışlarından doğan sorumluluğunun sonuçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DÜLGER, *Devletin Sorumluluğu*, s. 220-241.

¹³⁶ BOUTIN, Bérénice: “State Responsibility in Relation to Military Applications of Artificial Intelligence”, *Leiden Journal of International Law*, 2023, Cilt 36, Sayı 1, s. 134-135.

¹³⁷ GEISS, s. 20.

si yeterli görülmektedir¹³⁸. Otonom silahların kullanılması konusunda kimi araştırmacılar, bir devletin otonom silah sistemi kullanılmasından kaynaklanan ihlallerinden sorumlu tutulabileceğini savunmaktadır. Bir devletin konuşlandırılmadan önce yeterince test edilmemiş veya gözden geçirilmemiş bir otonom silah sistemi kullanırsa da sorumlu olacağını savunmaktadırlar¹³⁹.

3. Sorumluluk Boşluğu

Otonom silah sistemlerinin kullanımı nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunlara ilişkin yukarıda da izah ettiğimiz üzere tartışmalı bir sorumluluk boşluğu oluşmaktadır. Yazarlar, söz konusu sorumluluk boşluğu ile ilgili kuralların düzenlenmesi ya da otonom silah kullanımının yasaklanması konusunda fikir ayrılıklarına düşmüştür.

Örneğin *Müller ve Simpson*, savaş sırasında işlenen insancıl hukuk ihlallerinde hem kullanıcının hem de üreticinin sorumluluğunun bulunduğunu ileri sürerek, söz konusu konu hakkında sorumluluğun açıklığa kavuşturulması amacıyla uluslararası hukuk kurallarında düzenleme yapılmasını önermektedir. Ayrıca bu durumun, hükümetlerin ve uluslararası kuruluşların ahlaki bir sorumluluğu olduğu vurgulanmaktadır. Yazarlar, otonom sistemlerdeki sorumluluk boşluğunu, sağlık sektöründeki ilaç şirketlerinin durumu ile benzerlik kurarak açıklamaya çalışmaktadır. Hukuki boşluk nedeniyle sorumluluğun mevcut durumda belirlenemediği ifade edilmektedir¹⁴⁰. Benzer şekilde *HRW*'de, otonom silahların üretilmesi ve konuşlandırılması durumunda ortaya çıkacak sorumluluk boşluğunu önlemek için ya bağlayıcı uluslararası bir belge aracılığıyla yasaklanmasını ya da buna ilişkin ulusal mevzuat ve politikaların kabul edilmesi gerektiğini ifade ederek çözüm önerisinde bulunmaktadır¹⁴¹.

Bugüne kadar Ölümcül Otonom Silah Sistemleri Alanında Gelişen Teknolojilere İlişkin Devlet Uzmanları Grubu (*Group of Governmental Experts—GGE*), esas olarak, yasal sorumluluk konusuna zamanaşımının ileriye dönük bakış açısından yaklaşmış ve otonom sistemleri geliştirirken ve kullanırken devletlerin ve bireylerin uyması gereken normlara odaklanmıştır. Bu bağlamda devletler ve uzmanlar, örneğin saldırıda ayırım gözetme, orantılılık ve alınması gereken önlemlerin temel ilkelerinin gereksinimleri üzerinde ve bunların teknolojiyle etkileşimleri hakkında kesin bir cevaba varmaksızın kapsamlı bir şekilde görüşmelere devam etme kararına varmışlardır. Bu doğrultuda uzman toplantıları her yıl yapılmış olup son toplantı 2023 yılına bırakılmıştır¹⁴².

Sorumluluk boşluğu konusuna ABD Savunma Bakanlığının yayınladığı 25 Ocak 2023 tarihli Direktif ile değinilmiştir. Öncelikle yetkisi bulunmayan veya istenmeyen bir kişinin otonom silah sistemlerinin çalışmasına müdahale etmesine yönelik olarak fiziksel donanım ve yazılımın yeterli uygunluğa sahip olması gerektiği vurgulanmaktadır. Daha sonra bahsedilen sistemlerin kullanımına izin veren, yöneten veya işleten kişiler, bu konuda kendisinden beklenen özeni göstermesi gereklidir. Aynı zamanda savaş hukuku, yürürlükteki anlaşmalar, silah sistemi güvenlik kuralları ile geçerli angajman kurallarına uygun olarak hareket etmeleri de gerekmektedir¹⁴³. Bakanlık, Direktif'te, ayrıca sorumluluklar ile ilgili görev tanımlarını da yapmaktadır. Ancak görev tanımlarına aykırı bir hareketin yaptırımına ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Yalnızca askeri amirin görev tanımında uyması

¹³⁸ EGELAND, s. 21-22.

¹³⁹ DAVISON, s. 16.

¹⁴⁰ MULLER, Vincent C. / SIMPSON, Thomas W.: "Killer Robots: Regulate, Don't Ban", *BSG Policy Memo*, 2014 (<https://philarchive.org/archive/MLLKRR>, ET: 30.07.2023), s. 2.

¹⁴¹ HUMAN RIGHTS WATCH: "Mind the Gap: The Lack of Accountability for Killer Robots", 2015 (<https://www.hrw.org/report/2015/04/09/mind-gap/lack-accountability-killer-robots>, ET: 01.08.2023).

¹⁴² UNITED NATIONS OFFICE FOR DISARMAMENT AFFAIRS: *Meeting of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, CCW/MSP/2022/7, 16-18 November 2022*, Geneva, 2022 ([https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Meeting_of_High_Contracting_Parties_\(2022\)/CCW-MSP-2022-7-Advance_version.pdf](https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Meeting_of_High_Contracting_Parties_(2022)/CCW-MSP-2022-7-Advance_version.pdf), ET: 03.08.2023).

¹⁴³ *Autonomy in Weapon Systems*, Department of Defense Directive, s. 4-5.

gereken hukuk kuralları olarak savaş hukuku, yürürlükte olan anlaşmalar, silah sistemi güvenlik kuralları uyarınca otonom ve yarı otonom silah sistemlerini kullanması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴⁴.

Doktrinde sorumluluk boşluklarının çözümüne ilişkin de çeşitli öneriler getirilmiştir. Genel olarak kategori hâlinde çözümler yapılmıştır. Bunlar; teknik çözümler, pratik düzenlemeler, sistemin kendisini sorumlu tutma ve toplu sorumluluk atamadır.

Teknik çözümler ile ilgili olarak, sorumluluk boşluklarına dair temel sorun, şeffaflık ve açıklanabilirlik eksikliğidir. *Oimann*'a göre, teknik çözümler sorumluluk boşluğunun gerçek sorununu çözememektedir. Ona göre sorumluluk boşluklarını teknik çözümlerle çözümlen yazarlar, ahlaki sorumluluk atfetme sorununu nedensellik sorunuyla karıştırdıkları için sorumluluk boşluğu sorununu yanlış anlamaktadırlar. Neden-sonuç ilişkisinde daha fazla şeffaflık elde etmek için sağlanan teknik çözümler, *Oimann*'a göre yalnızca ilgili nedensel etkeni/etmenleri tanımlayabilir. Sonuç olarak sorumluluk boşlukları sorunu sadece nedensel boyutta bulunamayacağından, hukukun uygulanmasından önce alınan tüm kararların izini sürmek kapsamlı bir çözüm olarak yetersiz olacaktır.

Pratik düzenlemeler ise ceza ve savaş hukukunda otonom silah sistemleri ile ilgili düzenlemelerin yapılıp sorumluların tespiti hakkında önerilerde bulunan yazarların görüşlerini içermektedir. Ancak bahsedilen pratik düzenlemeler bağlamında getirilen önerilerin sorumluluk boşluğunu dolduramayacağı ifade edilmektedir. Zira burada asıl meselenin yaptırım aracı niteliğinde bir kuralın uygulanarak zararın tazmin edilmesi değil, sorumlu kişiyi cezalandırmak olduğu vurgulanmaktadır¹⁴⁵.

Sistemi sorumlu tutan yazarlar, yapay zekâ sistemlerinin insanlar tarafından geliştirilmesi gerçeğine rağmen belirli bir özerkliğe ulaşmış yapay zekâ sistemlerinin sorumluluğunun insana indirgenemeyeceğini savunmaktadır. Bu bağlamda *Lagioia* ve *Sartor*, şimdiye kadar insan olmayan varlıkları ceza hukuku kapsamından çıkarmak için kullanılan varsayımların yapay zekâ sistemleri için revize edilmesi gerekebileceğini savunmaktadır. Onlara göre yapay zekâ sistemlerinin sadece suçun işlenmesi gibi nesnel bileşeni tatmin etmekle kalmayıp aynı zamanda öznel bileşen olan zihinsel ögenin de belirli koşullar altında belirli yapay zekâ sistemlerine atfedilebileceği görülmektedir¹⁴⁶.

Amoroso ve *Giordano* ise farklı bir bakış açısı ile özellikle bireysel anlamda doğrudan sorumluluk kavramını ortaya atmaktadır. Zira otonom sistemlerde özerkliğin artması ile birlikte bir değişimin yaşandığı ve bu nedenle de kullanıcıların sorumluluklarında azalma olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu noktada yazılımı hazırlayan örneğinde olduğu gibi üretici, geliştirici ve programcı konumunda bulunan kişilerin hedefleme kararlarında sorumluluğu paylaşması, hatta başlı başına sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülmektedir. Bunun yanında yukarıda değinildiği üzere, söz konusu sürece birçok kişi, kurum ya da sistem kullanıcısının dahil olduğu hesap edildiğinde birden fazla müdahil olan kişi nedeniyle ortak işlenen bir ihlalin neden olduğu bir suçtan dolayı ortak bir sorumluluğun olması gerektiği düşünülmektedir. Bu tür durumlarda işlendiği iddia edilen suçun fiziksel olarak olay yerinde bulunup bulunmadıklarına bakılmaksızın tüm müdahil olan kişilerin faili oldukları kabul edilmektedir¹⁴⁷.

Sven Nyholm tarafından savunulan *toplu sorumluluk* ise yasaların bir tür bağımsız kuruma sahip olduğu fikrine bağlı kalmak yerine insan-robot iş birlikleri açısından düşünülmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre askeri robotun bağımsız hareket ettiği düşünülmemelidir. Aksine ona aracılık atfedildiği sürece, robotun kendisini denetim altındaki iş birlikçi eylemi olarak düşünülmemelidir. Yani

¹⁴⁴ Autonomy in Weapon Systems, Department of Defense Directive, s. 12.

¹⁴⁵ OIMANN, Ann-Katrien: "The Responsibility Gap and Laws: a Critical Mapping of the Debate", *Philosophy & Technology*, 2023, Cilt 36, Sayı 3, s. 12-14.

¹⁴⁶ LAGIOIA, Francesca / SARTOR, Giovanni: "AI Systems Under Criminal Law: a Legal Analysis and a Regulatory Perspective", *Philosophy & Technology*, 2020, Cilt 33, s. 454.

¹⁴⁷ AMOROSO, Daniele / GIORDANO, Benedetta: "Who is to Blame for Autonomous Weapons Systems' Misdoings?", (Ed.) CARPANELLI, Elena / LAZZERINI, Nicole: *Use and Misuse of New Technologies: Contemporary Challenges in International and European Law*, Springer, Cham, 2019, s. 218-220.

işin içinde olan insanlarla iş birliği yapmak o insanların denetimi ve otoritesi altındadır¹⁴⁸. Ancak bu görüş de sorumluluk boşluğunu tam olarak doldurmayacaktır. Bu durumda, amirin veya astın haksız bir şekilde sorumlu tutulması tehlikesi ile karşı karşıya kalma durumu doğurabilecektir.

SONUÇ

Otonom silah sistemi, bağımsız olarak hedefleri belirleyebilen ve toplanan bilgilerden yola çıkarak elde edilen sonuçlara dayalı biçimde saldırılar gerçekleştirebilen silah sistemidir. Uluslararası alanda devletlerin aralarındaki ilişkiler ve yaşadıkları çıkar çatışmaları sonucu giriştikleri mücadelelerin de teknolojinin gelişimine paralel olarak etkilendiği açıkça görülmektedir. Bu doğrultuda teknolojik imkanların en fazla devletlerin savunma ve güvenlik konularında değişim yaşamasına neden olduğu anlaşılmaktadır. Böylece Birinci ve İkinci Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan uluslararası sistemin klasik anlamda devletlerin karşı karşıya kaldığı ve kuvvet kullanmaları doğrultusunda meydana gelen savaş ya da silahlı çatışma ortamlarında da büyük dönüşüm yaşanmıştır. Bu değişimin getirdiği en önemli sıkıntıların başında da mevcut uluslararası hukuk kurallarının uygulama alanı bakımından yetersiz kalıp kalmadığına ilişkin tartışmalardır. Zira bilhassa savaş veya silahlı çatışmalara uygulanan uluslararası hukuk kurallarının önemli bir kısmını oluşturan Cenevre Sözleşmelerinde İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde kısa süre sonra yapılan Ek Protokoller ile uyarlamaya gidilmiştir. Dolayısıyla uygulamada yaşanan değişimler sonucu uygulanan hukuk kurallarında da uyum sağlama düşüncesiyle dönem dönem değişiklik yaşanması da muhtemeldir. Günümüzde tamamen bağımsız otonom silahların üretilmesi ve geliştirilmesi için çalışma yapan çok sayıda devlet bulunmaktadır. Ancak devletler, sahip oldukları teknolojiyi daha da geliştirmek suretiyle askeri ve savunma alanında tartışmasız bir güç hâline gelme mücadelesi içinde iken bu silah sistemlerinin kullanımı nedeniyle ihlal edilecek insancıl hukuk ve insan hakları hukuku kurallarını göz ardı etmektedir. İçinde bulunduğumuz dönem açısından otonom silahlanma yarışını önlemek veya en azından önleyici tedbirler almak birinci derecede önem arz eden bir konu hâline gelmiştir.

Uluslararası alanda devletler, uluslararası örgütler ve diğer kurumlar, otonom silahların kullanımı ile ilgili uluslararası bağlayıcı düzenleme çalışmaları yapmasına rağmen henüz bir sonuca varılmamıştır. Yapılan görüşmeler ve toplantılar ile daha önceden kabul edilen Lahey Konferansları sonucunda imzalanan Lahey Sözleşmeleri, Cenevre Sözleşmeleri ile Ek Protokolleri ve Martens Kaydı doğrultusunda yorumlamalar yapılmakta, bu sözleşmelerin ilgili maddeleri otonom silah sistemlerine uyarlanmaktadır. Lakin teknoloji çağını yaşadığımız bugünlerde, teknoloji ile gelişmekte olan silahların 20. yüzyılın başlarında imzalanan sözleşmelere uyumunun ne ölçüde olacağı tartışmaya açık ve aynı zamanda merak konusudur. Şöyle ki tamamen otonom bir silah ile işlenen insancıl hukuk kuralı ihlali ile ilgili sorumluluk boşluğunun ne şekilde doldurulacağı henüz net değildir. Durumun şartlarına ilişkin özel ve uygulanabilir bağlayıcı düzenlemeler içeren sözleşme hazırlığı gecikmeksizin yapılmalıdır.

Katkı Oranı Beyanı:

Çalışmaya Av. Arb. Özge TANYELİ SÖKÜK %60 ve Dr. Öğr. Üyesi Kenan DÜLGER %40 oranında katkı sağlamıştır.

¹⁴⁸ OIMANN, s. 18; NYHOLM, Sven: "Attributing Agency to Automated Systems: Reflections on Human-Robot Collaborations and Responsibility-Loci", *Science and Engineering Ethics*, 2018, Cilt 24, s. 1203.

KAYNAKÇA

- AKKUŞ, Berkant: “An Assessment of the Acceptance of Meaningful Human Control as a Norm of International Law in Armed Conicts Using Articial Intelligence”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2022, Cilt 81, Sayı 3, s. 49-101.
- AKKUŞ, Berkant: “Uluslararası İnsancıl Hukukun İnsandışılaştırılması: Otonom Silah Sistemlerinin Uluslararası İnsancıl Hukuk Üzerindeki Potansiyel Etkisi Üzerine Bir Analiz”, *Güvenlik Çalışmaları Dergisi*, 2022, Cilt 24, Sayı 2, s. 174-196.
- AMBOS, Kai: “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, Cilt 5, Sayı 1, s. 159-183.
- AMOROSO, Daniele / GIORDANO, Benedetta: “Who is to Blame for Autonomous Weapons Systems’ Misdoings?”, (Ed.) CARPANELLI, Elena / LAZZERINI, Nicole: *Use and Misuse of New Technologies: Contemporary Challenges in International and European Law*, Springer, Cham, 2019, s. 211-232.
- ANDERSON, Kenneth / WAXMAN, Matthew C.: “Debating Autonomous Weapon Systems, Their Ethics, and Their Regulation Under International Law”, *Washington College of Law Research*, 2017, Sayı 21, s. 1097-1117 (Debating Autonomous Weapon Systems).
- ANDERSON, Kenneth / WAXMAN, Matthew C.: “Law And Ethics for Autonomous Weapon Systems: Why a Ban Won’t Work and How the Laws of War Can”, *American University Washington College of Law Research Paper*, 2013, Sayı 11, s. 1-32.
- ANDERSON, Kenneth: “Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a ‘Legal Geography of War’”, *American University Washington College of Law Research Paper*, 2011, Sayı 16, s. 1-17.
- ARKIN, Ronal C.: “Governing Lethal Behavior: Embedding Ethics in a Hybrid Deliberative/Reactive Robot Architecture Part I: Motivation and Philosophy”, *3rd ACM/IEEE International Conference on Human-Robot Interaction (HRI)*, IEEE, Amsterdam, 2008, s. 121-128 (<https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=6249424>, ET: 18.07.2023).
- BACAKSIZ, Pınar / SÜMER, Seda Yağmur: *Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- BOOGAARD, Jeroen van den: “Proportionality and Autonomous Weapons Systems”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2015, Cilt 6, Sayı 2, s. 247-283.
- BOOTHBY, William H.: *Conflict Law: The Influence of New Weapons Technology: Human Rights and Emerging Actors*, Springer, The Hague, 2014.
- BOUTIN, Berenice: “Legal Questions Related to the Use of Autonomous Weapon Systems”, *Asser Institute Center for International and European Law*, 2021, s. 1-10.
- BOUTIN, Bérénice: “State Responsibility in Relation to Military Applications of Artificial Intelligence”, *Leiden Journal of International Law*, 2023, Cilt 36, Sayı 1, s. 133-150.
- BREHM, Maya: “Defending the Boundary: Constraints and Requirements on the Use of Autonomous Weapon Systems Under International Humanitarian and Human Rights Law”, *Geneva Academy Briefing*, 2017, Sayı 9, s. 3-71.
- CARNAHAN, Burrus M.: “Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity”, *The American Journal of International Law*, 1988, Cilt 92, Sayı 2, s. 213-231.
- COFFIN, Andrew M.: *Lethal Autonomous Weapons Systems: Can Targeting Occur Without Ethical Decision-Making?*, United States Naval War College, Newport, 2019.
- COPELAND, Damian / LIIVOJA, Rain / SANDERS, Lauren: “The Utility of Weapons Reviews in Addressing Concerns Raised by Autonomous Weapon Systems”, *Journal of Conflict & Security Law*, 2023, Cilt 28, Sayı 2, s. 285-316.
- COVERDALE, John F.: “An Introduction to the Just War Tradition”, *Pace International Law Review*, 2004, Cilt 16, Sayı 2, s. 221-277.
- CRYER, Robert: *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- DAVISON, Neil: “A Legal Perspective: Autonomous Weapon Systems Under International Humanitarian Law”, *Perspectives on Lethal Autonomous Weapon Systems*, UN Publications, New York, 2018, 30, s. 5-18.

- DONLEY, Michael B. / SCHWARTZ, Norton A.: “Unmanned Aircraft Systems Flight Plan 2009-2047”, 2009 (<https://nps.edu/documents/106607930/106914584/UAS+Air+Force+Roadmap+2009.pdf/179e02eb-a788-4a85-a791-c13c39640ac9>, ET: 15.07.2023)
- DREMLIUGA, Roman: “General Legal Limits of the Application of the Lethal Autonomous Weapons Systems within the Purview of International Humanitarian Law”, *Journal of Politics and Law*, 2020, Cilt 13, Sayı 2, s. 115-121.
- DÜLGER, Kenan: *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015 (Devletin Sorumluluğu).
- DÜLGER, Murat Volkan: “Yapay Zekalı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2018, Cilt 13, Sayı 142, s. 82-87.
- EGELAND, Kjølvs: “Autonomous Weapon Systems Under International Humanitarian Law”, *Nordic Journal of International Law*, 2016, Cilt 85, Sayı 2, s. 1-31.
- ERYAVUZ, Feriha Beyza: “Savaş Suçları Bağlamında Otonom Silahlarda Hesap Verilebilirlik Sorunsalı”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 9, Sayı 1, s. 93-107.
- EYKHOLT, Kevin / EVTIMOV, Ivan / FERNANDES, Earlene / LI, Bo / RAHMATİ, Amir / XIAO, Chaowei / PRAKASH, Atul / KOHNO, Tadayoshi / SONG, Dawn: “Robust Physical-World Attacks on Deep Learning Visual Classification”, *Conference on Computer Vision and Pattern Recognition*, IEEE/CVF, Salt Lake City, 2018, s. 1625-1634.
- GEISS, Robin: *The International-Law Dimension of Autonomous Weapons Systems*, Friedrich-Ebert Stiftung, Bonn, 2015.
- GHOSHRAJ, Saby: “Targeted Killing in International Law: Searching for Rights in The Shadow of 9/11”, *Indiana International & Comparative Law Review*, 2014, Cilt 24, Sayı 2, s. 355-428.
- GÜNEYSU, Gökhan: *Otonom Silah Sistemleri – Bir Uluslararası Hukuk İncelemesi*, Nisan Yayınları, Eskişehir, 2022.
- HAJDIN, Nikola R.: “The Actus Reus of the Crime of Aggression”, *Leiden Journal of International Law*, 2021, Cilt 34, Sayı 2, s. 489-504.
- HALAJOVÁ, Ludmila: “Individual Criminal Responsibility For War Crimes Resulting From The Use Of Autonomous Weapons Systems”, *The Lawyer Quarterly*, 2020, Cilt 10, Sayı 2, s. 130-152.
- HILLIER, Tim: *Sourcebook on Public International Law*, Cavendish, London, 1998.
- HOLSTEIN, Eugene: *Autonomous Weapon Systems Under International Criminal Law and the Accountability for Crimes Committed by Them*, Yüksek Lisans Tezi, Riga Graduate School of Law, 2022.
- HUMAN RIGHTS WATCH: “Mind the Gap: The Lack of Accountability for Killer Robots”, 2015 (<https://www.hrw.org/report/2015/04/09/mind-gap/lack-accountability-killer-robots>, ET: 01.08.2023).
- HUMAN RIGHTS WATCH: *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*, International Human Rights Clinic, Harvard, 2012 (https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/arms1112_ForUpload.pdf, ET: 11.07.2023).
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS: *Autonomous Weapon Systems: Technical, Military, Legal and Humanitarian Aspects*, 26-28 March 2014, Geneva, 2014 (<https://www.icrc.org/en/document/report-icrc-meeting-autonomous-weapon-systems-26-28-march-2014>, ET: 10.07.2023).
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: “Jus ad Bellum ve Jus in Bello”, 2010 (<https://www.icrc.org/en/document/jus-ad-bellum-jus-in-bello>, ET: 15.07.2023).
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: *Autonomous Weapon Systems: Implications of Increasing Autonomy in the Critical Functions of Weapons*, 15-16 March 2016, Versoix, 2016 (<https://www.icrc.org/fr/publication/4283-autonomous-weapon-systems-implications-increasing-autonomy-critical-functions>, ET: 15.07.2023).
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: *Basic Rules of International Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1988 (<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/basic-rules-ihl-311288.htm>, ET: 17.07.2023).
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: *Fundamentals of International Humanitarian Law*, 1988 (<https://casebook.icrc.org/law/fundamentals-ihl>, ET: 17.07.2023).
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: *Military Necessary*, 1988 (https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/military-necessity, ET: 18.07.2023).

- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>, ET: 17.07.2023).
- KAHVECİ, Muzaffer / CAN, Nazlı: “İnsansız Hava Araçları: Tarihi, Tanımı, Dünyada ve Türkiye’deki Yasal Durumu”, *Selçuk Üniversitesi Mühendislik, Bilim ve Teknoloji Dergisi*, 2017, Cilt 5, Sayı 4, s. 511-535.
- KALLENBORN, Zachary: *Are Drone Swarms Weapons of Mass Destruction?*, United States Air Force Center for Strategic Deterrence Studies Future Warfare Series, Alabama, 2020.
- KALSHOVEN, Frits: “State Responsibility for Warlike Acts of The Armed Forces: From Article 3 of Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and Beyond”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1991, Cilt 40, Sayı 4, s. 827-858.
- KELLENBERGER, Jakob: “International Humanitarian Law and New Weapon Technologies, 34th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law San Remo, Italy, 8–10 September 2011”, *International Review of the Red Cross*, 2012, Cilt 94, Sayı 886, s. 809-817.
- KELLEY, Stephen Andrew: *Better Lucky Than Good: Operation Earnest Will As Gunboat Diplomacy*, Naval Postgraduate School, Monterey, California, 2007.
- KRESS, Claus / VON HOLTZENDORFF, Leonie: “Saldırganlık Suçunda Kampala Uzlaşması”, (Çev.) ERDÖZEN, Ozan, *Küresel Bakış*, 2011, Cilt 1, Sayı 2, s. 13-65.
- LAGIOIA, Francesca / SARTOR, Giovanni: “AI Systems Under Criminal Law: a Legal Analysis and a Regulatory Perspective”, *Philosophy & Technology*, 2020, Cilt 33, s. 433-465.
- MANN, Jindan-Karena: “Autonomous Weapons Systems and the Liability Gap, Part One: Introduction to Autonomous Weapons Systems and International Criminal Liability”, *Rethinking SLIC*, 2019 (<https://www.rethinkingslic.org/blog/criminal-law/51-autonomous-weapons-systems-and-the-liability-gap-part-one-introduction-to-autonomous-weapon-systems-and-international-criminal-liability>, ET: 22.07.2023).
- MATTHIAS, Andreas: “The Responsibility Gap: Ascribing Responsibility for the Actions of Learning Automata”, *Ethics and Information Technology*, 2004, Cilt 6, s. 175-183.
- MAY, Larry: *Aggression and Crimes Against Peace*, Cambridge University Press, New York, 2008.
- McFARLAND, Tim / McCORMACK, Tim: “Mind the Gap: Can Developers of Autonomous Weapons Systems be Liable for War Crimes?”, *International Law Studies*, 2014, Cilt 90, Sayı 1, s. 361-385.
- MILLER, Seumas: *Shooting to Kill: The Ethics of Police and Military Use of Lethal Force*, Oxford University Press, New York, 2016.
- MULLER, Vincent C. / SIMPSON, Thomas W.: “Killer Robots: Regulate, Don’t Ban”, *BSG Policy Memo*, 2014 (<https://philarchive.org/archive/MLLKRR>, ET: 30.07.2023).
- NYHOLM, Sven: “Attributing Agency to Automated Systems: Reflections on Human–Robot Collaborations and Responsibility-Loci”, *Science and Engineering Ethics*, 2018, Cilt 24, s. 1201-1219.
- OFFICE OF THE CHAIRMAN OF THE JOINT CHIEFS OF STAFF: *DOD Dictionary of Military and Associated Terms*, The Joint Staff, Washington DC, 2021 (<https://irp.fas.org/doddir/dod/dictionary.pdf>, ET: 16.07.2023).
- OIMANN, Ann-Katrien: “The Responsibility Gap and Laws: a Critical Mapping of the Debate”, *Philosophy & Technology*, 2023, Cilt 36, Sayı 3, s. 1-22.
- ÖNOK, R. Murat: “Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 2005, Cilt 1, Sayı 3, s. 93-126.
- ÖZER, Adem: *Silahlandırılmış Yapay Zeka Otonom Silah Sistemleri ve Uluslararası Hukuk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- QUINCE, Sophie: *The Laws Surrounding Responsibility and Accountability of Autonomous Weapons Systems are Insufficient: An Analysis of Legal and Ethical Implications of Autonomous Weapons Systems*, Northumbria University Law School, 2020 (<https://www.northumbriajournals.co.uk/index.php/sjppar/article/view/1113/1471>, ET: 26.07.2023).
- RAU, Markus: “State Liability For Violations of International Humanitarian Law-The Distomo Case Before the German Federal Constitutional Court”, *German Law Journal*, 2005, Cilt 7, Sayı 7, s. 701-720.
- REDDY, R. Shashank: “India and The Challenge of Autonomous Weapons”, *Carnegie India*, 2016 (https://carnegieendowment.org/files/CEIP_CP275_Reddy_final.pdf, ET: 16.07.2023).

- RUYS, Tom: *Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- SASSOLI, Marco: "Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified", *International Law Studies*, 2014, Cilt 90, s. 308-340.
- SASSOLI, Marco: "State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, 2002, Cilt 84, Sayı 846, s. 401-434.
- SCHARRE, Paul: "Autonomous Weapons and Operational Risk, Ethical Autonomy Project", *Center for a New American Security*, 2016 (https://s3.us-east-1.amazonaws.com/files.cnas.org/hero/documents/CNAS_Autonomous-weapons-operational-risk.pdf?mtime=20160906080515&focal=none, ET: 19.07.2023).
- SCHARRE, Paul: *İnsansız Ordular Katil Robotlar, Otonom Silahlar ve Makine Savaşları*, (Çev.) ÇETİNALP, Kutsi Aybars, Kronik Yayınları, İstanbul, 2020 (İnsansız Ordular).
- SCHMITT, Michael N. / THURNHER, Jeffrey S.: "Out of the Loop: Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict", *Harvard National Security Journal*, 2013, Cilt 4, Sayı 2, s. 231-281.
- SCHMITT, Michael N.: "The Principle of Discrimination in 21st Century Warfare", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 1999, Cilt 2, Sayı 1, s. 143-182.
- SHARKEY, Noel: "The Ethical Frontiers of Robotics", *Science New Series*, 2008, Cilt 322, Sayı 5909, s. 1800-1801.
- SHAW, Malcolm N.: *International Law*, 6. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- SIMMLER, Monika / MARKWALDER, Nora: "Guilty Robots? – Rethinking the Nature of Culpability and Legal Personhood in an Age of Artificial Intelligence", *Criminal Law Forum*, 2019, 30, s. 1-31.
- SPARROW, Robert: "Killer Robots", *Journal of Applied Philosophy*, 2007, Cilt 24, Sayı 1, s. 62-77.
- STANTON, Gregory H.: "The Logic of the Ten Stages of Genocide", *Genocide Watch*, 2023 (<https://www.genocidewatch.com/tenstages>, ET: 20.07.2023).
- TEKELİ, Melisa: *Askeri Sahada Yapay Zeka Kullanımının Gelişimi: Etik ve Hukuki Sorunlar*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021.
- THE WHITE HOUSE: *International Strategy For Cyberspace*, 2011 (https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf, ET: 19.07.2023).
- UNITED NATIONS OFFICE FOR DISARMAMENT AFFAIRS: *Draft Report of the 2021 Session of the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems*, 2021 (<https://reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2021/gge/documents/draft-report.pdf>, ET: 20.07.2023).
- UNITED NATIONS OFFICE FOR DISARMAMENT AFFAIRS: *Meeting of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, CCW/MSP/2022/7, 16-18 November 2022*, Geneva, 2022 ([https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Meeting_of_High_Contracting_Parties_\(2022\)/CCW-MSP-2022-7-Advance_version.pdf](https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Meeting_of_High_Contracting_Parties_(2022)/CCW-MSP-2022-7-Advance_version.pdf), ET: 03.08.2023).
- WAGNER, Markus: "Taking Humans Out of the Loop: Implications for International Humanitarian Law", *Journal of Law Information and Science*, 2011, Cilt 21, s. 1-10.
- WALLACH, Wendell / COLIN, Allen: *Moral Machines: Teaching Robots Right from Wrong*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- WOOD, Nathan Gabriel: "Autonomous Weapon Systems and Responsibility Gaps: A Taxonomy", *Ethics and Information Technology*, 2023, Cilt 25, Sayı 16, s. 1-14.
- WU, Xingjiao / XIAO, Luwei / SUN, Yixuan / ZHANG, Junhang / MA, Tianlong / HE, Liang: "A Survey of Human-in-the-Loop for Machine Learning", *Future Generation Computer Systems*, 2022, Cilt 135, s. 364-381.
- YAMANER, Melike Batur / ÖKTEM, A. Emre / KURTDARCAN, Bleda / UZUN, Mehmet C.: *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2009.
- YAZICILAR, Tarık T.: *Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Yolculuğun Başlamasına veya Devamına Engel Olan Sebepler Yüzünden Navlun Sözleşmesinin Feshi^(*)



*Termination of the Affreightment Contract for Reasons Preventing the
Commencement or Continuation of Voyage*

Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL



Doktor Öğretim Üyesi

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Navlun Sözleşmesi,
Haklı Sebepler,
Fesih,
Ambargo,
Ticaret Yasağı,
Savaş Tehlikesi.*

Öz

Sözleşme nazariyesi ve tatbikatında, bir sözleşmenin ifa ile sona ermesi ve tasfiyesi beklenir. Bununla birlikte bazı hâllerde, tarafların sözleşme ile bağlı kalmaları mümkün olmaz veya kendilerinden beklenemez. Haklı sebepler olarak tavsif edilen bu hâller, bittabî navlun sözleşmeleri bakımından da câridir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1218 ilâ 1227'nci maddelerinde, navlun sözleşmesinin feshine sebep olabilecek haklı sebepler düzenlenmiştir. Bu sebeplerin başında bir kamu tasarrufuna bağlı olarak gemiye el konulması ve ticaretin yasaklanması gelir; bundan başka savaş hâline bağlı olarak geminin zapt ve müsadere edilmesi de Kanun'da zikredilmiştir. Hakeza tabii bir olay veya umulmayan hâllerden kaynaklanan gecikmelerin ise, sözleşmenin belli amacının kaybolmasına sebep olması hâlinde bir fesih sebebi sayılacağı ifade edilmiştir. Bu makale, iş bu haklı sebepler ve yine aynı bapta fesih sebebi olmayacağı öngörülmiş hâller ile bu bapta hükümlerin tatbikine dair usul, esas ve neticelerin incelenmesine hasredilmiştir. Mamafih inceleme konusu olan bu bapta hükümlerin, TTK m. 1243 ilâ 1245 hükümleri kapsamında emredici mahiyette olmadığı dikkate alındığında, tatbikatta kahir ekseriyette standart sözleşmelerin kullanıldığı görülmektedir. Hakeza bu standart sözleşmelere, haklı sebeplere dair standart klozlar da dercedilerek bunların hukukî neticeleri kararlaştırılabilmektedir. Bu makalede de yeri geldiğince, bu klozlardan da örnekler verilerek sözleşme serbestisine dikkat çekilmiştir.

Keywords

*Affreightment
Contract,
Good Causes,
Termination,
Embargo,
Prohibition of Trade,
War Risk.*

Abstract

In the contract theory and practice, it is expected that a contract will be terminated and settled by performance. In some cases, however, it is not possible or not expected from parties to be bound by the contract. These circumstances, which are defined as good causes, are also apply to affreightment contracts. Articles 1218 to 1227 of the Turkish Commercial Code regulate the good causes that can lead to the termination of the affreightment contracts. The most important of these reasons is seizure of the vessel and the prohibition of trading, by order of a public authority; the risk of seizure and confiscation of the vessel due to a state of war is also mentioned in the Code. It also states that delays caused by a natural event or unforeseen circumstances shall be considered as grounds for termination if they result in the loss of the specific purpose of the contract. This article is devoted to the examination of these good causes and of the circumstances that are not considered as grounds for termination in the same section, as well as to the procedures, principles and consequences of the application of the provisions of this section. In view of the fact that the provisions of this section are not mandatory, it is noted

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 06.05.2024, Kabul Tarihi: 30.07.2024.

Bu makale, 2219-Yurt Dışı Doktora Sonrası Araştırma Burs Programı kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu-BİDEB tarafından sağlanan burs desteği ile hazırlanmıştır. Bu esastan olmak üzere, değerli yönetici ve çalışanları nezdinde TÜBİTAK'a çok teşekkür ederim.

that in practice standard contracts are used in the overwhelming majority of cases. These standard contracts also include standard clauses on good cause and regulate their legal effects. In this article, the freedom of contract is emphasized by giving examples also from these clauses when the occasion arises.

GİRİŞ

Taraflar, irade serbestisi prensibinden sâdır olan yetki ile aralarında, arzu ettikleri amaca matuf bir sözleşme tesis edebilirler. Bir sözleşme ile taraflar arasında kurulan rabıta, tarafların birbirlerine karşı borçlandıkları edimleri, kararlaştırdıkları şekli ile ifa etmekle yükümlü olmalarını beraberinde getirir. Bu esastan olmak üzere kadim bir hukuk ilkesi olarak, tarafların birbirlerine verdikleri sözleri tutması gibi ahlâkî bir davranış biçiminin hukukî tezahürü mahiyetindeki *ahde vefa* (*pacta sunt servanda*) ilkesi, bittabi navlun sözleşmeleri bakımından da cârîdir. Ahde vefa ilkesine göre taraflar kural olarak, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirip borçlarından kurtulamazlar. Bir başka ifade ile kural (ve aslında beklenen), sözleşmenin, tarafların kararlaştırdıkları edimi gereği gibi yerine getirerek tasfiye edilmesidir. Lâkin hayat bazen, âkidin planladığı gibi devam etmez; taraflar arzulusa da edimlerini gereği gibi ifa edemeyebilirler. Bu, bazen ifanın imkânsızlığı ya da aşırı derecede güçlüğünden, bazen de tarafların sözleşme ilişkisini sürdürmelerinin kendilerinden beklenemeyecek hâle gelmesinden kaynaklanır. Nitekim bu gibi hâller, ahde vefa ilkesinin her daim sıkı sıkıya tatbik edilmesini imkânsız kılar¹. Navlun sözleşmeleri bakımından da ahde vefa ilkesi cârî olmakla birlikte taraflara, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu² (TTK) ile sevk edilen hükümler dairesinde sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilme imkânı tanınmıştır. Bilhassa deniz ticareti telakkileri ve tatbikatından kaynaklanan hususi birtakım hâllerden müteşekkil, yolculuğun (seferin) başlamasına ve devamına engel olan sebepler yüzünden navlun sözleşmesinin sona ermesi, TTK m. 1209 ilâ 1227’de düzenlenmiştir.

Esas itibarıyla TTK m. 1209 ilâ 1227’nci maddelerde, yolculuğun başlamasına veya devamına engel olan sebeplere bağlı olarak, iki türlü sona erme hâli düzenlenmiştir. Birincisi, TTK m. 1209 ilâ 1217 hükümleri arasında düzenlenen, yükün veya geminin zayı olmasına bağlı olarak navlun sözleşmesine mahsus bir sona erme hâli olan hükümden düşme müessesesidir. Bunun yanı sıra bir kamu tasarrufuna, savaş hâline veya bir başka umulmayan hâl yüzünden sözleşmenin amacının kaybolmasına bağlı olarak; navlun sözleşmesinin ifadan başka bir şekilde, taraflardan birinin tek taraflı bir fesih beyanı ile sona erebileceği de TTK m. 1218 ilâ 1227’de hüküm altına alınmıştır. Bu makalede, taraflara sözleşmeyi tazminatsız şekilde feshetme hakkı veren haklı sebepler ile fesih hakkının kullanılmasına dair usul ve esaslar açıklanarak işbu hükümlerin tefsirine gayret edilmiştir.

Navlun sözleşmeleri başta olmak üzere deniz ticareti sözleşmeleri, kahir ekseriyetle belli başlı birtakım standart sözleşme formları kullanılarak akdedilir ve bu sözleşmelere ekseriyetle birtakım standart klozlar eklenir. Mesela taraflar yolculuk çarteri sözleşmeleri için BIMCO (*Baltic and International Maritime Council/Baltık ve Uluslararası Denizcilik Konseyi*) tarafından hazırlanan GENCON adlı tip sözleşme formunu kullanmayı tercih edebilirler³. Konsey, yükün türüne ve ihtiyaca göre çok sayıda taşıma sözleşmesi formu hazırlamıştır. Bu formlara yine BIMCO tarafından hazırlanan ve yayımlanan “*savaş sebebi ile sona erme (war cancellation)*” veya “*mücbir sebep (force majeure)*” gibi klozlar dercedilebilir. Hakeza taraflar, bu sözleşme ve klozlar üzerinde, arzu ettikleri değişiklikleri ve düzenlemeleri de yapabilirler. Sonuç olarak tamamlayıcı mahiyetteki TTK hükümlerinden ziyade, taraflar

¹ Ahde vefa ilkesi ve sözleşmeye mutlak bağlılık kaidesinin geçirdiği hukukî tekâmül hakkında tafsilatlı açıklamalar için bkz. BAYSAL, Başak: *Sözleşmenin Uyarlanması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 11-18.

² 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

³ Bu gibi standart sözleşmelerde yargı yetkisine dair birtakım hükümler de sevk edilir. Mesela GENCON formunda İngiliz hukukuna, Londra tahkimine ve LMAA (*Londra Denizcilik Hakemleri Derneği/London Maritime Arbitrators Association*) Tahkim Kurallarına atfı yapılmıştır. Mâmâfih sözleşmenin tarafları Türk ise, Türk hukuku ve bir Türk tahkim kuruluşunun yetkilendirilmesi ideal olanıdır. Türk deniz tacirine bu imkânı verebilmek, bittabi kanun koyucu ile Türk tahkim kuruluşlarının, sektörün realitesine uygun ve kolaylaştırıcı yaklaşımları ile mümkün olabilecektir.

arasındaki sözleşme hükümlerinin uygulanması daha muhtemeldir. Bu esastan olmak üzere TTK hükümleri tefsir edilirken, tatbikatta sıkça kullanılan standart sözleşme ve klozlara da yeri geldiğinde atıf yapılmıştır.

I. YOLCULUĞUN BAŞLAMASINA VEYA DEVAMINA ENGEL OLAN SEBEPLER

Yolculuk kavramı; navlun sözleşmesinde yükün gemiye yüklenmesinden sonra gelen safhayı, fiili taşıma sürecini ifade eder⁴. Yükün kararlaştırılan yere sevk edilebilmesi için, bir başka ifade ile taşımanın taşıma taahhüdünü gerçekleştirerek navlun sözleşmesinin inikadından murad edilen amacın hâsıl olabilmesi için yolculuğun başlaması ve varma limanına kadar devam etmesi şarttır. Bu sebep ile yolculuğun başlamasına ve devam etmesine engel olacak mahiyetteki birtakım vaka ve vakıalardan, taraflara navlun sözleşmesini feshetme hakkı bahşedenler TTK m. 1218 ilâ 1223 hükümlerinde düzenlenmiştir. İş bu hükümlerde; yolculuğun başlamasına ve devamına engel olan hâllerden, taraflara fesih hakkı verenler ve vermeyenler ile diğer bazı neticeleri tevhit eden hâller ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bir bakıma mezkûr hükümlerde esasında, taraflara navlun sözleşmesini feshetme imkânı tanıyan haklı sebepler açıklanmıştır⁵.

A. Navlun Sözleşmesinin İfasını Engelleyecek Mahiyette Bir Kamu Tasarrufu

TTK m. 1218/1 hükmünde, navlun sözleşmesinin taraflarına, sözleşmenin ifasının bir kamu tasarrufu yüzünden engellenmiş olması hâlinde, herhangi bir tazminat yükümlülüğü söz konusu olmaksızın sözleşmeyi feshetme imkânı tanınmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki bu hâller tahdîdî değil, tadadî olarak sayılmıştır. Bu esastan olmak üzere, hem hükümde geçen kamu tasarruflarından, hem de hükümde ismen zikredilmemekle beraber tatbikatta karşılaşılabilecek muhtemel ve aynı neticeyi tevhit edebilecek kamu tasarruflarından bahsetmek icap eder.

1. Kamu Tasarrufu Mefhumu

Kamu tasarrufu, kanunda tarif edilmiş değildir; doktrinde ise idare hukukçuları, “*idare*” kavramını açıklarken kamu hizmeti, kamu gücü gibi başlıklar açmışlardır fakat kamu tasarrufundan ayrıca söz etmemişlerdir. Lügatte⁶ “*halk hizmeti gören devlet organlarının tümü*” manası verilen kamu tarifinden mühlhem olarak kamu tasarrufu, idare kavramını aşacak mahiyette ve devletin yürütme, yargı ve yasa-yetkisini kapsayacak şekilde anlaşılabilir. Mâmâfih TTK m. 1218’de geçen kamu tasarrufu tabirini, ne idare ile ne de devlet kavramı ile sınırlandırmak mümkündür. Özel hukukçu bakış açısı ile ifade etmek gerekir ki kamu tasarrufu; sözleşmenin taraflarından başka sözleşmenin ifasına etki edebilecek, üstün otorite ve insan kaynaklı iş, işlem ve fiillerin tamamı olarak ifade edilebilir⁷. Nitekim aşağıda yer yer değinilecek olan standart sözleşme ve klozlarda da, bu yaklaşım tezahür etmektedir.

Kamu tasarrufları arasında, şüphesiz ki devlet tasarrufları başta gelir. Tasarruf sahibi devlet, Türk Devleti veya bir başka devlet olabilir. Devlet bu tasarrufunu, iç hukuk yetkisi veya milletlerarası hukuka göre gerçekleştirebilir. Bununla birlikte sadece devletler değil, devletlerin üye olduğu veya kurduğu milletlerarası teşkilâtların tasarrufları da bu kapsamdadır.

⁴ SÖZER, Bülent: *Deniz Ticareti Hukuku - I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 325; AKINCI, Sami: *Deniz Ticareti Hukuku Dersleri, Navlun Mukaveleleri*, Türkiye Ticaret Postası Matbaası, İstanbul, 1968, s. 68; YAZICIOĞLU, Emine: *Deniz Ticareti Hukuku*, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, 360.

⁵ Haklı sebep kavramına dair teferruatlı tarif ve izahat için bkz. SELİÇİ, Özer: *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 192; ORMANCI ALTINOK, Pınar: *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 133; ANTALYA, O. Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Marmara Hukuk Yorumu, Cilt V/1, 3*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019 (Cilt V/1, 3), s. 607. Haklı sebepler genel mahiyette olabileceği gibi; kanunda öngörülebilir veya taraflarca kararlaştırılabilir. Bkz. ANTALYA, *Cilt V/1, 3*, s. 610.

⁶ AKALIN, Şükrü Halûk (Ed.): *Türkçe Sözlük*, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2011, s. 1290.

⁷ Bu geniş tarife rağmen; TTK m. 1218/1 hükmünün tatbiki bakımından yargısal iş ve işlemlerin bu kapsamda olmadığı doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. CAN, Mertol: *Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 124-125. Yargısal tasarrufların navlun sözleşmesine olan etkisi, aşağıda Bölüm “I-A-2-a-cc”de teferruatlı olarak ele alınmıştır.

Kamu ile devlet kavramlarının az veya çok özdeşleştirildiği bu izahattan sonra, milletlerarası hukuk bakımından devlet olarak veya meşru bir şekilde tanınmamış; aşiretler, ayrılıkçı gruplar, mahallî topluluklar ve terör örgütleri gibi otoritelerin tatbikatları, koydukları kurallar ve yasakların kamu tasarrufu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulmalıdır. Bu husus aynı zamanda, söz konusu tasarrufun hukukî veya kanunî meşruiyetinin, navlun sözleşmesinin feshine dair TTK m. 1218 ve devamındaki hükümlerin tatbiki bakımından önemli olup olmadığı tartışmasını da beraberinde getirir. Suç ve terör örgütleri, aşiretler gibi mahallî topluluklar veya ayrılıkçı gruplar, şüphesiz ki kural olarak siyasî ve hukukî meşruiyeti haiz değildir ve bunların yaptırım ve tasarrufları, milletlerarası hukuk ile anayasa ve idare hukuku bakımından kamu tasarrufu olarak nitelendirilemez. Mâmâfih TTK m. 1218/1 hükmü; kanun koyucunun muradı ve deniz ticareti telakkileri dairesinde tefsir edildiğinde, siyasî meşruiyeti olmayan bu tür otoritelerin tasarrufları da; fiilî ve bilhassa navlun sözleşmesinin ifası bakımından bir devlet tasarrufunun yaptırım kudretine ulaşıyorsa veya doğrudukları tehdit deniz ticaretini imkânsız kılıyor, can, yük ve geminin güvenliği bakımından kuvvetli risk barındırıyorsa, bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu esastan olmak üzere, haksız, milletlerarası hukukta karşılığı olmayan veya evrensel hukuk ilkeleriyle bağdaşmayan bir tasarrufun dahi bu hükümler bâbında bir kamu tasarrufu olarak kabulü gerekmektedir⁸.

2. Başlıca Kamu Tasarrufları

TTK m. 1218/1 hükmünde, kamu tasarrufu olarak zikredilen bazı hâller örnek kabildinden sayılmakla birlikte, hükmün lafzı ve yorumundan bunların tahdîdî bir şekilde sayılmadığı, bunlardan başka kamu tasarruflarının da söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır. Hükümde zikredilen kamu tasarruflarının, milletlerarası hukuk, ceza hukuku veya idare hukuku bakımında farklı hukukî formları söz konusu olabilir. Düzenlemenin kendi içinde bir sistematığı vardır ancak milletlerarası hukuka dair terimlerin kullanılarak hükmün ihdası, karmaşık bir tezahüre yol açmıştır⁹. Mesela ambargo sebebiyle gemiye el konulması hükümde düzenlenmiştir, ancak ambargo kararı ile ticaret yasağı da getirilebilir; ya da ambargo kararı alınmaksızın veya hatta tamamen hukuka aykırı şekilde fiilî olarak gemiye el konulması da mümkün olabilir. Hükümün tatbiki bakımından mühim olan husus, kamu tasarrufunun navlun sözleşmesinin ifasını engelleyecek mahiyette olmasıdır. Bu kamu tasarruflarının bir kısmı, sadece serbest ticaretin sınırlandırılması veya engellenmesine yöneliktir. Bir kısmında ise bu amaç aslî hedef değildir; kamu tasarrufunun bir neticesi olarak serbest ticaret ve dolayısıyla navlun sözleşmesinin ifası engellenmiş olur¹⁰.

a. Gemiye El Konulması Neticesini Tevhit Eden Kamu Tasarrufları

Gemiye ambargo sebebiyle veya devlet hizmeti için el konulması, TTK m. 1218/1'de navlun sözleşmesinin feshine sebep olabilecek haklı sebepler arasında zikredilmiştir. Bu iki el konulma sebebi

⁸ ÇAĞA, Tahir: *Deniz Ticareti Hukuku 2: Navlun Sözleşmesi*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 257.

⁹ Mülga 6762 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler hakkındaki benzer eleştiriler için bkz. AKINCI, s. 177.

¹⁰ Navlun sözleşmesinin ifasını engelleyen kamu tasarrufları, esasında bir liman güvenliği meselesidir. Belirli bir zaman diliminde geminin, normal şartlarda iyi denizcilik ve gemicilik ile önlenmesi mümkün olmayan tehlikeye maruz kalmaksızın ulaşamadığı, giriş ve çıkış yapmadığı liman, güvenli olmayan bir limandır. Bkz. (*Leeds Shipping Company, Ltd. V. Societe Francaise Bunge*, <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=147006>, ET: 11.04.2024). Navlun sözleşmesinin gereği gibi ifası için, evvelâ yükleme ve varma limanlarının güvenli olması gerekir. Liman, yeterli sayıda kılavuz veya römorkör bulunmadığı için veya yeterli su derinliği sağlanmadığı için güvensiz hâle gelebilir. Hâkezâ savaş veya siyasî birtakım sebeplerle de limanın güvensizliği gündeme gelebilir. Bkz. DAVEY, Michael / DAVEY, James / CAPLIN, Oliver: *Miller's Marine War Risks*, 4. Baskı, Informa law from Routledge, London, 2020, s. 496; COOKE, Julian / YOUNG, Tim / ASHCROFT, Michael / TAYLOR, Andrew / KIMBALL, John / MARTOWSKI, David / LAMBERT, LeRoy / STURLEY, Michael: *Voyage Charters*, 4. Baskı, Informa Law, London, 2014, s. 134; BAATZ, Yvonne: "Charterparties", (Ed.) BAATZ, Yvonne: *Maritime Law*, 4. Baskı, Informa Law from Routledge, Oxon, 2018, s. 269; PÖTSCHKE, Jan-Erik: "Art. 528", DRESCHER, Ingo / FLEISCHER, Holger / SCHMIDT, Karsten (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7: Transportrecht*, 5. Baskı, Verlag C. H. Beck, München, 2023 (Yazar, Münchener Kommentar), N. 6; PLOMARITOU, Evi / PAPADOPOULOS, Anthony: *Shipbroking And Chartering Practice*, 8. Baskı, Informa Law from Routledge, London, 2018, s. 326. Bazı sözleşmelere, yükleme ve varma limanlarının güvenli olduğuna dair garantiler dercedilebilir (*safe berth clause*). Ancak ifade etmek gerekir ki, limanın güvenli olması tabii bir meseledir; bu hususta açıkça anlaşılmış olması gerekmez. Bkz. PÖTSCHKE, *Münchener Kommentar*, Art. 528, N. 5; BAUER, R. Glenn: "Effects of War on Charter Parties", *Tulane Maritime Law Journal*, 1988, Cilt 13, Sayı 1, s. 15.

sınırlı şekilde sayılmamıştır; bir başka ifade ile gemiye el konulmasının, mutlaka bu iki sebepten birine istinat etmesi gerekmez; aynı fiilî veya hukukî neticeye yol açacak benzer bir kamu tasarrufunu da, bu bapta ele almak gerekir. “*El koymak*” lügatte, “*zorla almak, yetkili organ bir malı veya bir kuruluşu kendi yönetimine almak*” olarak tanımlanmıştır¹¹.

aa. Ambargo

Türk Ticaret Kanunu’nda gemiye el konulmasının neticesini tevhit edecek müesseselerden biri olarak öngörülen ambargo, mahiyeti itibariyle bir iktisadî yaptırımdır¹². Her ne kadar hükümde, gemiye ambargo sebebiyle el konulmasından söz edilmişse de, her ambargo kararı ve tatbiki kendiliğinden gemiye el konulması veya geminin müsadere edilmesi neticesini beraberinde getirmez¹³. Ambargo kararı ve uygulaması kapsamında, gemilerin belirlenen limanlara giriş ve çıkışlarının yasaklanması söz konusu olabileceği gibi, bazı malların taşınması ve ticareti de yasaklanabilir. Hatta ambargo kararı alınmasına rağmen, bu kararın deniz ticaretine hiçbir tesiri de olmayabilir.

Ambargo kararının kim tarafından alınacağı ve tatbikinin kim tarafından denetleneceği, esasında milletlerarası hukuk ve siyasetin bir meselesidir. Karar alıcıların kim olabileceği, sınırlandırılmış değildir. Ambargo uygulanmasına ve ambargonun içeriğine, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) ve Avrupa Birliği (AB) gibi uluslararası teşkilâtlar veya devletler karar verebilir¹⁴. Mesela Birleşmiş Milletler (BM) Anlaşması’nın 41’inci maddesi ile BMGK’ye ambargo ilân etme ilân etme yetkisi verilmiştir¹⁵. Nitekim Güvenlik Konseyi tarafından alınan ambargo kararı, Birleşmiş Milletler üyesi ülkeler için bağlayıcı niteliktedir (BM Anlaşması m. 25 ve 103)¹⁶. Bunun gibi, devletlerin de ambargo kararı alması ve uygulaması mümkün olabilir. Devletlerin uygulayacağı ambargolar için, bir hukukî ve insanî meşruiyet tartışması söz konusu olabileceği gibi, ambargonun amacına ulaşması da karar alıcı devletin siyasî ve askerî gücüne bağlı olacaktır.

Ambargo özelinde ekonomik yaptırımların her ne kadar, insan haklarını korumak, işgale veya isyana son verilmesini sağlamak, meşru veya seçilmiş hükümetin iktidarda kalmasını veya iktidara gelmesini sağlamak, silahsızlanma veya silah kontrolünü sağlamak, barışın kurulmasını kolaylaştırmak ve uluslararası terörizm ile mücadele etmek gibi uluslararası üstün menfaatlerle ilgili olduğu ifade edilmişse de¹⁷; TTK m. 1218 bağlamında bir fesih hakkı tanınması açısından ambargonun bu gibi meşru amaç ve hedeflerinin olması gerekmediği gibi, hakkaniyete, hukuka ve hatta insan haklarına uygun olması dahi şart değildir. Navlun sözleşmesinin feshi bakımından mühim olan, gemiye el konulması ve hukukî veya fiilî durumun navlun sözleşmesinin ifasını engellemesidir.

bb. Devlet Hizmeti

Taşınır eşya mahiyetinde olan gemiye devlet hizmeti için el konulması, devletleştirme ve istimval usulü ile gerçekleştirilir¹⁸. Devletleştirme, yasama organınca çıkarılan bir kanun ile kamu hizmeti niteliği taşıyan bir özel işletme veya teşebbüsün, kamu yararının zorunlu kıldığı hâllerde, gerçek karşılığı

¹¹ Türkçe Sözlük, s. 774.

¹² AKKUTAY, Berat Lale: “Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, Sayı 111, s. 417.

¹³ DOST, Süleyman / KORKMAZ, Zehra: “Savaşa Varmayan Zorlama Yolu Olarak Zararla Karşılık ve Bazı Uygulamalar”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 5, Sayı 2, s. 138; EREN, M. Yusuf: “Uluslararası Hukukta Savaşa Varmayan Kuvvet Kullanma Yolları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 3, Sayı 2, s. 241.

¹⁴ ASADA, Masahiko: *Economic Sanctions in International Law and Practice*, Routledge, New York, 2020, s. 10; AYGÜL, Musa / VURAL ÇELENK, Belkis: “Ekonomik Yaptırımlar ve Akreditif”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2018, Cilt 4, Sayı 1, s. 2.

¹⁵ ASADA, s. 29.

¹⁶ AYGÜL / VURAL ÇELENK, s. 4; HAPPOLD, Matthew: “Economic Sanctions and International Law: An Introduction”, HAPPOLD, Matthew / EDEN, Paul (Ed.): *Economic Sanctions and International Law*, Bloomsbury Publishing, London, 2016, s. 1.

¹⁷ AYGÜL / VURAL ÇELENK, s. 6.

¹⁸ Kamulaştırma, ancak taşınmaz mallar için söz konusu olabilir. Türk Ticaret Kanunu’nun 936’ncı maddesinde yer alan düzenlemeye göre sicile kayıtlı olsun veya olmasın tüm gemiler taşınır mal niteliğinde olduğu için, gemilerin kamulaştırılmasından söz edilemez.

üzerinden tüm malvarlığı ile idareye intikal ettirilmesidir¹⁹. Devletleştirmenin bir bakıma özelleştirmenin tersi olduğu da ifade edilebilir. Devletleştirme yapılabilmesi için; devletleştirilecek özel teşebbüsün gördüğü hizmet veya üretimin yurt çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi, bu hizmet veya üretimin kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlanmasının mümkün olmaması ve hizmet veya üretimin yavaşlaması veya durdurulması hâlinde kamunun büyük zarara uğrayacak olması gerekir²⁰.

Gemiye devlet hizmeti için el konulmasını beraberinde getiren bir diğer uygulama da istimvaldir²¹. İstimval, olağanüstü ve geçici ihtiyaçların karşılanması amacıyla ve mevzuata uygun olarak özel mülkiyette bulunan taşınır malların kullanma hakkının veya mülkiyetinin devlete intikali olarak tanımlanabilir²². Mesela 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu'nun 15'inci maddesi ile ilgililere, yapılan duru ile belirlenen taşınır mallarını kamuya teslim etmeleri öngörülmüştür²³. Bunun gibi 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu²⁴ ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'da da istimvale ilişkin hükümler mevcuttur²⁵.

Devletleştirme ve istimval uygulaması, görüldüğü gibi birtakım ağır şart ve prosedürlere bağlıdır. Başta Türk Donanması olmak üzere genel olarak Devlet'in envanterinin büyüklüğü ve deniz ticaretindeki rekabetçi ortam dikkate alındığında; günümüzde, bir deniz taşımacılığı şirketine ve dolayısıyla işlettiği gemiye bu baptaki müesseselere bağlı olarak el konulmasını gerektirecek fiilî ve hukukî şartların gerçekleşmesi pek ihtimâl dâhilinde değildir.

cc. Yargısal İş ve İşlemler ile Cebrî İcra Prosedürüne Bağlı Olarak Gemiye El Konulması

Devletin yargı organları tarafından gerçekleştirilen iş ve işlemlerin de, birer kamu tasarrufu mahiyetinde olduğu açıktır. Hakeza icra müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen icra işlemleri de, birer kamu tasarrufu niteliğini haizdir²⁶. Bu esastan olmak üzere TTK m. 1218/1 hükmü, lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınarak tefsir edilirse, bir ceza soruşturması veya kovuşturması ya da icra işlemi neticesinde gemiye el konulması gibi hâllerde de, tarafların navlun sözleşmesini tazminat yükümlülüğü olmaksızın feshedebileceğini kabul etmek gerekir. Ancak geminin, bilhassa donatan veya taşıyanın birtakım fiilleri neticesinde ceza soruşturması veya kovuşturmasına uğraması ya da borcunu ödememesi sebebiyle gemiye el konulması hâlinde, herhangi bir tazminat yükümlülüğü olmaksızın sözleşmenin feshedilebilmesi, hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Nitekim doktrinde, bu tür iş ve işlemlerin neticesi olarak gemiye el konulmasının, TTK m. 1218/1 bağlamında bir haklı sebep teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir²⁷.

Gemiye el konulması neticesini tevhit edecek yargısal iş ve işlemlerin başında, el koyma ve müsadere gelir. *El koyma*, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği²⁸ m. 4'de, suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi olarak tanımlanmıştır. Bu

¹⁹ ATAY, Ender Ethem: *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 445; KALABALIK, Halil: *İdare Hukuku Dersleri* Cilt II, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 429; AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 670.

²⁰ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 669. Kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin devletleştirilmesi esasları, devletleştirme karşılığının hesaplanma tarz ve usulleri ile bunlarla ilgili uyumsuzlukların çözüm yolları 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun'da teferruatlı olarak düzenlenmiştir.

²¹ CAN, s. 129.

²² ATAY, s. 446; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 670.

²³ 27.10.1983 tarihli ve 18204 sayılı Resmî Gazete.

²⁴ 16.06.1939 tarihli ve 4234 sayılı Resmî Gazete.

²⁵ 25.05.1959 tarihli ve 10213 sayılı Resmî Gazete.

²⁶ İcra işleminin hukukî mahiyetine dair tafsilatlı mülahazalar için bkz. TOK, Ozan: "İcra İşleminin Yapısı ve Hukuki Rejimi", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 1, s. 57-85.

²⁷ ABRAHAM, Hans Jürger: *Schaps - Abraham, Das deutsche Seerecht, Zweiter Band*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1962, s. 527. Bkz. CAN, s. 124-125; ÇAĞA, s. 257 ve dn. 8.

²⁸ 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmî Gazete.

bakımdan el koyma, zilyedin rızası hilafına uygulanmaktadır ve bir zor kullanımını içerir²⁹. Nitekim tatbikatta da, gemiler için de ceza muhakemesi kuralları dairesinde el koyma işleminin gerçekleştirildiği görülmektedir³⁰. Hakeza göçmen kaçakçılığı suçlarında, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Ek m. 1'e göre el koyma gerçekleştirilebilir³¹.

Gemiye el konulmasına yol açabilecek bir diğer ceza ve ceza muhakemesi hukuku müessesesi de müsadere. Müsadere, suçun icrasında kullanılan, suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçun işlenmesinden sadır olan eşya ile suç işlemek suretiyle elde edilen malvarlığı değerlerinin failin elinden alınarak devletin mülkiyetine intikalini sağlayan bir ceza hukuku müeyyidesidir³². Türkiye Cumhuriyeti Anayasası³³'nin 38'inci maddesine göre, genel müsadere cezası verilemez; müsadere ancak bir suçun işlendiğinin tespitine bağlı olarak uygulama alanı bulabilir³⁴. Genel müsadere yasağı kaidesine göre, geminin de ceza hukuku bağlamında müsaderesinin söz konusu olabilmesi için, işlenen suç ile bir bağlantısının bulunması icap eder (Türk Ceza Kanunu³⁵ m. 54 ve 55)³⁶. Geminin bir ulaşım ve nakliye vasıtası olması hasebiyle, bilhassa kaçakçılık mevzuatı dairesinde müsadere söz konusu olmaktadır. Nitekim 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu³⁷ m. 13'e göre, kaçak eşya taşımada kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için öngörülen şartlar düzenlenmiştir. Bunun gibi TCK m. 79'da ifadesini bulan göçmen kaçakçılığı suçu da, geminin müsaderesine yol açabilir³⁸.

Cebrî icra da, yargısal ve icraî bir prosedür olarak gemiye el konulması ile sonuçlanabilir. Cebrî icra, alacaklının alacağını devletin yardımı ile tahsil etmesini sağlayan bir usuldür³⁹. Kanun'un 1350 ilâ 1400'üncü maddeleri arasında, "*cebrî icraya ilişkin özel hükümler*" başlığı altında gemilerin haczine dair hükümler sevk edilmiştir. Bu kısımda ayrıca düzenlenmeyen hususlarda, İcra ve İflas Kanunu'nun - gemilerin de taşınır eşyadan olması hasebiyle - taşınır eşyalara dair hükümleri uygulanır. Bununla birlikte istisnaî bazı hâllerde, İcra ve İflas Kanunu⁴⁰'nun taşınmazlara dair hükümleri de uygulama alanı bulabilecektir (TTK m. 937).

Geminin seferden men edilip gemiye el konulabilmesi, ihtiyatî haciz kararı ile mümkün olur⁴¹. İhtiyatî haciz kararının infazı, geminin seferden men edilerek muhafaza altına alınmasını beraberinde

²⁹ Tafsilatlı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, Bahri / EKER KAZANCI, Behiye / SOYER GÜLEÇ, Sesim: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022. Zor kullanma olmaksızın, zilyedin rızası ile aynı amaca müteallik olarak eşyanın yetkili mercie teslim edilmesi ise muhafaza altına alınma olarak ifade edilmektedir (Bkz. CMK m. 123). Bkz. KIZILARSLAN, Hakan: *Tüzel Kişilere Özgü Koruma ve Güvenlik Tedbirleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 201. Muhafaza altına alınma da mahiyeti itibarıyla bir tür el koymadır ancak ilgilinin zilyedin rızası ile gerçekleşmektedir. Muhafaza altına alınması için eşyayı teslim etmek de, CMK m. 124'e göre bir yükümlülüktür; bu esastan olmak üzere muhafaza altına alınma da bu bapta bir kamu tasarrufudur.

³⁰ Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir bireysel başvuruya dair kararında; "*Suçta kullanıldığı hususunda şüphe bulunan gemiye el konulmasının muhtemel bir müsadere güvence altına alınması amacı bakımından elverişli olduğu açıktır*" denilmek suretiyle şartları oluştuğu vakit gemilere, ceza muhakemesindeki bir koruma tedbiri mahiyetinde el konulmasının mümkün olduğu edilmiştir. Bkz. AYM, D.C., B. No: 2018/13863, T. 16.06.2021 (28.09.2021 tarihli ve 31612 sayılı Resmî Gazete).

³¹ DOĞAN, Koray: *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 191-192.

³² Tafsilatlı bilgi için bkz. KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 666; ACAR, Hüseyin: *Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019. Bununla birlikte müsadere için ceza müeyyidesi olmadığına dair mülhazalar hakkında bkz. KIZILARSLAN, s. 388-391.

³³ 09.11.1982 tarihli ve 17863 sayılı Resmî Gazete.

³⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 667.

³⁵ 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete.

³⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 657.

³⁷ 31.03.2007 tarihli ve 26479 sayılı Resmî Gazete.

³⁸ BÜYÜKKAYA, Muhammed Hüseyin: *Göçmen Kaçakçılığı (TCK m. 79)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 219-220; EVİK, Ali Hakan: "*Göçmen Kaçakçılığı Suçu*", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 9, Sayı 3-4, s. 172.

³⁹ POSTACIOĞLU, İlhan E.: *İcra Hukuku Esasları*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 4; KURU, Baki: *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 37; PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 3.

⁴⁰ 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete

⁴¹ Alacaklının, alacağının parasal değerini, deniz alacağı mahiyetini ve teminat göstermesi, ihtiyatî haciz kararı verilmesi için yeterlidir (TTK m. 1362 ve 1363). İhtiyatî haciz kararı verildiği tarihten itibaren üç (3) iş günü içinde alacaklı, kararı veren mahkemenin yargı

getirir (TTK m. 1366/1). Bu hüküm ile ihtiyatî haciz kararı ve geminin seferden men edilmesi arasında kanunî bir rabıta kurulmuş, geminin seferden men edilmesi ihtiyatî haczin tabii bir neticesi olarak düzenlenmiştir⁴². Cebrî icranın bu safhası ile birlikte, borçlunun eşya (gemi) üzerindeki tasarruf yetkisi kaldırılmış olur⁴³. Geminin ihtiyatî haczedilerek seferden men edildiği, TTK m. 1366/1’de sayılan kişilere tebliğ edildiği andan itibaren artık navlun sözleşmesinin ifasını engelleyen kamu tasarrufunun gerçekleşmiş olduğu kabul edilmelidir.

Gemi, ihtiyatî haczin infaz edileceği sırada limanda olursa; TTK m. 1366’ya göre seferden men edilerek ve muhafaza altına alınır. Bu hâlde navlun sözleşmesinin ifası bittabi mümkün değildir. Gemi şayet seferde olursa keyfiyet, Türk gemileri için kayıtlı olduğu geminin kayıtlı olduğu sicile, yabancı gemiler için ise geminin bayrağını taşıdığı devletin en yakın konsolosluğuna bildirilir (TTK m. 1367/1). Bir başka ifade ile gemi seferde iken infaz edilen ihtiyatî haciz kararı, fiilen sözleşmenin ifasını engellemez. Türk Bayraklı gemilerde ihtiyatî haciz kararı, malike, malik olmayan donatana ve borçtan şahsen sorumlu bulunan kişiye tebliğ edilir ve deniz alacağı için on gün içinde teminat verilmesi, aksi hâlde geminin izleyen ilk seferinde icra dairesine teslim olunması ihtar olunur (TTK m. 1367/1-a). Bu bakımdan Türk gemileri, ihtiyatî haczin uygulandığı esnada seferde olmaları hâlinde, teminat vermeseler dahi o seferi tamamlayabileceklerdir. Bu esastan olmak üzere yolculuk başlamışsa ihtiyatî haciz, tek bir sefer için öngörülen navlun sözleşmesinin ifasını engellemez.

dd. Seferden Men Kızları (*Arrest Clauses*)

Geminin ihtiyatî haciz kararına bağılı olarak seferden men edilmesi, navlun sözleşmesinin ifasını fiilen engellemesine rağmen doktrinde, TTK m. 1218/1 hükmü kapsamında değerlendirilmemektedir. Bununla birlikte sözleşmelere bazı kızılar dercedilerek (*arrest clauses*), geminin haczedilerek seferden men edilmesinin neticeleri taraflarca düzenlenebilmektedir. Tatbikatta da, geminin seferden men edilmesi hâlinde, donatan veya taşıyanın kusuruna bakılmaksızın taşıtanın sözleşmeyi feshedebileceğine dair kızılar sözleşmelere dercedilmiştir. Daha ziyade gemi işleyenler aleyhine oluşan bu durum, BIMCO tarafından hazırlanan ve seferden men riskini, ilgililerin kusuruna bağılı olarak dengeli bir şekilde dağıtılmasını öngören bir *Arrest Clause For Voyage Charter Parties 2019 (Seferden Men Kızı)*⁴⁴ ile tekrar ele alınmıştır.

Seferden Men Kızı, geminin yükleme limanın vardığı ve yüklemeye hazır olduktan sonra gerçekleşen el konulma ve seferden men hâllerinde uygulama alanı bulur⁴⁵. Ancak Kızıda, açıkça bir mahkeme kararı veya hükümet yetkilisinin emrinden söz edilir; bu bakımdan terör örgütleri veya bu statüyü haiz olmayan mahallî grupların karar ve uygulamaları Kızın dışında kalır⁴⁶. Mezkûr Kızıda seferden men (*arrest*), “*geminin bir mahkeme veya hükümet yetkilisinin emriyle alıkonulması, el konulması veya kısıtlanması*” şeklinde tarif edilmiştir. Bu tarif, gemilerin ihtiyatî haczine dair milletlerarası sözleşmelerdeki “*arrest*” tarifine nazaran son derece geniştir⁴⁷.

çevresindeki veya geminin bulunduğu yerdeki icra dairesinden kararın infazını talep eder (TTK m. 1364). Gemilerin limanda kaldıkları sürenin sınırlı olması ve ihtiyatî haciz başvurusunun öğrenilmesi hâlinde limandan ayrılma ihtimali, mahkemenin borçluya herhangi bir tebligat yapmadan ve duruşma açmadan karar vermesini gerektirir. Bkz. ATAMER, Kerim: *Deniz Ticareti Hukuku Cilt: IV Deniz İcra Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 233. Bu yönüyle taşıyanın, ihtiyatî haciz kararının tebliği ile keyfiyeti öğrenmesi, bir bakıma navlun sözleşmesinin tüm ilgilileri için beklenmedik bir durum oluşturabilir.

⁴² Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. ATAMER, s. 237.

⁴³ Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, İstanbul, 2004, s. 143; KURU, s. 207.

⁴⁴ Bkz. BIMCO Arrest Clause For Voyage Charter Parties 2019 (https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/arrest_clause_for_voyage_charter_parties_2019_ET; 27.03.2024).

⁴⁵ Gemi varma limanına gelmiş olsa da henüz yüklemeye hazır değilse (henüz NOR/*notice of readiness* verilmemişse), genellikle sözleşmelere dercedilmiş olan iptal kızı (*cancellation clause*) uygulama alanı bulur. Bkz. HILL, Christopher: *Maritime Law*, 6. Baskı, Informa Law from Routledge, Oxon, 2014, s. 215; BAUGHEN, Simon: *Shipping Law*, 6. Baskı, Routledge, Oxon, 2015, s. 209-210.

⁴⁶ Bununla birlikte taraflar, tatbikatta kullanılan standart sözleşmeleri kendi arzularına göre değiştirebilecekleri gibi, standart kızıları da kendi tercihleri doğrultusunda değiştirip yeniden düzenleyebilirler.

⁴⁷ Gemilerin ihtiyatî haczi olarak tercüme edilen “*arrest*” kavramı; hem 1952 tarihli Deniz Gemilerinin İhtiyatî Haczi ile İlgili Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Milletlerarası Sözleşme (*International Convention Relating to the Arrest of Sea-Going Ships*), hem de 1999 tarihli Gemilerin İhtiyatî Hacizine İlişkin Milletlerarası Sözleşme (*International Convention on Arrest of Ships*) kapsamında tarif

Seferden Men Klozunda, sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması gözetilmiş; geminin seferden men edilmesi üzerine evvelâ tarafların gemiyi kurtarmak için çaba göstermesi gerektiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte taşıtanın, alt taşıtanın, çalışanlarının veya temsilcilerinin fiili, ihmâli veya temerrüdü neticesinde geminin tutuklanması hâlinde, herhangi bir fesih hakkından söz edilmemiştir. Ancak bunlardan birinin sorumlu olmadığı diğer tüm seferden men hâllerinde (seferden menin haksız olduğu veya taşıyan ya da işletenin sorumlu olduğu hâller); yüklemenin henüz yapılmamış olması ve tutuklanmanın üzerinden on dört (14) geçmesi hâlinde teminat verilmezse, taşıtan yazılı bildirimde bulunarak sözleşmeyi feshedebilir.

b. İktisadî Yaptırımlar

Varma yeri ile ticaretin yasaklanması ile taşıma konusu eşyanın tamamının ihracat, ithalat veya transit geçişinin yasaklanması farklı kamu tasarrufları olarak değerlendirilmekle birlikte çoğu zaman iç içe geçtiği için bunları aynı bapta ele almak mümkündür. Ticaret ve malların serbest dolaşımına dair yasaklar; bir devletin tek taraflı kararından veya iç hukuk yetkisini kullanmasından kaynaklanabileceği gibi; bir milletlerarası iktisadî yaptırım kararına bağlı olarak da uygulanabilir. Mesela BM Güvenlik Konseyi, Kuveyt'in işgali ve sonrasında Irak ve Kuveyt'e yapılan tüm ithalat ve ihracatı yasaklayarak tam bir ambargo uygulamıştır⁴⁸. Varma limanı devletin bir iç hukuk yaptırımı ile söz konusu olabileceği gibi; bir ambargo kararına bağlı olarak topyekûn bir ticaret yasağı veya ürün ya da şirket bazlı, belli bir örgütü veya özel şirketi hedef alan yasaklamalar da söz konusu olabilir⁴⁹. Hakeza Yugoslavya'ya uygulanan ambargo, ticaret ile birlikte transit geçişin de yasaklanmasını kapsamaktaydı⁵⁰. Bu yasaklamalar veya kısıtlamalar, üçüncü ülkelerdeki firmaların ve kişilerin de hedef ülke ile ticaretini yasaklamaya yönelik olabilir⁵¹.

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 41'inci maddesinde ekonomik ve diplomatik ilişkilerin kesilmesi, ulaşımın engellenmesi gibi birtakım yaptırımlardan söz edilmiştir⁵². Bu yaptırımlar arasında, deniz ulaşımının da tümüyle veya bir bölümünün kesintiye uğratılması zikredilmiştir. Bununla birlikte BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan yaptırım kararları, doğrudan şirketler ve bireyler için yükümlülükler getirmez; üye devletlere yükümlülük getirir⁵³. Dolayısıyla bu gibi kararlar, ilgili liman devleti otoritelerince konulan ve fiilen tatbik edilen bir yasak olmadığı sürece TTK m. 1218/1 kapsamında navlun sözleşmesinin ifasına yönelik bir engel değildir. Ancak ticaret yasağı içeren yaptırımın mutlaka bir BM veya Güvenlik Konseyi kararına istinat etmesi gerekmez. Devletlerin tek taraflı olarak öngördükleri birtakım iktisadî yaptırımlar da söz konusu olabilir⁵⁴. Şüphesiz ki bu tek taraflı yaptırımların

edilmiştir. Her iki sözleşmede yer alan ihtiyatî haciz tariflerinde müessesenin; bir deniz alacağının teminat altına alınması için yargısal bir faaliyet neticesinde alınan geçici koruma tedbiri olduğu ifade edilmiştir. Sözleşmelerin hazırlanması sürecinde, bu tariflere tartışmalarla ilgili bkz. YILMAZ, Onur: *Gemilerin İhtiyatî Haczi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 36-46. Bu esastan olmak üzere geminin bir ceza mahkemesi kararı ile veya liman devletin bir iktisadî yaptırım kararı ile alıkonulması "arrest" kavramının kapsamı dışındadır. Ancak BIMCO Seferden Men Klozunda "arrest" kavramı; alıkonulma, el konulma ve kısıtlanma (*detention, seizure and restraint*) gibi geminin fiilen sefere çıkmasına izin verilmeyen tüm hâlleri kapsayacak şekilde ve sadece bir deniz alacağına bağlı yargısal işlemlerle değil; liman devleti kontrolü ile alıkoyma, iktisadî yaptırımlar veya savaş riskleri veya bir kararın infazını kapsayan geniş bir uygulamaya işaret etmektedir. Bkz. BIMCO Arrest Clause for Voyage Charter Parties 2019, *Explanatory Notes* (https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/arrest_clause_for_voyage_charter_parties_2019, ET: 10.04.2024). Bu esastan olmak üzere sözleşmeye dâhil edilen klozun içeriği ve kullanılan terimlerin tariflerine göre, gemiye bir ambargo sebebiyle el konulması veya mahkemenin muhafaza altına alması gibi hâllerde de kloza başvurmak mümkün olabilir.

⁴⁸ ASADA, s. 29; CURRIE, John H.: *Public International Law*, 2. Baskı, Irwin Law, Toronto, 2008, s. 492.

⁴⁹ GOLLIARD, Mélanie Marilyne: *Economic Sanctions: Embargo on Stage. Theory and Empirical Evidence*, University of Tampere, 2013, s. 24; GORDON, Richard John Francis / SMYTH, Michael / CORNELL, Tom: *Sanctions Law*, Hart Publishing, Portland Oregon, 2019, s. 17-18; ASADA, s. 29.

⁵⁰ ASADA, s. 30.

⁵¹ ALEXANDER, Kern: *Economic Sanctions: Law and Public Policy*, Palgrave Macmillan, London, 2009, s. 59; BAL, Abhinayan Basu: "Maritime Lawfare: The Impact of Unilateral Sanctions on Law and Practice on Navigation and Seaborne Trade", (Ed.) SUBEDI, Surya P.: *Unilateral Sanctions in International Law*, Hart Publishing, London, 2021, s. 263.

⁵² ŞİMŞEK, Galip Engin: "Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yaptırımlar ve ABD'nin Tek Taraflı Yaptırımlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2021, Cilt 78, Sayı 4, s. 2054-2055; SHAW, Malcolm N.: *International Law*, 6. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 1242.

⁵³ AKKUTAY, s. 423; GORDON / SMYTH / CORNELL, s. 20.

⁵⁴ ŞİMŞEK, s. 2061.

üçüncü devlet vatandaşları için sonuç doğurması, kararı alan ülkenin askerî veya iktisadî gücü ile doğru orantılıdır. Devletler, kendi liman ve iç sularına dair ticaret ve seyrüsefer rejimini belirlemeye yetkilidir⁵⁵. Tek taraflı yaptırımlar bakımından şüphesiz ki akla önce Amerika Birleşik Devletleri gelmektedir ve tabii ki bunlar en etkili tek taraflı yaptırımlardır⁵⁶. Mesela 2017’de yürürlüğe giren CAATSA yasası ile ABD’nin hedef ülkelere yönelik ihracat ve ithalat kısıtlamaları, varlıkların dondurulması, ABD finansal sistemine erişimin kısıtlanması gibi birtakım yaptırımlar uygulanabilmektedir⁵⁷. Hakeza Birleşik Krallık da Anti-Terör yasası (*Counter-Terrorism Act 2008*) ile kamu otoritesine, belirli kişi ve kuruluşlarla iş ilişkisine girilmesini yasaklama yetkisi verilmiştir⁵⁸. Tek taraflı yaptırımların milletlerarası hukuka uygunluğu ise şüphesiz tartışmalıdır⁵⁹.

Taraflar navlun sözleşmesine, iktisadî yaptırımların tesiri ile alâkalı birtakım şartlar dercedebilirler. Bilhassa BIMCO tarafından hazırlanan yaptırım klozları⁶⁰ uygulama alanı bulmaktadır. Bu klozlarda yaptırım makamı BM, AB, Birleşik Krallık, ABD olarak örnek kabilinden zikredilmiş ve diğer herhangi bir geçerli yetkili makam veya hükümet ifadesi ile devletler hukuku bakımından bir meşruiyet aranmıştır. Ancak taraflar yaptırım makamını, arzu ettikleri şekilde belirleyip sınırlandırabilirler. Her iki kloz da, bazı nüanslar ile birlikte, tarafların herhangi bir yaptırıma tâbi olmadıkları yönünde taahhütler içerir. Buna rağmen herhangi bir yaptırım söz konusu olması hâlinde, yaptırıma tâbi olmayan taraf sözleşmeyi feshedebilir ve zararının tazminini talep edebilir.

c. Yükleme ve Varma Limanlarının Abluka Altına Alınması

Abluka kavramı, Denizde Silahlı Çatışmalara Uygulanabilecek Milletlerarası Hukuka Dair San Remo Rehberi 4’üncü bölüm 2’nci kısımda, bir savaş usulü olarak ifade edilmiştir⁶¹. Rehber’de açık bir tanım yapılmamıştır; lakin abluka, savaşan bir devletin, diğer devletlerin gemi veya araçlarının hedef devlete ait olan veya hedef devlet tarafından işgal edilmiş belirli liman, hava limanı veya kıyı alanlarına giriş çıkışın engellenmesi olarak tarif edilebilir⁶². San Remo Rehberi’nde, abluka mefhumunun esasları açıklanmaya, mefhuma hukukî ve etik bir çerçeve çizilmeye çalışılmış; abluhanın ölçülü, sivil halkı hayatına devam etmesi için gereken ihtiyaçlardan mahrum bırakmayacak, tarafsız devletlerin liman ve kıyılarına ulaşım engel olmayacak şekilde deklere edilip uygulanması gerektiği gibi birtakım ilkelere yer verilmiştir⁶³. Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın 42’nci maddesinde de abluka, kuvvet kullanımını içeren bir yaptırım türü olarak zikredilmiştir⁶⁴. Bu bakımdan abluka, hem savaş hem de barış esnasında uygulanabilecektir.

Bununla birlikte TTK m. 1218/1 düzenlemesine istinaden navlun sözleşmesinin taraflarının fesih haklarını kullanabilmeleri için, yükleme ve varma limanlarını abluka altına alınmasının, milletlerarası hukuka uygun olması ve San Remo Rehberi’nde yer verilen ilke ve kıstaslara uygun şekilde deklare edilmesi şart değildir. Mühim olan, navlun sözleşmesinin ifasını fiilen imkânsız kılacak şekilde yükleme ve varma limanlarına giriş ve çıkışların engellenmiş olmasıdır. Nitekim abluka, mahiyeti itibari-

⁵⁵ HILLIER, Tim: *Sourcebook on International Law*, Cavendish Publishing, London, 1998, s. 378.

⁵⁶ GORDON / SMYTH / CORNELL, s. 258.

⁵⁷ ASADA, s. 65.

⁵⁸ GORDON / SMYTH / CORNELL, s. 245.

⁵⁹ BAL, s. 262.

⁶⁰ Bkz. Navlun Sözleşmeleri için Yaptırım Klozu (*BIMCO Sanctions Clause For Contracts Of Affreightment 2022*) (<https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/sanctions-clause-for-contracts-of-affreightments>, ET: 05.04.2024) ve Yolculuk Çarteri için Yaptırım Klozu (*BIMCO Sanctions Clause For Voyage Charter Parties 2020*) (https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/sanctions_clause_for_voyage_charter_parties_2020_ET:05.04.2024).

⁶¹ Tafsilatlı bilgi için bkz. CANCA, Hakan Selim: *Devletlerin Gemilere Müdahale Yetki ve Yükümlülükleri: Deniz Kamu Hukuku: Deniz Savaş Hukuku: Deniz Güvenliği: PSI Prensipieri: San Remo Rehberi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

⁶² VON HEINEGG, Wolff Heintschel: “The Current State of The Law of Naval Warfare: A Fresh Look at the San Remo Maunal”, *International Law Studies, The Law of War in the 21st Century: Weaponry and the Use of Force*, Sayı 82, s. 276; BAL, s. 264.

⁶³ Bkz. CANCA, s. 239-240.

⁶⁴ SHAW, s. 1251; ASADA, s. 30.

le hukukî olmaktan ziyade fiilî bir engeldir. Tabiatıyla tamamen gayrimeşru olarak kabul edilebilecek güçlerin de, limana giriş ve çıkışları fiilen engellemesi mümkündür.

B. Savaş Hâli

TTK m. 1218/4 hükmünde savaş hâli, diğer bazı şartların da varlığı hâlinde taraflara fesih hakkı veren bir hâl olarak düzenlenmiştir. Savaş da esasında bir kamu tasarrufudur ancak kanun koyucu savaş hâlini, TTK m. 1218/1’de sayılan kamu tasarrufları arasında zikretmediği gibi, farklı hukukî esaslara tâbi tutmuştur. Evvelâ savaş hâlinin TTK m. 1218 bağlamında fesih hakkını gündeme getirebilmesi için, gemi veya taşıma konusu eşyanın tamamı yahut her ikisinin serbest sayılmaması ve zapt veya müsadere tehlikesi bulunması gerekir⁶⁵. Diğer farklılık ise, bu tehlikenin varlığı hâlinde, fesih hakkını kullanabilmek için tarafların herhangi bir bekleme süresinin bulunmamasıdır. Bu esastan olmak üzere hükmün tefsirini yapabilmek için, hükümde zikredilen “savaş hâli” mefhumunu, bilhassa milletlerarası hukuk bağlamında ve bu bağlamın TTK m. 1218/4’te yer alan düzenlemeyle kurulabilecek bağlantısını değerlendirmek icap eder.

Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın 2 (4) hükmüne göre tüm üye devletler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek BM amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınmakla yükümlüdürler. Bu hüküm, aynı zamanda milletlerarası örf ve adet hukukunun bir ilkesi olarak tezahür etmiştir ve tüm devletler için bağlayıcı mahiyettedir⁶⁶. Hükümde, savaş kavramından ziyade kuvvet ifadesi yer almıştır; bu bakımdan içinde kuvvet unsurunu bulunduran farklı türdeki müdahaleleri de yoğunluğuna göre bu hükmün kapsamında değerlendirmek mümkündür. Bununla birlikte kuvvet kullanımının, TTK m. 1218/4 bağlamında silahlı kuvvet olarak anlaşılması gerekir. İktisadi güç kullanımını bu kapsamda değerlendirmem gerekir, nitekim iktisadi kuvvet kullanımı olarak değerlendirilebilecek ambargo veya ticaret yasakları, TTK m. 1218/1’de ayrıca zikredilmiştir.

TTK m. 1218/1 ve 1218/4 hükümlerindeki farklılığın sebebi, savaş hâlinin tabiatı ile ilişkili olsa gerekir. Savaş, çok farklı şekillerde tezahür edebilir. Bir devlet, bir diğer devlete savaş ilân etmesine rağmen, başka devlet gemileri veya kişileri açısından herhangi bir zorluk söz konusu olmayabileceği gibi, taşıma konusu eşyanın mahiyeti veya savaşan devletlerin belirli bir gemiye veya ürüne yönelik ticaret serbestisini muhafaza yönünde anlaşmaları da mümkündür. Böyle bir durumda, navlun sözleşmesinin ifasına dair bir engel veya tehlikeden söz etmeye hacet olmayacağından, fesih hakkı da söz konusu değildir. Bekleme süresinin olmaması ise savaşın, beklenmedik bir anda vuku bulması ve ekseriyetle de çok kısa sürede sona ermemesinin bir neticesi olarak telakki edilebilir.

Savaş hâli, çoğu zaman gemiye veya taşıma konusu eşyaya yönelik bir tahdit, buna bağlı olarak da zapt ve müsadere tehlikesini beraberinde getirir. Mesela savaş esnasında bir ticaret gemisine kontrabant⁶⁷ taşıdığından bahisle el konulması söz konusu olabilir. Düşmana ait bir limana veya kıyıya kontrabant taşıdığından şüphelenilen ticaret gemilerine müdahale ve el koyma yetkisinin olduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Bu yetki kapsamında, kontrabant taşıdığından şüphelenilen gemi üzerinde ziyaret ve arama (*visit and search*) hakkı kullanılacaktır⁶⁹.

Milletlerarası hukukta, savaş hâli ile kuvvet kullanılan diğer durumlar arasında birtakım ayrımlar yapılmış olmasına rağmen, pratik anlamda bu ayrımın tespit edilebilmesi her zaman mümkün olmay-

⁶⁵ Bu hâlde geminin veya taşıma konusu eşyanın serbest sayılmaması ya da bunların zapt ve müsadere dair kati bir karar veya duyurunun varlığı şart değildir. Böyle bir ihtimâlin varlığına dair mâkûl bir değerlendirme yeterlidir. Bkz. ABRAHAM, s. 527.

⁶⁶ SHAW, s. 595.

⁶⁷ San Remo Rehberi m. 148’de *kontrabant*, düşmanın hâkimiyetindeki bir yere ulaştırılması hedeflenen ve silahlı çatışmada kullanılmaya elverişli mallar olarak tarif edilmiştir.

⁶⁸ CANCA, s. 222; BAL, s. 265.

⁶⁹ RAMBERG, Jan: *Cancellation of Contracts of Affreightment on Account of War and Similar Circumstances*, Eländers Boktryckeri Aktiebolag, Göteborg, 1970, s. 129.

bilir. Hatta TTK m. 1218/4 hükmü açısından, bu ayırımın yapılmasının gereği olup olmadığı da tartışılabilir. Mesela savaşa varmayan zorlama yollarından biri olarak kabul edilen *müdahale (intervention)*, kuvvet kullanılmasını içeren bir uygulamadır⁷⁰. Bir ülkenin kıyıları ve limanları, bombardımana tutulabilir, limana yanaşmak mümkün olmayabilir. Yahut barış içinde devletin toprağı veya limanları işgal edilebilir. Bunun gibi ülkedeki iç karışıklıklar, isyanlar ve terör eylemleri de limanlara yanaşmayı tehlikeli veya imkânsız kılabilir. Meşru otoritenin bu eylemlere yönelik cevapları da aynı şekilde şiddet içererek, ticareti engelleyecek bir mahiyet alabilir.

Tüm bu ve benzeri hâller, savaş hâli olarak değerlendirilebilir mi? Mesela bir limanın bombardıman altına alınarak, rıhtımlarının yıkılması, işletmenin yok edilmesi, savaş hâli olarak telakki edilebilecek midir? Günlük hayatta bu ve benzeri şiddet eylemlerinin savaş hâli olarak tavsifi, hatta savaştan daha acı neticeler doğurabilmesi bakımından çok etkisi yaratması mümkündür. Savaş ve bu gibi hâller, limanda gemiye fiziksel bir tehlike yaratacak duruma geldiğinde de esasında limanı güvensiz kılar⁷¹. Ancak TTK m. 1218/4 hükmünde yer alan düzenlemenin odak noktası, savaşın içerdiği şiddet veya devletin kıyılarının fiilen tehlike içermesi değildir. Düzenlemenin odak noktası, fizikî olmaktan ziyade hukukîdir. Savaş hâlinde, geminin veya eşyanın serbestisinin engellenmesi, zapt veya müsadere tehlikesinin mevcut olmasıdır. Devletler arasında bir savaş ilânının olmadığı veya savaş ilân edilmiş olsa dahi zapt veya müsadere tehlikesinin söz konusu olmadığı ve fakat fiilî birtakım engeller, tehlikeler yahut şiddet içeren hâllerin varlığı hâlinde TTK m. 1218/1 hükmüne başvurmak icap eder⁷².

Mesela 24 Şubat 2022 tarihinde patlak veren Rusya-Ukrayna savaşının yol açtığı küresel gıda krizinin çözülmesi amacıyla 22 Temmuz 2022 tarihinde İstanbul'da, Türkiye Cumhuriyeti Devleti öncülüğünde Türkiye, Rusya, Ukrayna ve Birleşmiş Milletler arasında tahıl koridoru anlaşması imzalanmıştır. Bu anlaşma ile birlikte Ukrayna'dan tahıl sevkiyatının kontrollü olarak serbest bırakılması kararlaştırılmıştır⁷³. Müteaddit kereler uzatılan bu anlaşma karşısında, savaş hâli mevcut olmasına rağmen tahıl yüklü gemilerin zapt ve müsadere söz konusu olmayacağından, bu limanlar arasındaki tahıl sevkiyatı amaçlı navlun sözleşmelerinin TTK m. 1218/4 hükmüne istinaden feshi kural olarak söz konusu olmayacaktır.

Savaş hâline dair navlun sözleşmelerine birtakım hükümler ve klozlar dercedilebilir. Ya da açıkça savaş hâli zikredilmeksizin, savaş hâlinde de uygulama alanı bulabilecek klozlar söz konusu olabilir⁷⁴. Tatbikatta *savaş riski klozu (war risk clause)* ve *savaş fesih klozu (war cancellation clause)* olarak adlandırılan klozların sözleşmelerde yer aldığı görülmektedir. Savaş riskleri klozu (*BIMCO VOYWAR 2013*)⁷⁵, savaş ve benzeri hâllerin bazı neticelerine bağlı olarak, taşıyan ve kaptana kararlaştırılan rotadan sapma, alternatif başka bir limana boşaltma yapma gibi birtakım imkânlar sağlamak ve bunların bir sözleşme ihlâli olmayacağı yönünde hükümler ihtiva etmektedir. Bir başka ifade ile sözleşmenin ayakta tutulmasına önem verilmiştir. Ancak bazı savaş klozlarında, savaş hâlinde taraflara sözleşmeyi sonlandırma imkânı da verilmektedir.

Klozda savaş hâli; yaşanan hadisenin hem faili, hem de türü bakımından son derece geniş kapsamlı şekilde tanımlanmıştır. Herhangi bir şahıs, grup, terör örgütü, siyasî grup veya hükümetin taraf

⁷⁰ EREN, s. 249.

⁷¹ COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, s. 135.

⁷² Nitekim Lordlar Kamarasının *Board of Trade v. Hain Steamship Company Ltd.* kararında; savaş ilânı ve hâlinin geçerli olmasına rağmen ateşkes ilân edilmesinin, navlun sözleşmesini etkileyebilecek bir savaş hâli olarak değerlendirilmeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. DAVEY / DAVEY / CAPLIN, s. 39.

⁷³ Tahıl Koridoru Anlaşması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CANDAN, Tolga / HALHALLI, Ozan Emin: "A Brief Analysis Of The Grain Corridor Agreement In Terms Of International Law", *Ankara Barosu Dergisi*, 2022, Cilt 80, Sayı 4, s. 363-404; YENGİNAR, Altuğ: "Rusya-Ukrayna Savaşının Bir Sonucu Olarak İmzalanana Tahıl Koridoru Anlaşmasının Montrö Boğazlar Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Journal of Marine and Engineering Technology*, 2022, Cilt 2, Sayı 2, s. 101-10.

⁷⁴ RAMBERG, s. 67.

⁷⁵ Bkz. BIMCO War Risks Clause For Voyage Chartering 2013 (https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/war_risks_clause_for_voyage_chartering_2013, ET: 29.03.2024).

olduğu; hâlihazırda devam eden veya başlama ihtimâli bulunan her türlü savaş, iç savaş, hasmane tutum, devrim, ayaklanma, iç karışıklık, savaş benzeri hareketler, mayın döşenmesi, korsanlık, düşmanca veya kötünietli hareketler (tüm gemilere ya da belirli bayrakları taşıyan gemi, malik ya da belirli yükler ya da belirli tabiyetteki mürettebata karşı uygulanan) abluka, kloxun kapsamında girmektedir. Kanun'da savaş hâline bağlı fesih sebebi, taşınacak eşyanın tamamı yahut her ikisinin artık serbest sayılmaması ve zapt veya müsaderesine bağlı kılınmış iken; *VOYWAR 2013*'de bunların "*savaş riskleri*"ne maruz kalması gibi daha geniş kapsamlı bir ifade kullanılmıştır. Böyle bir riskin mevcudiyetini değerlendiren kaptan veya taşıyan yüklemenden önce, sözleşmeyi feshetme veya sözleşmenin savaş riskleriyle karşılaşılabilecek kısımlarını ifadan kaçınma hakkını haizdir. Yükleme başladıktan sonraki savaş tehlikesi için fesih hakkı öngörülmemiş, bunun yerine alternatif boşaltma limanları ve ek navlun ücreti gibi seçenekler ile sözleşmenin ayakta tutulması gözetilmiştir.

Savaş fesih/iptal klozu (*War Cancellation Clause 2004*)⁷⁶ ise, savaş ilânı olsun veya olmasın belirlenen ülkeler arasında savaş çıkması hâlinde sözleşmeyi fesih hakkı vermektedir. Bu klozun sözleşmeye derç edilmesi hâlinde, başkaca hiçbir şart gözetilmeksizin savaşın patlak vermesiyle sözleşmenin feshi gündeme gelebilecektir. Savaşla ilgili kloxlarda, şüphesiz ki tarafların takdir yetkisi bulunur. Standart kloxlardaki savaş tarifini, limanları ve taraf ülkeleri sınırlandırabilecekleri gibi; savaş riskini takdir etme yetkisini taşıyana da bırakabilirler⁷⁷.

Türk Ticaret Kanunu'nda ve sık kullanılan tip kloxlarda, savaş mefhumu milletlerarası hukuktan ziyade deniz ticaretine ve navlun sözleşmesine olan tesiri üzerinden açıklanmıştır. Gerçekten de ortalama deniz tacirinin savaş kavramını, milletlerarası hukuktaki teknik manasıyla kullanması kendisinden beklenemez⁷⁸. Tatbikatta savaş hâlinin ne olduğuna, somut olaya göre karar vermek icap edebilir⁷⁹. Ancak bu hâlde de, yaşananların savaş mahiyetinde olup olmadığının tespiti meselesi söz konusu olacaktır. Kanun'a göre gemi ile taşınacak eşyanın tamamı yahut her ikisinin artık serbest sayılmaması ve zapt veya müsaderesi tehlikesi varsa, bir savaş hâlinin tespiti nispeten kolaydır. Ancak savaş kloxlarında, savaş riskleri daha geniş bir şekilde ele alındığından somut olayın değerlendirilmesi ehemmiyet kazanır. Savaşlar bilhassa 1950'li yıllardan itibaren ultimatolar, karşılıklı açıklamalar ve savaş ilânı gibi belirli birtakım sıralı prosedürler olmaksızın patlak vermeye başlamıştır. Önleyici saldırı doktrini ile bölgesel ve mahallî savaşlar gündeme gelmiş; dünyanın bir bölgesinde savaşan güçlerin diğer bir bölgede ilişkilerini normal şekilde devam ettirmeleri gibi asimetrik pozisyonlar görülmeye başlanmıştır. Dolayısıyla bu kapsayıcı yorum, sadece bir özel hukuk bakımından değil, çağın savaş usulü ve gereklerinin de kaçınılmaz bir neticesidir⁸⁰.

C. Kanunda Öngörülmeyen Tabî Bir Olay veya Umulmayan Hâl Sebebiyle Sözleşmenin Amacının Kaybolması

TTK m. 1222/1 hükmünde, yolculuğun yukarıda üzerinde durulan hâllerden başka bir tabî olay veya umulmayan diğer bir hâl yüzünden başlamadan veya başladıktan sonra gecikmesi hâlinde navlun sözleşmesinin akıbeti düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre yolculuğun, Kanunda öngörülenler dışında

⁷⁶ Bkz. BIMCO War Cancellation Clause 2004 (https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/war_cancellation_clause_2004_ET:25.03.2024).

⁷⁷ PLOMARITOU / PAPADOPOULOS, s. 308.

⁷⁸ Bkz. DAVEY / DAVEY / CAPLIN, s. 36.

⁷⁹ *Kawasaki Kisen Kaisha v. Bantham Steamship Company Ltd.* davasında; Japonya'nın dâhil olduğu bir savaş çıkması hâlinde, taraflara charterpartiyi sonlandırma hakkı verilmesi ve sözleşme akdedildikten sonra Çin-Japon savaşının patlak vermesi üzerine yaşanan uyumsuzluk görülmüştür. Savaşın çıkması ile Bentham sözleşmeyi sonlandırmış; tahkim ve temyiz safhalarında ise Kawasaki savaşın milletlerarası hukuk bakımından teknik bir terim olduğu, savaş hâlinin mevcut olup olmadığı konusunda Dışişleri Bakanlığında görüş alınması gerektiğini ve her iki tarafın da *animus belligerendi* (savaşma niyeti) açıklamadığını ileri sürmüştü; ancak bu gerekçeler elliden (50) fazla fiili muharebenin gerçekleştiği, Japon donanmasının Çin kıyılarını abluka altına aldığı değerlendirilerek; bir başka ifade ile fiili savaş hâlin göz önünde bulundurularak kabul görmemiştir (bkz. RAMBERG, s. 426-427; DAVEY / DAVEY / CAPLIN, s. 35-36; KEITH, Michel: *War, Terror and Carriage by Sea*, Informa Law from Routledge, London, 2004, 9-10).

⁸⁰ Savaş konseptinin evrimine dair tafsilatlı izahat için bkz. CURRIE, s. 464-465; RAMBERG, s. 59-60.

bir tabîî olay veya umulmayan diğer bir hâl yüzünden başlamadan veya başladıktan sonra gecikmesi, kural olarak tarafların hak ve yükümlülüklerini değiştirmez. Buna göre gecikmeye yol açan sebep ortadan kalktıktan sonra taraflar, kararlaştırdıkları edimleri yerine getireceklerdir. Bununla birlikte gecikme yüzünden sözleşmenin belli amacının kaybolması hâlinde, tarafların hak ve yükümlülükleri değişebilecektir.

1. TTK m. 1222/1 Hükümüne Göre Feshin Şartları

a. Tabîî Bir Olay veya Umulmayan Hâl Sebebiyle Gecikme

Denizcilik faaliyetlerinin güvenli ve planlandığı gibi yürütülmesi, sadece insan unsurunun başarı ve kabiliyetine bağlı değildir; deniz ve hava şartlarının da elverişli olması icap eder. Bu bakımdan birer mücbir sebep olarak telakki edilebilecek sis, fırtına ve yıldırımdan mütevellit yangın gibi tabîî olaylarla karşılaşmak mümkündür. Gerçekten de mücbir sebep; sorumlu kişinin hukuka aykırı davranışta bulunmasına sebep olan, haricî, kaçınılmaz ve öngörülmesi mümkün olmayan hadiselerdir⁸¹. Bu bakımdan öngörülebilir ve beklenen tabîî olaylar, mücbir sebep olarak değerlendirilemez. Umulmayan hâl (kaza) ise bir yapma veya yapmama kusurundan ileri gelmeyen, mutad dikkat ve özen kuralları dairesinde öngörülebilmesi mümkün olmayan hadiselerdir⁸². Neticeleri mâkûl ve mutad tedbirlerle önlenilecek hadiseler, umulmayan hâl olarak değerlendirilemez⁸³. Tabîî olaylar ile umulmayan hâlin ortak özelliği, öngörülemez olmalarıdır.

TTK m. 1218 hükmü kapsamındaki kamu tasarrufları ve savaş hâli de, çoğu zaman öngörülemez niteliktedir. Ancak bunlar, TTK m. 1218’de özel olarak düzenlendiği için, TTK m. 1222 hükmünün uygulanması söz konusu olmaz⁸⁴. Bu tabîî olaylar ve umulmayan hâller, TTK m. 1218’de zikredilmeyen her türlü sebepten kaynaklanabilir. Buzlanma, bir limana uğramayı gerekli kılan kazalar, taşıyanın kusuru olmaksızın makinelerin hasar görmesi, taşıyanın kusuru olmaksızın el koyma veya haciz gibi hadiselerdir ki bunlar taşıma taahhüdünün ifasını imkânsız kılmaz ama geciktirir⁸⁵. Şayet bir müşterek avarya hadisesi yoksa kural olarak, bu hâlde herkes kendi zararına katlanacak ve sözleşmenin feshi söz konusu olmayacaktır⁸⁶.

Taraflar, aralarındaki sözleşmeye mücbir sebebin tarif edildiği ve neticelerinin kaydedildiği bir mücbir sebep klozu (*force majeure clause*) ekleyebilirler. Nitekim BIMCO Mücbir Sebep Klozu⁸⁷ ile mücbir sebep; mâkûl olarak öngörülememiş, kontrol dışında kalan ve engellenememiş veya üstesinden gelinememiş hadiselerdir. Klozda mücbir sebep hâlleri, sınırlı olmayacak ve fakat çok kapsamlı bir şekilde sayılmıştır. Bunların arasında savaş riskleri klozunda yer alan hâller, abluka, ambargo ve ticaret kısıtlamaları, korsanlık ve terör eylemleri, hükümet ve kamu otoritesinin kanunî ve kanuna aykırı fiilleri ile el koyma, salgın ve pandemi, doğal afetler, olağanüstü hava şartları, patlama, yangın, su yollarının tıkanması, iletişim ve bilgi sistemlerinin bozulması, radyasyon veya radyoaktivite, boykot, grev ve lokavt gibi hâller sayılmıştır. Mâmâfih mücbir sebebin bilhassa haricî olma vasfına değinilmiş; etkilenen tarafın kendisinin sebep olduğu mücbir sebeplerde Klozun uygulanmayacağı ifade edilmiştir⁸⁸.

⁸¹ ANTALYA, O. Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Marmara Hukuk Yorumu, Cilt V/1, 2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 301.*

⁸² GÖKNİL, Mazhar Nedim: *Deniz Ticareti Hukuku, 2. Tabii, Alaeddin Kırıl Basımevi, Ankara, 1942, s. 322; GÜLTEKİN, Galip: “Deniz Hukuku. Çatma, Kurtarma ve Yardım”, Cemil Bilsel’e Armağan, İstanbul, 1939, s. 614; YAZICIOĞLU, s. 463.*

⁸³ GÖKNİL, s. 322; GÜLTEKİN, s. 614; YAZICIOĞLU, s. 463.

⁸⁴ ÇAĞA, s. 263.

⁸⁵ ABRAHAM, s. 543.

⁸⁶ ABRAHAM, s. 543.

⁸⁷ Bkz. BIMCO Force Majeure Clause 2022 (https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/force-majeure-clause-2022_ET:29.04.2024).

⁸⁸ Bkz. BAUGHEN, s. 265.

Kloza göre taraflar, mücbir sebebin sözleşmenin ifası üzerindeki etkisini en aza indirmek için işbirliği içinde mâkûl bir çaba gösterecek ve alternatif yolları iyi niyetle tartışacaktır. Mücbir sebebin varlığı sebebiyle sözleşmeden doğan yükümlülüklerin bir veya daha fazlasının gecikmesi veya yerine getirilmemesi, sözleşmeli ihlâli sayılmayacak ve tazminat yükümlülüğüne yol açmayacaktır. Fakat mücbir sebep; sözleşmenin ifasını imkânsız, yasadışı veya sözleşmenin yapıldığı sırada amaçlanandan tamamen farklı hâle getirmesi veya sözleşmenin bir bütün olarak ifasını önemli ölçüde etkilemesi hâlinde fesih hakkı gündeme gelebilecektir. Bilhassa 6 Şubat 2023 tarihinde memleketimizde yaşanan ve Mersin-İskenderun hattındaki limanlarda yükleme ve boşaltma faaliyetlerini güçleştiren veya geciktiren deprem hadisesi, mücbir sebep klozlarının önemini bir kere daha göstermiştir.

Mücbir sebep ve umulmayan hâl olarak telakki edilebilecek bazı vaka ve vakıalara dair özel birtakım klozların da navlun sözleşmesine dercedilerek, hukukî neticeleri ayrıca öngörülmüş olabilir. Mesela BIMCO Buzlanma Klozu⁸⁹ ile mücbir sebep klozunda zikredilmiş olan doğa olayları kapsamındaki buzlanma ihtimâline dair taraf hak ve yükümlülükleri ayrıca öngörülmüştür. Hem genel mücbir sebep klozu, hem de buz klozunun dercedildiği bir sözleşme kapsamındaki taşıma işinde, buzlanma sebebiyle limana giriş ve çıkış mümkün olmamışsa; öncelikle Buzlanma Klozu uygulama alanı bulacaktır⁹⁰. Hakeza korsanlık klozlarında⁹¹ belirtilen korsanlık tehlikeleri, mahiyetine göre hem bir umulmayan hâldir, hem de savaş hâli mefhumunun geniş yorumlanmasından mütevellit bir tür savaş hâli olarak dahi değerlendirilebilir. Dolayısıyla bu gibi klozların aynı anda sözleşmeye dercedilmiş olması hâlinde, öncelikle yaşanan hadiseyi fiilî ve hukukî açıdan tam olarak karşılayan klozun uygulama alanı bulacağını ifade etmek gerekir.

b. Sözleşmenin Belli Amacının Kaybolması

Gecikmenin tarafların hak ve yükümlülüklerini kural olarak değiştirmedeği ifade edildikten sonra, sözleşmenin amacının kaybolması hâli yine TTK m. 1222/1-1. cümlede istisna olarak öngörülmüştür. Sözleşmenin amacının kaybolması, aynı cümlenin birinci kısmında ifadesini bulan, tarafların hak ve yükümlülüklerin etkilenmeyeceği kaidesinin istisnasıdır. Navlun sözleşmesi, taraflardan birinin deniz yoluyla eşya taşımayı, diğer tarafın da bunun karşılığında bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmedir⁹². Bu esastan olmak üzere taşıtan, bir taşıma işi yaptırmak, taşıyan ise bu işi üstlenip başarmak karşılığında bir ücret elde etmeyi amaç edinir. Eşyanın taşınmış olması neticesine yönelik bu neticeyi elde etme arzusuna müteallik olacak şekilde, navlun sözleşmesinin nazariyede bir tür eser sözleşmesi olduğu kabul edilir⁹³. Bu bakımdan sözleşmenin amacı, eşyanın varma limanına götürülmesidir. Taşıyan bakımından ise sözleşmenin amacı, masrafları ve riskleri öngörülerek hesapladığı, sözleşmeye göre navlun alacağını almaktır⁹⁴. Ancak sözleşmenin “belli” amacı ifadesi, gecikme hâlinde sözleşmeden murad edilen faydanın ortadan kalkacağını, diğer tarafça da biliniyor olması manasına gelir⁹⁵. Taşıma konusu yükün niteliği mesela yaş sebze ve meyve olması, bunların bozulması ihtimâli söz konusu olabileceğinden sözleşmenin belli amacının kaybolmasına örnektir⁹⁶. Hülasa taşıtanın amacı,

⁸⁹ Bkz. BIMCO Ice Clause For Voyage Charter Parties 2005 (https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/ice_clause_general_for_voyage_charter_parties_2005_ET; ET: 29.04.2024).

⁹⁰ Buzlanma Klozuna göre taşıyan veya kaptan, yükleme limanına buz nedeniyle girilemediğini taşıtana bildirerek, taşıtandan alternatif güvenli bir liman belirlemesini isteyecektir. Taşıtanın üç seçeneği vardır: Taşıtan, kırk sekiz (48) saat içinde alternatif bir liman göstermezse veya limana girilmiş gibi starya süresinin işleyeceğini kabul etmezse ya da sözleşmeyi iptal ettiklerini beyan ederse; taşıyanın sözleşmeyi feshetme hakkı mevcuttur. Ancak yük gemiye yüklenmiş ve varma limanında buzlanma engeli ile karşılaşılıyorsa, sözleşmenin feshi tercih edilmemiştir. Bu hâlde alternatif bir liman aranacak ve gidilen mesafeye göre navlunun nisbî olarak arttırılması söz konusu olabilecektir.

⁹¹ Bkz. BIMCO Piracy Clause For Single Voyage Charter Parties 2013 (https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/piracy_clause_for_single_voyage_charter_parties, ET: 10.04.2024).

⁹² GÖKNİL, s. 205; ÇAĞA, s. 1.

⁹³ Navlun sözleşmesinin hukukî niteliği hakkındaki mülahazalar için bkz. GÖKNİL, s. 208-209; AKINCI, s. 25-28; ÇAĞA, s. 12.

⁹⁴ CAN, s. 145.

⁹⁵ COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, s. 701.

⁹⁶ ABRAHAM, s. 543; ÇAĞA, s. 264.

yükün herhangi bir zarara uğramadan varma limanına varmasıdır⁹⁷. Ancak navlun sözleşmelerinde genellikle yer alan, mümkün olan en kısa sürede yola çıkılmasına yönelik hükümler, belli amacın gecikmeye bağlı olarak akamete uğrayacağı şeklinde yorumlanamaz⁹⁸.

Sözleşmenin belli amacının kaybolması hâli istisna olmakla beraber, TTK m. 1222/1-2. cümlede gecikmenin uzunca bir zaman süreceği anlaşılması hâlinde taşıtanın yükü daha sonra yeniden yüklemek üzere boşaltabileceği ifade edilmiştir. Bu bakımdan 2. cümle ile “sözleşmenin belli amacının kaybolması”nın açıklaması yapılarak, uzunca bir zaman süreceği anlaşılan gecikmenin sözleşmenin belli amacının kaybolmasına sebep olduğu ve bunun neticesi olarak geçici boşaltma hakkının kullanılabilirliği mi ifade edildiği; yoksa 1’inci cümleden tamamen bağımsız olarak ayrı bir neticenin mi düzenlendiği anlaşılamamaktadır. Bir başka ifade ile sözleşmenin belli amacının kaybolması, taşıtana sadece geçici boşaltma hakkı mı verecektir; yoksa TTK m. 1222/1’de herhangi bir neticesi öngörülmediği için genel hükümlere gidilerek, sözleşmenin feshine dahi imkân tanınacak mıdır? Alman öğretisinde, sözleşmenin belli amacının kaybolması hâlinde, TTK m. 1218/1 hükmünün kıyasen uygulanacağı ve tazminatsız (veya mesafe navlunu ödenerek) sözleşmenin feshedilebileceği ifade edilmiştir⁹⁹.

Sözleşmenin belli amacının kaybolması, esasında genel bir kıstas olarak değerlendirilmelidir. Bu bakımdan buzlanma, mücbir sebep, savaş veya grev gibi hâller için fesih hakkının ve buna bağlı neticelerin birtakım klostarda düzenlenmiş olması; bu hâllerin sözleşmenin belli amacının kaybolmasına yol açacak şekilde vuku bulması hâlinde fesih hakkını ortadan kaldırmaz. Mesela buzlanma sebebiyle söz konusu olan bir gecikme neticesinde sözleşmenin belli amacı kaybolursa; artık klozda yer alan esaslardan bağımsız olarak taşıtanın fesih hakkının olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁰. Bununla birlikte sözleşmenin belli amacının kaybolmamasına rağmen kanun veya sözleşmede gösterilen fesih hakkının kullanılıp kullanılmayacağı, bir başka ifade ile *frustration doctrine* ile sözleşmede tanınan fesih hakkının daraltılmasının mümkün olup olmadığı sualine olumlu cevap vermek mümkün değildir. Şayet sözleşmede bir fesih sebebi ve usulü öngörülmüşse, sözleşmenin amacı kaybolmamış olsa bu sebep gerçekleştiğinde fesih hakkı söz konusu olur. Aksi yönde bir yorum, tüm iptal klozlarının (*cancellation clause*) tesirsiz kalması anlamına gelirdi.

II. FESİH HAKKININ BULUNMADIĞI HÂLLER

Navlun sözleşmesinde taşıma taahhüdünün ifa edileceği gemiye veya taşıma konusu eşyanın tamamına dair engeller, kaideten bir sona erme sebebi olarak tezahür eder. Bununla birlikte TTK m. 1219 ilâ 1221 hükümlerinde, tarafların fesih hakkının bulunmadığı hâller de hassaten zikredilmiştir. Buna göre, taşıma konusu eşyanın bir kısmına dair engellerin ortaya çıkması, haklı bir sebebe istinaden kaptanın rotadan sapması ve geminin yolculuk sırasında tamirinin gerekmesi hâllerinde taraflar kural olarak navlun sözleşmesini, bu bapta hükümlere istinaden feshedemezler.

A. Taşıma Konusu Eşyaya Dair Kısmî Engeller

Türk Ticaret Kanunu’nun 1219’uncu maddesinin 1’inci fıkrasının 1’inci cümlesine göre eşyanın sadece bir kısmına ilişkin engeller, taraflara navlun sözleşmesini fesih hakkı vermez. Hükmün 1’inci

⁹⁷ CAN, s. 145.

⁹⁸ ABRAHAM, s. 544; CONNELL, Raymond A.: “Charter Party Termination and the Approach Voyage”, *Tulane Maritime Law Journal*, 2001, Cilt 25, Sayı 2, s. 472.

⁹⁹ Bkz. ABRAHAM, s. 544; ÇAĞA, s. 246 ve dn. 31.

¹⁰⁰ COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSWKI / LAMBERT / STURLEY, s. 699-700. Türk Ticaret Kanunu’nun 1209 ilâ 1227’nci maddeleri arasında düzenlenen navlun sözleşmesinin yolculuğun başlamasına ve devamına engel olan sebepler yüzünden sona ermesi; bilhassa I. Cihan Harbi’nin tesiri ve sözleşmelerin ifa edilememesine sebep olan ticaret yasakları, el koyma gibi hadiselerle bağlı olarak gelişen, “beklenmeyen hâl sebebiyle sözleşmenin akamete uğraması” anlamına gelebilecek “*frustration doctrine*” üzerinden açıklanmış ve uygulama alanı bulmuştur. Bkz. MACMILLAN, Catharine: “English Contract Law and the Great War: The Development of a Doctrine of Frustration”, *Comparative Legal History*, 2014, Cilt 2, Sayı 2, s. 282 vd.

fıkrasının 2'nci cümlesinden ve fesih hakkının düzenlendiği TTK m. 1218'den mülhem olarak, eşyanın bir kısmına dair engellerden, bir kamu tasarrufu veya savaş hâli sebebiyle vuku bulan engellerin kastedildiği anlaşılmaktadır. Bu kısmî engeller, eşyanın türü ile ilgili olabileceği gibi, miktarı ile de ilgili olabilir. Eşyanın bir kısmına dair engellerin ortaya çıkması hâlinde, taşıtan artık serbest sayılmayan eşyayı gemiden uzaklaştırma külfeti altındadır. Bunun yanı sıra, kullanabileceği seçimlik hakları da mevcuttur.

1. Taşıtanın Eşyanın Serbest Sayılmayan Kısmını Gemiden Uzaklaştırma Külfeti¹⁰¹

Türk Ticaret Kanunu'nun 1219'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesine göre taşıtan; savaş, ihracat veya ithalat yasağı gibi sebeplerle eşyanın artık serbest sayılmayan kısmını her hâlde gemiden alıp uzaklaştırmak zorundadır. Taşıtanın, serbest sayılmayan eşyayı gemiden uzaklaştırma külfeti, yolculuk başlasın veya başlamasın her hâlükârda mevcuttur. Fakat yolculuk başlamadan önce eşyanın artık serbest sayılmaması hâlinde, taşıtanın hemen aşağıda değinilecek birtakım hakları mevcuttur. Serbest sayılmayan eşyanın gemiden uzaklaştırılması, tüm navlun sözleşmesi türleri bakımından söz konusu olan bir külfettir.

Yükün gemiden uzaklaştırılması, her hâlükârda bir tahliye operasyonu gerektirir. Yolculuk başlamadan önce ve tabii olarak gemi henüz limandayken yükün boşaltılması, belli birtakım masraflara yol açsa da nispeten kolay bir operasyondur. Ancak yolculuk başladıktan sonra böyle bir yükümlülüğün ortaya çıkması hâlinde, gemi bir başka limana uğrayarak yükü boşaltacaktır veya bir başka gemi yanışarak *shifting* denilen usul ile yük aktarılacaktır. Görüldüğü üzere yolculuk başladıktan sonra yükün uzaklaştırılması daha masraflı ve güç birtakım operasyonları gerektirmektedir.

Serbest sayılmayan eşyanın gemiden uzaklaştırılmasına dair masrafların, taşıyan ile taşıtan arasında nasıl taksim edileceğini düzenleyen 6762 sayılı TTK m. 1094 hükmü, 6102 sayılı TTK'ya alınmamıştır. 6762 sayılı Kanun'un 1094'üncü maddesine göre; yüke taalluk eden umulmayan bir hâl (eşyanın bir kısmının serbest sayılmaması gibi) söz konusu ise boşaltmanın bütün masrafları taşıtana düşeceği gibi, boşaltma için bir limana uğramak icap ederse liman masraflarını da taşıtan üstlenir¹⁰².

Yükü gemiden uzaklaştırmanın masraf ve operasyonel zorlukları sebebiyle, taşıtan bunlara katlanmak yerine serbest sayılmayan eşyadan vazgeçmeyi tercih edebilir. Taşıtan, tam navlunu ödedikten sonra, çevre ve deniz kirliliği gibi bir zararın ihtimal dâhilinde olmadığı hâllerde, eşyanın denize atılmasını isteyebileceği gibi; taşıyanın cezaî ya da idarî bir müeyyide ile karşılaşma ihtimali yoksa varma limanında kamu otoritesine bırakılmasını da isteyebilir. Serbest sayılmayan eşyanın gemiden uzaklaştırılmasının bir külfet olarak tavsif etmemizin sebebi de, esasında bu imkândır. Bu külfeti yerine getirmeyen taşıtan, başka eşya yüklemek veya yarım navlun ücreti ödeyerek sözleşmeyi feshetmek hakkını kullanamayacağı gibi, tam navlun ücretini de ödemek zorunda kalır.

TTK m. 1219/1 hükmünün 4'üncü cümlesinde; eşyanın, sözleşmenin ifasını engelleyen kısmı hiç taşınmamış veya yolculuk devam ederken gemiden uzaklaştırılmış olsa bile, taşıyana tam navlun ödeneceği ifade edilmiştir. Eşyanın serbest sayılmayan kısmının hiç taşınmaması, yolculuğun başlamadan önce bunun gemiden çıkarılması manasına gelir ki; esasında bu hâlde taşıtan yarım navlun ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir veya başka bir eşya yükleyebilir. Bir başka ifade ile taşıtan ancak bu iki seçimlik hakkından birini kullandığını beyan etmediği hâlde, hem yük gemiden uzaklaştırılacak, hem de tam navlunu ödemek zorunda kalacaktır.

¹⁰¹ Taşıtanın TTK m. 1219/1 hükmüne göre serbest sayılmayan eşyayı gemiden uzaklaştırma mecburiyeti, bir külfet niteliğindedir. Külfetin yerine getirilmemesi, herhangi bir sorumluluğa yol açmamakla birlikte, yerine getirilmiş olsaydı elde edilecek hakların kullanılması imkânını ortadan kaldırır. Bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 32-33.

¹⁰² Hüküm ile ilgili değerlendirmeler için bkz. ÇAĞA, s. 272.

2. Taşıtanın Hakları

a. Başka Eşya Yükleme

Yolculuk başlamadan önce gemiye yüklenen eşyanın serbest olmadığı anlaşılırsa taşıtan, taşıyanın durumunu ağırlaştırmamak kaydıyla gemiye başka bir eşya yükleyebilir (TTK m. 1219/1-3. cümle). Düzenlemeye göre taşıtanın gemiye başka eşya yükleme hakkını kullanabilmesi için; yolculuğun henüz başlamamış olması ve başka eşya yüklemenin taşıyanın durumun ağırlaştırmaması gerekir¹⁰³.

Taşıtanın serbest sayılmayan eşyadan başka eşya yükleme hakkını kullanması için evvelâ, serbest sayılmayan eşyayı gemiden uzaklaştırma külfetini yerine getirmesi gerekir. Bundan başka TTK m. 1219/1'de öngörülen bir diğer şart ise “*taşıyanın durumunu ağırlaştırmamak*” olarak tezahür etmektedir. Öğretiden *Can*, taşıma konusu yükün ferdan belirlenmiş olması hâlinde, taşıtanın başka eşya yükleme hakkının bulunmadığını ifade eder¹⁰⁴. Müellif görüşünü, “*yükleme ve boşaltma*” kenar başlığı altındaki 6762 sayılı TTK m. 1022 (6102 sayılı TTK m. 1144) hükmüne dayandırmaktadır. Bununla birlikte kanaatimiz odur ki TTK m. 1219/1 hükmü, yükleme ve boşaltmaya dair TTK m. 1144 hükmüne nazaran özel hüküm niteliğindedir. Bu esastan olmak üzere taşıma konusu eşya “*ferden*” belirlenmiş olsa dahi, taşıyanın durumu ağırlaştırılmadığı sürece taşıtan başka eşya yükleme hakkını kullanabilir¹⁰⁵.

Taşıtan, kısmî olarak serbest sayılmayan eşya yerine başka eşya yükleme hakkını kullanacaksa, masraflarına katlanmak suretiyle yükleme işini en kısa sürede bitirmeye mecburdur (TTK m. 1214/3 kıyasen). Hakeza aynı hükümde taşıtanın, sebep olduğu zararları da tazmin etmeye mecbur olduğu ifade edilmiştir. Taşıtanın başka eşya yüklemekten mütevellit zararları tazminle yükümlü olması, yolculuğun yeni eşyanın yüklemesi tamamlanıncaya kadar başlamayacağını gösterir¹⁰⁶. Dolaylı ve doğrudan, her türlü zarar bu kapsamda olduğuna göre, bu bapta sağlanacak tazminatın bekleme süreleri ile sınırlı olmadığını da ifade etmek gerekir.

b. Fesih

Yolculuk başlamadan önce taşıma konusu eşyanın bir kısmının artık serbest sayılmaması taşıtana, kararlaştırılan navlun ücretinin yarısını ödeyerek sözleşmeyi feshedebilmeyi bir başka seçimlik hak olarak beraberinde getirir (TTK m. 1219/1). Bununla birlikte kısmî yolculuk charteri ve kırkambar sözleşmelerinde taşıtanın, TTK m. 1219/1 hükmüne göre navlun sözleşmesini feshetme hakkı yoktur (TTK m. 1219/2). Bu tür sözleşmelerde eşyanın kısmî olarak serbest sayılmaması hâlinde, sadece bunların yerine başka eşya yükleme hakkı kullanılabilir.

B. Kaptanın Haklı Bir Sebep ile Rotadan Sapması

Taşıyanın, navlun sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü ifa ederken, kararlaştırılan rotadan sapmamalıdır. Nitekim kararlaştırılan rotada seyir yükümlülüğü, TTK m. 1113 hükmünden mühlhem olarak, kaptanın şahsında tecessüm etmiştir¹⁰⁷. Geminin, kararlaştırılan veya mutad yoldan ayrılması, ro-

¹⁰³ Yolculuk devam ederken gemiye başka bir eşya yüklenmesi, mahiyeti itibarıyla güç ve zaman alan bir operasyon gerektirdiği için kanun koyucu, yolculuk başladıktan sonra taşıtanın başka eşya yükleme hakkını düzenlememiştir. Bununla birlikte hüküm emredici nitelikte olmadığı için, yolculuk devam ederken eşyanın gemiden uzaklaştırılmasına dair operasyonda uzaklaştırılan eşyanın yerine başka eşyanın yüklenebileceğine dair sözleşmeye kayıt konulabileceği gibi, taraflar eşyanın uzaklaştırılması sürecinde de buna karar verebilirler. Taşıyanın durumunu ağırlaştırmadığı sürece buna imkân tanımak dürüstlük kuralı gereğidir.

¹⁰⁴ *CAN*, s. 157.

¹⁰⁵ Nitekim TTK m. 1215/3 hükmünde yer alan “*sözleşmede sadece tür ve cinsi ile gösterilmiş bulunan eşyanın yüklenmek üzere teslimi, onu ferdan belirlenmiş hâle getirir*” ifadesi karşısında, bu hakkın hiçbir surette kullanılmayacağını ifade etmek gerekirdi ki, bu da şüphesiz ki hakkaniyetle ve kanun koyucununuradı ile bağdaşan bir mülahaza olmazdı.

¹⁰⁶ Bkz. benzer şekilde *CAN*, s. 158.

¹⁰⁷ Bkz. *ABRAHAM*, s. 537; *SÖZER*, s. 311; *KARA*, Hacı: *Deniz Ticareti Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 238.

tadan sapma olarak tarif edilir¹⁰⁸. Rotadan sapma, iradî ve bilinçli şekilde gerçekleştirilir; bununla birlikte bir seyrin, rotadan sapma olarak kabulü için kasıtlı olması şart değildir¹⁰⁹.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1220'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, rotadan sapmanın denizde can ve mal kurtarmak gibi haklı bir sebebe istinat ettiği hâllerde, tarafların hak ve yükümlülüklerinin bundan etkilenmeyeceği ifade edilmiştir. Denizde can kurtarmak mutlak anlamda bir haklı sebeptir. Eşya kurtarma amaçlı rotadan sapmanın ise mâkûl bir hareket tarzı olması, kurtarma faaliyeti ile yük ilgililerinin menfaatleri arasında bir denge gözetmelidir¹¹⁰. Denizde can ve mal kurtarmak dışında başka bir sebeple rotadan sapma söz konusu olmuşsa, bunun bir haklı sebep teşkil edip etmediğini her somut olay ve sözleşme dairesinde ayrıca değerlendirme yapmak icap eder¹¹¹. Rotadan sapma ile tüm ilgililerin menfaatini dikkate alarak bir neticeye ulaşılmalıdır, mesela münhasıran donatan veya taşıyanın menfaatlerine hizmet eden sapmalar kural olarak haklı sayılmaz¹¹². Hakeza gemi zorunluluk nedeniyle rotadan saptığında, sapma mâkûl ölçüyü aşmamalı ve ihtiyatlı bir rota izlenmelidir¹¹³. Mesela acil tıbbî müdahale gerektiren bir mürettebatın karaya çıkarılması, bir tür haklı sebeptir¹¹⁴. Bunun gibi hava şartları, buzlanma, savaş veya korsanlık riski bu bakımdan haklı sebepler arasında zikredilebilir¹¹⁵.

Rotadan sapma, haklı bir sebebe istinat ediyorsa, tarafların hak ve yükümlülükleri bundan etkilenmeyecektir. Bir başka ifade ile taşıtanın navlun ücreti ödeme, taşıyanın da taahhüt ettiği taşıma işini ifa yükümlülüğü devam eder. Kanun'da haklı sebep ortadan kalktıktan sonra geminin kararlaştırılan veya mutad rotasına dönerek sefere devam etmesi öngörülmüştür¹¹⁶.

Türk Ticaret Kanunu'nda haksız sapmanın tek başına fesih sebebi olduğu yönünde bir hüküm bulunmamaktadır; daha ziyade kaptan, donatan veya taşıyanın sorumluluğuna dair hükümler sevk edilmiştir¹¹⁷. Haklı bir sebebin varlığı ile rotadan sapmanın bir fesih sebebi olmadığı ifade edildiğine göre, haklı bir sebep olmaksızın rotadan sapmak bir fesih sebebi olarak telakki edilmesi de söz konusu olmuştur¹¹⁸. Burada taşıtan, sözleşmeye devam etmek istemekle feshetmek arasında bir tercih hakkını haizdir. Yükün mülkiyetine istinat eden varna yerindeki teslim alma, zımnen devam anlamına gelmez ancak belirli bir limana yönelik talimat verilmesi zımnen tasdik anlamında kabul edilmiştir¹¹⁹.

Tatbikatta navlun sözleşmelerine, sapma klozu (*deviation clause*) eklenmektedir. Bu tür klozlar ile taşıyana belli bazı durumlarda can ve mal kurtarmadan başka yakıt ikmali, tıbbî acil durumlar, mürettebat değişimi vs. gibi hâllerde rotadan sapma hürriyetine sahip olur. Rota serbestisi klozu, taşıyana sadece esasen mutabık kalınan, olağan veya uygun rota üzerinde bulunan limanlarla ilgili olarak seyir ve teknik tasarruflar için (yani sözleşme dışı veya tanınmayan amaçlar için değil) belirli bir hareket

¹⁰⁸ AKINCI, s. 75; SÖZER, s. 519.

¹⁰⁹ DOCKRAY, Martin: *Cases and Materials on the Carriage of Goods by Sea*, 3. baskı, Routledge-Cavendish, London, 2004, s. 65; COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, s. 275.

¹¹⁰ Bkz. ABRAHAM, s. 540; CAN, s. 161 ve dn. 373.

¹¹¹ ABRAHAM, s. 540; CAN, s. 161; YETİŞ ŞAMLI, Kübra: "COVID-19 Pandemisinin Taşıyanın Sorumluluğu ve Navlun Alacağı Üzerindeki Etkileri", *Istanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 78, Sayı 2, s. 318.

¹¹² AKINCI, s. 79; PLOMARITOU / PAPADOPOULOS, s. 350.

¹¹³ Bkz. COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, s. 281; SÖZER, s. 522.

¹¹⁴ HILL, s. 273.

¹¹⁵ SÖZER, s. 519. Covid-19 salgınına bağlı rotadan sapma hâllerinde dair tafsilatlı değerlendirme için bkz. ŞAMLI, s. 317-319.

¹¹⁶ Yolculuğun kararlaştırılan veya mutad rotada devamı, umulmayan bir hâl sebebiyle mümkün olmazsa, kaptan durumun gereklerine ve imkânlar çerçevesinde uygulamaya zorunlu olduğu talimata göre, yolculuğa, başka bir rota üzerinde devam edebileceği gibi; kısa veya uzun bir süre için ara verebilir veya kalkma limanına geri dönebilir (TTK m. 1113/1). Kaptana, rotaya bağlılık yükümlülüğüne dair TTK m. 1113/1 hükmü ile verilen bu geniş takdir yetkisi, navlun sözleşmesinin selameti bakımından da ele alınmış ve bunun kural olarak bir fesih sebebi olmayacağı ifade edilmiştir (TTK m. 1220/1). Bu bakımdan rotaya bağlılık yükümlülüğünün genel olarak düzenlendiği TTK m. 1113/1'de yer alan "umulmayan hâl" kavramı ile TTK m. 1220/1'de yer alan "haklı sebep" kavramının, bu bap için büyük ölçüde örtüşüğünü ifade etmek mümkündür.

¹¹⁷ Bkz. ÇAĞA, s. 56.

¹¹⁸ COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, s. 285.

¹¹⁹ COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSKI / LAMBERT / STURLEY, s. 285.

alanı tanımaktadır¹²⁰. Bunun gibi buzlanma, savaş, mücbir sebep hâllerini düzenleyen klozlarda da farklı sapma ihtimalleri düzenlenebilir. Ana hatları ile ifade etmek gerekir ki, taşıyana çok geniş bir sapma özgürlüğü tanınmış olsa da, o yolculukta uğranılacak ve tabii olarak uğranması mümkün olan limanlar şeklinde anlamak icap eder¹²¹. Nitekim bir İngiliz yargı kararında, geminin 1500 mil bir sapma ile başka bir limana uğraması rotadan sapmak için haklı bir sebep olarak görülmemiştir¹²². Bununla birlikte, savaş, grev, buzlanma, mücbir sebep gibi klozlar da esasında rotadan sapma ile alâkalıdır¹²³.

C. Geminin Yolculuk Sırasında Tamirinin Gerekmesi

İnsan yapısı olan geminin, yolculuk sırasına arızalanması zaman zaman karşılaşılan tabii bir durumdur. Navlun sözleşmesinin ifa edildiği geminin yolculuk esnasında arızalanarak tamir edilmesinin icap etmesi hâlinde, TTK m. 1221/1 hükmü ile taşıtana iki seçimlik hak tanınmıştır. Bunlardan ilki, navlunun tamamını ve taşıyanın o ana kadar doğmuş bulunan tüm alacaklarını ödemek veya temin etmek şartıyla eşyayı gemiden almak; ikincisi ise, tamirin bitmesini ve sonrasında taşıyanın taahhüt ettiği taşıma işini tamamlamasını beklemektir. Ancak dikkat edilirse taşıtana tanınan bu haklar, her hâlükârda taşıtanın durumunu ağırlaştırmaktadır. Bu bakımdan hükmün tatbik edileceği somut olayın şartlarının özenle değerlendirilmesi gerekir.

Gemi, beklenmedik bir şekilde kaza neticesinde arızalanabileceği gibi, rutin bakımlarının ihmâl edilmesi veya eskimeye bağlı aşınmalar neticesinde de tamire ihtiyaç duyabilir. Şüphesiz ki bazı küçük arızalar, geminin yolculuğunu planlandığı rotada gerçekleştirmesine engel olmaz¹²⁴. Hükmün tatbiki için kural, tamiratın hem geminin hem de yükün menfaatine yapılmasıdır. Bu bakımdan tamiratın, yolculuk devam ederken yapılamaması veya varma limanına kadar tehlikesiz bir şekilde ertelenemez olması icap eder¹²⁵. Geminin tamirâtı için rotadan sapmayı gerektiren arızanın veya denize elverişsizliğin, taşıyan tarafından yolculuk başlamadan önce bilinmiyor olması gerekir; aksi takdirde bu hükmün tatbiki mümkün olmaz¹²⁶.

Taşıtanın hangi seçimlik hakkını kullanacağını, bittabi taşıyana bildirmesi icap eder. Bununla birlikte taşıtanın sessiz kalması, tamiratın bitmesini beklemeyi tercih ettiği yönünde değerlendirilir¹²⁷. Taşıtan, yükünü gemiden alma hakkını tamiratın biteceği ana kadar kullanabilir, bir zamanı yoktur; ancak bu beyanın dürüstlük kurallarına göre yapılması gerekir ve tamiratın tamamlanmasını bekleyeceğine dair açık beyanın geri alınması da mümkün değildir¹²⁸.

Gemlinin yolculuk esnasında tamirinin gerekmesi hâlinde, tarafların navlun sözleşmesini feshetme hakkı olmadığı TTK m. 1221/1'de ifade edilmekle birlikte, aynı hükmün 2'nci fıkrasında, TTK m. 1222/1-1. cümle hükmünün saklı olduğu vazolunmuştur. Saklı tutulan TTK m. 1222/1-1. cümleye göre yolculuğun tabii bir olay veya umulmayan bir hâl sebebiyle gecikmesi kural olarak tarafların hak ve yükümlülüklerini değiştirmez; ancak bu gecikme sözleşmenin amacının kaybolmasına sebep olmuşsa fesih hakkı söz konusu olabilecektir¹²⁹. Bu atıf ile birlikte geminin tamirâtını gerektiren arıza veya durumun tabii bir olaydan veya umulmadık bir hâlden kaynaklanması ve geminin tamirinin bitip

¹²⁰ Bkz. benzer şekilde ABRAHAM, s. 538.

¹²¹ COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSWKI / LAMBERT / STURLEY, s. 281; BAUGHEN, s. 90. Rotadan sapma serbestisi veren klozun dar yorumlanması gerektiği hakkında bkz. DOCKRAY, s. 69; BAATZ, s. 268.

¹²² COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSWKI / LAMBERT / STURLEY, s. 281 ve dn. 24.

¹²³ RAMBERG, s. 46.

¹²⁴ Geminin tamirinin gerektiği için bir limana doğru seyretmesi ve sığınması, esasında bir tür rotadan sapma hâlidir. Bkz. COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSWKI / LAMBERT / STURLEY, s. 279.

¹²⁵ ABRAHAM, s. 545.

¹²⁶ COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSWKI / LAMBERT / STURLEY, s. 280.

¹²⁷ ABRAHAM, s. 545.

¹²⁸ ABRAHAM, s. 545.

¹²⁹ Türk Ticaret Kanunu m. 1222/1 hükmünün değerlendirmesi için bkz. I.C.1.b. "Sözleşmenin Belli Amacının Kaybolması".

tekrar rotasına dönebileceği sürenin sözleşmenin belli amacının kaybolmasına yol açması hâlinde taşıtanın fesih hakkının olduğunu kabul etmek gerekir. Böyle bir ihtimâlde taşıtan, TTK m. 1221/1'de öngörüldüğü şekilde tam navlun değil, TTK m. 1226'ya göre mesafe navlunu öder¹³⁰.

Arızalanan ve kızağa çekilen geminin, hiçbir şekilde tamir edilemeyeceği anlaşılıyorsa veya tamiratın tamamlanması için bir süre öngörülemiyorsa, TTK m. 1209 bağlamında geminin zayı olduğunu ve kabul etmek gerekir ve bu hâlde taşıyan tam navlun veya herhangi bir tazminat değil, geminin zayı olduğu ana kadar doğmuş bulunan borçların ifasını talep edebilir¹³¹. Kısmi yolculuk çarteri sözleşmeleri ile kırkambar sözleşmelerinde ise eşya tamir sırasında boşaltılmış olduğu takdirde, taşıtan tam navlunu ve diğer alacakları ödemek şartıyla eşyayı geri alabilir.

III. FESİH HAKKININ KULLANILMASI

A. Bekleme Süreleri ve Gecikme

Kanun koyucu prensip olarak, fesih hakkı veren hâller ortaya çıkar çıkmaz bu hakkın kullanılmasını istememiş, mümkün olduğunca sözleşmenin ayakta tutulmasını gözetmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1218'inci 2'nci fıkrasına göre, yolculuk henüz başlamadan bir kamu tasarrufu sebebiyle sözleşmenin ifasının engellenmesi hâlinde fesih hakkının kullanılabilmesi için, engelin kısa zamanda ortadan kalkmayacağı anlaşılması gerekir. Kısa zaman kıstasını, somut olayın şartlarına ve sözleşmenin belli amacına göre, mesela taşıma konusu yükün çabuk bozulan cinsten bir mal olup olmadığı veya belirli bir fuara yetiştirilmesi gerekip gerekmediği gibi hususları değerlendirerek belirlemek icap eder¹³².

Yolculuk başladıktan sonra ise sözleşmenin ifası engellenmişse, fesih hakkının kullanılabilmesi için bir ay boyunca engelin kalkmasının beklenmesi gerekir (TTK m. 1218/2-2. cümle). Bu süreler, kaptan engeli bir limanda bulunduğu sırada öğrenirse, engeli haber aldığı günden; aksi takdirde engelin kendisine bildirildiği günden sonra gemi ile bir limana ulaştığı günden itibaren hesap olunur. Kısmî yolculuk çarteri sözleşmeleri ile kırkambar sözleşmelerinde belli bir süre beklemeye zorunlu olmaksızın fesih hakkını kullanabilirler (TTK m. 1218/3). Ancak bu hâlde de, fesih hakkı iyi niyet kurallarına uygun şekilde kullanılmalı, mesela çok kısa gecikmelerde derhal fesih hakkına başvurulmamalıdır¹³³.

Bununla birlikte TTK m. 1218/4 bağlamında savaş hâline bağlı bir fesih söz konusu ise, herhangi bir bekleme süresi yoktur. Savaş çıktığı için geminin veya yükün serbest sayılmaması, zaptı veya müsaderesi söz konusu ise taraflar beklemeksizin sözleşmeyi feshedebilirler. Ancak tatbikatta sözleşmelere dercedilen savaş riskleri klozu (*war risks clause*) ile sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması gözetilir ve başkaca bir güvenli liman tayin edilmesi imkânı aranır. Hakeza buzlanma klozunda da benzer bir şekilde alternatif liman belirlenmesi imkânı söz edilmekle birlikte, alternatif limanın kırk sekiz (48) saatte belirlenmemesi hâlinde fesih hakkının kullanılabileceği gibi birtakım kayıtlar yer alır.

Fesih beyanında bulunmak için hak doğduktan sonra herhangi bir süre yoktur, yeter ki açık veya zımnî olarak feragat edilmemiş olsun¹³⁴. Mesela yolculuğun başlamasına engel olan sebebin bilinmesine rağmen yüklemeye devam edilmişse, feragat edildiği kabul edilebilir¹³⁵.

¹³⁰ Bkz. CAN, s. 164 ve dn. 377.

¹³¹ ABRAHAM, s. 545.

¹³² CAN, s. 135.

¹³³ ÇAĞA, s. 273.

¹³⁴ ABRAHAM, s. 528.

¹³⁵ ABRAHAM, s. 528.

B. Fesih Bildirimi

Fesih hakkı, sürekli borç ilişkilerini geleceğe etkili olacak şekilde sona erdiren, bozucu yenilik doğuran bir haktır.¹³⁶ Tek taraflı bir hukukî işlemle kullanılan fesih hakkı, muhatabına varmakla birlikte hukukî neticelerini doğurur¹³⁷; herhangi bir sürenin geçmesine gerek yoktur¹³⁸.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1224'üncü maddesine göre fesih bildirimi; faks mesajı, elektronik mektup veya benzeri teknik araçlarla da mümkün olmak üzere, yazılı olarak yapılır. Öngörülen bu şekil, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 12/2'ye göre geçerlilik şeklidir. Kanun'da, navlun ücreti ve taşıma konusu eşyanın iktisadî değerinin yüksek olması göz önünde bulundurularak yazılı şekil şartı öngörülmüştür. Bununla birlikte "*elektronik mektup veya benzeri teknik araçlar*" yolu ile de yazılılık şartının tamamlanabileceği kaydedilerek, teknolojik gelişmeler de gözetilmiştir¹³⁹. Bu bakımdan mühim olan, beyanın doğrulanabilir bir adrese ve saklanabilir bir araçla yöneltilmiş olması gereğidir. Faks ve elektronik mektuptan başka; telgraf, taahhütlü mektup gibi usuller de kullanılabilir¹⁴⁰.

Navlun sözleşmesinin taraflarından, taşıyanın her hâlükârda, taşıtanın ise kahir ekseriyetle tacir sıfatını haiz olduğu dikkate alınır; düzenlemeyi TTK m. 18/3 bağlamında da değerlendirmek icap eder. Türk Ticaret Kanunu'nun 18'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır. Hükümde öngörülen şekil şartının, bir ispat şartı olduğu ise Madde Gereğesinde ifade edilmiştir¹⁴¹. Bu esastan olmak üzere fesih bildirimini geçerli olabilmesi için, TTK m. 1224 hükmünde de ifade edildiği üzere yazılı şekilde yapılması yeterlidir.

C. Feshin Hüküm ve Sonuçları

1. Sözleşme Yolculuk Başlamadan Feshedilmişse

Navlun sözleşmesi, henüz yolculuk başlamadan TTK m. 1218 ilâ 1227'de düzenlenmiş olan sebepler yüzünden feshedilmişse, taraflar birbirine tazminat ödemekle yükümlü olmayıp, sadece o ana kadar doğmuş bulunan borçlarını ifa etmek zorundadır (TTK m. 1225).

Sözleşme, yolculuk başlamadan ama yüklemede yapıldıktan sonra feshedilmişse, yükün boşaltılmasına dair masraflara kimin katlanacağı suali akla gelir. Kanun'da bu hususta herhangi bir düzenleme yoktur¹⁴². Taşıtanın olağan fesih hakkına dair TTK m. 1158 hükmünde, taşıyanın taşıtanın eşyanın gemiden çıkarılması nedeniyle sebep olduğu bütün giderleri ve zararları talep edebileceği; dolayısıyla boşaltma masraflarına taşıtanın katlanacağı ifade edilmiştir. Hükümün haklı sebeple fesih hâllerinde de kıyasen uygulanması düşünülebilirse de; bu hâllerden taşıtanın sorumlu olmaması

¹³⁶ ANTALYA, *Cilt V/1*, 3, s. 612; ABRAHAM, s. 528.

¹³⁷ ANTALYA, *Cilt V/1*, 3, s. 612.

¹³⁸ AKINCI, s. 183.

¹³⁹ Bkz. TTK m. 1224 Gereğesi.

¹⁴⁰ İş bu fesih bildirimini herhangi bir şekil şartına tâbi tutulmadığı mülga 6762 sayılı TTK döneminde, fesih beyanının 6762 sayılı TTK m. 20/3 hükmünde öngörülen tacirler arasındaki beyanlara dair şekil şartlarına tâbi tutulmasının denizcilik telakkilerine uygun düşmediği ifade edilmiştir. Bkz. CAN, s. 148.

¹⁴¹ "... Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan 'muteber olması için' ibaresine metinde yer verilmemiştir. Bu değişikliğin sebebi, geçerlik şartının artık haklı bir gereğesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir. Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir işadamı için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur". Bununla birlikte kanaatimiz odur ki, TBK m. 12 karşısında, şartın mahiyetinin Kanun'un gereğesi ile tespit edilmesi yerinde olmamıştır. Bkz. ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 22. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2016, s. 160; ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / ERTAN NÖMER, N. Fusun: *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 288-289; BAHTIYAR, Mehmet: *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 122.

¹⁴² Boşaltma masrafları, mülga 6762 sayılı TTK m. 1094 hükmünde "*navlun mukavelesi, 1082 – 1088'inci maddeler gereğince kendiliğinden veya çayma neticesinde hükümden düşerse gemiden çıkarma masraflarını taşıyan; boşaltmanın diğer masraflarını taşıtan çeker. Bununla beraber umulmayan hal yalnız yüke taallük ederse boşaltmanın bütün masrafları taşıtana düşer*" şeklinde düzenlenmiştir.

durumunda bu çözüm hakkaniyete uygun düşmez. Bu bakımdan mülga TTK m. 1094-1. cümle ile aynı hükmü sevk eden boşaltmaya dair genel hüküm olan TTK m. 1067 uygulanabilir. Hakeza sadece yükü ilgili umulmayan hâller açısından, bütün masraflara taşıtanın katlanması da hakkaniyete uygun olan çözümdür.

2. Sözleşme Yolculuk Başladıktan Sonra Feshedilmişse

Navlun sözleşmesi yolculuk başladıktan sonra, yolculuğun devamına engel olan sebepler yüzünden feshedilirse; taşıyana o ana kadar doğmuş alacaklarının yanı sıra, fesih anına kadar yapılan yolculuk için eşya yükleme limanına geri getirilmiş olsa bile TTK m. 1210'a göre hesap edilecek mesafe navlunu ödenir. Mesafe navlunu kurtarılan yükün miktarına, geminin zayı olduğu ana kadar alınan mesafeye, yolculuğun giderlerine, süresine, katlanılan rizikolarına ve zorluk derecesine göre hakkaniyete uygun bir şekilde hesap edilir (TTK m. 1210/2)¹⁴³. Navlun sözleşmesi bir tür eser sözleşmesi niteliğinde olsa da, düzenlemeye göre taahhüt edilen netice gerçekleşmemesine rağmen iş sahibi bir ödeme yapmaktadır¹⁴⁴.

Taraflar arasında aksi kararlaştırılmadıkça, eşya fesih hakkının kullanıldığı sırada geminin bulunduğu veya en yakın olduğu limanda boşaltılır. Kısmi yolculuk charteri sözleşmeleri ile kırkambar sözleşmelerinde boşaltma, yolculuğun gecikmesine veya aktarmaya sebebiyet verecekse, navlun sözleşmesinin feshi üzerine taşıtan, diğer taşıtanların muvafakati olmadıkça, eşyanın varma limanından önce boşaltılmasını isteyemez; şu kadar ki, taşıtan, boşaltmadan doğan giderlerle zararı tazmin etmekle yükümlüdür (TTK m. 1226/2). Tam charter sözleşmelerinin ayrık tutulması, bunlar bakımından boşaltma masraflarının daha farklı değerlendirilebileceğini, taşıtanın yükü istediği zaman, masraflarına katlanmak suretiyle boşaltabileceğini gösterir. Taşıtan ayrıca, o ana kadar doğmuş bulunan sürastarya ücreti veya gümrük vergi ve harç gibi kalemleri de ödemekle yükümlüdür¹⁴⁵.

Navlun sözleşmesinin yolculuk başladıktan sonra feshedilmesi hâlinde, taşıyan yüke zilyet olmaya devam eder. Bu süre içinde taşıyanın yüke özen borcu devam eder¹⁴⁶. Bununla birlikte yükün, bir şekilde gemiden tahliyesi gerekir, bu hususta da tarafların müzakere ederek uygun bir limanı belirlemesi mümkündür. Sözleşme feshedilmesine rağmen taşıtan yükü tahliye etmez veya tahliye masraflarına katılmazsa, taşıyan yükü rıhtıma indirme ve depolama masraflarını taşıtandan isteyebilir¹⁴⁷.

SONUÇ

Yolculuğun başlamasına ve devamına engel olan sebepler yüzünden navlun sözleşmesinin sona ermesi, TTK m. 1209 ilâ 1227'nci maddeler arasında ve iki alt başlıkta düzenlenmiştir. Birinci başlık, navlun sözleşmesinin "hükümden düşme"sine hasredilmiştir ki; bu, yükün ve geminin zıyı hâllerine mahsus bir kendiliğinden sona erme hâlidir. Navlun sözleşmesinin işbu sebeplere istinaden feshi ise, bu makalede tefsirine gayret edilen TTK m. 1218 ilâ 1227'de düzenlenmiştir. Tefsirine gayret edilen bu hükümlerde navlun sözleşmesinin, sözleşmenin tarafları dışında bir üçüncü kudret (veya Yaradan) tarafından ifasının engellendiği hâller açıklanmaktadır.

Kanun'un 1218 ilâ 1227'nci maddelerine göre, fesih sebeplerini üçe ayırmak icap eder: Birincisi bir kamu tasarrufu sebebiyle sözleşmenin ifasının engellenmesidir ki; ambargo veya devlet hizmeti sebebiyle gemiye el konulması veya ticaret, ithalat-ihracat veya transit geçiş yasağı gibi hâller bu bapta, tahdîdî değil, tadâdî şekilde sayılmıştır. Kamu tasarrufunun sahibi, bittabi devlet ve devletlerin üye olduğu BM, AB gibi milletlerarası kuruluşlardır. Ancak milletlerarası ve iç hukuk bakımından meşru-

¹⁴³ ABRAHAM, s. 530; KARA, s. 255.

¹⁴⁴ AKINCI, s. 183; ÇAĞA, s. 268.

¹⁴⁵ CAN, s. 154; BAUGHEN, s. 265.

¹⁴⁶ COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSWKI / LAMBERT / STURLEY, s. 709.

¹⁴⁷ COOKE / YOUNG / ASHCROFT / TAYLOR / KIMBALL / MARTOWSWKI / LAMBERT / STURLEY, s. 710.

yeti bulunmayan siyasî veya mahallî gruplar da benzer tasarrufları ile navlun sözleşmesini engelleme kudretini haizlerse, bunların da TTK m. 1218/1 hükmü bağlamında bir kamu otoritesi olarak değerlendirilmesi gerekir. Tadâdî şekilde sayılan engelleme usulleri, birçok zaman iç içe geçebilir. Hiçbir hukukî arka-planı olmaksızın limanı kontrol eden otoritenin gemiye el koyması söz konusu olabileceği gibi; alınan bir ambargo kararına rağmen deniz ticaretine izin verilmesi de mümkündür. Alman ve Türk doktrininde, gemiye icraî ve kazaî işlemlerle el konulmasının bu hüküm bâbında değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir; ancak deniz taşıma sözleşmelerine dercedilen seferden men klozları (*arrest clauses*) ile bu tür el koymalardan taşıtanın sorumlu olmaması hâlinde fesih hakkının kullanılabilmesi kararlaştırılabilmektedir. Hakeza yaptırım (*sanctions*) klozları ile de devlet ve milletlerarası kuruluşların yaptırımları da taraflarca ayrıca düzenlenebilmektedir. Binnetice, kamu gücünü kullanan bir otoritenin karar ve fiilleriyle navlun sözleşmesinin ifası engellenmesi hâlinde bu hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Savaş kararı da esasında bir kamu tasarrufu olmasına rağmen, savaş hâli sebebiyle yük ve geminin serbest sayılmaması ve zapt veya müsadere tehlikesinin olması, TTK m. 1218/4 hükmünde ayrıca düzenlenmiştir. Savaşların artık devletler arasındaki karşılıklı açıklamalar, ultimatolar ve savaş ilânı gibi sıralı işlemlerle vuku bulmadığı; çoğu zaman resmî bir savaş ilânı söz konusu olmaksızın operasyon, önleyici müdahale gibi başka isimler altında ortaya çıktığı dikkate alındığında bu hükümdeki savaş ve savaşın taraflarını da geniş manasıyla ele almak gerekir. Hükümün tatbik edilmesi için, yükleme veya varma limanında, savaş veya askerî hareketlilik sebebiyle gemiye veya yüke el konulması ya da mürettebatın hayatî tehlike altına girmesi ihtimâlinin varlığı yeterlidir. Tatbikatta sözleşmelere eklenen savaş iptal (*war cancellation*) ve savaş riskleri (*war risks*) klozları ile ayrıntıların düzenlenmesi; hangi ülkeler arasındaki savaşlarda hangi hükümlerin tatbik edileceği veya fesih öncesinde güvenli bir liman göstererek sözleşmenin ayakta tutulması gibi hususların kararlaştırılması mümkündür.

Kamu tasarrufları ve savaş hâline bağlı olarak navlun sözleşmesinin feshi düzenlenmekle birlikte; eşyanın sadece bir kısmına ilişkin engeller, kaptanın haklı bir sebeple rotadan sapması ve geminin tamirinin gerekmesi hâlleri “*tarafların fesih hakkına sahip olmadığı hâller*” kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Yüke dair kısmî engellerin varlığında, taşıtan serbest sayılmayan eşyayı gemiden uzaklaştırmak külfeti altındadır. Bu külfeti yerine getirdikten sonra, taşıyanın durumunu ağırlaştırmamak kaydıyla başka yük yükleyebilir veya yarım navlun ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir. Bu külfeti yerine getirmezse, serbest sayılmayan eşya taşıyan tarafından gemiden uzaklaştırılacaktır ki; taşıtan bu hâlde, hem bu uzaklaştırma masraflarına katlanacak, hem de tam navlun ödemek zorunda kalacaktır.

Kanun’un inceleme konusu yapılan bu bâbında bilhassa zikredilmiş hâller dışında, yolculuğun başlamasından önce veya sonra ortaya çıkan tabî olaylar veya umulmayan hâllerin, tarafların hak ve yükümlülüklerini etkilemeyeceği ifade edilmiştir; meğerki bu gecikme yüzünden sözleşmenin belli amacı kaybolmuş olsun. Sözleşmenin amacı yükün taşınmasıdır ancak hükümde kastedilen, gecikmenin bu amacı akamete uğratabileceği olmasının taşıyan tarafından da bilinmesidir. Mesela yükün bozulmaya elverişli ürünlerden müteşekkil olması ve bu hususta taşıyanın bilgilendirilmiş olması hâlinde, yükün bozulacağı kadar bir gecikme sözleşmenin amacının kaybolmasına yol açacaktır. İngiliz hukukundan sâdır olan sözleşmenin akamete uğraması nazariyesi (*frustration doctrine*) ile esasında tüm beklenmeyen hâllerin, navlun sözleşmesi bakımından birer fesih sebebi olacağı ifade edilebilir. Hatta öyle ki, bir tür beklenmeyen hâl ve neticelerinin sözleşmede ayrıca düzenlenmiş olmasının dahi, bu doktrin tatbikini dışlamayacağı ifade edilmiştir.

Bu makale, her ne kadar TTK m. 1218 ilâ 1227’nci maddelerin tefsirine hasredilmişse de, tatbikatta navlun sözleşmeleri kahir ekseriyetle standart formlar ile hazırlanır ve akdedilir. Hakeza bu sözleşmelere, yine standart klozlar eklenerek bu hükümlerde düzenlenen fesih sebepleri ve neticeleri taraflarca ayrıca düzenlenip kararlaştırılabilir. Bir mücbir sebep ya da beklenmeyen hâl, birden fazla kloz kapsamında da yer alabilir. Mesela buzlanma riski, sözleşmeye beklenmeyen hâl ve mücbir sebepler için dercedilen bir genel klozun (*force majeure clause*) kapsamına girebileceği gibi; ayrıca bir

buzlanma klozu (*ice clause*) kapsamına da girecektir. Şüphesiz ki bu hâlde, özel olarak dercedilmiş klozun hükümleri öncelikle tatbik edilir.

Coğrafyamız başta olmak üzere, dünyada ticarî denizciliğin geliştiği birçok önemli su yolu ve liman, siyasî konjonktürden doğrudan etkilenmektedir. Savaş ve bölgesel çatışma riskleri, günden güne artmakta; birçok liman bu risklere bağlı olarak güvensiz hâle gelebilmektedir. Yakın zamanda Karadeniz'de söz konusu olan tehlikeler, önümüzdeki süreçte Basra Körfezi, Umman Denizi, Akdeniz ve Güney Çin Denizi gibi önemli rota ve bu rotadaki limanlar için söz konusu olabilir. Hakeza bu siyasî gerginliklerin neticesinde, birçok ülke için iktisadî yaptırımlar da gündeme gelebilir. Bunun gibi iklim değişikliklerinden kaynaklanan beklenmedik tabiat olayları ve salgın hastalıklar gibi ihtimâller de deniz ticaretinin gündemini meşgul edebilir. Bu esastan olmak üzere navlun sözleşmelerinin fesih hâlleri, fesih hakkının nasıl ve hangi sürelerde kullanılacağı ve feshin neticelerine dair sözleşme kayıtları ve klozlarının belirlenmesi önemli bir mesele olmaya devam edecektir.

KAYNAKÇA

- ABRAHAM, Hans Jürger: *Schaps - Abraham, Das deutsche Seerecht, Zweiter Band*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1962.
- ACAR, Hüseyin: *Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- AKALIN, Şükrü Halük (Ed.): *Türkçe Sözlük*, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2011.
- AKINCI, Sami: *Deniz Ticareti Hukuku Dersleri Navlun Mukaveleleri*, Türkiye Ticaret Postası Matbaası, İstanbul, 1968.
- AKKUTAY, Berat Lale: “Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, Sayı 111, s. 411-446.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNLER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ALEXANDER, Kern: *Economic Sanctions: Law and Public Policy*, Palgrave Macmillan, London, 2009.
- ANTALYA, O. Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Marmara Hukuk Yorumu, Cilt V/1, 3*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019 (Cilt V/1, 3).
- ANTALYA, O. Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Marmara Hukuk Yorumu, Cilt V/1, 2*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 22. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2016.
- ASADA, Masahiko: *Economic Sanctions in International Law and Practice*, Routledge, New York, 2020.
- ATAMER, Kerim: *Deniz Ticareti Hukuku Cilt: IV Deniz İcra Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ATAY, Ender Ethem: *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- AYGÜL, Musa / VURAL ÇELENK, Belkıs: “Ekonomik Yaptırımlar ve Akreditif”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2018, Cilt 4, Sayı 1, s. 1-18.
- BAATZ, Yvonne: “Charterparties”, (Ed.) BAATZ, Yvonne: *Maritime Law*, 4. Baskı, Informa Law from Routledge, Oxon, 2018, s. 251-311.
- BAHTİYAR, Mehmet: *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- BAL, Abhinayan Basu: “Maritime Lawfare: The Impact of Unilateral Sanctions on Law and Practice on Navigation and Seaborne Trade”, (Ed.) SUBEDI, Surya P.: *Unilateral Sanctions in International Law*, Hart Publishing, London, 2021, s. 255-276.
- BAUER, R. Glenn: “Effects of War on Charter Parties”, *Tulane Maritime Law Journal*, 1988, Cilt 13, Sayı 1, s. 13-24.
- BAUGHEN, Simon: *Shipping Law*, 6. Baskı, Routledge, Oxon, 2015.
- BAYSAL, Başak: *Sözleşmenin Uyarlanması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- BÜYÜKKAYA, Muhammed Hüseyin: *Göçmen Kaçakçılığı (TCK m. 79)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- CAN, Mertol: *Navlun Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998.
- CANCA, Hakan Selim: *Devletlerin gemilere müdahale yetki ve yükümlülükleri: Deniz Kamu Hukuku: Deniz Savaş Hukuku: Deniz Güvenliği: PSI Prensipleri: San Remo Rehberi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- CANDAN, Tolga / HALHALLI, Ozan Emin: “A Brief Analysis Of The Grain Corridor Agreement In Terms Of International Law”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2022, Cilt 80, Sayı 4, s. 363-404.
- CONNELL, Raymond A.: “Charter Party Termination and the Approach Voyage”, *Tulane Maritime Law Journal*, 2001, Cilt 25, Sayı 2, s. 469-490.
- COOKE, Julian / YOUNG, Tim / ASHCROFT, Michael / TAYLOR, Andrew / KIMBALL, John / MARTOWSKI, David / LAMBERT, LeRoy / STURLEY, Michael: *Voyage Charters*, 4. Baskı, Informa Law, London, 2014.

- CURRIE, John H.: *Public International Law*, 2. Baskı, Irwin Law, Toronto, 2008.
- ÇAĞA, Tahir: *Deniz Ticareti Hukuku 2: Navlun Sözleşmesi*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- DAVEY, Michael / Davey, James / CAPLIN, Oliver: *Miller's Marine War Risks*, 4. Baskı, Informa law from Routledge, London, 2020.
- DOCKRAY, Martin: *Cases and Materials on the Carriage of Goods by Sea*, 3. Baskı, Routledge-Cavendish, London, 2004.
- DOĞAN, Koray: *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- DOST, Süleyman / KORKMAZ, Zehra: "Savaşa Varmayan Zorlama Yolu Olarak Zararla Karşılık ve Bazı Uygulamalar", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 5, Sayı 2, s. 111-157.
- DRESCHER, Ingo / FLEISCHER, Holger / SCHMIDT, Karsten (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7: Transportrecht*, 5. Baskı, Verlag C. H. Beck, München, 2023 (Yazar, Münchener Kommentar).
- EREN, M. Yusuf: "Uluslararası Hukukta Savaşa Varmayan Kuvvet Kullanma Yolları", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 3, Sayı 2, s. 229-260.
- EVİK, Ali Hakan: "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 9, Sayı 3-4, s. 125-179.
- GOLLIARD, Mélanie Marilyne: *Economic Sanctions: Embargo on Stage. Theory and Empirical Evidence*, University of Tampere, Department of Economics and Accounting, 2013.
- GORDON, Richard John Francis / SMYTH, Michael / CORNELL, Tom: *Sanctions Law*, Hart Publishing, Portland Oregon, 2019.
- GÖKNİL, Mazhar Nedim: *Deniz Ticareti Hukuku*, 2. Tabı, Alaeddin Kırıl Basımevi, Ankara, 1942.
- GÜLTEKİN, Galip: "Deniz Hukuku. Çatma, Kurtarma ve Yardım", *Cemil Bilsel'e Armağan*, Kenan Basımevi, İstanbul, 1939, s. 609-642.
- HAPPOLD, Matthew: "Economic Sanctions and International Law: An Introduction", HAPPOLD, Matthew / EDEN, Paul (Ed.): *Economic Sanctions and International Law*, Bloomsbury Publishing, London, 2016, s. 1-12.
- HILL, Christopher: *Maritime Law*, 6. Baskı, Informa law from Routledge, Oxon, 2014.
- HILLIER, Tim: *Sourcebook on International Law*, Cavendish Publishing, London, 1998.
- KALABALIK, Halil: *İdare Hukuku Dersleri Cilt II*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KARA, Hacı: *Deniz Ticareti Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KEITH, Michel: *War, Terror and Carriage by Sea*, Informa Law from Routledge, London, 2004.
- KIZILARSLAN, Hakan: *Tüzel Kişilere Özgü Koruma ve Güvenlik Tedbirleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- KURU, Baki: *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.
- MACMILLAN, Catharine: "English Contract Law and the Great War: The Development of a Doctrine of Frustration", *Comparative Legal History*, 2014, Cilt 2, Sayı 2, s. 278-302.
- ORMANCI ALTINOK, Pınar: *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- ÖZTÜRK, Bahri / EKER KAZANCI, Behiye / SOYER GÜLEÇ, Sesim: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- PLOMARITOU, Evi / PAPADOPOULOS, Anthony: *Shipbroking And Chartering Practice*, 8. Baskı, Informa Law from Routledge, London, 2018.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.: *İcra Hukuku Esasları*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- RAMBERG, Jan: *Cancellation of Contracts of Affreightment on Account of War and Similar Circumstances*, Eländers Boktryckeri Aktiebolag, Göteborg, 1970.

- SELİÇİ, Özer: *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.
- SHAW, Malcolm N.: *International Law*, 6. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- SÖZER, Bülent: *Deniz Ticareti Hukuku - I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- ŞİMŞEK, Galip Engin: “Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yaptırımlar ve ABD’nin Tek Taraflı Yaptırımlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2021, Cilt 78, Sayı 4, s. 2049-2078.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TOK, Ozan: “İcra İşleminin Yapısı ve Hukuki Rejimi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 1, s. 57-85.
- ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / ERTAN NOMER, N. Füsün: *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, Yazarın Kendi Yayını, İstanbul, 2004.
- VON HEINEGG, Wollf Heintschel: “The Current State of The Law of Naval Warfare: A Fresh Look at the San Remo Maunal”, *International Law Studies, The Law of War in the 21st Century: Weaponry and the Use of Force*, 2006, Sayı 82, s. 269-296.
- YAZICIOĞLU, Emine: *Deniz Ticareti Hukuku*, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- YENGİNAR, Altuğ: “Rusya-Ukrayna Savaşının Bir Sonucu Olarak İmzalanan Tahıl Koridoru Anlaşmasının Montrö Boğazlar Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Journal of Marine and Engineering Technology*, 2022, Cilt 2, Sayı 2, s. 101-110.
- YETİŞ ŞAMLI, Kübra: “COVID-19 Pandemisinin Taşıyanın Sorumluluğu ve Navlun Alacağı Üzerindeki Etkileri”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 78, Sayı 2, s. 299-331.
- YILMAZ, Onur: *Gemilerin İhtiyati Haczi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Görünüşte Mirasçılık: Ölüme Bağlı Tasarrufta Es Geçilen Saklı Paylı Muhtemel Mirasçının Mirasçılığı^(*)



Virtual Heirship: The Heirship of a Passed-Over Heir with a Statutory Entitlement

Özgür GÜVENÇ



Doktor Öğretim Üyesi

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Ölüme Bağlı Tasarruf,
Es Geçilen Mirasçı,
Saklı Paylı Mirasçı,
Görünüşte Mirasçılık,
Mirasçılıktan Çıkarma.

Öz

Mirasbırakanın, ölümüne bağlı tasarrufunda tüm mirasını başka yasal ya da atanmış mirasçılara bıraktığı, yasal mirasçılardan birine veya birkaçına ise hiç pay ayırmadığı ihtimalde, kendisine pay ayrılmayan kişi ya da kişiler es geçilen mirasçı olarak nitelendirilir. Saklı paylı muhtemel mirasçının ölümüne bağlı tasarrufta bu şekilde es geçilmesi örtülü bir mirasçılıktan çıkarma olarak yorumlanmalıdır. Tasarrufta çıkarma sebebi belirtilmemiş olacağından es geçilen, bu tasarrufa karşı TMK m. 512/III uyarınca tenkis davası açabilir. Es geçilen ayrıca, TMK m. 557'de öngörülen genel iptal sebeplerinden birinin mevcut olması hâlinde iptal davası açma yoluna gidebilir. Es geçilen, örtülü çıkarma tasarrufuna karşı bu davaları açma hakkını haiz bulunduğu sürece "görünüşte mirasçı" olarak nitelendirilir. Görünüşte mirasçı, mirasçı sıfatını haiz değildir. Bu doğrultuda o, terekedeki mallar üzerinde hak iddia edemez ve tereke borçlarından da sorumlu olmaz. Tenkis ya da iptal davası açması ve bu davaların olumlu sonuçlanması hâlinde görünüşte mirasçı, mirasbırakanın ölümü anına etkili olarak mirasçı sıfatını kazanır. Aksi hâlde ise o, hak düşürücü sürelerin geçmesiyle ya da başka bir sebeple tenkis veya iptal davası açma hakkını yitirdiği anda mirasçı sıfatını kesin olarak elde edememiş olur. Mirasçı sıfatının bulunmaması, görünüşte mirasçılığı tereke içeriğine ve mirasbırakanın sağlığında yaptığı kazandırmalara ilişkin bilgi edinme hususunda dezavantajlı bir konumda bırakır. Bu dezavantajın bertaraf edilebilmesi için TMK m. 619 vd. düzenlemelerinin kıyasen uygulanmasıyla görünüşte mirasçılığa resmî defter tutulmasını talep hakkı tanınması kanaatimizce isabetli olur.

Keywords

Testamentary
Disposition,
Passed-Over Heir,
Heir with a Statutory
Entitlement,
Virtual Heirship,
Disinheritance.

Abstract

When testator leaves his entire estate to other statutory or named heirs in his testamentary disposition and does not allocate any share to one of his statutory heirs, the person to whom no share is allocated is considered as passed-over heir. The passing over of a potential heir with a statutory entitlement should be interpreted as an implicit disinheritance. Since the ground of disinheritance is not stated, passed-over heir may file an action for abatement pursuant to Art. 512/III of the TCC. He is also entitled to file an action for annulment in case one of the general grounds stipulated under Art. 557 of the TCC is available. As long as passed-over heir has the right to file these actions, he is considered as a "virtual heir". Virtual heir does not have the title of heir. Consequently, he has no rights to the estate and is not liable for the debts of the deceased. Upon the filing and acceptance of a lawsuit for abatement or annulment, he acquires the status of heir with effect from the testator's death. Otherwise, he loses the possibility of being an heir when he loses the right to file these actions. The lack of heir status puts virtual heir at a disadvantage in obtaining information about the estate and the testator's dispositions inter vivos. To eliminate this disadvantage, virtual heir should be granted the right to request a public inventory on the basis of an analogous application of Art. 619 et seq. of the TCC.

(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 27.04.2024, Kabul Tarihi: 14.06.2024.

GİRİŞ

Türk miras hukukunda mirasbırakan, belirli kanuni sınırlar içinde kalmak kaydıyla ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlüğün en önemli sınırını saklı paylar oluşturur. Saklı pay müessesesi ile kanun koyucu, yasal mirasçılarının bazılarının miras payının tamamını ya da bir kısmını mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarına karşı koruma altına almıştır. Ancak bu koruma mutlak şekilde öngörülmemiştir. Mirasbırakan, Kanun'da belirtilen bazı hâllerde [Türk Medeni Kanunu (TMK)¹ m. 510-512, m. 513] mirasçılıktan çıkarma yoluna giderek saklı paylı mirasçılarının miras haklarını kısmen ya da tamamen ortadan kaldırmaktadır.

Mirasbırakan saklı paylı mirasçılarının miras haklarını ortadan kaldırmaya yönelik iradesini her zaman açık bir biçimde ortaya koymayabilir. Bu hususta özellikle mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufunda, “çıkarma”, “ıskat” ya da benzeri bir ifade kullanmamasına rağmen, tüm mirasını başka yasal ya da atanmış mirasçılar arasında paylaştığı, bu sırada saklı paylı muhtemel mirasçılardan birine ya da birkaçına hiç pay bırakmadığı ihtimaller akla gelmektedir. Böyle bir durumda, “es geçilen”, yani kendisine hiç pay bırakılmayan saklı paylı muhtemel mirasçı ya da mirasçılarının mirasçılıktan çıkarılmış sayılıp sayılmayacağı sorunu ortaya çıkar. Daha açık bir ifadeyle, böyle bir durumda kişi mirasçılık sıfatını ve dolayısıyla küllî halef vasfını kaybetmiş mi sayılmalıdır, yoksa mirastan hiç pay almasına rağmen yine de mirasçı ve dolayısıyla küllî halef olmaya devam mı etmelidir? Bu soruya verilecek cevap, gerek miras ortaklığına dâhil olan kişilerin belirlenmesi gerekse kendisine pay bırakılmayan kişinin terekeye ilişkin hak ve yükümlülüklerinin tespiti bakımından önem arz etmektedir.

Konu özellikle İsviçre doktrininde etraflıca tartışılmıştır. Es geçilen saklı paylı muhtemel mirasçının hukuki durumuna ilişkin ileri sürülen görüşler arasında son dönemde özellikle “görünüşte mirasçılık (*virtuelle Erbenstellung*)” görüşü öne çıkmıştır. Bu görüş gerek doktrinde gerekse İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında geniş ölçüde kabul görmüştür. Anılan görüşe göre es geçilen saklı paylı muhtemel mirasçı, tenkis ya da iptal davası açabileceği süre içinde görünüşte mirasçı olarak nitelendirilmekte ve mirasçı sıfatına sahip olmamaktadır. O, tenkis ya da iptal davası açması ve bu davaların olumlu sonuçlanması hâlinde mirasçılık sıfatını kesin olarak elde etmekte, aksi takdirde ise mirasçı sayılmamaktadır.

Bu çalışmada, doktrinde konuya ilişkin ileri sürülen görüşler ortaya koyulacak ve özellikle görünüşte mirasçılık görüşünden hareketle es geçilen saklı paylı muhtemel mirasçının mirasçılığına ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. “ES GEÇİLEN MİRASÇI” KAVRAMI

“Es geçilen mirasçı (*der übergangene Erbe*)” kavramı kaynağını İsviçre doktrininde bulmaktadır. “Es geçme” ifadesiyle kastedilen, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda tüm mirası üzerinde tasarrufta bulunması, ancak muhtemel yasal mirasçılardan birini ya da birkaçını hiç zikretmemesi ve dolayısıyla onlara hiç pay bırakmamış olmasıdır². Örneğin mirasbırakanın A, B ve C isminde üç muhtemel yasal mirasçısı bulunmaktaysa ve mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunda bütün mirasının A ve B arasında paylaşılacağını belirtmişse C es geçilen mirasçı olarak nitelendirilir.

Bir kimsenin es geçilen mirasçı olarak nitelendirilebilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda tüm mirasına ilişkin düzenleme yapmış

¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete).

² Bkz. ve karşı BOLLAG, Jacob: *Der virtuelle Erbe - Analyse und Weiterentwicklung der Theorie von der virtuellen Erbenstellung*, Schulthess Verlag, Zürich, 2021, N. 208 vd.; MEYER, Caroline B.: “Die Rechtsstellung des teilweise oder vollständig übergebenen Pflichtteilsbenen”, *Basler Juristische Mitteilungen*, 2008, s. 183-187; PIOTET, Paul: *Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/I: Erbrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel-Stuttgart, 1978 (SPR IV/1), s. 379; RAEMY, Reinold: *Das Pflichtteilsrecht und die Erbenqualität*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1982, s. 41, 42. Doktrinde özellikle saklı paylı olmayan mirasçılarını konu edinen bu tür tasarrufların “mirastan dolayı uzaklaştırma” olarak adlandırıldığı görülmektedir. Bu yönde bkz. ve karşı ÇABRİ, Sezer: *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt I, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, N. 433; ERSÖZ, Oğuz: “Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 14, s. 200; OĞUZMAN, M. Kemal: *Miras Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 209 dn. 554a; YAĞCI, Kürşad: *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai İskat)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 52, 53.

olması ve böylece muhtemel yasal mirasçılarında birine ya da birkaçına kesin olarak hiç pay bırakmamasıdır. Ölümüne bağlı tasarrufla miras payından kısmen yoksun bırakılan mirasçı, bu çerçevede es geçilen mirasçı olarak nitelendirilmez³. Aynı durum mirasbırakanın, mirasının yalnızca belirli bir kısmını yasal mirasçıları ve/veya üçüncü kişiler arasında paylaştığı ölümüne bağlı tasarruflar bakımından da geçerlidir. Nitekim geriye üzerinde tasarrufla bulunulmamış az miktarda bir pay kalsa dahi, yasal mirasçılar hâlâ terekeden pay alabildikleri için es geçme (*die Übergehung*) durumu gerçekleşmiş olmaz⁴.

Yukarıda zikredilen ilk şartın beraberinde getirdiği bir başka sonuç, es geçmenin ancak mirasçı atama tasarrufuyla gerçekleştirilebileceğidir. Gerçekten mirasbırakanın, ölümüne bağlı tasarrufu düzenlediği gün itibarıyla sahip olduğu tüm malvarlığı değerlerini vasiyet yoluyla başka kimselere bırakması dahi kanaatimizce es geçme olarak nitelendirilmez⁵. Zira böyle bir tasarruf, mirasbırakanın malvarlığının ölüm anına kadar değişikliğe uğraması ve böylece terekede başkaca malvarlığı değerlerinin bulunması hâlinde yasal mirasçıların mirastan az ya da çok bir pay elde etmesine açık kapı bırakmaktadır.

Tasarrufla mirasçı atanan kişiler yasal mirasçılar olabileceği gibi üçüncü kişiler de olabilir. Öte yandan es geçme, mirasbırakanın tüm mirasını bir kişiye bırakması ya da birden çok kişi arasında paylaşırması suretiyle gerçekleştirilebilir.

Birinci şart bağlamında ayrıca, mirasbırakan tarafından es geçilene vasiyet yoluyla ya da sağlarması karşılıksız kazandırmayla bir menfaat sağlanmış olmasının es geçilen mirasçı niteliğini ortadan kaldırmayacağı vurgulanmalıdır⁶. Zira bu kazandırmalara ilişkin lehtar ya da alacaklı sıfatı mirasçı sıfatından ayrıdır.

İkinci şart ise ölümüne bağlı tasarrufla muhtemel mirasçının miras payının ortadan kaldırılmasına yönelik açık bir beyanın yer almamasıdır. “Mirasçılıktan çıkarıyorum”, “ıskat ediyorum”, “mirasımdan pay almasın/verilmesin” gibi, mirasbırakanın saklı paylı mirasçısının miras payını ortadan kaldırmaya yönelik her türlü açık beyanı es geçilen mirasçı kavramının sınırlarının dışına çıkılması sonucunu doğurur⁷.

Kavramsal açıdan üzerinde durulması gereken bir başka nokta, es geçilen mirasçı ifadesinde “mirasçı” kavramının kullanılmasının, es geçilenin teknik anlamda mirasçı sıfatını haiz bulunduğu anlamına gelmediğidir⁸. Nitekim mirasçı sıfatı ilk olarak mirasbırakanın ölümüyle birlikte kazanılır. Ölümünden önceki dönemde, gelecekte mirasçı olacağı düşünülen kişiler mirasçı olarak değil, olsa olsa muhtemel mirasçı ya da potansiyel mirasçı olarak nitelendirilebilir. Es geçilen mirasçının ölüm anında mirasçı sıfatı elde edip etmeyeceği ise, aşağıda detaylıca açıklanacağı üzere tartışmalı bir husustur. Hâlbuki İsviçre doktrininde es geçilen mirasçı ibaresi, savunulan görüşten bağımsız olarak kullanılmış ve bu şekilde yerleşmiştir. Buradan çıkan sonuç, anılan ibarede geçen mirasçı kavramının teknik an-

³ RAEMY, s. 44. Ayrıca karşı. BOLLAG, N. 212. Mirasbırakanın saklı paylı mirasçıya saklı payından daha az miktarda pay bıraktığı ihtimalleri de es geçme kapsamında değerlendiren görüş için bkz. EDER, Karoline: *Der übergangene Pflichtteilserbe und sein Forum*, Schulthess Verlag, Zürich, 2015, N. 59; MEYER, s. 186; WOLF, Stephan / GENNA, Gian Sandro: *Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/I: Erbrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012, s. 451.

⁴ Bkz. ve karşı. JAKOB, Dominique / DARDEL, Daniela: “Der Schutz des virtuellen Erben”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2014, s. 467; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 359; SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İkay: *Miras Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, § 3 N. 6.

⁵ Karşı. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 357; OĞUZMAN, s. 203; SEROZAN / ENGİN, § 3 N. 6 dn. 2. Yalnız bu noktada, bir kimseye bırakılan malın terekeden tamamını ya da tamamına yakın bir kısmını oluşturması hâlinde bu tasarrufun TMK m. 516/II uyarınca mirasçı atama olarak yorumlanabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Bkz. DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, N. 986.

⁶ Aynı yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 359. Aksi yönde bkz. WOLF / GENNA, s. 450. Raemy (s. 44) ise bu ihtimali kısmi es geçme olarak nitelendirmektedir. Böyle bir kazandırmının es geçilenin tenkis davası açma hakkına etkisi hakkında bkz. aşağı. III.B.1. “Es Geçilenin Tenkis Davası Açma Hakkı”.

⁷ Aksi yönde bkz. BOLLAG, N. 211. Ayrıca karşı. MEYER, s. 183, 184.

⁸ Karşı. JAKOB / DARDEL, s. 466.

lamıyla değil, daha ziyade muhtemel mirasçılığı ifade edecek biçimde kullanıldığıdır⁹. Bu bağlamda “es geçilen mirasçı” ve “es geçilen saklı paylı mirasçı” denildiğinde esasında “es geçilen muhtemel mirasçı” ve “es geçilen saklı paylı muhtemel mirasçı”nın kastedildiğine dikkat edilmelidir.

II. DOKTRİNDE ES GEÇİLEN SAKLI PAYLI MUHTEMEL MİRASÇININ MİRASÇILIĞINA İLİŞKİN İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

A. Genel Olarak

Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufunda es geçtiği kişi, esasında bir saklı paylı muhtemel mirasçı olabileceği gibi, saklı payı bulunmayan bir muhtemel mirasçı da olabilir. Bununla birlikte es geçilenin mirasçı sıfatına ilişkin tartışmalar doktrinde saklı paylı muhtemel mirasçının es geçilmesi üzerinden yürütülmüştür. Nitekim es geçilenin mirasçı sıfatını haiz bulunduğu yönündeki görüşün temelinde, saklı pay sahipliğinin mirasçı sıfatını zorunlu olarak beraberinde getirdiği düşüncesi yatmaktadır. Bu bağlamda aşağıdaki görüşlerin tamamının es geçilen saklı paylı muhtemel mirasçının mirasçılığına ilişkin olarak ileri sürüldüğü önemle vurgulanmalıdır. Görüşlerin değerlendirilmesinin ardından varılan sonuçların saklı paylı olmayan muhtemel yasal mirasçıların es geçilmesi hâlinde geçerli olup olmadığına da kısaca değinilecektir¹⁰.

İsviçre doktrininde es geçilen saklı paylı muhtemel mirasçının mirasçılığına ilişkin olarak üç farklı görüş öne sürülmüştür. Bunlar zorunlu mirasçılık görüşü, çifte hak görüşü ve görünüşte mirasçılık görüşüdür.

B. Zorunlu Mirasçılık Görüşü

İsviçre doktrininde “zorunlu mirasçılık teorisi (*die Theorie der notwendigen Erbenstellung*)” adı altında görece eski tarihli eserlerde savunulan görüş¹¹, geçerli bir mirasçılıktan çıkarma, ret, feragat ya da yoksunluk söz konusu olmadığı sürece saklı paylı kişilerin mirasçı sıfatını haiz bulunacağı yönündedir. Buna göre saklı pay, mirasçı sıfatının varlığını “zorunlu” kılar. Saklı pay ve dolayısıyla mirasçı sıfatı, mirasbırakanın iradesinden bağımsız olarak, doğrudan mirasçının şahsında doğmaktadır¹². Dolayısıyla saklı payı bulunan kişi, ölümüne bağlı tasarrufta mirasbırakan tarafından tamamen es geçilmiş olsa dahi, tenkis davası açsın ya da açmasın mirasçı sıfatını haizdir.

Bu görüş lehine bir argüman olarak, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 522 Abs. 1 (TMK m. 560/I) düzenlemesinde saklı paylarının karşılığını alamayan “mirasçıların” tenkis davası açabileceğinden söz edilmiş olmasına işaret edilmektedir. Hükümde mirasçı kavramının kullanılması, saklı payın mirasçı sıfatını zorunlu kıldığına dair bir gösterge olarak değerlendirilmektedir¹³.

1904 tarihli İsviçre Medeni Kanunu Taslağı’nda zorunlu mirasçılık görüşünü doğrular nitelikte bir düzenlemeye yer verildiği göze çarpmaktadır. Nitekim E-ZGB Art. 535’te¹⁴, mirasbırakan tarafından

⁹ İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, Kanun’da mirasçı kavramının bazen gerçek ve teknik anlamda mirasçılığı, bazen ise henüz teknik anlamda mirasçı sıfatının elde edilmediği görünüşte mirasçılığı (bkz. aşağı. II.D. “Görünüşte Mirasçılık Görüşü”) karşılayacak şekilde kullanıldığını belirtmektedir. Bkz. BGE 116 II 39, Erw. 2.

¹⁰ Bkz. aşağı. III.C. “Es Geçilenin Dava Hakkının Mirasçı Sıfatına Etkisi ve Görünüşte Mirasçılık Görüşünün İsbetliliği”.

¹¹ Bu yönde bkz. BECK, Alexander: *Grundriss des schweizerischen Erbrechts*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 1976, s. 107, 108; ESCHER, Arnold: *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III/1: Die Erben (Art. 457-536)*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1959, Art. 522, N. 6; KLAUS, Roman: *Pflichtteilsrecht und güterrechtliche Verfügungen*, Schulthess Verlag, Zürich, 1971, s. 8; RÖSLI, Arnold: *Herabsetzungsklage und Ausgleichung im schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 522-533 und 626-633)*, Doktora Tezi, Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich, Zürich, 1935, s. 10; SCHILLER, Fritz: *Pflichtteil, Pflichtteilswert und Teilungsvorschritt nach Z.G.B.*, Buchdruckerei Erwinia, Strassburg-Neudorf, 1928, s. 13 vd. Daha yakın tarihte aynı görüşte bkz. WALDMANN, Yves: *Informationsbeschaffung durch Zivilprozess*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2009, s. 102, 103. İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararları da bu doğrultudadır. Bkz. ve karşı. BGE 56 II 17, Erw. 2; BGE 5A 610/2013 vom 1. November 2013, Erw. 2.2.1. Türk doktrininde bu yönde bkz. ÇAĞA, Tahir: *Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukukî Vaziyeti*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1950, s. 9.

¹² KLAUS, s. 8; RÖSLI, s. 6, 7; SCHILLER, s. 13, 14. Buna gerekçe olarak İsviçre -ve Türk- hukukunda mirasçıların saklı paylarına ilişkin haklarının salt borçlar hukuku karakterli bir hak olmaması, miras hukukuna ilişkin bir aynı hak niteliği taşıması gösterilmektedir. Bkz. RÖSLI, s. 6, 7; SCHILLER, s. 14.

¹³ SCHILLER, s. 14.

¹⁴ BBl 1904 IV 1, 242.

kendisine hiç pay bırakılmayan, yani es geçilen saklı paylı mirasçılarının da, mirası reddetmedikleri sürece, tasarrufa karşı iptal (tenkis) davası açmamış olsalar dahi mirasçı sıfatını haiz bulunacakları düzenlenmiştir. Gerçi hüküm hiç kanunlaşmamıştır. Fakat kanunlaşmama gerekçesini hükmün içeriğine ilişkin bir fikir değişikliği değil, hükmün zaten malumun ilanı olduğu ve buna rağmen Kanun'a eklenmesinin karışıklık yaratabileceği düşüncesi oluşturmuştur¹⁵. Bu açıdan hüküm, zorunlu mirasçılık görüşü lehine bir gösterge olarak değerlendirilebilir.

C. Çifte Hak Görüşü

Özü itibarıyla zorunlu mirasçılık görüşünün geliştirilip daha sağlam bir teorik zemine oturtulmasıyla ortaya çıkan çifte hak görüşüne¹⁶ göre mirasçının mirasa ilişkin birbirinden ayrı iki hakkı bulunmaktadır. Bunlardan ilki miras payını ya da en azından saklı payını elde etme hakkı; diğeri ise mirasbırakanın külli halefi olmaya, yani mirasçı sıfatına ilişkin haktır. Mirasbırakanın, tasarruf oranını aşarak saklı payları ihlal etmesi ve dolayısıyla mirasçısını bu hakların ilkinden kısmen ya da tamamen mahrum bırakması imkân dâhilindedir. Bu durumda mirasçı anılan ilk hakkını, yani saklı payını tenkis davası açarak elde edebilir. Buna karşılık mirasbırakanın, -geçerli bir mirasçılıktan çıkarma ihtimali dışında- tasarruflarıyla mirasçısını ikinci hakkından, yani mirasçı sıfatından yoksun bırakması mümkün değildir. Mirasbırakanın buna yönelik olası bir tasarrufu kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılanır¹⁷. Buradan hareketle es geçilen saklı paylı muhtemel mirasçı, -tenkis davası açmadığı sürece- anılan iki haktan ilkinden mahrum kalmakta, ancak -tenkis davası açmasa dahi- ikinci hakkını korumaktadır. Dolayısıyla o, mirasbırakanın ölümüyle birlikte mirasçı sıfatını elde eder.

Saklı paylı mirasçının terekeden hiç pay almamasına rağmen mirasçı sıfatını elde etmesi, zorunlu mirasçılık görüşü ile çifte hak görüşünün kesişim noktasını oluşturmaktadır. Bununla birlikte çifte hak görüşü, saklı paylı mirasçının hak düşürücü sürenin geçmesiyle birlikte tenkis davası açma hakkını yitirmesine rağmen mirasçı sıfatını korumasına daha ikna edici bir gerekçe sunabilmesi bakımından zorunlu mirasçılık görüşünün bir adım ilerisinde konumlandırılabilir.

D. Görünüşte Mirasçılık Görüşü

Görünüşte mirasçılık görüşü *Piotet*¹⁸ tarafından ortaya atılmış, İsviçre doktrininde geniş ölçüde kabul görmüş¹⁹ ve İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararlarında da benimsenmiştir²⁰. *Piotet*, zo-

¹⁵ StenBull Nationalrat 1905, 1394.

¹⁶ SOMMER, Eduard: *Die Erbbescheinigung nach schweizerischem Recht*, Buchdruckerei A. Stutz & Co., Wädenswil, 1941, s. 27, 28; TUOR, Peter: *Berner Kommentar, Bd. III/1: Die Erben (Art. 457-536)*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, 1952, Art. 470/471, N. 5, 41, Vorbem. zu Art. 522-533, N. 15.

¹⁷ SOMMER, s. 27.

¹⁸ PIOTET, Paul: "La protection du réservataire en droit successoral suisse", *Zeitschrift für schweizerisches Recht Neue Folge*, 1972, Cilt 91, Sayı 1 (La protection), s. 30, 32 vd.; PIOTET, *SPR IV/1*, s. 379, 380.

¹⁹ Bu yönde bkz. BOLLAG, N. 150; BRÜCKNER, Christian / WEIBEL, Thomas / PESENTI, Francesca: *Die erbrechtliche Klagen*, 4. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2022, N. 74; DRUEY, Jean Nicolas: *Grundriss des Erbrechts*, 5. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2002, § 6 N. 12; EDER, N. 59; FANKHAUSER, Roland: "Art. 522 ZGB", ARNET, Ruth / BREITSCHMID, Peter / JUNGO, Alexandra (Hrsg.): *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht (Art. 457-640 ZGB)*, 4. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2023 (Yazar, CHK), Art. 522, N. 11; FORNI, Rolando / PIATTI, Giorgio: "Art. 522-536 ZGB", HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / GEISER, Thomas (Hrsg.): *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB)*, 5. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (Yazar, BSK), Vorbem. zu Art. 522-533, N. 2; HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie / BOSSHARDT, Martina / KOCHER, Moritz B.: "Rechtsbegehren im Erbrecht", *successio*, 2018, s. 15; MEYER, s. 193; PALTZER, Edgar H. / FEHR, Marco: "Virtuelle Erben und ihr Recht auf Auskunft und Information", *successio*, 2022, s. 330, 331; RAEMY, s. 75, 76; STAEHELIN, Daniel: "Art. 470-476 ZGB", HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / GEISER, Thomas (Hrsg.): *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB)*, 5. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (Yazar, BSK), Art. 470, N. 4; STRAZZER, René: "Der virtuelle Erbe - eine Rechtsfigur mit prozessualen Tücken für den Anwalt Bemerkungen zu einem (nicht publizierten) Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Dezember 2008", *successio*, 2010 (Der virtuelle Erbe), s. 152; SUTTER-SOMM, Thomas / LÖTSCHER, Cordula: "Der Erbrechtsprozess unter der Schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis", *successio*, 2013, s. 355; WEIMAR, Peter: *Berner Kommentar, Bd. III/1/1/1: Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen (Art. 457-516 ZGB)*, Stämpfli Verlag, Bern, 2009, Vorbem. vor Art. 470, N. 15; WOLF / GENNA, s. 449.

²⁰ Bu yönde bkz. BGer 5A_765/2022 vom 24. April 2023, Erw. 3.1.1; BGE 143 III 369, Erw. 2.1; BGE 138 III 354, Erw. 5; BGE 139 V 1, Erw. 4.3; BGer 9C_678/2012, 9C_679/2012 vom 30. Januar 2013, Erw. 4.3; BGer 5C.81/2003 vom 21. Januar 2004, Erw. 5.2; BGE 115

runlu mirasçılık ve çifte hak görüşlerini, bilhassa bu görüşlerin tenkis davasının yenilik doğurucu niteliğiyle bağdaşmadığı iddiasıyla eleştirmiştir. Buna göre saklı payları ihlal eden tasarrufun saklı pay oranında etkisizleştirilmesi yönünden yenilik doğurucu etki doğuran tenkis hükmü, mirasçı sıfatı yönünden de aynı etkiyi doğurmalıdır²¹. *Piotet*'in diğer görüşlere yönelttiği bir başka eleştiri ise, hak sahipliği ile borçlardan sorumluluk arasında paralellik sağlanması gerekliliğinin göz ardı edilmiş olmasıdır²². Terekeden herhangi bir hak elde edemeyen kişi, bu bağlamda tereke borçlarından sorumlu tutulmamalıdır.

Diğer görüşlere yönelttiği eleştirilerden hareketle *Piotet*, terekeden hiç pay elde edemeyen, ancak ölüme bağlı tasarrufa karşı tenkis -ya da iptal- davası açma hakkı bulunan saklı paylı kişiyi, yani es geçilen saklı paylı muhtemel mirasçiyi, tenkis -ya da iptal- davası açabileceği süre içinde “görünüşte mirasçı (*virtueller Erbe, héritier virtuel*)”²³ olarak nitelendirmiştir²⁴. Bu dönemde es geçilen, mirasçı sıfatını haiz bulunmamaktadır. O, ancak tenkis ya da iptal davası açarsa bu davalar sonunda verilecek tenkis veya iptal hükmüyle birlikte mirasbırakanın ölümü anına etkili olarak mirasçı sıfatını kazanır. Es geçilenin tereke borçlarından sorumluluğu da ancak tenkis veya iptal hükmünün verilmesiyle doğar. Kanun’da belirtilen hak düşürücü süreler içinde bu davaların açılmaması hâlinde ise artık görünüşte mirasçı niteliği de ortadan kalkar ve es geçilen, mirasçı sıfatını elde etmeyeceği gibi tereke borçlarından da sorumlu tutulamaz²⁵.

Görünüşte mirasçılık görüşü, diğer görüşlerden farklı olarak es geçilenin, tenkis ya da iptal yoluna gitmediği sürece mirasçı sıfatını haiz bulunmayacağı sonucunu beraberinde getirmektedir. Daha açık ifadeyle es geçilen, isterse anılan davaları açarak saklı payı ya da miras payıyla birlikte mirasçı sıfatını da elde etmekte ve tereke borçlarından sorumlu olmakta; isterse bu davaları hiç açmayarak mirasçı sıfatını kazanmamakta, mirasa ilişkin haklardan yoksun kaldığı gibi borçlardan da sorumlu olmamaktadır²⁶.

III. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ

A. Es Geçmenin Hukuki Niteliğinin Tespiti

Es geçme ihtimalinde, mirasbırakan mirasçı atama yoluyla terekesinin tamamını yasal mirasçı ve/veya üçüncü kişiler arasında paylaşmakta, bu sırada bir ya da birden çok muhtemel mirasçısına hiç pay ayırmamaktadır. Öncelikle, saklı paylı mirasçılardan birinin bu yolla es geçilmesi hâlinde, esasında lafzen ortaya koyulmuş bir çıkarma beyanı bulunmamaktadır. Ancak mirasçılıktan çıkarmanın açıkça,

II 211, Erw. 4. Ancak Federal Mahkeme kararlarının bu konuda tam bir tutarlılık içinde olmadığı vurgulanmalıdır. Nitekim mahkeme, bu kararlardan sonra verdiği 01.11.2013 tarihli bir kararında (BGER 5A_610/2013 vom 1. November 2013, Erw. 2.2.1) tekrar zorunlu mirasçılık görüşü doğrultusunda konum almış gibi görünmektedir. Daha yakın tarihli başka bir kararında ise Federal Mahkeme, 01.11.2013 tarihli bu kararın, görünüşte mirasçılık görüşünün mahkemece terk edildiği anlamına gelmediğini açıkça ifade etmiştir (BGE 143 III 369, Erw. 2.2).

²¹ PIOTET, *La protection*, s. 26, 27; PIOTET, *SPR IV/1*, s. 379.

²² PIOTET, *La protection*, s. 32, 33; PIOTET, *SPR IV/1*, s. 379.

²³ Görünüşte mirasçılık kavramı yerine “askıda mirasçılık (*schwebende Erbenstellung*)” kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı yönünde bkz. JAKOB / DARDEL, s. 466. Kanaatimizce askıda mirasçılık kavramı anılan konunun hüküm ve sonuçlarını daha iyi ifade etmektedir. Görünüşte mirasçılık kavramı ise hüküm ve sonuçlardan ziyade, es geçilenin açık bir beyanla mirasçılıktan çıkarılmamış olması nedeniyle mirasçı gibi “göründüğünü”, ancak gerçekte mirasçı sıfatını haiz bulunmadığını vurgulamaktadır. Fikrimizce aynı konumu farklı yönleriyle nitelendirmeleri bakımından her iki kavram da isabetsiz sayılmaz. Bu çalışmada, İsviçre doktriniyle yeknesaklığın sağlanması adına “*virtueller Erbe*” ifadesinin çevirisi olarak “görünüşte mirasçı” kavramı kullanılmıştır. Nitekim “*virtuell*” kelimesi Almanca sözlükte “gerçekte var olmayan, ancak gerçek gibi görünen” şeklinde tanımlanmaktadır (bkz. <https://www.duden.de/rechtschreibung/virtuell>, ET: 15.03.2024). “Sanal mirasçı” şeklinde bir çeviri ise, konunun dijital malvarlığı değerlerinin mirasçılara intikaliyle bağlantılı bir husus gibi algılanabileceği endişesiyle bilinçli olarak tercih edilmemiştir. Görünüşte mirasçılık kavramına ve olası alternatiflere ilişkin detaylı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. BOLLAG, N. 100 vd.

²⁴ PIOTET, *La protection*, s. 30; PIOTET, *SPR IV/1*, s. 379.

²⁵ DRUEY, § 6 N. 12, § 6 N. 39; FORNI / PIATTI, *BSK*, Vorbem. zu Art. 522-533, N. 2; JAKOB / DARDEL, s. 469; PIOTET, *La protection*, s. 32 vd.; RAEMY, s. 75 vd.; STAEHELIN, *BSK*, Art. 470, N. 4; WEIMAR, Vorbem. vor Art. 470, N. 15. BGE 138 III 354, Erw. 5.

²⁶ Türk doktrininde “görünüşte mirasçı” kavramı kullanılmaksızın, özellikle mirasçılıktan çıkarma bağlamında aynı doğrultuda değerlendirmeler için bkz. ve karşı. İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: *Miras Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, N. 799; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 357-359; OĞUZMAN, s. 203; SEROZAN / ENGİN, § 3 N. 6, § 4 N. 184; YAĞCI, s. 337.

“çıkarma” ya da “iskat” kelimelerinin kullanılması suretiyle yapılması zorunlu değildir²⁷. Nitekim mirasçılıktan çıkarma tek taraflı bir irade beyanıyla gerçekleştirildiğinden ve kural olarak vasiyetnameyle yapıldığından²⁸ bu beyanın bir muhatabı bulunmamaktadır. Bu nedenle böyle bir beyanın yorumunda mirasbırakanın iradesi araştırılır²⁹. Yorum faaliyeti sonucunda mirasbırakanın iradesinin çıkarma yönünde olduğunun anlaşılması hâlinde çıkarmanın varlığından söz edilir. Bu bağlamda çıkarma beyanının örtülü olarak da ortaya koyulabileceği kabul edilmelidir³⁰. Çıkarmanın ancak çıkarma sebebinin tasarrufta belirtilmesi hâline geçerli olacağını düzenleyen TMK m. 512/I bunun önünde engel teşkil etmez. Zira hükmün lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere çıkarma sebebinin tasarrufta gösterilmesi mirasçılıktan çıkarmanın kurucu unsurunu değil, geçerlilik şartını oluşturur. Buradan hareketle ölüme bağlı tasarrufta saklı paylı muhtemel mirasçının es geçilmesi, kanaatimizce örtülü bir mirasçılıktan çıkarma olarak anlaşılmamalıdır³¹. Bilhassa mirasbırakan es geçtiği saklı paylı mirasçının varlığından haberdarsa ve somut olayın şartları mirasbırakanın bu mirasçıya pay bırakmak istemediği sonucunu desteklemekteyse yorum sonucunun bu yönde olacağına tereddüt duyulmamalıdır.

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufun düzenlendiği sırada varlığından haberdar olmadığı, örneğin tasarrufun düzenlenmesinden sonra dünyaya gelen ya da mirasbırakanla sonradan soybağı ya da evlilik ilişkisi kuran kişiler yönünden de varılacak sonuç farklı olmamalıdır³². Nitekim mirasbırakan, kendisinin ölümü anına kadar muhtemel mirasçılara ilişkin değişikliklerden haberdar olmasına ya da en azından böyle değişiklikler meydana gelmesinin her zaman olası olduğunu öngörebilecek durumda bulunmasına rağmen bir ölüme bağlı tasarruf düzenlemekte ve daha sonra da bunu geri almamaktadır³³. Diğer yandan bu kişiler ile, mirasbırakanın tasarrufu düzenlediği sırada varlığından haberdar

²⁷ Aynı doğrultuda bkz. DURAL / ÖZ, N. 934; ERSÖZ, s. 228, 233; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 357; TUOR, Art. 479, N. 2; YAĞCI, s. 305. Tasarrufta çıkarma sebebinin yanı sıra çıkarılanın isminin de açıkça yazılması gerektiği yönünde ise bkz. ANTALYA, Osman Gökhan: *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, N. 959; ÇUBUKLUGİL, Rıza: “Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1950, Cilt 7, Sayı 3-4, s. 446.

²⁸ ARBEK, Ömer: *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 40; ÇABRİ, N. 436; ÇAKIN, Nur: “Türk Hukukunda Mirastan Iskat ile İlgili Problemler - Mirastan Iskat”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1974, Sayı 3, s. 527; DURAL / ÖZ, N. 918; ERSÖZ, s. 231; İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: *Miras Hukuku*, 12. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 251; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, N. 772; İŞGÜZAR, Hasan / DEMİR, Mehmet / YILMAZ, Süleyman: *Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 97; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 307; OĞUZMAN, s. 212; SEROZAN / ENGİN, § 4 N. 183; ŞENOCAK, Zariye: “Cezaî Iskat ve Cezaî Iskatın Hükümleri”, *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 425; YILMAZ, Süleyman: *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 203. Ancak bu irade bir şekilde miras sözleşmesiyle açıklanmışsa çıkarma geçersiz sayılmaz, miras sözleşmesinin tek taraflı içeriği olarak ele alınır. Bkz. ve karşı. ARBEK, s. 40, 41; ÇABRİ, N. 436; ÇAKIN, s. 527; DURAL / ÖZ, N. 918; İMRE / ERMAN, s. 251, 252; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, N. 772-774; İŞGÜZAR / DEMİR / YILMAZ, s. 97; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 307; OĞUZMAN, s. 212; SEROZAN / ENGİN, § 4 N. 183; ŞENOCAK, s. 425; TONGSİR, Ferih Bedii: *Türk Hukukunda Mirastan Iskat*, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1956, s. 13; YILMAZ, s. 203.

²⁹ DURAL / ÖZ, N. 974; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, N. 877; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Miras Hukuku*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 188.

³⁰ Aynı yönde bkz. ERSÖZ, s. 201; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 357. Mirasçılıktan çıkarmanın örtülü (dolaylı) şekilde gerçekleşemeyeceği şeklindeki aksi görüş için bkz. ÇABRİ, N. 433; TUOR, Art. 479, N. 2. Ayrıca karşı. ERGÜNE, Mehmet Serkan: *Vasiyetnamenin Yorumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 171; YAĞCI, s. 54, 305.

³¹ Aynı doğrultuda bkz. ERSÖZ, s. 201; JAKOB / DARDEL, s. 467; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 357; SEROZAN / ENGİN, § 3 N. 6, § 4 N. 184. Ayrıca karşı. PIOTET, *SPR IV/I*, s. 415; RAEMY, s. 43, 44; STAEHELIN, BSK, Art. 470, N. 4. BGER 9C_678/2012, 9C_679/2012 vom 30. Januar 2013, Erw. 4.3. Aksi yönde bkz. Yargıtay 2. HD, T. 20.02.1997, 1192/1853 (<https://app.e-uyar.com>, ET: 15.03.2024). Bu kabul doğrultusunda mirasbırakan, muhtemel mirasçısını es geçtiği tasarrufu sağlığında kısmen ya da tamamen geri alır ve bunun sonucunda daha önce es geçilen mirasçıya az ya da çok bir miras payı kalırsa, çıkarma tasarrufu da geri alınmış kabul edilmelidir. Ancak muhtemel mirasçının es geçildiği tasarrufta mirasçı atanmış kişi ya da kişiler, ret ya da yoksunluk gibi mirasbırakanın iradesinden kaynaklanmayan sebeplerle mirasçı sıfatını elde edemezlerse çıkarma tasarrufu geçerliliğini korur. Diğer bir ifadeyle bu ikinci hâlde es geçilen tenkis ya da iptal davası açmadığı sürece mirastan pay alamaz. Belirtilen bu ikinci hâl yönünden aksi yönde bkz. ve karşı. OĞUZMAN, s. 209 dn. 554a; PIOTET, *SPR IV/I*, s. 415.

³² İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında bu yönde görüş belirtmiştir. Karara konu olan olayda mirasbırakan, mirasının tamamını üç oğlu arasında bölüştürdüğü bir vasiyetname düzenlemiş, sonrasında da yeni bir evlilik yapmıştır. Federal Mahkeme, mirasbırakanın ölümü üzerine bu evlilikteki eşini (sağ kalan eş) es geçilen mirasçı ve bu doğrultuda görünüşte mirasçı olarak nitelendirmiştir. Mahkeme buna dayanarak olarak, tasarruf edilebilir kısmın sonradan daralması hâlinde tasarrufun hükümsüz olmadığını, ancak tenkis edilebileceğini öngören ZGB Art. 516’yı (TMK m. 549’u) göstermiştir. Bkz. BGE 138 III 354, Erw. 4. Ayrıca bkz. STRAZZER, René / ZEITER, Alexandra: “Neues vom virtuellen Erben”, *successio*, 2018, s. 143, 146.

³³ Nitekim doktrinde ileri sürülen, mirasbırakan çıkarma tasarrufunu düzenlediği sırada ona mirasçı olabilecek konumda bulunmayan, ancak muhtemel mirasçılardan önce ölmesi gibi ihtimallerde saklı paylı mirasçı olabilecek kişilerin de mirasçılıktan çıkarılabileceği yönündeki görüş de kanaatimizi destekler niteliktedir. Bu yönde görüş için bkz. ERSÖZ, s. 215; İMRE / ERMAN, s. 246, 247; GÖNEN, Doruk: “Cezaî Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezaî Mirasçılıktan Çıkmaya Tabi Kişilerin Kapsamı”, *Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 338, 339; SEROZAN / ENGİN, § 4 N. 187.

olduğu ve miras payı bırakmadığı kimseler arasında, menfaat durumu bakımından esaslı bir farklılığın bulunduğunu iddia etmek de güçtür. Öyleyse bu gibi hâllerde de es geçilen yönünden mirasçılıktan çıkarma hükümleri uygulanmalıdır.

B. Es Geçilenin Çıkarma Tasarrufuna Karşı Dava Hakkı

1. Es Geçilenin Tenkis Davası Açma Hakkı

Saklı paylı muhtemel mirasçının es geçilmesi hâlinde çıkarma örtülü olarak gerçekleştiğinden, çıkarma sebebi tasarrufta belirtilmemiş olmaktadır. TMK m. 512/I'de mirasçılıktan çıkarmanın ancak çıkarma sebebinin belirtilmesi hâlinde geçerli olacağı esası kabul edilmiş; TMK m. 512/III'te ise çıkarma sebebi tasarrufta belirtilmemişse tasarrufun mirasçının saklı payı dışında yerine getirileceği öngörülmüştür. Bu hükümler doğrultusunda es geçilen, örtülü çıkarma tasarrufuna karşı tenkis davası³⁴ açarak saklı payını elde etme imkânına sahiptir³⁵.

Es geçilenin tenkis davası açma hakkının tek istisnasını, onun mirasbırakandan saklı payının tamamını karşılayacak değerde bir vasiyet ya da tenkise tâbi sağlararası kazandırma elde etmiş olduğu ihtimal (*Abfindung*) oluşturur³⁶. Nitekim TMK m. 560/I'de tenkis davasının davacıları, saklı paylarının “karşılığını” (ZGB Art. 522 Abs. 1: “*dem Werte nach*”)³⁷ alamayan mirasçılar şeklinde belirtilmiştir. Anılan ihtimalde es geçilen mirasçı saklı payının karşılığını kazandırma yoluyla elde ettiği için onun açacağı tenkis davası sonuçsuz kalır³⁸. Elbette kazandırmanın es geçilen mirasçının saklı payını tamamen karşılamaması durumunda eksik kalan miktar için tenkis yolu açık kalmaya devam eder.

2. Es Geçilenin İptal Davası Açma Hakkı

Çıkarma sebebinin belirtilmemesine dayalı tenkis davası es geçilenin başvurabileceği tipik hukuki çareyi oluşturmakla birlikte, TMK m. 557'de öngörülen genel iptal sebeplerinin mevcut olması hâlinde o, iptal davası açarak tasarrufu tamamen geçersiz kılma imkânına da sahip olur³⁹. Bu bağlamda çıkarmayı konu edinen ölüme bağlı tasarruf yönünden ehliyetsizlik, irade bozukluğu, hukuka ve ahlâka aykırılık ya da şekle aykırılık gibi sebeplerden birisi mevcutsa es geçilen, açacağı iptal davası sonucunda miras payının tamamını elde eder.

Es geçilenin TMK m. 512/III'te mirasçılıktan çıkarmaya özgü bir iptal sebebi olarak düzenlenen, mirasbırakanın çıkarma sebebi hakkında açık yanılığa düşmesine dayanarak iptal yoluna gitmesi ise mümkün görünmemektedir. Nitekim es geçme durumunda çıkarma sebebi tasarruftan anlaşılmadığın-

³⁴ Açılacak davanın “tenkis davası” olarak nitelendirilişi bkz. ANTALYA, N. 954; AYAN, Mehmet: *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 189; AYDOS, Oğuz Sadık: *Pratik Miras Hukuku*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2023, s. 44; BAYDAR, Utku: *Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005, s. 90; DURAL / ÖZ, N. 956; EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek: *Türk Miras Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, N. 598; ERSÖZ, s. 241; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, N. 790; KESKİN, A. Dilşad / DEMİRCİOĞLU, H. Reyhan: *Medeni Hukuk - II (Eşya Hukuku - Miras Hukuku)*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 251; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 315; ÖZTAN, Bilge: *Miras Hukuku*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 163; SEROZAN / ENGİN, § 4 N. 184; TONGSİR, s. 60. Ayrıca bkz. ve karşı. YAĞCI, s. 420. Açılan davanın tenkis davasına “yakınlık gösterdiği” ve tenkis davasına ilişkin hükümlerin bu davaya kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bkz. İMRE / ERMAN, s. 256. Davanın “iptal davası” ya da “itiraz davası” şeklinde nitelendirilişi için bkz. HATEMİ, Hüseyin: *Miras Hukuku*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, § 9 N. 50; KILIÇOĞLU, s. 179, 180.

³⁵ Aynı doğrultuda bkz. ERSÖZ, s. 201; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 357, 358; SEROZAN / ENGİN, § 4 N. 184. Ayrıca karşı. OĞUZMAN, s. 203; YAĞCI, s. 54 dn. 127.

³⁶ Aynı yönde bkz. BOLLAG, N. 329; JAKOB / DARDEL, s. 467, 468; RAEMY, s. 120, 121.

³⁷ Hükümde geçen bu ibarenin yorumuna ilişkin bkz. PIOTET, *La protection*, s. 39; RAEMY, s. 116, 117; TUOR, Peter / SCHNYDER, Bernhard / SCHMID, Jörg / JUNGO, Alexandra: *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2009, § 68 N. 6.

³⁸ JAKOB / DARDEL, s. 467, 468; PIOTET, *La protection*, s. 40; RAEMY, s. 120, 121; STAEHELIN, *BSK*, Art. 470, N. 4; TUOR / SCHNYDER / SCHMID / JUNGO, § 68 N. 6, § 68 N. 42.

³⁹ ANTALYA, N. 968; BOLLAG, N. 329; ÇABRİ, N. 476; EREN / YÜCER AKTÜRK, N. 602; İŞGÜZAR / DEMİR / YILMAZ, s. 98; MEYER, s. 198, 199. Mirasçılıktan çıkarılana ilişkin olarak aynı yönde bkz. DURAL / ÖZ, N. 949; ERSÖZ, s. 245; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, N. 788; KARTAL, Dilşah Buşra: “Yargıtay Kararları Işığında Mirasçılıktan Çıkarmanın Geçerlilik Şartları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 30, Sayı 2, s. 624; KILIÇOĞLU, s. 178; ÖZTAN, s. 165; YAĞCI, s. 434.

dan, bu sebebe ilişkin açık yanılıgı iddiasında bulunulamaz. Bu nedenle genel olarak es geçmenin mirasbırakanın bir yanılıgısından kaynaklandığı iddia ediliyorsa başvurulması gereken yol kanaatimizce TMK m. 557 b. 2'ye dayalı iptal davası açmak olmalıdır.

C. Es Geçilenin Dava Hakkının Mirasçı Sifatına Etkisi ve Görünüşte Mirasçılık Görüşünün İsaletliliği

Örtülü çıkarma tasarrufuna karşı tenkis ve/veya iptal davası açma hakkını haiz bulunan es geçilenin mirasçı sıfatına ilişkin bir değerlendirmede bulunabilmek için, tenkis ya da iptal edilebilirliğin çıkarma tasarrufuna etkisini ortaya koymak gerekir. Bir ölüme bağlı tasarrufun tenkisi ya da iptali ancak dava yoluyla olur. Davanın sonucunda verilen tenkis ve iptal hükümleri yenilik doğurucu niteliktedir⁴⁰. Tasarruf, tenkis ya da iptal kararının verilmesiyle birlikte, mirasbırakanın ölümü anına, yani geçmişe etkili olarak, kısmen ya da tamamen geçersiz hâle gelmektedir. Mahkeme tarafından verilmiş bir tenkis ya da iptal hükmü olmadığı sürece ise tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam etmektedir.

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna özgü tenkis ve iptal sebepleri bakımından da durum farklı değildir. Çıkarma sebebinin belirtilmemesi, varlığının ispatlanamaması ya da mirasbırakanın bu sebebe ilişkin açık yanılıgısı gibi hâllerde tasarruf kendiliğinden geçersiz olmamakta, çıkarılan bu tasarrufa karşı tenkis ya da iptal davası açma hakkı elde etmektedir. Bu davalar açılmadığı sürece çıkarma tasarrufu, geçerli bir biçimde hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır⁴¹. Çıkarma tasarrufu hüküm ve sonuçlarını doğurduğuna göre, anılan davalar açılmadığı sürece çıkarılanın mirasçı sıfatını haiz bulunmadığını kabul etmek gerekir. Ne zaman dava açılır ve çıkarma kısmen ya da tamamen geçersiz kılınırsa mirasçılık sıfatı da o anda varlık kazanır. Kaldı ki çıkarmaya ilişkin bir geçersizlik sebebinin bulunup bulunmadığı çoğu zaman dava aşamasında araştırılır. Mirasçılık sıfatının spekülâtif hâle gelmemesi adına, çıkarmanın geçersizliğinden ve buna dayalı olarak mirasçı sıfatının mevcudiyetinden söz edilmesinin dava sonuna bırakılması daha isabetli bir tutum olur. Tüm bu açıklamalar es geçilenin mirasçılığı yönünden görünüşte mirasçılık görüşünü diğer görüşlere nazaran öne çıkarmaktadır.

Konuya menfaatler penceresinden bakıldığında da görünüşte mirasçılık görüşünün, diğer görüşlere nazaran menfaat dengesini daha iyi tesis ettiği görülür. Şöyle ki diğer iki görüş, sonucu itibarıyla mirastan hiç pay almayan es geçilenin, tenkis veya iptal davası açmasa dahi külli halef sıfatıyla tereke borçlarından sorumlu tutulması gibi bir durumu beraberinde getirmektedir⁴². Böyle bir tercih, ancak tereke alacaklılarının menfaatine öncelik tanınmasıyla gerekçelendirilebilir. Zira anılan davalar açılmadığı sürece zaten mirasbırakanın iradesine uygun davranılmış olmakta, böylece onun menfaati aleyhine bir durum oluşmamaktadır. Es geçme başlı başına diğer yasal mirasçılar yönünden de olumsuz bir sonuç doğurmaz, bilakis çoğu zaman onların mirastan daha fazla pay almasını sağlar.

Tereke alacaklılarının buradaki menfaatinin korunmaya değer olup olmadığı hususunda ise öncelikle mirasçılıktan çıkarmanın mirasçının tercihine değil, mirasbırakanın iradesine dayandığı vurgulanmalıdır. Çıkarma sebebinin belirtilmemesi, varlığının ispatlanamaması ya da sebebe ilişkin açık

⁴⁰ ARBEK, s. 82, 84; BAYDAR, s. 95; BOLLAG, N. 138 vd.; DURAL / ÖZ, N. 1017, 1196; ERSÖZ, s. 245, 248; FORNI / PIATTI, BSK, Vorbem. zu Art. 522-533, N. 15; ESCHER, Einl. zu Art. 522-533, N. 14; GUBSER, Michael: *Strafenthebung de lege lata – de lege ferenda*, Doktora Tezi, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich, Zürich, 2001, s. 154; KESKİN / DEMİRCİOĞLU, s. 224; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, s. 341, 412; OĞUZMAN, s. 195, 246; PIOTET, *SPR IV/1*, s. 378, 379; SEROZAN / ENGİN, § 3 N. 97, § 4 N. 254; STAEHELİN, BSK, Art. 470, N. 4; TANRIVERDİ, Ali Deniz: *Türk Medeni Hukukunda Mirasçılıktan Çıkarma*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2008, s. 56; TUOR, Vorbem. zu Art. 522-533, N. 10; WEIMAR, Vorbem. vor Art. 470, N. 15, Art. 479, N. 13; YAĞCI, s. 434, 452.

⁴¹ BOLLAG, N. 144; JAKOB / DARDEL, s. 465; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, s. 357.

⁴² Bu sonucun adil olmadığı yönünde bkz. KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, s. 359; SEROZAN / ENGİN, § 3 N. 6. Gerçi böyle bir durumda es geçilen, mirastan hiç pay almaması sebebiyle alacaklılara ödediği miktarın tamamını rücu yoluyla (TMK m. 682) diğer mirasçılardan talep etme imkânını haiz olur. Fakat o, netice olarak TMK m. 681 uyarınca alacaklılara karşı müteselsilen sorumlu olmaya devam etmektedir. Rücuun çeşitli sebeplerle başarısız olması her zaman ihtimal dâhilinde olduğundan, rücu imkânı dış ilişkideki sorumluluğun es geçilen yönünden yarattığı dezavantajı tamamen bertaraf edememektedir.

yanılgı ihtimallerinde kanun koyucu, miras hukukunun genelinde sergilediği tutumla paralel olarak, mirasbırakanın son arzularının mümkün olduğunca gerçekleştirilebilmesi adına kesin hükümsüzlük yaptırımını değil, tenkis ve iptal yaptırımlarını öngörme yoluna gitmiştir⁴³. Genel iptal sebeplerine ilişkin TMK m. 557’de kesin hükümsüzlük yerine iptal edilebilirlik yaptırımının tercih edilmesinin altında da aynı sebep yatmaktadır. Böylece kanun koyucu, saklı paylı mirasçılara bir koruma sağlamakla birlikte, mirasçının bu konuda hareketsiz kalması hâlinde önceliği mirasbırakanın menfaatine tanımıştır. Anılan düzenlemelerde tereke alacaklılarının menfaatini korumak gibi bir amaç ise takip edilmemiştir. Mirasın reddi (TMK m. 618) ve mirastan feragatten (TMK m. 530) farklı olarak mirasçılıktan çıkarma ihtimalinde tereke alacaklılarına çıkarılan tereke borçlarından sorumlu tutma imkânının tanınmamış olması⁴⁴ bunun açık bir göstergesidir. Dolayısıyla terekeden pay almak istemeyen ve bu nedenle tenkis ya da iptal davası açmayı tercih etmeyen es geçileni, buna rağmen tereke borçlarından sorumlu tutmayı haklı gösterecek korunmaya değer bir menfaat bulunmamaktadır. Bu durum da görünüşte mirasçılık görüşünün isabetliliğini destekler.

Hemen belirtmek gerekir ki görünüşte mirasçılık görüşü, esas itibarıyla es geçilen saklı paylı muhtemel mirasçılarının hukuki durumunu açıklamak için ileri sürülmüştür. Bununla birlikte örtülü biçimde değil, açık bir beyanla mirasçılıktan çıkarılan, ancak çıkarma tasarrufuna karşı tenkis ya da iptal davası açma hakkı bulunan kişiler de kanaatimizce görünüşte mirasçı sıfatını elde eder ve görünüşte mirasçılığa bağlanan hüküm ve sonuçlara tâbi olur⁴⁵. Öte yandan görünüşte mirasçılık görüşü kapsamında yapılan değerlendirmeler, kendisinin mirastan uzaklaştırılmasına yönelik tasarrufa karşı genel iptal sebeplerine⁴⁶ dayalı iptal davası açma hakkı bulunan, saklı paylı olmayan muhtemel yasal mirasçılar için de geçerlidir⁴⁷. Dolayısıyla bunlar da dava yoluyla mirastan uzaklaştırma⁴⁸ tasarrufunu iptal ettirmedikçe mirasçı sıfatını kazanamazlar.

IV. GÖRÜNÜŞTE MİRASÇILIĞIN HÜKÜMLERİ

A. Genel Olarak

Görünüşte mirasçılık görüşü uyarınca, mirasbırakan tarafından ölüme bağlı tasarrufta es geçilen saklı paylı muhtemel mirasçı, mirasbırakanın ölümü anında görünüşte mirasçı sıfatını kazanır. Tenkis

⁴³ Bkz. ve karşı. BOLLAG, N. 144 vd.; JAKOB / DARDEL, s. 465.

⁴⁴ Ancak doktrinde, mirastan feragatte ilişkin TMK m. 530’un kıyasen uygulanmasıyla, çıkarılanın sağlığında mirasbırakandan elde ettiği karşılıksız kazandırmalar ölçüsünde tereke borçlarından sorumlu tutulmasını savunan bir görüş de mevcuttur. Bu yönde bkz. İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, N. 799.

⁴⁵ Kanuni geçerlilik şartlarını taşımayan bir mirasçılıktan çıkarmanın varlığı hâlinde çıkarılanı görünüşte mirasçı olarak nitelendiren aynı doğrultuda yaklaşım için bkz. GUBSER, s. 136; JAKOB / DARDEL, s. 467; MEYER, s. 184; PALTZER / FEHR, s. 330; STAEHELIN, BSK, Art. 470, N. 4. Ayrıca karşı. BESSENICH, Balthasar: “Art. 477-481 ZGB”, HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / GEISER, Thomas (Hrsg.): *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB)*, 5. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (Yazar, BSK), Art. 478, N. 1; BGER 9C_678/2012, 9C_679/2012 vom 30. Januar 2013, Erw. 4.3. *Bollag* ise es geçme ve mirasçılıktan çıkarma hâllerini birbirinden tamamen ayırmaktadır. Yazara göre mirasçılıktan çıkarma hâlinde mirasbırakan bir çıkarma sebebinin var olduğuna inanarak hareket etmekte, buna karşılık es geçme ihtimalinde böyle bir durum bulunmamaktadır. Bkz. BOLLAG, N. 236.

⁴⁶ Saklı paylı olmayan muhtemel mirasçılar için mirasçılıktan çıkarma hükümleri uygulanmayacağından, bunlar TMK m. 512/III’te çıkarma sebebinde açık yanılgıya düşülmesi hâli için öngörülen iptal davasını da açamazlar. Dolayısıyla bu kişilerin elinde sadece TMK m. 557’de düzenlenen genel iptal sebeplerine dayalı iptal davası açma olanağı mevcuttur. Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay 3. HD, T. 04.04.2017, E. 2016/7692, K. 2017/4540: “Somut olayda, mirasbırakanın kardeşi olan davacı, saklı pay sahibi değildir (TMK. Md 506). Bu durumda, mahkemece; saklı pay sahibi olmayan davacının, mirasçılıktan çıkarmanın iptalini talep ve dava etme hakkı bulunmadığı gözetilerek, davanın aktif husumet yokluğundan reddi gerekirken...” (Yargıtay Karar Arama).

⁴⁷ Bkz. ve karşı. BOLLAG, N. 546.

⁴⁸ Saklı payı bulunmayan bir kimsenin miras hakkının elinden alınmasına ilişkin tasarruf doktrinde “mirastan uzaklaştırma” ya da “alelade mirastan uzaklaştırma” şeklinde isimlendirmektedir. Konuya ilişkin bkz. ve karşı. ANTALYA, N. 926; ÇABRİ, N. 430; ÇAKIN, s. 523; ÇUBUKLUGİL, s. 441; DURAL / ÖZ, N. 919; ERSÖZ, s. 199-200; GÖNEN, s. 328, 329; İMRE / ERMAN, s. 246; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, N. 769; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 306; OĞUZMAN, s. 209; SEROZAN / ENGİN, § 4 N. 183; TONGSİR, s. 14; YAĞCI, s. 50, 51. Ayrıca bkz. Yargıtay, 3. HD, T. 04.04.2017, E. 2016/7692, K. 2017/4540: “TMK’nun 510/1. maddesi uyarınca, ancak saklı paylı mirasçılar mirasçılıktan çıkarılabilir. Saklı payı bulunmayan bir mirasçının mirastan çıkarılmasına ihtiyaç yoktur. Zira, saklı pay dışında kalan kısım tasarruf edilebilir kısmı teşkil eder ve vasiyet eden esasen bunun üzerinde diletiği gibi serbestçe tasarruf edebilir.” (Yargıtay Karar Arama).

ya da iptal davası açılır ve olumlu sonuçlanırsa⁴⁹ görünüşte mirasçılık sona erer ve es geçilen, geçmişe (mirasbırakanın ölümü anına) etkili olarak mirasçı sıfatını elde eder⁵⁰. Davanın olumsuz sonuçlanması veya dava hakkının hak düşürücü sürelerin (TMK m. 571/I, m. 559/I) geçmesi ya da dava hakkından feragat gibi sebeplerle kaybedilmesi ile birlikte görünüşte mirasçılık yine ortadan kalkar; ancak es geçilen bu sefer mirasçı sıfatını kesin olarak kazanmamış olur. Bu bağlamda görünüşteki mirasçılık, mirasbırakanın ölümünden başlayarak tenkis ya da iptal hükmünün alınmasına veya bu davaları açma hakkının ortadan kalkmasına kadar geçen dönemdeki durumu ifade etmektedir⁵¹.

Görünüşte mirasçı, henüz teknik anlamda mirasçı olmadığı için küllî halef sıfatını kazanmaz ve miras ortaklığına katılmaz. Bu doğrultuda görünüşte mirasçı, mirasbırakanın ölümü anında terekedeki hakları ve tereke malları üzerindeki zilyetliği elde edemez; terekedeki borçlardan da sorumlu olmaz⁵². Ayrıca o, miras sebebiyle istihkak davası ve paylaşma davası açamaz⁵³. Bu sıfatı haiz bulunduğu sürece görünüşte mirasçı, mirasbırakandan sağlığında elde ettiği karşılıksız kazandırmalara ilişkin olarak denkleştirme borcu altına da girmez⁵⁴. TMK m. 670 uyarınca denkleştirmeye konu kazandırmanın iadesi, görünüşte mirasçının yerini alan mirasçılardan, miras paylarında meydana gelen artış oranında talep edilebilir.

B. Mirasçılık Belgesi Yönünden

İsviçre Federal Mahkemesi yerleşik içtihadıyla görünüşte mirasçıya mirasçılık belgesi verilmeyeceğini kabul etmekte⁵⁵, mahkemenin bu yaklaşımı İsviçre doktrininde de kabul görmektedir⁵⁶.

⁴⁹ Yukarıda (III.B.1. “Es Geçilenin Tenkis Davası Açma Hakkı”) da belirtildiği üzere es geçilen, vasiyet ya da tenkise tâbi sağlararası kazandırma yoluyla mirasbırakandan saklı payının tamamını karşılayacak değerde bir kazandırma elde ettiyse (*Abfindung*) bunu saklı payına mahsup etmek durumundadır. Görünüşte mirasçılık görüşü çerçevesinde o, olası bir tenkis talebi olumsuz sonuçlanacağı için mirasçı sıfatını hiçbir zaman elde edemez. Elbette kazandırma saklı payını tamamen karşılamıyorsa es geçilen hâlen tenkis davası açıp mirasçı sıfatını elde etme imkânı haizdir. Aynı yönde bkz. DRUEY, § 6 N. 70; FANKHAUSER, *CHK*, Art. 522, N. 11; HRUBESCH-MILLAUER / BOSSHARDT / KOCHER, s. 14; JAKOB / DARDEL, s. 467, 468; MEYER, s. 194; RAEMY, s. 120, 121; STAEHELIN, *BSK*, Art. 470, N. 4; WEIMAR, *Vorbem. vor Art. 470, N. 19*. Ayrıca karşı. PIOTET, *SPR IV/I*, s. 378. Es geçilenin, saklı payının tamamını karşılayacak değerde bir kazandırma elde ettiği ihtimalde mirastan feragate ilişkin ZGB Art. 497 (TMK m. 530) ve mirasın reddine ilişkin ZGB Art. 579 (TMK m. 618) hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla tereke borçlarından tali olarak sorumlu tutulabileceği yönünde bkz. STAEHELIN, *BSK*, Art. 470, N. 4; RAEMY, s. 129.

⁵⁰ BOLLAG, N. 320 vd.; HRUBESCH-MILLAUER / BOSSHARDT / KOCHER, s. 15; PALTZER / FEHR, s. 330, 331; STAEHELIN, *BSK*, Art. 470, N. 4. Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin olarak bkz. GUBSER, s. 154; YAĞCI, s. 432, 433. Görünüşte mirasçının önce mirasbırakanın kendisini es geçtiği kazandırmanın iptali için basit yargılama usulüne tâbi bir dava açması, bu davanın olumlu sonuçlanmasıyla mirasçı sıfatını elde etmesi ve ardından ayrıca bir tenkis davası açarak saklı payını talep etmesi şeklinde, iki aşamalı bir dava önerisi için bkz. PALTZER / FEHR, s. 336.

⁵¹ JAKOB / DARDEL, s. 466.

⁵² BOLLAG, N. 190, 191; HRUBESCH-MILLAUER / BOSSHARDT / KOCHER, s. 23; MEYER, s. 196, 197; PIOTET, *SPR IV/I*, s. 378; STAEHELIN, *BSK*, Art. 470, N. 4. Mirasçılıktan çıkarılana ilişkin olarak bkz. GUBSER, s. 133; İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, N. 782; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 357-359; OĞUZMAN, s. 203; SEROZAN / ENGİN, § 3 N. 6, § 4 N. 184; WOLF / GENNA, s. 450; YAĞCI, s. 337, 339.

⁵³ BOLLAG, N. 408; MEYER, s. 203, 204; PIOTET, *La protection*, s. 36; RAEMY, s. 99; STAEHELIN, *BSK*, Art. 470, N. 4; STRAZZER, *Der virtuelle Erbe*, s. 152; STRAZZER / ZEITER, s. 147; WEIMAR, *Vorbem. vor Art. 470, N. 15*. Mirasçılıktan çıkarılana ilişkin olarak aynı yönde bkz. BAYDAR, s. 55; GUBSER, s. 133; YAĞCI, s. 338.

⁵⁴ Mirasçılıktan çıkarma bağlamında aynı doğrultuda bkz. ve karşı. ANTALYA, N. 2331; BAYDAR, s. 69; ERSÖZ, s. 235; ESCHER, Art. 478, N. 3; GUBSER, s. 135; İMRE / ERMAN, s. 254 dn. 23; OĞUZMAN, s. 328; YAĞCI, s. 339. Mirastan feragate ilişkin TMK m. 530’ün kıyasen uygulanmasıyla çıkarılanın, mirasbırakandan sağlığında elde ettiği karşılıksız kazandırmalar ölçüsünde tereke borçlarından sorumlu tutulması gerektiği yönünde ise bkz. İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, N. 799.

⁵⁵ Örnek olarak bkz. BGER 5A_757/2016 vom 31. August 2017, Erw. 3.3.2.

⁵⁶ Bu yönde bkz. BOLLAG, N. 197, 199; JAKOB / DARDEL, s. 471; KARRER, Martin / VOGT, Nedim Peter / LEU, Daniel: “Art. 551-559 ZGB”, HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / GEISER, Thomas (Hrsg.): *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB)*, 5. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (Yazar, BSK), Art. 559, N. 9, 25; PIOTET, *La protection*, s. 34-36; PIOTET, *SPR IV/I*, s. 379; RAEMY, s. 92; STAEHELIN, *BSK*, Art. 470, N. 4; STRAZZER, René: “Keine Erbbescheinigung für den übergangenen Pflichtteilserben”, *successio*, 2014, s. 320; WOLF / GENNA, s. 450. Türk doktrininde aynı görüşte bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 583. Mirasçılıktan çıkarılan yönünden aynı doğrultuda görüş için bkz. GUBSER, s. 141; İMRE / ERMAN, s. 335 dn. 8; KOCAĞA, Köksal: “Mirasçılık Belgesi (MK m. 598)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 9, Sayı 1-2, s. 93; KURŞAT, Zekeriya: *Terekenin Korunması Önlemleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 262, 263; OĞUZMAN, s. 282 dn. 77. Aksi yönde bkz. ANTALYA, N. 1735. Çıkarılanın TMK m. 598/II uyarınca çıkarma tasarrufuna bir aylık süre içinde itiraz etmesi ya da bu süre içinde tenkis veya iptal davası açması hâlinde dava sonuçlanıncaya kadar mirasçılık belgesi düzenlenemeyeceği yönünde görüş için bkz. YAĞCI, s. 353 dn. 63. Üçüncü kişilere karşı bilgi talebinde bulunabilmesi için görünüşte mirasçıya sadece bu durumunu ve bilgi alma hakkını haiz bulunduğunu gösteren özel bir belge verilmesi gerektiği yönünde ise bkz. PALTZER / FEHR, s. 335; RAEMY, s. 94. Mirasçılıktan çıkarılana ilişkin aynı doğrultuda bkz. GUBSER, s. 143; YAĞCI, s. 356.

Yargıtay ise mirasçılık sıfatının kaybına yol açan hâllerden mirasın reddi dışında kalan, mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarma ve mirastan feragatin sulh mahkemesince verilecek olan mirasçılık belgesine yansıtılmaması gerektiği düşüncesindedir⁵⁷. Bu yöndeki kararlarında Yüksek Mahkeme, düşüncesine gerekçe olarak ret dışındaki hâllerde mirasçılık sıfatının kaybedildiğinin sabit olması için çekişmeli yargılamaya ihtiyaç duyulduğuna, sulh mahkemesi tarafından mirasçılık belgesi düzenlenmesinin ise çekişmesiz yargı işi olduğuna işaret etmektedir. Bu bağlamda Yargıtay uygulaması mirastan yoksun olan, çıkarılan ve feragat edene mirasçılık belgesi verilmesi yönünde gelişmiştir. Yüksek Mahkeme yalnızca, bu belgenin hüküm kısmında anılan olgulardan bahsedilerek bunların terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğinin belirtilmesini aramaktadır⁵⁸. Ancak bu uygulamanın da mutlak bir tutarlılık arz ettiği söylenemez. Nitekim bir kararında Yargıtay, mirasçılıktan çıkarılanın miras payının kime ya da kimlere kaldığının mirasçılık belgesinde gösterilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵⁹.

Kanaatimizce Yargıtayın, yoksun olan, çıkarılan ya da feragat edene mirasçılık belgesi verilmesi yönündeki yaklaşımı isabetli olmaktan uzaktır. Her şeyden önce TMK m. 598/I'de mirasçılık belgesinin "yasal mirasçı oldukları belirlenenlere" verileceği öngörülmüştür. Yargıtayın nihayetinde yasal mirasçı sıfatını haiz bulunmayan kimselere mirasçılık belgesi verilmesi anlamına gelen bu uygulaması anılan kanuni düzenlemeyle açık çelişki içindedir. Öte yandan Yargıtayın çekişmeli yargılama gerekliliğinden bahsetmesi yoksunluk bakımından bir nebze anlaşılabilirse de, çıkarma ve feragat yönünden Yüksek Mahkemeye hak vermek güçtür. Nitekim mirastan yoksunlukta kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmek ya da öldürmeye teşebbüs etmek gibi, ceza yargılaması sonucunda sübut bulacak hususlar söz konusu olabilmektedir. Sulh hukuk mahkemesinin bu hususlarda takdir yetkisine sahip olması beklenebilir. Ancak ölüme bağlı tasarrufla gerçekleşen mirastan feragat ve mirasçılıktan çıkarma, kanaatimizce sulh hukuk mahkemesince gözetilmek durumundadır. Aksi yönde bir tutum, çıkarma ve feragatin geçerliliği için çekişmeli yargılama sonucunda verilecek bir mahkeme hükmünü şart koşmak anlamına gelir. Böyle bir "geçerlilik şartı", hukuka aykırı ölüme bağlı tasarrufları bile iptal davası açılmadığı sürece geçerli kabul eden bir miras hukuku anlayışıyla hiçbir şekilde bağdaşmaz. Ayrıca uygulamada mirasçılık belgesi mirasta hak sahipliğine ilişkin bir tür kimlik belgesi vasfı taşımakta, terekeye ilişkin pek çok iş ve işlem bu belge ile yapılmaktadır⁶⁰. Esasında mirasçı sıfatını haiz bulunmayan kişilere mirasçılık belgesi verilmesi, onların paylaşma öncesi süreçte, mirasa ilişkin aslında sahip olmadıkları yetkileri kullanmalarına kapı aralamak anlamına gelebilmesi bakımından ciddi risk teşkil eder.

Yukarıda sayılan gerekçelerle kanaatimizce mirastan feragat eden veya açıkça ya da örtülü biçimde (es geçme suretiyle) mirasçılıktan çıkarılan kimselere mirasçılık belgesi verilmemelidir. Diğer mirasçılara verilecek mirasçılık belgesinde ise çıkarma ya da feragat dair bilgiyle birlikte çıkarılan veya feragat edenin yerine kimlerin hangi oranda mirasçı olduğu belirtilmelidir⁶¹.

Netice itibarıyla İsviçre Federal Mahkemesinin görünüşte mirasçıya mirasçılık belgesi verilmesine yönelik içtihadının isabet taşıdığı vurgulanmalıdır. Bu durumun görünüşte mirasçı nezdinde özellikle bilgi edinme hakkı bakımından bir dezavantaj yarattığı doğru olmakla birlikte, aşağıda⁶² de-

⁵⁷ Bu yönde bkz. Yargıtay, 14. HD, T. 02.04.2015, E. 2015/2251, K. 2015/3564 (Yargıtay Karar Arama); Yargıtay, 14. HD, T. 09.03.2015, E. 2015/2695, K. 2015/2563 (Yargıtay Karar Arama).

⁵⁸ Bu yönde bkz. Yargıtay, 8. HD, T. 25.10.2013, E. 2013/5306, K. 2013/15102 (Yargıtay Karar Arama); Yargıtay, 14. HD, T. 07.11.2009, E. 2019/805, K. 2019/7396 (Yargıtay Karar Arama); Yargıtay, 7. HD, T. 29.06.2022, E. 2022/3350, K. 2022/4642 (Yargıtay Karar Arama).

⁵⁹ Yargıtay, 14. HD, T. 25.05.2017, E. 2016/5367, K. 2017/4275: "... vasiyetname ile muris ... mirasçı kızı... mirastan yoksun bıraktığı ve mirastan iskatin hukuki sonucunun terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetilmesi şeklinde karar verilmesi infazda duraksamaya yol açacağından mirasçılıktan çıkarılan ... miras payının akıbeti de belirlenerek murise ait mirasçılık belgesi verilmesi gerekirken ..." (Yargıtay Karar Arama). Aynı doğrultuda ayrıca bkz. Yargıtay, 14. HD, T. 07.06.2021, E. 2021/1891, K. 2021/3791 (Yargıtay Karar Arama).

⁶⁰ JAKOB / DARDEL, s. 471. Nitekim mirasın reddi bağlamında verdiği bir kararında Yargıtay, mirasçılık belgesinin sadece mirasbırakanla mirasçı arasındaki soybağını gösteren bir belge olmadığına, bunun ötesinde kişinin mirasçı sıfatının varlığı yönünde karine oluşturduğuna ve mirasın intikalini sağlayıcı etkiyi de haiz bulunduğuna işaret etmiştir. Bkz. Yargıtay, 14. HD, T. 06.02.2017, E. 2016/4846, K. 2017/718 (Yargıtay Karar Arama).

⁶¹ Bkz. ve karşı. ANTALYA, N. 1736, 1737.

⁶² Bkz. aşa. IV.E.4. "Çözüm Önerimiz".

taylıca izah edileceği üzere bu dezavantaj başka şekilde bertaraf edilmelidir. Ancak Türk hukuku yönünden, yukarıda zikredilen Yargıtay içtihadı karşısında uygulamanın görünüşte mirasçıya mirasçılık belgesi verilmesi şeklinde gelişmesi şaşırtıcı olmaz.

C. Diğer Koruma Önlemleri Yönünden

Görünüşte mirasçı, her ne kadar henüz gerçek ve teknik anlamda mirasçı olmasa da gelecekte mirasçı olma ihtimali bulunan bir kişi konumundadır. Bu konumu dolayısıyla görünüşte mirasçının mirasla ilişkin belirli menfaatleri korunmaya değer nitelik arz eder. Her şeyden önce onun, ileride açacağı tenkis veya iptal davası sonucunda miras payını ya da saklı payını tam olarak elde edebilmesi adına terekenin korunmasına yönelik menfaati vardır. Bu bağlamda görünüşte mirasçı, TMK m. 590/I b. 3 doğrultusunda “ilgili” sıfatıyla terekenin defterinin tutulmasını talep edebilmelidir⁶³.

Diğer koruma önlemleri olan terekenin mühürlenmesi ve resmen yönetilmesine hâkim re’sen karar verebileceği için görünüşte mirasçının bunlardan yararlanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır⁶⁴. Hatta görünüşte mirasçının mirasçı sıfatının bulunup bulunmadığı henüz kesinleşmediği için, terekenin resmen yönetilmesi hâllerinden birisi olan mirasçıların tamamının bilinmemesi (TMK m. 592/I b. 3; ZGB Art. 554 Abs. 1 Ziff. 3) burada gerçekleşmiş olmaktadır⁶⁵. Dolayısıyla görünüşte mirasçılık durumu devam ettiği sürece terekenin resmen yönetilmesine re’sen karar verilmesi zorunluluk arz eder⁶⁶.

D. Mirasın Reddi Yönünden

Mirası reddetme hakkı TMK m. 605/I uyarınca yasal ve atanmış mirasçılara tanınmıştır. Bunların yanı sıra TMK m. 616’nın lafzından, vasiyet alacaklısının da vasiyeti reddetme imkânına sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Görünüşte mirasçı henüz mirasçı sıfatını haiz bulunmadığı için mirası reddetme hakkına sahip değildir⁶⁷. Ret beyanı mirasçılık sıfatını ve dolayısıyla mirasa ilişkin hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaya yöneldiğinden, esasen görünüşte mirasçının böyle bir beyanda bulunmasına gerek de yoktur⁶⁸. Zira o zaten mirasbırakan öldüğünde mirasçı sıfatını elde edememekte ve tenkis ya da iptal davası açmadığı sürece bu durumunu korumaktadır. Buna rağmen görünüşte mirasçı bir şekilde ret beyanında bulunursa kanaatimizce bu beyan onun tenkis ya da iptal davası açmaktan feragat ettiği şeklinde yorumlanmalı ve o artık bu davaları açmamalıdır⁶⁹.

Mirasın reddi bağlamında tartışılması gereken hususlardan birisi de görünüşte mirasçının tenkis ya da iptal davası açıp mirasçı sıfatını elde ettikten sonra mirası reddedip reddedemeyeceğidir. İsviçre doktrininde, artık mirasçı sıfatının kazanılmış olmasından hareketle, süresi içinde mirasın reddi yoluna gidilebileceği görüşü hâkimdir⁷⁰. İsviçre Federal Mahkemesi de oldukça yakın tarihli bir kararında⁷¹

⁶³ Mirasçılıktan çıkarılana ilişkin olarak aynı yönde bkz. YAĞCI, s. 347, 348. İsviçre hukukunda sonuç itibarıyla aynı doğrultuda bkz. BESSENICH, *BSK*, Art. 478, N. 1; GUBSER, s. 136, 137; JAKOB / DARDEL, s. 471; KARRER / VOGT / LEU, *BSK*, Art. 553, N. 7; RAEMY, s. 87, 88; STAEHELIN, *BSK*, Art. 470, N. 4; BGer 5A_610/2013 vom 1. November 2013, Erw. 2.2.1.

⁶⁴ Bkz. ve karşı. JAKOB / DARDEL, s. 471; RAEMY, s. 88; YAĞCI, s. 347 dn. 39.

⁶⁵ Mirasçılıktan çıkarılan bağlamında aynı yönde bkz. GUBSER, s. 140, 141; KARRER / VOGT / LEU, *BSK*, Art. 554, N. 13.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. BOLLAG, N. 490. Mirasçılıktan çıkarılan bağlamında aynı yönde bkz. GUBSER, s. 141. Ayrıca karşı. KARRER / VOGT / LEU, *BSK*, Art. 554, N. 13. Mirasçılıktan çıkarma hâlinde hâkimin resmen yönetime hükmetmek zorunda olduğu, ancak bu zorunluluğun TMK m. 592/I b. 3’e değil, TMK m. 592/I b. 2 (ZGB Art. 554 Abs. 1 Ziff. 2)’ye dayandığı yönünde ise bkz. RAEMY, s. 89; YAĞCI, s. 351.

⁶⁷ RAEMY, s. 96.

⁶⁸ BOLLAG, N. 179; MEYER, s. 196.

⁶⁹ RAEMY, s. 96.

⁷⁰ Bu yönde bkz. BOLLAG, N. 386; EITEL, Paul / ZEITER, Alexandra: “Öffentliches Inventar und (vollständig übergangener) virtueller Erbe”, *successio*, 2019, s. 295, 296; RAEMY, s. 96; TUOR, Peter / PICENONI, Vito: *Berner Kommentar, Bd. III/2: Der Erbgang (Art. 537-640 ZGB)*, Stämpfli Verlag, Bern, 1966, Art. 580, N. 2.

görünüşte mirasçının ancak tenkis davası açıp mirasçı sıfatını kazandıktan sonra resmî defter tutma talebini ileri sürebileceğini ifade ederek, bir anlamda bu aşamada mirasın reddine imkân tanımış olmaktadır. Nitekim ZGB Art. 580 Abs. 1'de, TMK m. 619/I ile paralel olarak, resmî defter tutma talebinde bulunabilecekler, mirası reddetme hakkına sahip mirasçılar olarak belirlenmiştir.

Ancak kanaatimizce İsviçre doktrininde ileri sürülen ve İsviçre Federal Mahkemesinden de destek bulmuş gibi görünen bu düşünce isabetli olmaktan uzaktır. Zira görünüşte mirasçı, mirasbırakanın ölümü anında zaten mirasçı sıfatını haiz olmayan bir kimse konumundadır. Görünüşte mirasçı, tenkis ya da iptal davası açma yolunu seçtiğinde, mirasçı sıfatını elde etmeye ve böylece saklı payını veya miras payını almaya yönelik iradesini ortaya koymuş olmaktadır. Bu nedenledir ki doktrinde tenkis ya da iptal davaların açılması, TMK m. 610/II (ZGB Art. 571 Abs. 2) anlamında “terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında iş” olarak nitelendirilmekte ve ret hakkını düşüren sebeplerden birisi olarak görülmektedir⁷². Bu esasın görünüşte mirasçı yönünden geçerli olmamasına ikna edici bir gerekçe bulmak güçtür. Dolayısıyla fikrimizce görünüşte mirasçı bir kere tenkis ya da iptal davası açıp mirasçı sıfatını elde ettikten sonra artık mirasın reddi yoluna gidemez⁷³.

E. Resmî Defter Tutma ve Bilgi Alma Talepleri Yönünden

1. Genel Olarak

Resmî defter tutma talebinde bulunabilecek kişiler, TMK m. 619/I'de mirasın reddine yapılan atıfla belirlenmiştir. Hükme göre mirası reddetme hakkına sahip mirasçılar resmî defter tutulmasını isteyebilir.

Görünüşte mirasçının mirası reddetme hakkının bulunmaması, en azından TMK m. 619/I'in lafzı itibarıyla, görünüşte mirasçılık durumu devam ettiği sürece onu resmî defter tutma talebinden de yoksun bırakmaktadır. Yukarıda da zikredildiği üzere İsviçre Federal Mahkemesi, görünüşte mirasçının ancak tenkis ya da iptal yoluna giderek mirasçı sıfatını kazanmasıyla birlikte resmî defter tutma talebinde bulunabileceği yönünde görüş bildirmektedir⁷⁴. Ancak mirasın reddi bakımından bu karara yönelttiğimiz eleştiriler resmî defter tutma talebi yönünden de geçerlidir. TMK m. 610/II uyarınca, tenkis ya da iptal davası açan görünüşte mirasçı mirası ret hakkına sahip olmaz ve resmî defter tutulmasını da talep edemez.

Yukarıdaki tespitlerden, görünüşte mirasçının ne görünüşte mirasçılık sürecinde ne de dava açarak mirasçı sıfatını elde ettikten sonraki dönemde resmî defter tutma talebinde bulunabileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak bu durum, görünüşte mirasçılığı diğer yasal mirasçılara nazaran dezavantajlı bir konumda bırakmaktadır. Zira TMK m. 619 vd. hükümleriyle düzenlenen resmî defterin temel işlevi, mirasçının, tereke borçlarından sorumluluğunun sınırlarının çizilmesi ve sonradan ortaya çıkabilecek “sürpriz” borçlara karşı korunmasıdır⁷⁵. Görünüşte mirasçılığa bu imkân sunulmadığında o, mirastan kayıtsız şartsız mahrum kalmak ile mirası kayıtsız şartsız kabul etmek arasında bir seçim yapmak zorunda kalmaktadır.

Diğer yandan görünüşte mirasçı terekenin içeriğine ve mirasbırakanın sağlararası kazandırmalarına ilişkin bilgi sahibi olma noktasında da yasal mirasçılarla eşit konumda bulunmaz. Zira Kanun'da sadece mirasçılar arasında bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Nitekim TMK m. 646/III uyarın-

⁷¹ BGE 143 III 369, Erw. 3.1. Karara ilişkin detaylı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. EITEL / ZEITER, s. 293 vd.

⁷² Bu yönde bkz. SCHWANDER, Ivo: “Art. 566-579 ZGB”, HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / GEISER, Thomas (Hrsg.): *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB)*, 5. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Art. 571, N. 5; TUOR / PICENONI, Art. 571, N. 10.

⁷³ Aksi yönde bkz. EITEL / ZEITER, s. 296.

⁷⁴ BGE 143 III 369, Erw. 3.1. Aynı doğrultuda bkz. BOLLAG, N. 388, 389; RAEMY, s. 97. Mirasçılıktan çıkarılan için aynı doğrultuda bkz. GUBSER, s. 139, 140; YAĞCI, s. 357.

⁷⁵ Bkz. ve karşı. BOLLAG, N. 389; GUBSER, s. 139.

ca “Tereke mallarına zilyet olan veya mirasbırakana borçlu bulunan mirasçılar, paylaşma sırasında bu konuda eksiksiz bilgi vermekle yükümlüdürler.”. TMK m. 649/II’ye göre de “Mirasçılar, mirasbırakan ile aralarındaki ilişkiler hakkında paylaşmanın eşitliğe ve adalete uygun olması için göz önüne alınması gereken bütün bilgileri birbirlerine vermekle yükümlüdürler.”. Görünüşte mirasçı henüz mirasçı sıfatını haiz bulunmadığından bu hükümlerin onun için doğrudan uygulanması mümkün değildir⁷⁶. Benzer şekilde mirasbırakanın külli halefleri, bu sıfatlarına dayanarak üçüncü kişilerden bilgi talep edebilecekken, görünüşte mirasçı böyle bir imkândan da yoksundur⁷⁷. Tüm bunlar görünüşte mirasçının, tenkis ya da iptal davası açarak mirasçı sıfatını elde ettiğinde altına gireceği sorumluluğun kapsamını öngörmesini ciddi anlamda güçleştirir⁷⁸.

2. İsviçre Hukukunda Bilgi Alma Hakkına İlişkin Çözüm Arayışları

İsviçre hukukunda özellikle bilgi alma hakkı yönünden görünüşte mirasçının dezavantajlı konumuna vurgu yapılmış ve buna ilişkin çözüm arayışına girilmiştir. Öncelikle İsviçre hukukunda 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe giren Miras Hukuku Revizyonu kapsamında görünüşte mirasçılığı da kapsamına alan bir bilgi alma hakkı düzenlemesi yapma çabası sergilenmiş, ancak bu çaba başarıya ulaşmamıştır. Şöyle ki bu revizyonun ön taslağında yer alan Art. 601a hükmünde⁷⁹, miras hukukuna ilişkin bir talep hakkı bulunan kişinin, talebin kapsamını belirleyebilmek amacıyla, mirasbırakanın külli haleflerinden ve malvarlığını yöneten, malvarlığı değerlerine zilyet olan ya da bunları elde eden üçüncü kişilerden bilgi talep etme hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Hükümde ayrıca bu hakkın, miras hukukuna ilişkin talep varlığını koruduğu sürece mevcut olacağı ve mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufla saklı paylı mirasçılarının bu hakkını bertaraf edemeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme sonradan taslaktan çıkarılmış ve kanunlaşmamıştır. Sonuç itibarıyla Türk hukukuna benzer şekilde İsviçre hukukunda da görünüşte mirasçının bilgi alma talebine doğrudan dayanak teşkil edebilecek bir kanun hükmüne rastlanmamaktadır.

İsviçre doktrininde görünüşte mirasçıya tenkis davası açabileceği süreyle sınırlı olarak bilgi alma hakkı tanınması savunulmaktadır⁸⁰. Mirasçılık belgesini haiz bulunmayan görünüşte mirasçının, bilgi alma hakkını özellikle üçüncü kişilere karşı etkili biçimde kullanmasını temin etmek için ise bir grup yazar⁸¹, ona bu sıfatını belgeleyen ve yalnızca bilgi alma hakkı sahibi olduğunu gösteren özel bir belgenin verilmesini savunmaktadır. Bazı yazarlar⁸² ise görünüşte mirasçının, nüfus kayıt örneği gibi belgelerle mirasçılarla arasındaki hısımlık ilişkisini ispatlamasını bilgi alma talebi için yeterli görmektedir.

3. Alman Medeni Kanunu’ndaki Düzenleme

Alman kanun koyucusu, Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak açık bir düzenlemeyle, saklı payı talep hakkı bulunan, ancak mirasçı sıfatını haiz olmayan kişilere bilgi alma hakkı tanıma

⁷⁶ Çıkarılanın ancak çıkarma tasarrufu geçersiz kılındıktan sonra bilgi alma hakkına sahip olabileceği yönünde bkz. BAYRAMOĞLU, Necati Şükrü: “Mirasçılarının Bilgilendirme Yükümlülükleri”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 2, s. 203; RAVEANE, Zeno: *Erbrechtliche Informationsansprüche und ihre Durchsetzung*, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2017, N. 18; SCHRÖDER, Andreas: *Informationspflichten im Erbrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2000 (Informationspflichten), s. 66, 67; WALDMANN, s. 103. Ayrıca karşı. ÖZDEMİR, Hayrunnisa: *Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 73.

⁷⁷ JAKOB / DARDEL, s. 473.

⁷⁸ Karşı. JAKOB / DARDEL, s. 473; RAEMY, s. 94.

⁷⁹ Madde metni için bkz. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-60872.html> (ET: 31.03.2024).

⁸⁰ Bu doğrultuda bkz. BOLLAG, N. 452; BRÜCKNER / WEIBEL / PESENTI, N. 33; GÖKSU, Tarkan: “Informationsrechte der Erben”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2012, s. 956; JAKOB / DARDEL, s. 473; MEYER, s. 206; PALTZER / FEHR, s. 335; RAEMY, s. 94; RAVEANE, s. 18; SCHRÖDER, Andreas: “Erbrechtliche Informationsansprüche oder: die Geister, die ich rief...”, *successio*, 2011 (Informationsansprüche), s. 196; SCHRÖDER, *Informationspflichten*, s. 65, 66; STAEHELIN, *BSK*, Art. 470, N. 4b; WOLF / GENNA, s. 452. Mirasçılıktan çıkarılan için aynı doğrultuda bkz. GÜBSE, s. 143. Türk doktrininde bkz. YAĞCI, s. 355.

⁸¹ BOLLAG, N. 467; BRÜCKNER / WEIBEL / PESENTI, N. 46a; PALTZER / FEHR, s. 335; RAEMY, s. 94; SCHRÖDER, *Informationspflichten*, s. 65, 66. Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin olarak aynı yönde bkz. GÜBSE, s. 143; RAEMY, s. 94. Türk doktrininde bkz. YAĞCI, s. 356.

⁸² BOLLAG, N. 469; STAEHELIN, *BSK*, Art. 470, N. 4b; WOLF / GENNA, s. 452.

yoluna gitmiştir. Gerçekten Alman Medeni Kanunu (BGB) § 2314 Abs. 1’de, mirasçı sıfatını haiz olsun ya da olmasın, saklı payı talep hakkı bulunan kişilerin bilgi isteminde bulunması hâlinde, mirasçılarının onlara tereke içeriğine ilişkin bilgi vermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Alman doktrininde, hükmün geniş yorumlanmasıyla bu bilgi alma talebinin mirasbırakandan karşılıksız kazandırma elde eden üçüncü kişilere de yöneltilebileceği kabul edilmektedir⁸³. Hükmün devamında ise saklı payı talep hakkı bulunan kişilerin, terekenin içeriğini gösteren bir defterin resmî makamlarca ya da noterce tutulmasını talep edebileceği öngörülmüştür. Böylece bilgi alma hakkı bir tür resmî defter tutma talebiyle desteklenmiştir.

4. Çözüm Önerimiz

Kanaatimizce mirasçı sıfatının bulunmamasının bilgi edinme hususunda görünüşte mirasçı nezdinde yarattığı dezavantajın bertaraf edilmesinde en etkili çözüm, TMK m. 619 vd. düzenlemelerinin kıyasen uygulanmasıyla görünüşte mirasçıya resmî defter tutulmasını talep hakkının tanınmasıdır. Her şeyden önce bu yolla görünüşte mirasçıya terekenin içeriği hakkında mahkeme kanalıyla kullanılabileceği bir bilgi alma hakkı sağlanmış olur. Bu defterin tutulmasıyla görünüşte mirasçı, mirasbırakanın sağlararası kazandırmaları hakkında da bilgi sahibi olma imkânını elde eder. Nitekim TMK m. 620/II’de “*Mirasbırakanın malî durumu hakkında bilgi sahibi olan herkes, sulh mahkemesi tarafından istenilen bilgiyi vermekle yükümlüdür.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümle yalnızca terekenin içeriğine değil, tenkise esas tereke hesaplamasında eklenecek değerlere (TMK m. 508, m. 509) ve çıkarılacak değerlere (TMK m. 507/II) ilişkin olarak da gerek mirasçılara gerekse üçüncü kişilere bilgi verme yükümlülüğü yüklenmiş olmaktadır⁸⁴. Diğer yandan bu yolla, bu çalışmada savunulan görüş uyarınca mirasçılık belgesine sahip olmaması nedeniyle görünüşte mirasçının mahkeme dışı yöneltileceği bilgi edinme talebinin üçüncü kişilerce karşılıksız bırakılması ihtimalinin de önüne geçilebilmektedir⁸⁵.

Görünüşte mirasçının talebi üzerine resmî defter tutma sürecinin ne şekilde işleyeceğine gelince, kanaatimizce anılan defter yine TMK m. 619 vd.’daki usûl izlenerek tutulmalıdır. Resmî defterin tutulmasının ardından görünüşte mirasçı, mirasçılara tanınan süre içinde beyanda bulunabilmeli ve herhangi bir beyanda bulunmaması hâlinde miras tutulan deftere göre kabul etmiş sayılmalıdır. Elbette ki böyle bir kabul şartlı nitelik taşır ve hüküm ve sonuçlarını görünüşte mirasçının tenkis ya da iptal davası açarak mirasçı sıfatını elde ettiği andan itibaren doğurur.

Mirasçılıktan çıkarmaya karşı iptal ya da tenkis davası açmak için aranan sebeplerin mevcut olup olmadığının araştırılması bazı durumlarda çekişmeli yargılamayı gerektirebilir. Bu nedenle resmî defter tutma talebinde bulunulabilmesi için anılan sebeplerin mevcudiyetinin sabit olması şart koşulmalıdır. Ölümüne bağlı tasarruflarda saklı paylı muhtemel mirasçının açıkça ya da örtülü olarak (es geçme suretiyle) mirasçılıktan çıkarıldığının ispatı, resmî defter tutma talebinin mahkemece kabulü için yeterli görülmelidir.

Resmî defter tutma sürecine ilişkin düzenlemeler, kanun koyucunun iradesinin resmî defter tutma işleminin kısa bir süre içinde tamamlanması yönünde olduğunu ortaya koymaktadır. Kanun’da gerek defter tutma talebi gerekse ilan, bildirim, inceleme ve beyan için kural olarak birer aylık süreler öngörülmesi (TMK m. 619/II, m. 621/I, m. 621/III, m. 623/I, m. 626/I) bunun açık bir kanıtıdır. Buna rağmen defter tutma sürecinin usûli sebeplerle bir yıl içinde tamamlanamaması ihtimali her zaman mevcuttur. Böyle bir ihtimal es geçilen yönünden tenkis ve iptal davalarına ilişkin bir yıllık

⁸³ Detaylı bilgi için bkz. LANGE, Knut Werner: “§§ 2303-2338”, SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMPERG, Bettina (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 11: Erbrecht (§§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG)*, 9. Baskı, Verlag C. H. Beck, München, 2022, § 2314, N. 75.

⁸⁴ TMK m. 620/II (ZGB Art. 581 Abs. 2)’de öngörülen bilgi verme yükümlülüğünün kapsamının geniş olduğu ve mirasbırakanın sağlararası kazandırmaları hakkında da bilgi verme yükümlülüğünün bulunduğu yönünde bkz. BAYRAMOĞLU, s. 205, 206; SCHRÖDER, *Informationsansprüche*, s. 191; SCHRÖDER, *Informationspflichten*, s. 84-86.

⁸⁵ Her ne kadar çıkarılana mirasçılık belgesi verilmesine yönelik Yargıtay uygulaması bu konuda bir çözüm sunabilir gibi görünse de, belgeye bu kişinin mirasçılıktan çıkarıldığının belirtilmesi karşısında üçüncü kişilerin yine bilgi vermekten kaçınması son derece olasıdır.

hak düşürücü sürelerin geçmesi riskini beraberinde getirir. Her ne kadar TMK m. 625/II'de resmî defter tutmanın mirasbırakanın borçları yönünden zamanaşımını keseceği öngörülmüşse de, tenkis ve iptal davasına ilişkin süreler hak düşürücü süre niteliğinde olduğundan bu süreler yönünden ke-silme söz konusu olmaz⁸⁶.

İsviçre doktrininde de es geçilenin bilgi alma talepleri bağlamında hak düşürücü sürenin kaçırıl-ması riskine işaret edilmiş; saklı pay ihlalinin mevcut olup olmadığının ancak üçüncü kişilerden alınac-ak bilgiyle açığa çıkarılabileceği ihtimallerde -örneğin mirasbırakan üçüncü kişi lehine bir tenkise tâbi sağlararası kazandırmada bulunmuşsa- hak düşürücü sürenin daha esnek şekilde uygulanmasının bir çare olabileceği öne sürülmüştür⁸⁷.

Terekenin içeriği ve mirasbırakanın sağlararası kazandırmaları hakkında bilgi edinilmesi, es geçi-lenin özellikle tenkis davası açıp açmamaya yönelik kararının şekillenmesinde kritik önemi haizdir. Bu nedenle kanaatimizce bu konuda en uygun çözüm, olması gereken hukuk bakımından, es geçilenin süresi içinde resmî defter tutma talebinde bulunması hâlinde, tenkis davasına ilişkin bir yıllık hak dü-şürücü sürenin defter tutma sürecinin tamamlanmasından itibaren işletilmesidir.

F. Tenkis ve İptal Def'ileri Yönünden

Görünüşte mirasçının herhangi bir süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebilen tenkis ve iptal def'ilerinden (TMK m. 571/III, m. 559/II) yararlanıp yararlanamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir grup yazar görünüşte mirasçının, tereke mallarına mirasçı sıfatıyla zilyet olamayacağı için bu def'ilerden yararlanamayacağını öne sürmektedir⁸⁸. Diğer bir grup yazar, mirasbırakanın ölümü anında bir tereke malını zilyetliğinde bulundurması hâlinde görünüşte mirasçıya def'i hakkı tanıma taraftarıdır⁸⁹. Bu ikinci görüşteki yazarlar arasında da def'i ileri sürülmesinin görünüşte mirasçıya mirasçı sıfa-tını kazandırıp kazandırmayacağı hususunda görüş ayrılıkları mevcuttur⁹⁰.

Kanaatimizce her şeyden önce hem es geçilene süresiz def'i hakkı tanımak hem de bu def'inin ile-ri sürülmesiyle onun mirasçı sıfatını kazanacağını ileri sürmek, es geçilenin mirasçı sıfatı yönünden süresiz bir belirsizliğin ortaya çıkmasına yol açar. Bu nedenle böyle bir bakış açısı kabul edilebilir olmaktan uzaktır. Diğer yandan görünüşte mirasçılık görüşünün dayanaklarından birinin, tereke üye-rinde herhangi bir hak sahibi olmayan kimsenin tereke borçlarından da sorumlu tutulmaması gereklili-đi olduğu unutulmamalıdır. Tenkis ya da iptal davası açma hakkını yitiren ve böylece tereke borçların-dan sorumlu tutulmaktan kesin olarak kurtulan görünüşte mirasçıya, buna rağmen def'i ileri sürerek belli tereke değerlerini elinde tutma hakkı tanınması görünüşteki mirasçılık görüşünün bu yaklaşımıyla bağdaşmaz. Bu nedenle tenkis ve iptal def'ilerini düzenleyen TMK m. 571/III ve m. 559/II'in görünüş-te mirasçılık yönünden uygulanmayacağı kabulü fikrimizce daha isabetli olur. Bu doğrultuda es geçilen, tenkis ya da iptal talebini ancak dava yoluyla ileri sürebilmeli ve mirasçı sıfatını da yalnızca bu davaları açmak suretiyle kazanabilmelidir.

⁸⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, bir yıllık kısa sürenin başlangıcı olan öğrenme tarihi yönünden katı bir tutum sergilemektedir. Mahkemeye göre görünüşte mirasçı, terekenin durumuna ilişkin bilgi sahibi olsun ya da olmasın, vasiyetnamenin içeriğinden haberdar olduğu anda (en geç vasiyetnamenin açılmasıyla birlikte) bu süre işlemeye başlamaktadır. Bu yönde bkz. BGE 138 III 354, Erw. 5.2; BGE 121 III 249, Erw. 2b. Ayrıca bkz. BOLLAG, N. 327; BRÜCKNER / WEIBEL / PESENTI, N. 77; MEYER, s. 202; STRAZZER / ZEITER, s. 145, 146. Elbette bu süre en erken mirasbırakanın ölümü tarihinden itibaren işletilebilir. Bkz. BOLLAG, N. 327; STRAZZER, *Der virtuelle Erbe*, s. 150, 151.

⁸⁷ JAKOB / DARDEL, s. 474, 475.

⁸⁸ Bkz. ve karşı. FORNI / PIATTI, *BSK*, Vorbem. zu Art. 522-533, N. 2; PIOTET, *SPR IV/I*, s. 380; RAEMY, s. 102.

⁸⁹ BOLLAG, N. 362, 375; BRÜCKNER / WEIBEL / PESENTI, N. 18, 79; HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: "Art. 522-533 ZGB", ABT, Daniel / WEIBEL, Thomas (Hrsg.): *Praxiskommentar Erbrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007, Art. 533, N. 10; JAKOB / DARDEL, s. 474, 475; SEILER, Benedikt: *Die erbrechtliche Ungültigkeit*, Schulthess Verlag, Zürich, 2017, N. 869, 870; STAEHELIN, *BSK*, Art. 470, N. 4; STRAZZER, *Der virtuelle Erbe*, s. 151, 152; SUTTER-SOMM / LÖTSCHER, s. 356; WEIMAR, Vorbem. vor Art. 470, N. 16; WOLF / GENNA, s. 449, 450, 508, 509.

⁹⁰ Def'i ileri sürülmesinin mirasçılık sıfatının kazanılması sonucunu doğurmayacağı yönünde bkz. STRAZZER, *Der virtuelle Erbe*, s. 151, 152. Aksi yönde bkz. WEIMAR, Vorbem. vor Art. 470, N. 16. Ayrıca karşı. BOLLAG, N. 376, 377.

SONUÇ

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda tüm mirasını başka yasal ya da atanmış mirasçılara bıraktığı, muhtemel mirasçılardan birine ya da birkaçına ise hiç pay ayırmadığı ihtimalde, kendisine pay ayrılmayan kişiler es geçilen mirasçı olarak nitelendirilir. Saklı paylı muhtemel mirasçının ölüme bağlı tasarrufta bu şekilde es geçilmesi örtülü bir mirasçılıktan çıkarma anlamına gelir. Böyle bir çıkarma tasarrufunda sebep belirtilmemiş olacağından, es geçilen saklı paylı muhtemel mirasçı TMK m. 512/III uyarınca tenkis davası açarak saklı payını talep edebilir. Bunun yanı sıra o, TMK m. 557’de öngörülen genel iptal sebeplerinden birinin mevcut olması hâlinde çıkarma tasarrufuna karşı iptal davası açarak miras payının tamamına kavuşabilir.

Es geçilenin mirasçılığına ilişkin ileri sürülen görüşlerden kanaatimizce en isabetlisi, İsviçre doktrininde hâkim olan ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen görünüşte mirasçılık görüşüdür. Buna göre es geçilen, çıkarma tasarrufuna karşı tenkis ya da iptal davası açma hakkını haiz olduğu sürece görünüşte mirasçı olarak nitelendirilir. Görünüşte mirasçı henüz mirasçı sıfatını haiz değildir ve mirasçılardan sahip olduğu hakları elde etmediği gibi, tereke borçlarından da sorumlu tutulamaz. O, ancak dava açarak elde edeceği tenkis ya da iptal hükmüyle birlikte mirasçı sıfatını kazanır. Bu davalar için Kanun’da öngörülen hak düşürücü süreler içinde dava açılmaması ya da dava hakkının başka bir sebeple ortadan kalkması hâlinde ise görünüşte mirasçılık sona erer. Böylece es geçilen, mirasçı sıfatını kazanma imkânını tamamen yitirir.

Kanaatimizce görünüşte mirasçı tenkis ya da iptal davası açmak suretiyle mirasçı sıfatını kazandıktan sonra mirası reddedemeyeceği gibi resmî defter tutma talebinde de bulunamaz. Zira tenkis ya da iptal davası açması, TMK m. 610/II uyarınca görünüşte mirasçının ret hakkını hiç elde edememesi sonucunu doğurur. Öte yandan o, mirasçılardan sahip olduğu, terekenin içeriğine ve mirasbırakanın sağlararası tasarruflarına ilişkin bilgi alma hakkından da yoksundur. Bu durumun görünüşte mirasçı yönünden yarattığı dezavantajın bertaraf edilebilmesi için, kanaatimizce TMK m. 619 vd. düzenlemelerinin kıyasen uygulanmasıyla görünüşte mirasçıya da resmî defter tutulmasını talep hakkı tanınmalıdır.

Resmî defter tutma sürecinin uzaması hâlinde tenkis ya da iptal davalarına ilişkin bir yıllık hak düşürücü sürelerin geçmesi ihtimali ortaya çıkabilir. Tereke içeriğine ve mirasbırakanın sağlararası kazandırmalarına ilişkin bilgi edinilmesi özellikle tenkis davası yönünden ciddi önem arz ettiğinden, olması gereken hukuk bakımından, es geçilenin resmî defter tutma talebinde bulunması ihtimalinde tenkis davasına ilişkin bir yıllık hak düşürücü sürenin resmî defter tutma sürecinin tamamlanmasından başlatılması isabetli olur.

KAYNAKÇA

- ABT, Daniel / WEIBEL, Thomas (Hrsg.): *Praxiskommentar Erbrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007.
- ANTALYA, Osman Gökhan: *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ARBEK, Ömer: *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ARNET, Ruth / BREITSCHMID, Peter / JUNGO, Alexandra (Hrsg.): *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht (Art. 457-640 ZGB)*, 4. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2023 (Yazar, CHK).
- AYAN, Mehmet: *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- AYDOS, Oğuz Sadık: *Pratik Miras Hukuku*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2023.
- BAYDAR, Utku: *Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005.
- BAYRAMOĞLU, Necati Şükrü: “Mirasçıların Bilgilendirme Yükümlülükleri”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 2, s. 191-216.
- BECK, Alexander: *Grundriss des schweizerischen Erbrechts*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 1976.
- BOLLAG, Jacob: *Der virtuelle Erbe - Analyse und Weiterentwicklung der Theorie von der virtuellen Erbenstellung*, Schulthess Verlag, Zürich, 2021.
- BRÜCKNER, Christian / WEIBEL, Thomas / PESENTI, Francesca: *Die erbrechtliche Klagen*, 4. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2022.
- ÇABRİ, Sezer: *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- ÇAĞA, Tahir: *Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukukî Vaziyeti*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1950.
- ÇAKIN, Nur: “Türk Hukukunda Mirastan Iskat ile İlgili Problemler - Mirastan Iskat”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1974, Sayı 3, s. 523-536.
- ÇUBUKLUGİL, Rıza: “Mirastan Adi Iskatın Hukukî Mahiyeti ve Sebepleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1950, Cilt 7, Sayı 3-4, s. 441-467.
- DRUEY, Jean Nicolas: *Grundriss des Erbrechts*, 5. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2002.
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- EDER, Karoline: *Der übergangene Pflichtteilserbe und sein Forum*, Schulthess Verlag, Zürich, 2015.
- EITEL, Paul / ZEITER, Alexandra: “Öffentliches Inventar und (vollständig übergangener) virtueller Erbe”, *successio*, 2019, s. 292-297.
- EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek: *Türk Miras Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: *Vasiyetnamenin Yorumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- ERSÖZ, Oğuz: “Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 14, s. 195-254.
- ESCHER, Arnold: *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III/1: Die Erben (Art. 457-536)*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1959.
- GÖKSU, Tarkan: “Informationsrechte der Erben”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2012, s. 953-965.
- GÖNEN, Doruk: “Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkmaya Tabi Kişilerin Kapsamı”, *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 327-340.
- GUBSER, Michael: *Strafenterbung de lege lata – de lege ferenda*, Doktora Tezi, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich, Zürich, 2001.
- HATEMİ, Hüseyin: *Miras Hukuku*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / GEISER, Thomas (Hrsg.): *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB)*, 5. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (Yazar, BSK).

- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie / BOSSHARDT, Martina / KOCHER, Moritz B.: “Rechtsbegehren im Erbrecht”, *successio*, 2018, s. 4-30.
- İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: *Miras Hukuku*, 12. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016.
- İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: *Miras Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- İŞGÜZAR, Hasan / DEMİR, Mehmet / YILMAZ, Süleyman: *Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- JAKOB, Dominique / DARDEL, Daniela: “Der Schutz des virtuellen Erben”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2014, s. 462-476.
- KARTAL, Dilşah Buşra: “Yargıtay Kararları Işığında Mirasçılıktan Çıkarmanın Geçerlilik Şartları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 30, Sayı 2, s. 605-636.
- KESKİN, A. Dilşad / DEMİRCİOĞLU, H. Reyhan: *Medeni Hukuk - II (Eşya Hukuku - Miras Hukuku)*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Miras Hukuku*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- KLAUS, Roman: *Pflichtteilsrecht und güterrechtliche Verfügungen*, Schulthess Verlag, Zürich, 1971.
- KOCAAĞA, Köksal: “Mirasçılık Belgesi (MK m. 598)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 9, Sayı 1-2, s. 87-109.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- KURŞAT, Zekeriya: *Terekenin Korunması Önlemleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- MEYER, Caroline B.: “Die Rechtsstellung des teilweise oder vollständig übergangenen Pflichtteilsrben”, *Basler Juristische Mitteilungen*, 2008, s. 177-211.
- OĞUZMAN, M. Kemal: *Miras Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: *Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ÖZTAN, Bilge: *Miras Hukuku*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- PALTZER, Edgar H. / FEHR, Marco: “Virtuelle Erben und ihr Recht auf Auskunft und Information”, *successio*, 2022, s. 330-336.
- PIOTET, Paul: “La protection du réservataire en droit successoral suisse”, *Zeitschrift für schweizerisches Recht Neue Folge*, 1972, Cilt 91, Sayı 1, s. 25-54 (La protection).
- PIOTET, Paul: *Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/I: Erbrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel-Stuttgart, 1978 (SPR IV/1).
- RAEMY, Reinold: *Das Pflichtteilsrecht und die Erbenqualität*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1982.
- RAVEANE, Zeno: *Erbrechtliche Informationsansprüche und ihre Durchsetzung*, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2017.
- RÖSLI, Arnold: *Herabsetzungsklage und Ausgleichung im schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 522-533 und 626-633)*, Doktora Tezi, Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich, Zürich, 1935.
- SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMPERG, Bettina (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 11: Erbrecht (§§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG)*, 9. Baskı, Verlag C. H. Beck, München, 2022.
- SCHILLER, Fritz: *Pflichtteil, Pflichtteilswert und Teilungsvorschrift nach Z.G.B.*, Buchdruckerei Erwinia, Strassburg-Neudorf, 1928.
- SCHRÖDER, Andreas: “Erbrechtliche Informationsansprüche oder: die Geister, die ich rief...”, *successio*, 2011, s. 189-202 (Informationsansprüche).
- SCHRÖDER, Andreas: *Informationspflichten im Erbrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2000 (Informationspflichten).
- SEILER, Benedikt: *Die erbrechtliche Ungültigkeit*, Schulthess Verlag, Zürich, 2017.
- SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkey: *Miras Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

- SOMMER, Eduard: *Die Erbbescheinigung nach schweizerischem Recht*, Buchdruckerei A. Stutz & Co., Wädenswil, 1941.
- STRAZZER, René: “Der virtuelle Erbe - eine Rechtsfigur mit prozessualen Tücken für den Anwalt Bemerkungen zu einem (nicht publizierten) Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Dezember 2008”, *successio*, 2010, s. 147-152 (Der virtuelle Erbe).
- STRAZZER, René: “Keine Erbbescheinigung für den übergangenen Pflichtteilerben”, *successio*, 2014, s. 316-322.
- STRAZZER, René / ZEITER, Alexandra: “Neues vom virtuellen Erben”, *successio*, 2018, s. 142-148.
- SUTTER-SOMM, Thomas / LÖTSCHER, Cordula: “Der Erbrechtsprozess unter der Schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis”, *successio*, 2013, s. 354-368.
- ŞENOCAK, Zariye: “Cezaî İskat ve Cezaî İskatın Hükümleri”, *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 421-429.
- TANRIVERDİ, Ali Deniz: *Türk Medeni Hukukunda Mirasçılıktan Çıkarma*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2008.
- TONGSİR, Ferih Bedî: *Türk Hukukunda Mirastan İskat*, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1956.
- TUOR, Peter: *Berner Kommentar, Bd. III/1: Die Erben (Art. 457-536)*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, 1952.
- TUOR, Peter / PICENONI, Vito: *Berner Kommentar, Bd. III/2: Der Erbgang (Art. 537-640 ZGB)*, Stämpfli Verlag, Bern, 1966.
- TUOR, Peter / SCHNYDER, Bernhard / SCHMID, Jörg / JUNGO, Alexandra: *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2009.
- WALDMANN, Yves: *Informationsbeschaffung durch Zivilprozess*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2009.
- WEIMAR, Peter: *Berner Kommentar, Bd. III/1/1/1: Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen (Art. 457-516 ZGB)*, Stämpfli Verlag, Bern, 2009.
- WOLF, Stephan / GENNA, Gian Sandro: *Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/I: Erbrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012.
- YAĞCI, Kürşad: *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai İskat)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- YILMAZ, Süleyman: *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.

Trafik Sigortasında Dava Açılmadan Önce Sigortacı Tarafından Zarar Görene Yapılan Ödemenin Zamanaşımını Kesip Kesmediği Meselesi^(*)



*The Issue of Whether the Payment Made by the Insurer to the Injured Party
Before the Lawsuit Is Filed in Traffic Insurance Interrupts the Statute of
Limitations*

Abdülhamid Oğuzhan HACİÖMEROĞLU



Doktor Öğretim Üyesi

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Trafik Sigortası,
Sigortacı,
Kısmi İfa,
Zamanaşımı,
Zamanaşımının
Kesilmesi.

Öz

Karayolları Trafik Kanunu'nun 97'nci maddesine göre zarar görenin, karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde sigortacıya karşı dava yoluna gitmeden önce ilgili sigortacıya yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurabilir. Bundan dolayı uygulamada trafik kazası neticesinde zarar gören üçüncü kişiler öncelikle sigortacıya zararlarının tazmini için başvururlar. Bunun üzerine sigortacılar, kendi eksperleri vasıtası ile hesaplattıkları zararı başvuru zarar gören üçüncü kişilere öderler. Birçok hâlde sigortacılar tarafından yapılan bu ödemenin zararlarını tam olarak karşılamadığını düşünen zarar görenler, bakiye zararlarının tazmini için sigortacıya dava açmakta- lar veya Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurumaktadırlar. Böyle bir durumda ise zarar gören üçüncü kişiye daha önceden yapılan fakat zarar görenin zararını tam olarak karşılamayan ödeme- nin, kısmi ifa sayılıp sayılmayacağı ve dolayısıyla zamanaşımını kesip kesmediği meselesi ortaya çıkmaktadır.

Keywords

Traffic Insurance,
Insurer,
Partial Performance,
Statute of Limitations,
Interruption of Statute
of Limitation.

Abstract

According to Article 97 of the Highway Traffic Law, the injured party must submit a written application to the relevant insurer within the limits specified in the compulsory motor vehicle liability insurance before pursuing legal action against the insurer. If the insurance institution does not respond in writing to the application within 15 days from the date of the application or if there is a dispute regarding the adequacy of the response, the injured party may file a lawsuit or apply to the Insurance Arbitration Commission. Consequently, in practice, third parties injured as a result of traffic accidents primarily apply to the insurer for compensation of their damages. Following this, insurers compensate the applying third-party victims for the damages calculated by their own experts. In many cases, injured parties who believe that the compensation paid by the insurers does not fully cover their damages, file a lawsuit against the insurer or apply to the Insurance Arbitration Commission for the remaining damages. In such a scenario, the issue arises whether the previous payment made to the injured third party, which does not fully cover the damage, should be considered as partial performance and whether it interrupts the statute of limitations.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 30.05.2024, Kabul Tarihi: 13.06.2024.

GİRİŞ – HUKUKİ MESELE

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun¹ 85'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, o aracın işleteni zarar gören üçüncü kişiye karşı sorumlu olur. Söz konusu hükümden kaynaklanan bu sorumluluğun, kusursuz sorumluluk hâlinin bir türü olan tehlike sorumluluğu olduğu doktrinde kabul edilmektedir². Zira burada işletmeye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesiyle³, yani motorlu aracın işletilmesi neticesinde üçüncü kişinin şahıs varlığı veya mal varlığının zarara uğraması ile sorumluluk doğar. Aynı Kanun'un 91'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, araç işletenlerin bu sorumluluklarından doğacak tazminat yükümlülüklerinin karşılanması amacıyla mali sorumluluk sigortası yaptırımları zorunludur. Bu sigorta, "karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası"⁴ diğer adı ile "trafik sigortası" şeklinde isimlendirilir.

Her ne kadar sorumluluk sigortası yaptırmak kural olarak isteğe bağlı olsa da⁵ toplumun genel menfaati, zarar görenlerin korunması⁶ ve özellikle de bu kişilerin tazminat alacaklarına rahat bir şekilde kavuşabilmeleri⁷ amacıyla bazı sorumluluk sigortalarının yaptırılması, kanun koyucu⁸ tarafından zorunlu kılınmıştır⁹. Günümüzde uygulanan zorunlu sorumluluk sigortalarına bakıldığında genellikle bazı tehlikeli araçları veya işletmeleri işletenlerin sorumluluk sigortası yaptırımlarının zorunlu kılınmışını görmekteyiz¹⁰. Filhakika bir motorlu aracın işletilmesinin oluşturduğu tehlikenin o toplumda yaşayan tüm bireyleri tehdit etmesi nedeni ve bu aracın sebep olacağı olası bir kaza neticesinde meydana gelen zararın kolay bir şekilde karşılanması gayesi ile trafik sigortası yaptırılması zorunlu hâle getirilmiştir. Zira trafik sigortacısı, bir motorlu aracın işletilmesi neticesinde meydana gelen üçüncü kişinin mal varlığı veya şahıs varlığı zararını kaza tarihindeki¹¹ teminat limitleri dahilinde karşılamakla yükümlüdür.

Trafik sigortasının ihdas edilmesinin temel saiklerinden biri olan zarar görenleri korumak ve onların bir an önce zararlarının tazmin edilmesini sağlamak amacıyla kanun koyucu tarafından birtakım hükümler sevk edilmiştir. Çalışma konumuz açısından bunlar arasında önem arz eden hükümler, hem bütün sorumluluk sigortası türleri için uygulanma kabiliyetini haiz Türk Ticaret Kanunu'nun¹²

¹ 18.10.1983 tarihli ve 18195 sayılı Resmî Gazete.

² HAVUTÇU, Ayşe / GÖKYAYLA, Emre: *Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 29; ANTALYA, Gökhan: *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V,1,2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 462.

³ EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 759.

⁴ Karayolları Trafik Kanunu'nun 91'inci maddesine göre yaptırılması zorunlu olan bu sigorta türü uygulamada genellikle kısaca "trafik sigortası" şeklinde isimlendirilmektedir. Bu sebeple biz de çalışmamızda bu sigorta türünden bahsederken "trafik sigortası" ifadesini kullanmayı tercih ettik.

⁵ GERBES, Michael: *Die Haftpflichtversicherung der Architekten/Ingenieure*, 4. Baskı, Verlag Versicherungswirtschaft, Köln, 2011, s. 1, Rn. 2; KARAYALÇIN, Yaşar: *Risk - Sigorta - Risk Yönetimi - Özel Sigorta Hukukuna Giriş*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1984, s. 51.

⁶ KEPPEL, Jan: *Die Pflichthaftpflichtversicherung nach der VVG-Reform*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2010, s. 16.

⁷ Günümüzde sorumluluk hukuku, bir kimseyi sorumlu yapmaktan ziyade gerçekleşen zararı tazmin etme veya denkleştirme eğilimindedir (EREN, s. 577).

⁸ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 182'nci maddesiyle değişik 13'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre bir sigortanın yaptırılması Cumhurbaşkanı tarafından da zorunlu kılınabilir.

⁹ SOPACI ÖZTUNA, Birgül: "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1484. Maddesine Göre Zorunlu Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 2, s. 700; KUBİLAY, Huriye: *Özel Sigorta Hukuku*, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir, 2003, s. 25; KENDER, Rayegan: *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, 17. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 197.

¹⁰ ULAŞ, Işıl: *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 871; EREN, s. 464; CAN, Mertol: *Türk Özel Sigorta Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009, s. 168; İMRE, Zahit: "Motorlu Taşıt Araçlarının Mecburi Mesuliyet Sigortası ve Kapsamı", *Trafik Sigortası - V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 261.

¹¹ Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik'in 24'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, sigorta bedeli olarak belirlenen teminat tutarları, sözleşmenin akdedildiği tarihte geçerli olan tarife değil rizikonun gerçekleştiği tarihteki güncel tarife esas alınarak belirlenmektedir. Benzer düzenleme, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın A.3 maddesinin birinci fıkrasında da muhtevirdir.

¹² 14.02.2011 tarihli ve 27486 sayılı Resmî Gazete.

1478'inci maddesi hem de trafik sigortası için ihdas edilmiş olan Karayolları Trafik Kanunu'nun 97'nci¹³ maddesidir. Mezkûr iki hükme göre, zarar gören, zararının tazmini için zarar veren sigortalıya başvurmadan önce doğrudan onun sorumluluk sigortacısına başvurma veya dava açma hakkına sahiptir. Mamafih bu iki hükmün lafzına bakıldığında aralarında esaslı bir farklılığın da olduğu görülmektedir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun bahsi geçen hükmüne göre, zarar gören, zararının tazmini için sorumluluk sigortacısından herhangi bir talepte bulunmadan ona doğrudan dava açabilir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 97'nci maddesine göre ise bu mümkün değildir. Çünkü söz konusu hükme göre, “zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurabilir”¹⁴. Motorlu bir aracın işletilmesi neticesinde zarar gören kişinin, sigortacıya karşı dava açmadan (*tahkime başvurmadan*) önce zararının tazmini için ona yazılı başvuruda bulunması şartı, özel nitelikte bir dava şartıdır¹⁵. Bu sebeple bir davada (tahkim yargılamasında) hâkim (hakem) uyuşmazlığın esasına geçmeden önce bu şartın yerine getirilip getirilmediğini incelemelidir. Şayet söz konusu şart yerine getirilmemişse, dava şartı yokluğundan davanın usulden reddi gerekir¹⁶. Bundan dolayı uygulamada trafik kazası neticesinde zarar gören üçüncü kişiler öncelikle sigortacıya zararlarının tazmini için yazılı olarak başvururlar. Bunun üzerine sigortacılar, talep edilen zararın sigorta himayesi kapsamında olduğu kanaatinde iseler kendi eksperleri vasıtası ile hesaplattıkları zararı başvuru zarar gören üçüncü kişilere öderler. Birçok hâlde sigortacılar tarafından yapılan bu ödeme zarar görenlerin talebini tam olarak karşılamamaktadır. Böyle bir durumda sigortacıya dava açmak veya Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurmak zorunda kalan zarar gören üçüncü kişiye yapılan bu ödemenin, kısmi ifa sayılıp sayılmayacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Şayet sigortacı tarafından daha önceden yapılan fakat zarar görenin zararını tam olarak karşılamayan ödeme kısmi ifa sayılır ise bu ödemenin Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesi gereği zamanaşımını kestiği kabul edilmelidir.

Çalışmamızın konusunu, sigortacı tarafından kendisine dava açılmadan önce başvuran zarar gören üçüncü kişiye yapılan, fakat daha sonraki bir mahkeme kararı ile zararı tam olarak karşılamadığı tespit edilen ödemenin kısmi ifa sayılıp sayılmadığı ve dolayısıyla zamanaşımını kesip kesmediği meselesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda öncelikle bu meseleye ilişkin Yargıtay kararları gösterilecek, akabinde kısmi ifa kavramı ve bunun zamanaşımı üzerindeki etkisi üzerinde durulacak ve nihayetinde kendi görüşümüz paylaşılacaktır.

I. MESELEYE İLİŞKİN YARGITAY İÇTİHATLARI

İşbu çalışma ile tartışma konusu yaptığımız meselenin daha iyi anlaşılabilmesi ve taşıdığı öneme binaen bu meseleye ilişkin Yargıtay içtihatlarının ayrı bir başlık altında gösterilmesinin daha uygun olacağı

¹³ 26.04.2016 tarihli ve 29695 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 6704 Sayılı “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 5'inci maddesi ile değişik.

¹⁴ Benzer bir düzenleme 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30'uncu maddesinin 13'üncü fıkrasında da yer almaktadır. Bu hükme göre, Sigorta Tahkim Komisyonu'na gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren onbeş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de Komisyona başvuru için yeterlidir. Yukarıda bahsi geçen Karayolları Trafik Kanunu'nun 97'nci maddesindeki düzenleme trafik sigortalıları için özel hüküm mahiyetinde olduğundan dolayı Sigortacılık Kanunu'nun bu hükmü, trafik sigortası dışındaki diğer sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için uygulanma kabiliyetini haizdir.

¹⁵ TUZTAŞ, Hüseyin: *Trafik Kazalarından Kaynaklanan Bedensel Zararlar Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 30; KAYIHAN, Şaban / SELANİK, Atakan Adem: *Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 173.

¹⁶ Adana BAM, 3. HD. T. 05.05.2021, E. 2020/890, K. 2021/904; STK, T. 05.01.2021, E. 2020/59427, K. 2021/1315 (KAYIHAN / SELANİK, s. 174).

kanaatindeyiz. Bu bağlamda öncelikle 11'inci Hukuk Dairesinin akabinde 4'üncü Hukuk Dairesinin (kapatılan 17'nci Hukuk Dairesinin)¹⁷ içtihatlarının bir kısmına örnek mahiyetinde değinilecektir.

A. Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesinin İçtihadı

Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun daireler arasındaki iş bölümü kararlarına göre trafik sigortasına ilişkin uyuşmazlıklarda temyiz mercii 4'üncü Hukuk Dairesidir¹⁸. Bu sebeple Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesinin trafik sigortası, özellikle de bu çalışmanın esasını oluşturan mesele ile ilgili kararlarına pek fazla rastlanmamaktadır. Fakat söz konusu dairenin trafik sigortasına ilişkin olmasa da bahsi geçen meseleye ilişkin bir kararı tarafımızca tespit edilmiştir.

Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesinin 2007/1197 E. 2008/8543 K. sayılı ilâmına konu olayda, davacı, davalı sigorta şirketi nezdinde sigortalı olan fabrika binasının 17.08.1999 tarihinde hasara uğradığını ve sigorta himayesi kapsamındaki kâr kaybı için sigorta şirketi tarafından ödenen 521.000 NLG'nin¹⁹ zararı tam olarak karşılamadığını ileri sürerek 1.816.000 NLG tazminatın faiziyle birlikte davalı sigorta şirketinden tahsilini dava etmiştir. Davalı sigorta şirketi ise, davacının zararını tamamen tazmin ettiklerini ve ayrıca davanın zamanaşımına uğradığını savunarak davanın reddini talep etmiştir. Söz konusu davanın ilk derecesi mahkemesi olan Kadıköy Asliye 4. Ticaret Mahkemesi 2004/1376 E. 2006/609 K. sayılı ve 10.10.2006 tarihli ilâmı ile davalı sigorta şirketinin borçlu olduğunu ikrar ettiği 15.01.2001 tarihinde zamanaşımının kesildiğini ve yeni zamanaşımı süresinin işlemeye başladığını ve davanın da bu süre içerisinde açıldığını belirterek davacıya 788.759 Euro kâr kaybının ve işlemler faizinin ödenmesine karar vermiştir. İlk derece mahkemesinin mezkûr kararı davalı tarafından temyiz edilmiştir. Bunun üzerine Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi, davalı sigorta şirketi tarafından yaptırılan eksper incelemesi sonunda sigortalının zararının 841.000 NLG hesaplanıp saptanması üzerine bu miktardan daha önce ödediği avans tutarını tenzil ettikten sonra kalan miktarı ödemeyi teklif ettiği ve davacı sigortalıya gönderdiği 15.01.2001 tarihli yazıyla zamanaşımının kesildiğinin ilk derece mahkemesince kabulünün doğru bulunmadığı zira davalının bu yazıyla ikrar ettiği miktarın kendisi için borcun tamamı olduğu, bu sebeple bu ikrarın davacı sigortalının tam olarak karşılanmadığını iddia ettiği miktar için zamanaşımını kesmediği gerekçesiyle söz konusu davanın zamanaşımına uğradığına oybirliğiyle karar vermiştir.

Bu karardan da anlaşılacağı üzere, Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi, sigorta şirketinin, dava açılmadan önce eksperlerince hesaplanan zarar miktarını ödemesini kısmi ifa olarak kabul etmemekte, dolayısıyla zamanaşımını kesen bir neden olarak görmemektedir. Zira daireye göre sigortalının talep ettiği tazminat miktarı daha fazla olsa da sigortacı tarafından yapılan ve sigortalının talebini karşılamaya yetmeyen ödeme, sigortacı bakımından kısmi değil tam ifadır. Görüldüğü üzere, Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi, zamanaşımının kesilmesi bakımından, sigortacının yaptığı ödemeyi borç ikrarı ile birlikte değerlendirerek; bu ödemenin sigortalının karşılanmayan bakiye zarar miktarının ikrarı anlamına gelmediğinden bahisle zamanaşımını kesmediğine karar vermiştir.

B. Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesinin İçtihatları

Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesinin 2021/11741 E. 2021/7351 K. sayılı ilâmına konu olayda davalının bedensel zarara uğramasıyla sonuçlanan trafik kazasının 16.11.2010 tarihinde gerçekleştiği, yapı-

¹⁷ Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 03.11.2020 tarihli ve 245 sayılı Kararı ile 17. Hukuk Dairesi 08.04.2021 tarihinden geçerli olmak üzere kapatılmış ve daha önce kendisine verilen işler 4. Hukuk Dairesi'ne devredilmiştir (<https://www.yargitay.gov.tr/documents/isbolumu/245isbolumu.pdf>, ET: 02.04.2024). 17. Hukuk Dairesi'nin kapatılmasından önceki Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun iş bölümü kararlarına bakıldığında trafik sigortasına ilişkin uyuşmazlıklarda temyiz mercii 17. Hukuk Dairesi olduğu görülmektedir (bu konu hakkında bkz. <https://www.yargitay.gov.tr/documents/isbolumukarar30012019.pdf>, ET: 02.04.2024). 08.04.2021 tarihinden itibaren ise trafik sigortasına ilişkin uyuşmazlıklarda temyiz mercii artık Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'dir (bu konu hakkında şu an için en güncel olan Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 18.01.2024 tarihli ve 1 sayılı kararı için bkz. <https://www.yargitay.gov.tr/documents/ek-1706165589.pdf>, ET: 02.04.2024).

¹⁸ Bkz. 17 no'lu dipnot.

¹⁹ NLG yani Hollanda guldeni, Hollanda devletinin 17. yüzyıldan 2002 yılında Euro'ya geçinceye kadar kullandığı para birimidir (https://tr.wikipedia.org/wiki/Hollanda_guldeni#, ET: 02.04.2024).

lan başvuru üzerine 03.01.2018 tarihinde davalı sigorta şirketi tarafından 49.478,00 TL tazminat ödemesinin yapıldığı ve bu ödemenin yetersiz olduğu gerekçesiyle, 25.04.2019 tarihinde Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurulmuştur. İtiraz Hakem Heyeti tarafından, kaza tarihinden itibaren 8 yıllık ceza zamanaşımı süresi içinde açılmayan davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş; karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Bunun üzerine Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi, davalı sigortacı tarafından 03.01.2018 tarihinde yapılan ödemenin kısmi ifa olduğuna, bundan dolayı bu tarihte Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesi gereği zamanaşımının kesildiğine ve yeni sürenin işlemeye başladığına, Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru tarihi itibarıyla da yeni işlemeye başlayan sürenin dolmadığına karar vermiştir.

Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesinin yukarıda bahsi geçen ilâmına konu olaya benzer bir olayda Yargıtay (kapatılan) 17'nci Hukuk Dairesi 2015/4651 E. 2015/9907 K. sayılı ilâmında, davanın açıldığı 20.10.2009 tarihinden önce sigortacı tarafından yapılan ve fakat zarar görenin zararını karşılamaya tam olarak yetmeyen 10.03.2008 tarihli ödemenin kısmi ifa niteliğinde olduğuna ve bu sebeple 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 133'üncü maddesi (Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesi) gereğince zamanaşımının kesildiğine ve yeni sürenin işlemeye başladığına karar vermiştir²⁰.

Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi, sigorta şirketinin, dava açılmadan önce eksperlerince hesaplanan ve fakat daha sonra mahkemece zarar görenin zararını karşılamaya tam olarak yeterli bulunmayan tazminat miktarını ödemesini kısmi ifa olarak kabul etmekte, dolayısıyla zamanaşımını kesen bir neden olarak görmektedir.

II. ZARAR GÖRENİN TAZMİNAT TALEBİ BAKIMINDAN TRAFİK SİGORTASINDA ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

Kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel Hükümler" başlıklı birinci kısmının üçüncü bölümünde, 146'ncı maddede alacakların tâbi olduğu zamanaşımı süresini belirlemiştir. Mezkûr hükme göre, Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tâbidir. "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, kanun hükmü ile on yıllık süreden farklı bir zamanaşımı süresinin belirlenmesi yolu açık bırakılmıştır. Bu sebeple birçok kanunda farklı borç ilişkileri için değişik zamanaşımı sürelerinin öngörüldüğü müşahede edilmektedir.

Bunlardan biri Türk Ticaret Kanunu'nun 1485'inci maddesi sebebiyle sorumluluk sigortaları bakımından da uygulanma kabiliyetini haiz aynı Kanunun 1420'nci maddesinin²¹ birinci fıkrasıdır. Söz konusu hükme göre "*sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve 1482'nci madde hükmü saklı kalmak üzere, sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler herhâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar*". Görüldüğü üzere sigorta tazminatı talebinin azami zamanaşımı süresini altı yıl olarak belirleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 1420'nci maddesinin birinci fıkrasında kanun koyucu, sorumluluk sigortalarına ilişkin 1482'nci madde hükmünü saklı tutmuştur. Yani sorumluluk sigortalarında, sigorta tazminatına ilişkin azami zamanaşımı süresi altı yıl olmayıp, bu süre 1482'nci madde hükmüne göre sigorta konusu olaydan itibaren on yıldır.

Bu çalışma bakımından zamanaşımı ile ilgili olarak asıl değerlendirilmesi gereken hüküm Karayolları Trafik Kanunu'nun 109'uncu maddesidir. Zira aynı Kanun'un 85'inci maddesinin birinci fıkrası

²⁰ Bu meseleye ilişkin Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi'nin kararlarına bakıldığına benzer şekilde içtihat tesis ettiği görülmektedir. Çalışmamızın hacmini gereğinden fazla artırmamak adına mezkûr dairenin bu konuya ilişkin diğer kararlarından birkaç tanesinin sadece künyesine yer verilmiştir. Söz konusu benzer kararlar için bkz. Yargıtay, 17. HD, T. 01.06.2017, E. 2017/525, K. 2017/6308; Yargıtay, 17. HD, T. 05.02.2013, E. 2012/738, K. 2013/1080; Yargıtay, 17. HD, T. 19.10.2015, E. 2015/12056, K. 2015/10847 sayılı ilâmları (Lexpera).

²¹ Söz konusu maddede sadece zamanaşımı sürelerine yer verilmiş olup, sürelerin hesaplanması, durması veya kesilmesi konularından bahsedilmemiştir. Bu sebeple, bu gibi durumlar, Türk Ticaret Kanunu'nun 1451'inci maddesinin "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde sigorta sözleşmesi hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*" hükmü gereğince, Türk Borçlar Kanunu'nun 117 vd. maddelerinde yer alan hükümler uygulama kabiliyeti bulur. Bu konuya ilişkin bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 05.12.1984, E. 1984/5729, K. 1984/6071 (ULAŞ, s. 126).

sında öngörülen araç işletenin sorumluluğunun doğması durumunda zarar görenin trafik sigortacısına karşı sahip olduğu doğrudan tazminat talep etme veya dava açma hakkı için de geçerli olan zamanaşım süreleri bu hükümde düzenlenmektedir. Karayolları Trafik Kanunu, Türk Ticaret Kanunu'na göre daha özel bir kanun olduğu için trafik sigortasından doğan talep ve davalara Türk Ticaret Kanunu'nun sorumluluk sigortalarına ilişkin zamanaşımı hükümleri değil, Karayolları Trafik Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanmalıdır²². Mezkûr Kanun'un 109'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar²³. Fakat bu hüküm, zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından, sigortacıya karşı açılacak davalarda uygulanmaz²⁴. Çünkü Karayolları Trafik Kanunu'nun 99'uncu maddelerinin birinci fıkrasına göre, “sigortacılar, hak sahibinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar”. Bilindiği üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun 149'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, “zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar”. Yine aynı hükmün ikinci fıkrasına göre, “alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu hâllerde, zamanaşımı bu bildirim yapılabileceği günden işlemeye başlar”. Bundan dolayı, Karayolları Trafik Kanunu'nun 109'uncu maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen iki yıllık kısa zamanaşımı süresi hak sahibinin sigortacıya yapması gereken bildirim tarihinden başlar. Aksinin kabulü, henüz muaccel hâle gelmemiş bir alacak için zamanaşımı süresinin başlaması anlamına gelir²⁵.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 109'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, “dava, cezayı gerektiren bir fiilden doğar ve ceza kanunu bu fiil için daha uzun bir zaman aşımı süresi öngörmüş bulunursa, bu süre, maddi tazminat talepleri için de geçerlidir”. Bu sebeple bir kişinin yaralanması veya ölümü ile sonuçlanan trafik kazasının aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nda²⁶ düzenlenen takirle yaralama veya öldürme olarak tanımlanan cezayı gerektirecek eylem niteliğinde bulunmasından dolayı açılacak tazminat davalarında zamanaşımının, aynı Kanun'un 66'ncı maddesinin birinci fıkrasının “d” ve “e” bentleri gereğince yaralama hâlinde sekiz ve ölüm hâlinde onbeş yıl olarak uygulanması gerekir²⁷.

III. KISMİ İFA KAVRAMI

A. Genel Olarak

Borç ilişkisi, “geniş anlamda borç ilişkisi” ve “dar anlamda borç ilişkisi” olmak üzere iki farklı anlamda kullanılır²⁸. Dar anlamda borç ilişkisinden borç kavramı anlaşılır. Borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu, alacaklının da borçludan talep etmeye yetkili olduğu edime, “borç” veya “dar anlam-

²² KARASU, Rauf: *Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 128.

²³ Araç işletenin Karayolları Trafik Kanunu'nun 85'inci maddesinde öngörülen gerçekleşmesi muhtemel sorumluluğu için trafik sigortası dışında ihtiyari bir sorumluluk sigortası yaptırması da mümkündür. Münakid ihtiyari sorumluluk sigortasının olması hâlinde Karayolları Trafik Kanunu'nun 109'uncu maddesinde öngörülen zamanaşımı süreleri aynı kanunun 100'üncü maddesi gereği bu sigortanın sigortacısına karşı sahip olunan tazminat talep etme hakkı için de aynen geçerlidir. Zira bu kanunun 100'üncü maddesinde “...zamanaşımına ilişkin 109'uncu maddenin ihtiyari mali sorumluluk sigortasında da uygulanacağı” açıkça ifade edilmiştir. Bunun dışında Karayolları Trafik Kanunu'nun 109'uncu maddesinde öngörülen zamanaşımı sürelerinin, aynı hükmün beşinci fıkrasında genel hükümlere yapılan atf gereği emredici olduklarının yani sözleşme ile değiştirilemeyeceklerinin kabulü gerekir. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun 148'inci maddesine göre, “...zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez”.

²⁴ KARASU, s. 128.

²⁵ ULAŞ, s. 1071; KARASU, s. 128.

²⁶ 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete.

²⁷ Bu konu hakkında bkz. Yargıtay, HGK, T. 01.12.2020, E. 2017/1105, K. 2020/980 sayılı kararı (Lexpera).

²⁸ EREN, s. 21; GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban: *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler*, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2020, s. 6.

da borç ilişkisi” denir²⁹. Örneğin, kira sözleşmesinden kaynaklı kira bedeli veya haksız fiilden kaynaklı tazminat ödeme yükümlülüğü borca örnek olarak gösterilebilir. “Geniş anlamda borç ilişkisi” ise alacaklı ile borçlu arasında bir veya daha çok alacak hakkı ile bazı tali hakları ve borçları içeren hukuki ilişkidir³⁰. Bu tariflerden de anlaşılacağı üzere, borç, geniş anlamda borç ilişkisinden doğan bir tek edim yükümlülüğüdür. Borç ve geniş anlamda borç ilişkisi kavramları birbirlerinden farklıdır³¹. Bu farklılıklar, söz konusu kavramların doğum anları, kapsamları, devirleri ve sona erme nedenlerinde³² karşımıza çıkmaktadır. Çalışma konumuz açısından önem arz eden husus, dar anlamda borcu sona erdiren bir neden olan ifadır.

İfa kavramı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda³³ tanımlanmamıştır. Doktrinde ifa, borçlanılan edimin konu, yer ve zaman bakımından tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesi şeklinde tanımlanmaktadır³⁴. Borcun tam ve doğru bir şekilde ifasına borcun gereği gibi ifası denilir³⁵ ve borç gereği gibi ifa edilerek sona erer. Zira alacaklı ancak bu şekilde bir ifa³⁶ ile tatmin edilmiş olur³⁷. Pek tabii ki ifa ile, kural olarak borç ilişkisi değil, bu ilişkinin içerdiği tekil borç sona erer³⁸. Başka bir deyişle ifa dar anlamda borcu sona erdiren bir olaydır³⁹.

B. Kısmi İfanın Tespiti

Kısmi ifa, belirli bir borç ilişkisinden doğan ve belirli bir anda muaccel olan bir borcun tamamen ifa edilmediği, miktar itibarıyla borçlanılan edimin altında kalması hâlidir⁴⁰. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, kısmi ifa borçlanılan edimin miktarı⁴¹, yani dar anlamda borç ile ilgili bir kavramdır⁴². Bu sebeple, kısmi ifanın, borçlanılan edimin bir kısmının ifa edilip bir kısmının ifa edilmemesi hâli ile ilgili olduğu söylenebilir. Pek tabii ki bu hâlin ortaya çıkabilmesi için borçlanılan edimin belli olması gerekir⁴³. Zira edim belli ise ancak borçlunun ifasının kısmi olup olmadığı tespit edilebilir. Sanırsanız ki, kanun koyucunun “kısmi ifa” başlıklı Türk Borçlar Kanunu’nun 84’üncü maddesi ile ifade etmek istediği husus da budur. Her ne kadar söz konusu hükmün, sadece alacaklının kısmi ifayı reddetme hakkı-

²⁹ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 39-40; GÜNERGÖK / KAYIHAN, s. 6; EREN, s. 22.

³⁰ EREN, s. 22; GÜNERGÖK / KAYIHAN, s. 7.

³¹ TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 40; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023, s. 3; ANTALYA, Gökhan: *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 (Cilt V/1,1), s. 9; AKINCI, Şahin: *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 13. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2022, s. 19.

³² Borç ve geniş anlamda borç ilişkisi kavramları arasındaki farklar bakımından detaylı bilgi için bkz. EREN, s. 22 vd.

³³ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

³⁴ EREN, s. 1020; İNAN, Ali Naim: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 437; SEROZAN, Rona: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, Cilt III*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 8; TUNÇOMAĞ, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 663; TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s. 292; ANTALYA, Gökhan: *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019 (Cilt V/1,3), s. 43; EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 1909.

³⁵ Bu husus aynı zamanda doktrinde “ifanın bütünlüğü ilkesi” veya “bölümsel ifa yasağı” şeklinde de adlandırılır (KOCAYUSUFPASA-OĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt III*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 116).

³⁶ Türk Borçlar Kanunu’nun bazı hükümlerine (örneğin 78, 100 ve 103’üncü maddelerine) bakıldığında ifa yerine ödeme kavramının kullanıldığı görülmektedir. Ödeme kavramı, ifa kavramına nazaran daha dar anlamdadır. Ödeme kavramı ile sadece para borçlarının ifası kastedilmektedir.

³⁷ ANTALYA, *Cilt V/1,1*, s. 4; EREN, s. 1020; İPEK, Eyüp: *Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlı Hukuki Sonuçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 165.

³⁸ HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 11; EREN, s. 1021.

³⁹ ANTALYA, *Cilt V/1,3*, s. 47.

⁴⁰ EREN / DÖNMEZ, s. 1959; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Kısmi İfa”, *Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 603; EREN, s. 942.

⁴¹ ANTALYA, *Cilt V/1,3*, s. 142.

⁴² ŞEN, Elif: *Kısmi İfa*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 57; DEMİRBAŞ, Feride: *Kısmi İfa*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 133.

⁴³ DEMİRBAŞ, s. 133.

na ne zaman sahip olduğunu düzenlediği savunulabilse de mezkûr hükmün birinci fıkrasından hareketle hangi ifanın kısmi ifa sayılacağına tespitinin de mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Türk Borçlar Kanunu'nun 84'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, "*borcun tamamı belli ve muaccel ise alacaklı kısmen ifayı reddedebilir*". Zira ifanın bütünlüğü ilkesi gereğince alacaklının tatmini bakımından edim, bir bütün olarak ifa edilmelidir⁴⁴. Edimin bölünebilir nitelikte olması, bu ilkenin borçların ifasında temel bir prensip olmasını değiştirmez⁴⁵. Örneğin, 50.000 adet telefon teslim borcu olan borçlunun alacaklıya 10.000 adet telefon teslim ederek borcundan kurtulması mümkün değildir. Böyle bir teklif ile karşılaşan alacaklı, Türk Borçlar Kanunu'nun 84'üncü maddesi gereğince borçlunun bu teklifini reddedebilir. Kendisine kısmi ifa teklif edilen alacaklıya bunu reddetme hakkı verilmesi, edime uygun ifa kuralının doğal bir sonucudur⁴⁶.

Gerçekleştirilen ifanın kısmi ifa olup olmadığının tespiti bakımından esas alınması gerektiğini düşündüğümüz Türk Borçlar Kanunu'nun 84'üncü maddesinin birinci fıkrası alacaklının kısmi ifa teklifini reddetme hakkını birtakım şartlara bağlamıştır. Söz konusu hükme göre bu şartlar, borcun tamamının belli ve muaccel olmasıdır. Başka bir deyişle borcun tamamı belli ve muaccel ise gerçekleştirilen ifa, kısmi ifa sayılabilir. Aksi durumda gerçekleştirilen ifanın kısmi ifa olup olmadığının tartışılmaması gerekir. İşbu çalışma ile tartışma konusu yaptığımız mesele bakımından söz konusu şartlardan "*borcun tamamının belli olması*" önem arz ettiğinden sadece bu ifadenin ne anlama geldiği üzerinde durulacaktır.

"*Borcun tamamının belli olması*" ifadesinden anlaşılması gereken, borcun tamamının çekişmesiz olması, başka bir deyişle borcun varlığı ve aynı zamanda miktarı bakımından herhangi bir ihtilâfin olmamasıdır. Hükmün lafzında geçen "*belli*" kelimesi ile kastedilen, edimin belirlilik özelliğidir. Doktrinde edimin belirli olabilmesi için borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerce dahi edim yükümlülüğünün ne olduğunun anlaşılabilmesi gerektiği ifade edilir⁴⁷. O hâlde borcun belli olabilmesi için hem alacaklı hem borçlu bakımından belirli olması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır⁴⁸.

Bazı durumlarda edim hukuki açıdan belirli olmayabilir. Yani taraflar arasında edimin niteliği veya miktarı bakımından ihtilâf olması mümkündür. Böyle bir durumda edim ya taraf iradeleriyle ya da mahkeme kararıyla belirli hâle gelir. Bu aşamaya kadar ise belirli bir edimden söz edilemez⁴⁹. Başka bir deyişle, belirli bir edimden bahsedebilmesi için edimin varlığı ve miktarı bakımından taraflar arasında hukuki bir ihtilâfin bulunmaması gerekir. Satım sözleşmesi sonucu düzenlenen faturaya dayanan, banka kredi sözleşmesinden doğan veya kambiyo senedinden doğan alacaklar, edimin belirli olduğu hâllere örnek olarak gösterilebilir⁵⁰. Bu hâllerde borçlunun belirli olan alacak miktarının altında gerçekleştirdiği ifa, kısmi ifa olarak kabul edilir⁵¹.

Sonuç olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 84'üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü de dikkate alındığında, gerçekleştirilen ifanın kısmi ifa olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için borcun tamamının belli olması gerektiği kanaatindeyiz⁵². Zaten bir şeyin kısmisinden bahsedilebilmesi için bütünü varlığı noktasında herhangi bir şüphenin olmaması gerekir. Zira bütün var ise kısmiden söz edilir.

⁴⁴ ANTALYA, *Cilt V,1,3*, s. 45; EREN / DÖNMEZ, s. 1959.

⁴⁵ TEKİNAY, Selahattin / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 764; DEMİRBAŞ, s. 136.

⁴⁶ TERCİER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s. 326. Kendisine kısmi ifa teklifini reddetme hakkı verilen alacaklı, bu hakkını kullanarak aynı zamanda borca aykırılığın doğuracağı hukuki sorumluluğu, edimin tamamı bakımından borçluya yüklemiş olur (DEMİRBAŞ, s. 176).

⁴⁷ DEMİRBAŞ, s. 178.

⁴⁸ Aynı yönde görüş için bkz. EREN, s. 101.

⁴⁹ DEMİRBAŞ, s. 184.

⁵⁰ AKİL, Cenk: *Kısmi Dava*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 79-80.

⁵¹ DEMİRBAŞ, s. 185.

⁵² DEMİRBAŞ, s. 159.

Türk Borçlar Kanunu'na bakıldığında kanun koyucunun kısmi ifaya birtakım sonuçlar bağladığı görülmektedir. Bunlar arasında çalışmamız açısından değerlendirilmesi gereken sonuç, kısmi ifanın zamanaşımını kesmesidir.

IV. KISMİ İFA BAĞLAMINDA ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ

Zamanaşımı, borcu sona erdiren sebeplerden biridir. Fakat zamanaşımı, borcu gerçek anlamda sona erdirmez⁵³. Burada kanun koyucu, zamanaşımını zayıflatan bir etki tanımıştır. Zira kanunda öngörülen belirli bir zamanın geçmesi, borcu doğrudan sona erdirmemekte, sadece alacaklının elinden, borçlu istemediği takdirde alacağını dava veya icra yoluyla tahsil etme imkânını almaktadır. Yani zamanaşımı, borçluya bir def'i hakkı vermektedir⁵⁴. Bundan dolayı borçlunun zamanaşımını def'ini ileri sürmesi durumunda, alacaklının açtığı dava reddedilir ve borç eksik borç hâlini alır⁵⁵.

Kanunlarda belirlenen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başladıktan sonra durması⁵⁶ veya kesilmesi mümkündür. Zamanaşımının kesilmesi, kanunda belirtilen olayların gerçekleşmesi durumunda işlemekte olan zamanaşımının etkisini kaybetmesi demektir⁵⁷. Böyle bir durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 156'ncı maddesinin birinci fıkrası gereğince zamanaşımı süresi, kendisini kesen olayın gerçekleşmesinden itibaren yeniden işlemeye başlar. Başka bir deyişle zamanaşımının kesilmesiyle daha önce işlemiş olan süre ortadan kalkar, sanki zamanaşımı hiç işlememiş gibi bir sonuç ortaya çıkar⁵⁸.

Karayolları Trafik Kanunu'nda, aynı Kanun'un 109'uncu maddesinde öngörülen zamanaşımı sürelerini kesen sebepler ayrıca düzenlenmemiştir. Söz konusu Kanun'a bakıldığında zamanaşımı sürelerinin kesilmesi ile ilgili tek hükmün bahsi geçen maddenin üçüncü fıkrası olduğu görülmektedir. Bu fıkra kanun koyucu, tazminat yükümlüsüne karşı kesilen zamanaşımının sigortacıya karşı da kesildiğini, aynı şekilde sigortacı bakımından kesilen zamanaşımının tazminat yükümlüsü bakımından da kesilmiş sayıldığını ifade etmiştir. Her ne kadar Karayolları Trafik Kanunu'nda zamanaşımı sürelerini kesen sebepler ayrıca düzenlenmemiş olsa da bu sebeplerin neler olacağının tespiti, bu Kanun'un "*zamanaşımı*" başlıklı 109'uncu maddesinin beşinci fıkrası ile mümkündür. Zira söz konusu fıkraya göre, 109'uncu maddede zamanaşımı ile ilgili düzenlenmeyen diğer hususlarda genel hükümler uygulanır. Bundan dolayı bütün borç ilişkileri bakımından genel hüküm mahiyetinde olan ve zamanaşımı sürelerinin kesilme sebeplerinin ihdas edildiği Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesinin, zarar görenin trafik sigortacısına karşı sahip olduğu doğrudan tazminat talep ve dava hakkı için geçerli olan zamanaşımı süresinin kesilmesine de uygulanmasında hukuken bir beis yoktur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesine göre, borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse veyahut alacaklı dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa zamanaşımı kesilir. Görüldüğü üzere kanun koyucu zamanaşımını kesen sebepleri, borçlunun ve alacaklının fiillerine dayanan sebepler şeklinde ikiye ayırmıştır⁵⁹.

Borçlunun fiillerine dayanan zamanaşımını kesen sebeplerden birisi, borçlunun kısmi ifada bulunmasıdır. Aslında Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesinde borçlunun fiiline dayanan zamanaşımını kesen sebep, borçlunun borcunu ikrar etmesidir. Kanun koyucu, mezkûr hükümde "*özellikle*"

⁵³ HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 344.

⁵⁴ HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 346.

⁵⁵ EREN, s. 1433.

⁵⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun 153'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, zamanaşımını durduran sebeplerin varlığı hâlinde, zamanaşımı, ya bu sebeplerin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar ya da durmadan önce işlemeye başlayan süre bu sebeplerin ortadan kalması ile birlikte kaldığı yerden işlemeye devam eder.

⁵⁷ HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 351; ŞEN, s. 186.

⁵⁸ EREN, s. 1445.

⁵⁹ HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 351.

ifadesini kullanarak borçlunun hangi fiilleri ile borcu ikrar etmiş sayılacağını örneklendirme yoluna gitmiştir. Bu hükme göre, borçlunun borcunu kısmen ifa etmesi hâlinde borcu ikrar ettiği kabul edilir ve zamanaşımı süresi kesilir. Yani zamanaşımının kesilmesi için kısmi ifanın tek başına değil borç ikrarı ile birlikte dikkate alınması gerekir.

Pek tabii ki kısmi ifa, borcun ifa edilmeyen kısmı için zamanaşımını keser⁶⁰. Fakat borçlu ifade bulunurken alacaklının talep ettiği alacak miktarının tamamını ikrar etmiyor, sadece kendi ikrar ettiği kısmı ifa ediyorsa bu ifanın zamanaşımını kesmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira az önce de ifade edildiği üzere, kısmi ifanın zamanaşımını kesebilmesi için borcun ikrar edilmesi gerekir. Alacaklının talep ettiği fakat borçlunun belli bir kısmını inkâr ederek ifa gerçekleştirdiği durumda, alacaklı bakımından ifa edilmeyen kısmın borçlu tarafından ikrar edildiğinin kabulü mümkün olmayacağı için bu kısım açısından zamanaşımının kesildiğini de kabul etmek mümkün değildir⁶¹. Çünkü böyle bir durumda borcun ikrarı değil, aksine inkârı söz konusudur.

V. DEĞERLENDİRME ve GÖRÜŞÜMÜZ

Daha önce giriş bölümünde de ifade ettiğimiz üzere, trafik sigortalarında sigortacılar, zarar gören üçüncü kişilerin Karayolları Trafik Kanunu'nun 107'nci maddesinde öngörülen özel dava şartını sağlamak amacıyla kendilerinden tazimat talep etmelerini takiben eksperleri vasıtası ile hesaplattıkları zararı başvuru zarar gören üçüncü kişilere ödemektedirler. Sigortacılar tarafından yapılan bu ödemenin zarar görenlerin talebini tam olarak karşılamadığı durumlarda karşımıza söz konusu ödemenin kısmi ifa sayılıp sayılmayacağı ve dolayısıyla zamanaşımını kesip kesmediği meselesi ortaya çıkmaktadır.

Söz konusu meselenin hâlli için Türk Borçlar Kanunu'nun 84 ve 154'üncü maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Gerçekleştirilen ifanın kısmi ifa olarak kabul edilebilmesi için 84'üncü maddeye göre borcun tamamının borç ilişkisinin her iki tarafı bakımından belli ve sonuç olarak zamanaşımını kesebilmesi için de 154'üncü maddeye göre borç ikrarına yönelik olması gerekir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, mezkûr madde lafızlarında geçen borç kavramından anlaşılması gereken geniş anlamda borç ilişkisinden doğan bir tek edim yükümlülüğüdür. Yani kanun koyucu, bahsi geçen her iki maddede kısmi ifa ile borcun miktarı arasında güçlü bir bağlantı kurmuştur. Kanaatimizce olması gereken de budur. Zira bir şeyin kısmisi, doğrudan o şeyin miktarı ile ilgili bir kavramdır.

Trafik sigortası uygulamasında, sigortacının zarar gören tarafından kendisine dava açılmadan önce yaptığı başvuruya istinaden eksperlerince hesaplanan ve daha sonra yargılama neticesinde gerçek zarar miktarının altında kaldığı tespit edilen sigorta zararı ödemesi, kısmi ifa ve dolayısıyla zamanaşımını kesen bir sebep olarak kabul edilemez. Zira her ne kadar sigortacı tarafından yapılan ödeme daha sonra yargılama neticesinde tespit edilen gerçek zarar miktarının altında kalsa da, başka bir deyişle zahirin kısmi ifa gibi görünse de kısmi ifa olgusunun, gerçekleştirildiği an itibarıyla değerlendirilmesi gerekir. Sigortacının, kendi eksperlerince hesaplanan zararı zarar görene ödemesinde kısmi ifaya yönelik bir iradesi yoktur, aksine sigortacı zarar görene borcunun tamamını ödeme niyetiyle bir ifa gerçekleştirmektedir. Çünkü, sigortacı açısından zarar görenin zararı kendi eksperlerince hesaplanan miktar kadardır. Bir ifanın, kısmi ifa sayılabilmesi için Türk Borçlar Kanunu'nun 84'üncü maddesinin birinci fıkrasından hareketle şart olarak kabul ettiğimiz "*borcun tamamının her iki taraf bakımından da belli*" olması şartı, burada sağlanmamaktadır. Şu örnekle meseleye ilişkin görüşümüzün daha iyi anlaşılacağı kanaatindeyiz. Trafik kazası neticesinde zarar gören, kusurlu motorlu araç işleticisinin trafik sigortacısına zararının tazmini için başvurmuş, akabinde eksper incelemesi neticesinde tespit olunan 100.000 TL'lik zarar miktarı sigortacı tarafından zarar görene ödenmiştir. Bu ödemenin zararını tam olarak karşılamadığını düşünen zarar gören sigortacıya karşı dava açmıştır. Yargılama neticesinde zarar göre-

⁶⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 187; DEMİRBAŞ, s. 299.

⁶¹ Aynı yönde görüş için bkz. ŞEN, s. 187.

nin zararının 150.000 TL olduğu tespit edilmiştir. Az önce de ifade ettiğimiz üzere, sigortacının daha önceden yaptığı 100.000 TL'lik ödeme kısmi ifa sayılamaz. Zira söz konusu ifanın gerçekleştiği an itibarıyla sigortacının borcunun miktarı taraflar arasında belli değildir. Sigortacı, 100.000 TL'lik ödemeyi borcunun tamamını ifa etme niyetiyle gerçekleştirmiştir. Şayet sigortacı ile zarar gören, zararın 150.000 TL olduğu noktada mutabakata varmış, sigortacı 100.000 TL'lik ödeme yapmış ve sigortacının bakiye 50.000 TL'yi ödememesi üzerine zarar gören dava açmış olsa idi, sigortacının yaptığı 100.000 TL'lik ödeme kısmi ifa sayılacaktı.

Trafik sigortasında zarar gören üçüncü kişinin tazminat talebi, Karayolları Trafik Kanunu'nun 85'inci maddesinin birinci fıkrasında öngörülen, motorlu araç işleticisinin, aracın işletilmesi neticesinde bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olması durumunda ortaya çıkan sorumluluğuna ilişkindir. Daha kısa bir ifade ile, zarar görenin tazminat talebine konu alacağının dayanağı trafik kazasından kaynaklı bir haksız fiil ilişkisidir. Zira trafik sigortası, mezkûr Kanun'un 91'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, araç işletenlerin 85'inci maddede öngörülen sorumluluklarından doğacak tazminat yükümlülüklerinin karşılanması amacıyla yaptırılan bir sorumluluk sigortasıdır. Doktrinde ise trafik kazalarından doğan veya mahkeme tarafından hesaplama yapılmak üzere bilirkişiye gönderilen alacaklar, alacağın belirli olmadığı hukuki ilişkilere örnek olarak gösterilmektedir⁶². Bu açıdan bakıldığında da trafik sigortacısının, henüz taraflar arasında objektif olarak borcun belirli hâle gelmediği bir aşamada gerçekleştirdiği ifanın kısmi ifa olarak kabulünün mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bununla birlikte yukarıda serdettiğimiz görüş ile bağlantılı olduğunu düşündüğümüz kısmi dava kavramına da değinilmesi gerekir. Kısmi dava, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁶³ 109'uncu maddesinde düzenlemiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, "*talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir*". Bu hükümden hareketle kısmi dava, talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, talebin sadece bir kısmının dava yoluyla ileri sürülmesi olarak tanımlanabilir⁶⁴. Hiç kuşkusuz kısmi dava açılabilmesinin temel şartı, dava konusu edilmiş talebin bölünebilir olmasıdır. Örneğin, para alacakları bölünebilir niteliktedir. Kısmi davada davacının belirleyemeyerek dava dışı tuttuğu kısmi talep edebilmesi için ek dava açması veya ıslahla dava değerini artırması gerekir⁶⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesinin ikinci bendine göre, alacaklı, dava yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, dava konusu edilen alacak için zamanaşımı kesilir. Bu durum, dava açılmasının maddi hukuk bakımından doğurduğu bir sonuçtur. Kısmi dava açılması hâlinde ise zamanaşımı süresi, sadece dava konusu edilen alacak kesimi bakımından davanın açıldığı tarihte kesilir. Kısmi davaya konu edilmeyen alacaklar için zamanaşımı süresi işlemeye devam eder⁶⁶. Kısmi davaya dahil edilmeyen alacak bakımından zamanaşımı, ya ona ilişkin ıslahın yapıldığı veya ek davanın açıldığı andan itibaren kesilir⁶⁷.

⁶² DEMİRBAŞ, s. 185-186; AKİL, s. 80-81.

⁶³ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

⁶⁴ Murat ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 343; AKİL, s. 63; TANRIVER, Süha: "Kısmi Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler", *Makalelerim II (2006-2010)*, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 95; TUNCER KAZANCI, İdil: "Yargıtay Uygulaması Işığında Kısmi Davaya İlişkin Bazı Sorunlar", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 28, Sayı 3, s. 1509; GÜNDÜZ, Okan: "Islahla Dava Değerinin Artırılması Sonucunda Ortaya Çıkan Bazı Hukuki Meseleler", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, Sayı 1, s. 195. Davacı tarafından kısmi dava açılırken davanın kısmi dava olduğunun açıkça nitelendirilmesi mümkün olduğu gibi; dava dilekçesinden alacağın dava edilen miktardan fazla olduğunun ve tüm bu miktarın yalnızca bir kısmının dava edildiğinin anlaşılması da yeterlidir [bu konu hakkında bkz. Yargıtay, HGK, T. 15.11.2018, E. 2016/1082, K. 2018/1719 (Lexpera)].

⁶⁵ KURU, Baki: *Medeni Usul Hukuk Ders Kitabı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 308.

⁶⁶ GÖRGÜN, Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medeni Usul Hukuku*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 316; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 376.

⁶⁷ "...kısmi dava açılması durumunda da alacağın sadece bir kısmı dava konusu edildiğinden dava konusu edilmeyen sonradan ayrı bir davayla veya aynı davada ıslah yoluyla dava konusuna dâhil edilmesi mümkün olan kısım bakımından zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Bu nedenle kısmi dava açan davacı, bakiye alacağı için daha sonra ıslah yoluna başvurmak istediğinde, zamanaşımı def'iyle kar-

Kanaatimizce kısmi dava açılması hâlinde zamanaşımının sadece dava konusu edilen kısım için kesilmiş sayılmasının nedeni, alacaklının dava açma anında davasının sadece bu kısma ilişkin olmasıdır. Zira kısmi davada edimin geri kalan kısmı dava dışı bırakılmış⁶⁸ ve henüz alacaklı tarafından ileride ek davaya veya ıslaha konu edilip edilemeyeceği belirsizdir. Bu açıdan bakıldığında, borçlunun gerçekleştirdiği ifanın zamanaşımını kesebilmesi için borcun tamamının ikrarına yönelik olması gerekir. Pek tabii ki bunun için de borcun, alacaklı ve borçlu açısından belirli olması gerekir. Bununla birlikte alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesi de ancak bu şekilde sağlanabilir. Nasıl ki alacaklının davranışına bağlı zamanaşımını kesen bir sebep olan dava açılmasında alacaklının iradesi dikkate alınıyorsa, yani sadece onun dava konusu yaptığı kısım için zamanaşımı kesiliyorsa aynı şekilde borçlunun davranışına bağlı zamanaşımını kesen bir sebep olan kısmi ifanın borcun tamamı için zamanaşımını kesebilmesi için tamamı belirli olan bir borcun ikrarına yönelik olması gerekir.

Sonuç olarak, trafik sigortasında zarar görenin tazminat talebi ile trafik sigortacısına başvurması hâlinde, sigortacının tespit ettiği zarar miktarını zarar görene ödemesi kısmi ifa olarak değerlendirilemez. Her ne kadar burada borçlu konumundaki sigortacının gerçekleştirdiği ifa, yargılama neticesinde eksik bulursa da gerçekleştirildiği an itibarıyla tam ifadır. Sigortacı tarafından ifa edilmeyen kısmın ikrarına yönelik bir ifa söz konusu değildir. Bu sebeple de sigortacı tarafından gerçekleştirilen söz konusu ifa, kısmi ifa olarak kabul edilemez ve yargılama neticesinde eksik kaldığı tespit edilen kısım için zamanaşımını kesmez.

SONUÇ

İşbu çalışmamıza ilişkin çıkardığımız sonuçlar şu şekildedir:

- Motorlu bir aracın işletilmesi neticesinde zarar gören kişinin, sigortacıya karşı dava açmadan (tahkime başvurmadan) önce zararının tazmini için Karayolları Trafik Kanunu'nun 97'nci maddesine göre ona yazılı başvuruda bulunması şartı, özel nitelikte bir dava şartıdır.
- Uygulamada söz konusu dava şartını yerine getirmek amacıyla kendilerine başvuru alan sigortacılar, eksperleri vasıtası ile hesaplattıkları zararı başvuru zarar gören üçüncü kişilere ödemektedirler. Birçok hâlde yargılama neticesinde bahsi geçen ödemenin gerçek zarar miktarının altında kaldığı tespit edilmektedir. Böyle bir durumda ise zarar gören üçüncü kişiye yapılan bu ödemenin, kısmi ifa sayılıp sayılmayacağı ve dolayısıyla bakiye alacak için zamanaşımını kesip kesmediği meselesi ortaya çıkmaktadır.
- Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi, bu ödemenin kısmi ifa olmadığı, dolayısıyla da zamanaşımını kesmediği kanaatindedir. Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi (kapatılan 17'nci Hukuk Dairesi) ise söz konusu ödemeyi kısmi ifa olarak kabul etmekte ve zamanaşımını kesen bir neden olarak görmektedir.
- Kısmi ifa, belirli bir borç ilişkisinden doğan ve belirli bir anda muaccel olan bir borcun tamamen ifa edilmediği, miktar itibarıyla borçlanılan edimin altında kalması hâlidir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, kısmi ifa borçlanılan edimin miktarı yani dar anlamda borç ile ilgili bir kavramdır. Bu hâlin ortaya çıkabilmesi için borçlanılan edimin belli olması gerekir. Çünkü edim belli ise ancak borçlunun ifasının kısmi olup olmadığı tespit edilebilir.
- Kanaatimizce kanun koyucunun Türk Borçlar Kanunu'nun 84'üncü maddesinin birinci fıkrası ile ifade etmek istediği hususlardan biri de budur. Söz konusu hükme göre, "*borcun tamamı belli ve muaccel ise alacaklı kısmen ifayı reddedebilir*". Yani borcun tamamı belli ve muaccel ise gerçek-

şlaşmak istemiyorsa ıslah yoluyla arttırmak istediği bakiye talebinin zamanaşımına uğramış olup olmadığını dikkate almalıdır. Aksi takdirde davalı zamanaşımı def'inde bulunarak alacaklının talebini sonuçsuz bırakabilecektir" Yargıtay, HGK, T. 29.04.2021, E. 2016/2757, K. 2021/545 (Lexpera).

⁶⁸ ŞEN, s. 84.

leştirilen ifanın, kısmi ifa olup olmadığı değerlendirilebilir. Zira bütünü belli olan şeyin ancak kısmisinden bahsedilebilir. Borcun belli olabilmesi için ise hem alacaklı hem borçlu bakımından belirli olması gerekir.

- Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesine göre, borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse zamanaşımı kesilir. Bu hükme göre, borçlunun borcunu kısmen ifa etmesi hâlinde borcu ikrar ettiği kabul edilir ve borcun ifa edilmeyen kısmı için zamanaşımı süresi kesilir. Yani zamanaşımın kesilmesi için kısmi ifanın tek başına değil borç ikrarı ile birlikte dikkate alınması gerekir.
- Türk Borçlar Kanunu'nun 84'üncü ve 154'üncü maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, gerçekleştirilen ifanın kısmi ifa olarak kabul edilebilmesi için borcun tamamının borç ilişkisinin her iki tarafı bakımından belli ve zamanaşımını kesebilmesi için de borç ikrarına yönelik olması gerektiği sonucuna varılır.
- Trafik sigortası uygulamasında, sigortacının zarar gören tarafından kendisine dava açılmadan önce yaptığı başvuruya istinaden eksperlerince hesaplanan ve daha sonra yargılama neticesinde gerçek zarar miktarının altında kaldığı tespit edilen sigorta zararı ödemesi, kısmi ifa ve dolayısıyla zamanaşımını kesen bir sebep olarak kabul edilemez. Zira, her ne kadar bu ödeme daha sonra yargılama neticesinde gerçek zarar miktarının altında kaldığı tespit edilse de kısmi ifa olgusunun, gerçekleştirildiği an itibarıyla değerlendirilmesi gerekir. Sigortacının, kendi eksperlerince hesaplanan zararı zarar görene ödemesinde kısmi ifaya yönelik bir iradesi yoktur; aksine sigortacı zarar görene borcunun tamamını ödeme niyetiyle bir ifa gerçekleştirmektedir.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109'uncu maddesinde ihdas edilen kısmi davaya ilişkin sonuç da bizi aynı neticeye götürmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesinin ikinci bendi uyarınca kısmi dava açılması hâlinde zamanaşımı süresi, sadece dava konusu edilen alacak kısmi bakımından davanın açıldığı tarihte kesilir. Kısmi dava açılması hâlinde zamanaşımının sadece dava konusu edilen kısım için kesilmiş sayılmasının nedeni, alacaklının dava açma anında davasının sadece bu kısma ilişkin olmasıdır. Zira kısmi davada edimin geri kalan kısmı dava dışı bırakılmış ve henüz alacaklı tarafından ileride ek davaya veya ıslaha konu edilip edilemeyeceği belirsizdir. Nasıl ki, alacaklının davranışına bağlı zamanaşımını kesen bir sebep olan dava açılmasında alacaklının iradesi dikkate alınmıyorsa, aynı şekilde borçlunun davranışına bağlı zamanaşımını kesen bir sebep olan kısmi ifada da borçlunun iradesi dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin: *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 13. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2022.
- AKİL, Cenk: *Kısmi Dava*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ANTALYA, Gökhan: *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 (Cilt V/1,1).
- ANTALYA, Gökhan: *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Cilt V,1,2*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ANTALYA, Gökhan: *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V,1,3*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019 (Cilt V,1,3).
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- CAN, Mertol: *Türk Özel Sigorta Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009.
- DEMİRBAŞ, Feride: *Kısmi İfa*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- GERBES, Michael: *Die Haftpflichtversicherung der Architekten/Ingenieure*, 4. Baskı, Verlag Versicherungswirtschaft, Köln, 2011.
- GÖRGÜN, Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medeni Usul Hukuku*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: "Kısmi İfa", *Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 603-631.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜNDÜZ, Okan: "İslahla Dava Değerinin Artırılması Sonucunda Ortaya Çıkan Bazı Hukuki Meseleler", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, Sayı 1, s. 193-214.
- GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban: *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler*, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2020.
- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- HAVUTÇU, Ayşe / GÖKYAYLA, Emre: *Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.
- İMRE, Zahit: "Motorlu Taşıt Araçlarının Mecburi Mesuliyet Sigortası ve Kapsamı", *Trafik Sigortası - V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 259-289.
- İNAN, Ali Naim: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984.
- İPEK, Eyüp: *Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlı Hukuki Sonuçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- KARASU, Rauf: *Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- KARAYALÇIN, Yaşar: *Risk - Sigorta - Risk Yönetimi - Özel Sigorta Hukukuna Giriş*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1984.
- KAYIHAN, Şaban / SELANİK, Atakan Adem: *Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- KENDER, Rayegan: *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, 17. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KEPPEL, Jan: *Die Pflichthaftpflichtversicherung nach der VVG-Reform*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2010.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt III*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

- KUBİLAY, Huriye: *Özel Sigorta Hukuku*, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir, 2003.
- KURU, Baki: *Medeni Usul Hukuk Ders Kitabı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023.
- SEROZAN, Rona: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, Cilt III*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- SOPACI ÖZTUNA, Birgül: “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1484. Maddesine Göre Zorunlu Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 2, s. 699-724.
- ŞEN, Elif: *Kısmi İfa*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- TANRIVER, Süha: “Kısmi Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler”, *Makalelerim II (2006-2010)*, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 95-113.
- TEKİNAY, Selahattin / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- TUNCER KAZANCI, İdil: “Yargıtay Uygulaması Işığında Kısmi Davaya İlişkin Bazı Sorunlar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 28, Sayı 3, s. 1507-1543.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.
- TUZTAŞ, Hüseyin: *Trafik Kazalarından Kaynaklanan Bedensel Zararlar Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- ULAŞ, Işıl: *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Kapsamında Türkiye’de Kilit Personel İstihdamına Dair İnceleme^(*)



*Examination Of Key Personnel Employment in Türkiye Under the Law on
Foreign Direct Investments*

Burcu İRGE ERDOĞAN



Doktor Öğretim Üyesi

*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı*

Anahtar Kelimeler

*Yatırım,
Doğrudan Yabancı
Yatırım,
Kilit Personel,
Çalışma İzni,
Yabancı Yatırımcı.*

Öz

2003 yılında yürürlüğe giren 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nda yatırım ile yatırımcı terimleri uluslararası mevzuata bağlı kalınarak tanımlanmıştır. Bu kanunda izin ve onay sistemi kaldırılmış, yatırım serbestisi, transfer serbestisi, kamulaştırma ve devletleştirme ile uluslararası alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının genişletilmesi düzenlemiştir. Çalışmamızda doğrudan yabancı yatırımın tarihsel gelişimi, kavramsal çerçevesi ve Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu genel standartlarına yer verilmiştir. Ayrıca bu çalışmada doğrudan yabancı yatırım kapsamında istihdam edilecek personele yönelik çıkarılan Kilit Personel Yönetmeliği incelenmiştir. Bu yönetmeliğe göre kilit personel terimi, çalışmada detaylı olarak açıklanacağı üzere, Türkiye’de kurulu bulunan ve tüzel kişiliğe sahip yabancı sermayeli bir şirkette önemli sorumlulukları olan yabancı uyruklu kişidir. Kilit personel statüsünde kabul edilen kişilerin Türkiye’de çalışmalarını konusunda birtakım ayrıcalıklar yer almaktadır.

Keywords

*Investment,
Foreign Direct
Investment,
Key Personnel,
Work Permit,
Foreign Investor.*

Abstract

In the Foreign Direct Investment Law No. 4875, which entered into force in 2003, the terms investment and investor are defined in accordance with international legislation. In this law, the permission and approval system was abolished, freedom of investment, freedom of transfer, expropriation and nationalization and the expansion of international alternative dispute resolution methods were regulated. In our study, the historical development, conceptual framework, and general standards of foreign direct investment are included. In addition, in this study, the Key Personnel Regulation for the personnel to be employed within the scope of foreign direct investment has been examined. According to this regulation, as will be explained in detail below, key personnel are foreign nationals who have important responsibilities in a foreign-capital company established in Türkiye with legal personality. There are some reservations regarding the work of persons who are considered as key personnel in Türkiye.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 10.10.2023, Kabul Tarihi: 16.01.2024.

GİRİŞ

Dünyada sermayenin serbest dolaşımı ile sınırlar ticari manada neredeyse tamamen ortadan kalkmıştır. Ülkeler, mevcut ekonomilerini yabancı sermaye kaynakları ile artırma noktasında önemli girişimlerde ve mevzuat düzenlemelerinde bulunmaktadır. Türkiye’de de yabancı sermayenin akışını sağlamak ve ekonomik gelişmeleri yakalamak adına birçok adım atılmaktadır. Bunların başında 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu¹ (DYYK) ve ilgili mevzuat düzenlemeleri gelmektedir.

Türkiye’de yabancı yatırımlar konusu 17.03.2003 tarihli 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nda düzenlenmektedir. Konuyla ilgili ayrıca Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği² (DYYKUY) ile Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik (Kilit Personel Yönetmeliği)³ yer almaktadır. Çalışmamızda açıklanacağı üzere yabancı yatırımlarda çalışacak yabancı personelle ilgili özel düzenlemeler getirilmesi bu konuda kolaylık sağlama noktasında önemli bir adımdır. Ayrıca 6735 sayılı Uluslararası İş Gücü Kanunu⁴ (UİK) m. 25/2-b hükmüne göre de Ticaret Bakanlığı ve Çalışma Bakanlığının birlikte çıkaracağı bir yönetmelik ile yabancı yatırımlarda çalışacak personelin çalışma usul ve esaslarının düzenleneceği belirtilmektedir. Buna göre çalışmamızda öncelikle DYYK’nın amacını kavramak için tarihçesi ve genel çerçevesine değinilecek ardından kilit personel kavramı ve çalışma esasları üzerinde durulacaktır.

I. DOĞRUDAN YABANCI YATIRIM HUKUKU

A. Türkiye’de Doğrudan Yabancı Yatırımlara Tarihsel Bakış

Türk hukukunda doğrudan yabancı yatırımcılar yönünden yer alan hukuki süreç Osmanlı Devleti Dönemi’ne dayanmaktadır. Türk tarihinde doğrudan yabancı yatırım sistemine ilk örnek Fransa’ya Osmanlı Devleti tarafından verilmiş kapitülasyonlar olarak ifade edilmektedir. Ayrıca yine Osmanlı Devleti’nde bazı yabancılara ayrıcalık veren ticaret anlaşmalarına dayanan kapitülasyonların olumsuz sonuçlara yol açtığı da gözlenmektedir⁵. Osmanlı Devleti’nde Muharrem Kararnamesi ile “Düyun-u Umumiye-i Osmaniye” idaresi 1881 yılında Devlet’in borçlarının ödenmesi için gereken geliri toplamak ve alacaklılarına dağıtmak amacıyla kurulmuştur. Bu dönemde yabancı şirketlerin kuruluş konusundaki faaliyet alanları; bankacılık, sigortacılık, elektrik, su ve demiryolları gibi alanlarda çokça yatırıma konu olmuştur⁶.

Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşundan önce gerçekleştirilen İzmir İktisat Kongresi Cumhuriyet Dönemi’nin yabancı sermayeyle ilgili duruşunu açıkça göstermektedir. Bu kongrede yabancı sermayenin teşvik edileceği konuları da yer almış ve bununla ilgili düzenlemelere uygun olması gerektiği belirtilmiştir⁷.

Cumhuriyet’in kuruluşundan sonraki dönemde Türkiye’de ekonomik aktörleri kontrol altında tutmak amacıyla yabancı şirketlerin hukuki statüsü düzenlenmiş ve millileştirme politikası gösterilmiş-

¹ 17.06.2003 tarihli ve 25141 sayılı Resmî Gazete.

² 20.08.2003 tarihli ve 25205 sayılı Resmî Gazete.

³ 29.08.2003 tarihli ve 25214 sayılı Resmî Gazete.

⁴ 13.08.2016 tarihli ve 29800 sayılı Resmî Gazete.

⁵ ENER, Mustafa Alper: *Uluslararası Yatırım Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 56 vd.; ERDİLEK, Asım: “Türkiye’nin Osmanlı’dan Günümüze Kadar Uzanan Doğrudan Yabancı Yatırım Ortamına ve Politikalarına Tarihsel Bir Bakış”, *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, 2006, Sayı 30, s. 18-19.

⁶ BOZDAĞOĞLU, Yasemin / EVLİMOĞLU, Umut: “Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Tarihsel Süreçte Gösterdiği Gelişim: Hukuksal ve Ekonomik Yansımaları”, *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2014, Cilt 6, Sayı 11, s. 34; GENÇ, Talha: *Türk Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Rejimi*, Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun, 2011, s. 68.

⁷ YÜCEL, Ensari: “Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Türk Mevzuatının Değerlendirilmesi”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2019, Cilt 18, Sayı 71, s. 1469; GÖKYAYLA DEMİR, Cemile / SÜRAL, Ceyda: “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 6, Sayı 2, s. 131-167.

tir. Buna göre; elektrik, su veya demiryolu gibi kamu hizmeti olarak sağlanan konularda faaliyette olan yabancı yatırımcıların çoğunun millileştirilmesi yoluna gidilmiştir⁸.

İlerleyen süreçte 1930 yılında, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun çıkarılmış ve bu kanuna dayanarak birçok kararname⁹ hazırlanmıştır. Söz konusu kararnamelerin konusu Türkiye’de üretimi hedefleyen, iribat bürosu ve temsilcilik olarak hizmet veren yabancı sermaye şirketlerinin işlemlerinin düzenlenmesidir.

Türkiye’de 1950’li yıllarda ekonomik kalkınma amacıyla özel teşebbüslerin ekonomi üzerindeki etkisinin artırılması amaçlanmıştır. Bu nedenle de yabancı yatırımların teşvikini artırmak amacıyla ilk kanuni düzenleme 1950 tarihli ve 5583 sayılı Hazinece Özel Teşebbüslere Kefalet Edilmesine ve Döviz Taahhüdünde Bulunulmasına Dair Kanun ortaya çıkmıştır. Kısa bir süre içerisinde 5583 sayılı Kanun’da tespit edilen eksiklikleri gidermek amacıyla 1951 tarihli ve 5821 sayılı Yabancı Sermaye Yatırımlarını Teşvik Kanunu çıkarılmıştır. 5821 sayılı Kanun’da iki amaç öngörülmüştür. Öncelikle yabancı sermayenin ülkeye giriş yapmasıyla iktisadi kalkınmayı olumlu etkileyecek iş kollarının artması için kolaylık sağlanması, ikinci olarak da söz konusu sermayeden devletin yararlanması için gereken şartların korunması amaçlanmıştır¹⁰.

5821 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemelerde, sermaye transferi hakkında sınırlamalar olması, yabancı sermayenin yatırımına yalnızca belirli faaliyet alanlarında izin verilmesi ve yatırım prosedürlerinin uzun sürmesi ayrıca yabancı sermaye senetlerinin taşınabilmesinin zor olması ve sermaye kavramının dar şekilde düzenlenmesi gibi nedenlerle beklenen yatırım sonucuna ulaşılamamıştır. Bu nedenlerle 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu çıkarılarak 1954 yılında yürürlüğe girmiştir¹¹.

6224 sayılı Kanun, yabancı yatırımın teşvikine yönelik düzenlemeler içermektedir. Kanun’da yabancı yatırımcılar aleyhine herhangi bir sınırlama getirilmemiş çeşitli kolaylıklar tanınmıştır. 6224 sayılı Kanun, sınırlamaları kaldırmakla daha liberal ve teşvik edici bir anlayışa sahip olmuştur. Öyle ki yabancı sermaye için ulaşılmak istenen seviyede teşvikler oluşturulamamıştır. Söz konusu Kanun’da yabancı yatırımcının her sektöre girmesine olanak tanınmışsa da izin ve onay sisteminin olması ve daha da önemlisi bu izin ve onay sistemini düzenleyen bir sistemin olmaması yatırımcıda güvensizliğe sebep olmuştur.

24 Ocak 1980 kararlarında yer alan ifadelerde doğrudan yabancı yatırımın teşvikinin ülkenin ekonomik kalkınması bakımından bir unsur olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca, 6224 sayılı Kanun’da bazı değişiklikler yapılmış ve yabancı yatırımcıya yeni teşvikler verilmiştir¹².

Tüm dünyada gelişen uluslararası ticari ilişkilerin Türkiye’de de artmasıyla 2000’li yıllarda kavram ve uygulamada uyum sağlanması elzem hale gelmiştir. Bu nedenle 6224 sayılı Kanun’daki düzenlemelerin uluslararası yatırım hukukuyla paralel şekilde gelişmediği gözlenmiş ve yeni bir kanun hazırlanması konusunda gereklilik duyulmuştur¹³. 6224 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemelere göre teşvik

⁸ GENÇ, s. 70; ERDİLEK, s. 21.

⁹ 1934 tarihli 11 sayılı karar ve 1947 tarihli 13 sayılı Bakanlar Kurulu kararlarıyla yabancı sermayeli şirketlerin işlemleri düzenlenmiştir. Bu kararlardan 11 sayılı olan ile sermayeye bağlı kambiyo limitleri uygulanmaya başlanmıştır. Ayrıca 13 sayılı kararın da 31’inci maddesi gereğince Maliye bakanlığının yatırım koşullarını taşıyan yabancı sermaye hakkında önceden bazı taahhütlerle girebileceği düzenlenmiştir. BOZDAĞOĞLU / EVLİMOĞLU, s. 39.

¹⁰ Kanun maddeleri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. GENÇ, s. 71-72.

¹¹ 1954 tarih ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu Gereğesi, TBMM 60’nolu Komisyon Raporu (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d09/c027/tbmm09027027ss0060.pdf>, ET: 02.09.2023). ZARAKOLU, Avni: “Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1954, Cilt 11, Sayı 2, s. 595.

¹² 8/168 sayılı Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı’nda yabancı sermaye yatırımlarını teşviki amaçlanmıştır ve uygulamaya ilişkin ilkeler düzenlenmiştir. 1991 tarih ve 436 sayılı Kararname ile Hazine ve Dış Ticaret Müdürlüğüne, 1994 tarih ve 4059 sayılı Kanun ile Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının kurulmasıyla da Hazine Müsteşarlığı bünyesine dahil edilmiştir. GENÇ, s. 74. 4875 sayılı Kanun’da getirilen düzenleme ile görev ve yetkileri değişen Yabancı Sermaye Dairesi, 2018 tarih ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’na dahil konumda Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü adı altında hizmet vermektedir (<https://www.sanayi.gov.tr/merkez-birimi/14a09761d390/hakkimizda>, ET: 01.08.2023).

¹³ ÇELİKEL, Aysel: “Yabancı Yatırımların Teşviki Amacıyla Yapılan Yeni Yasal Düzenlemeler”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2003, Cilt 23, Sayı 1-2, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, s. 161-177.

olarak yer alan; transfer serbestisi, eşitlik gibi esasları içeren daha çağdaş ve uluslararası mevzuata uyumlu kanun olması gerektiği yönünde gereksinim ortaya çıkmıştır. 6224 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten bu yana doğrudan yatırımlara ilişkin olarak ortaya çıkan kavram ve uygulama farklılıklarını karşılamadaki ve yatırımcıların haklarını uluslararası standartlarda korumadaki eksikliği, yeni bir kanunun hazırlanması ihtiyacını doğurmuştur. 6224 sayılı Kanun'un adında "teşvik" ifadesine yer verilmesinin sebebi, yürürlüğe girdiği dönemde için teşvik unsuru olarak kabul edilebilecek kâr transferi, eşit muamele gibi hususları içermesiydi. Ancak Kanun'un yürürlükte kaldığı uzun zaman içerisinde ekonomik faktörlerde yaşanan gelişmeler ve ilgili mevzuatta yapılan değişiklikler, bahsi geçen konuların teşvik aracı olmaktan ziyade uluslararası yatırım ilkelerine dönüşmesine neden olmuştur.

Bir ülkenin yatırım mevzuatı o ülkenin yatırımlarla olan ilişkilerini ve yabancı yatırımlara karşı tutumunu göstermektedir¹⁴. Bu nedenle ulusal yatırım mevzuatı uluslararası ilkelere uygun şekilde hazırlanmalıdır¹⁵. Buna göre yeni Kanun'un ismi "*Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu*" olarak belirlenmiş ve DYYK, uluslararası standartlara uyumlu şekilde yürürlüğe girmiştir.

B. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun Kapsamında Yer Alan Düzenlemeler

1. Kanun'un Amacı ve Kapsamı

4875 sayılı DYYK; Türkiye'de doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi, yabancı yatırımcıların haklarının korunması, yatırım ve yatırımcı kavramlarının tanımlarında uluslararası standartlara uyum sağlanması ve doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülerek uzun süren bürokratik sürecin ortadan kaldırılması amaçlarıyla çıkarılmıştır¹⁶.

Kanun'un gerekçesinde de görüldüğü üzere doğrudan yabancı yatırımların teşviki, yabancı yatırımcıların süreç açısından avantajlı konuma getirilmesi ve esasında Türkiye'deki doğrudan yabancı yatırımların artırılması amaçlanmaktadır. Yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyumun sağlanması ile doğrudan yabancı yatırımlarda izin ve onay sisteminin kaldırılarak bilgilendirme sistemine dönüştürülmesi yatırımların kolaylaştırılması amacıyla.

DYYK bir bütün olarak incelendiğinde üç bölümden oluşmaktadır. Bu Kanun'da öncelikle yabancı yatırımcı, sermaye ve doğrudan yatırım yöntemlerinin kapsamı belirlenmekte, ardından doğrudan yabancı yatırımlara uygulanacak esaslar yer almakta ve son olarak yabancı yatırımları ilgilendiren diğer hususlar düzenlenmektedir.

DYYK'nın yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra DYYKUY ile yabancı yatırımlara ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Ayrıca Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik ile de bu kanun kapsamındaki işyerlerinde çalışacak yabancı personel istihdamı konusunda kolaylıklar getirilmiştir¹⁷.

¹⁴ TİRYAKİOĞLU, Bilgin: *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 10-11.

¹⁵ MAI (*Multilateral Agreement of Investment – Çok Taraflı Yatırım Anlaşması*), OECD tarafından uluslararası sermayenin taşıyıcısı olan şirketlerin hem faaliyet alanlarını genişletmek hem de ulusal hükümetlerle ortaya çıkan sorunları çözmek amacıyla hukuksal bir bütünlük için hazırlanmıştır. Ancak metin halen taslak halindedir (<https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilaterallagreementoninvestment.htm>, ET: 01.08.2023). Hukuki bakımdan MAI, yürürlüğe girmesi halinde uluslararası yatırımlar ve sermaye hareketleri alanını bir rejime/düzene kavuşturacak olan çok taraflı (çok ülkeli) bir "çerçeve anlaşması" statüsündedir. SAMUR, Cengiz: "MAI (Multilateral Agreement on Investment, Çok taraflı Yatırım Anlaşması)", *İktisat Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 63, Sayı 2, s. 53-138; KIRLI AYDEMİR, Deniz Defne: *Yabancı Yatırımların Korunması, Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) ve Yabancı Yatırımların Politik Risklere Karşı Korunması*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 64.

¹⁶ YILMAZ, Lerzan: "4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2006, Cilt 5, Sayı 10 (Yenilik), s. 179.

¹⁷ DYYK m. 5/b hükmüne göre "Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esaslar Kanunun yayımını izleyen bir ay içerisinde Müsteşarlıkça hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.". Aynı Kanun'da m. 1/c'de "Müsteşarlık: Hazine Müsteşarlığı", ifade eder düzenlemeleri yer almaktadır. Ancak 20.08.2003 tarihli ve 25205 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği, Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanmış ve 2020'de değişikliğe gidilerek Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına devredilmiştir. Çalışmamızda ileride iribat büroları başlığında değinileceği üzere bu kurum değişikliği ciddi bir karmaşaya sebebiyet vermektedir.

DYYK ile Türkiye’deki yabancı yatırım kuruluşlarının yatırım yapabilecekleri sektörlere ilişkin sınırlamalar kaldırılmış, özgürce yatırım yapılmasına olanak tanınmış, yabancı yatırımcıya önemli kolaylıklar sağlayan yatırım ilkeleri ile usul kuralları kabul edilmiştir.

DYYK’da iki temel özellik önemlidir. Birincisi, Türkiye’deki doğrudan yabancı yatırımlar için mülga Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’ndaki izin ve onay sisteminden vazgeçilmesi ve bilgilendirme sisteminin kabul edilmesidir. Diğer önemli özellik ise yatırım ve yatırımcı tanımlarının kapsamının geniş tutulmasıdır.

DYYK ile izin ve onay sisteminden bildirim sistemine geçilmesi kamu düzeninin göz ardı edilmesi sebebiyle eleştirilmiştir. Görüşe göre; izin ve onay sisteminde yabancıların yatırım için izin almaları ve kendilerine verilen yatırım yapma hakkını kullanmalarının izne tabi kılınması mümkündür. Çünkü bazı hakların kullanımı için idari mercilerden izin alınması kamu düzeni ve güvenlik gibi toplumu ilgilendiren konular için önemlidir. Bildirim sisteminde şayet ilgili kişiler yatırım mevzuatından kaynaklanan haklarını kullanmak isterlerde yetkili idari birime bildirmelidir. Bir ülkedeki yabancıların durumu o ülke vatandaşlarından daha farklıdır. Bu nedenle yabancı yatırımcıların milli güvenlik ve kamu düzeni engeline takılmamaları amacıyla ülkenin kendi vatandaşlarından daha fazla sınırlamalara maruz kalması beklenmektedir¹⁸.

2. Doğrudan Yabancı Yatırımcı Olabilecek Kişiler

Yabancı yatırımcı olarak kabul edilen kişiler, DYYK m. 2/a’da, uluslararası yatırım hukukuna uygun şekilde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre yabancı yatırımcının:

- Yabancı ülke vatandaşı olan bireyler,
- Yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları,
- Yabancı ülkelerin yasalarına göre kurulmuş tüzel kişiler,
- Uluslararası kuruluşlar olabileceği belirtilmiştir.

Gerçek kişinin çifte vatandaşlığının ve vatandaşlıklarından birinin de Türk vatandaşlığı olması durumunda, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un m. 4/1-b hükmü gereğince kişi Türk vatandaşı olarak kabul edileceğinden yabancı ülke vatandaşlığına sahip gerçek kişi statüsünde yabancı yatırımcı olarak kabul edilemeyecektir¹⁹.

Mavi kartlılar olarak bilinen imtiyazlı yabancılar da yabancı yatırımcı olabilirler. Mavi kartlılar; Türk Vatandaşlık Kanunu’nun m. 28 hükmü kapsamında doğumla Türk vatandaşı olmakla birlikte çıkma izni suretiyle Türk vatandaşlığından çıkan kişilerdir. Mavi kartlılar, kural olarak haklar bakımından Türk vatandaşlarından farklı değildirler. Bu kişiler, milli güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler dışında ve Kanun’da belirtilen istisnalar haricinde, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen Türk vatandaşymış gibi yararlanabilirler. Mavi kartlılar Türk vatandaşı gibi kabul görmekle birlikte yatırımcı olmaları durumunda yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları kapsamına dahil değildir; yabancı devlet vatandaşlığına sahip gerçek kişilere dahil şekilde yabancı yatırımcı olarak kabul edilir²⁰.

DYYK ile Türk vatandaşı olup da yurt dışında ikamet eden kişiler de yabancı yatırımcı gerçek kişi kapsamında kabul edilmektedir. Buna göre yabancı ülkede yaşayan Türk vatandaşları doğrudan yabancı yatırım mevzuatındaki imkânlardan yararlanabilmektedir. Bir Türk vatandaşı DYYK’da yer

¹⁸ DİKMEN, Ahmet Alpay / KARAHANOGULLARI, Onur: “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirme”, *Mülkiye Dergisi*, 2002, Cilt 26, Sayı 234, s. 106.

¹⁹ ÖZEL, Sibel: “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2003, Cilt 23, Sayı 1-2, s. 602.

²⁰ ÖZEL, s. 603.

alan imtiyazlardan yararlanmak istiyorsa DYYKUY m. 18'e göre yurt dışında ikamet ettiğini çalışma veya ikamet izni ile belgelemelidir.

Tüzel kişilerin tabiiyeti bakımından Türk hukukunda özel bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu nedenle bir tüzel kişinin yabancı olup olmadığı konusunda netlik sağlamak tek bir kritere bağlı değildir²¹. DYYK'da da yabancı yatırımcı "yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilikler" kabul edilmektedir. Buna göre DYYK kapsamında kuruluş yeri kriterinin esas alındığını ve yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin yabancı yatırımcı tüzel kişiler kapsamında yer aldığını söylemek mümkündür.

DYYK'da yer alan uluslararası kuruluşlar ise uluslararası hukuka uygun şekilde anlaşma yoluyla kurulan, uluslararası hükümlere tabi kuruluşlardır. DYYK'nın yatırımcı kapsamına uluslararası kuruluşları dahil etmesi konusunda doktrinde bazı görüşler vardır. Bir görüşe göre; kanunda uluslararası kuruluş tanımının bulunmamasından dolayı uluslararası kuruluş terimi geniş yorumlanmalıdır. Bu görüş, uluslararası ekonomik, sosyal, kültürel veya siyasi tüm alanlarda faaliyette olan uluslararası kuruluşların bu kapsamda kabul edilmesi gerektiğini savunur²². Benzer yöndeki görüşe göre; herhangi bir ayrıma tabi tutmaksızın tüm uluslararası kuruluşları kapsayacak şekilde uluslararası kuruluş ifadesinin yer alması sebebiyle tüm uluslararası kuruluşlar, mevzuata uygun şekilde yatırım yapması halinde yabancı yatırımcı olarak kabul edilecektir. Bu nedenle görüşte, uluslararası kuruluş ifadesinin açık ve belirli ölçütlerle daha açık bir hale getirilmesi gerektiği savunulmaktadır²³. Bir başka görüş ise uluslararası kuruluş kapsamının belirsizliğine değinerek yabancı yatırımcı olarak kabul edilebilecek uluslararası kuruluşların neler olabileceğinin, somut belirli ölçütler kullanılarak belirlenmesinin gerekliliğini vurgulamaktadır²⁴. Kanaatimizce de uluslararası kuruluş sınırlarının belirlenmesi yerinde olacaktır. Nitekim mevzuatta yer alan bu boşluk yanıltıcı kapsam belirlemeye neden olabilir. Ayrıca mevcut durum açısından uluslararası kuruluş ifadesi netlik taşımadığından tüm uluslararası kuruluşlar mevzuattaki şartları taşıması koşuluyla yabancı yatırımcı kabul edilebilecektir.

3. Yabancı Yatırım Olabilecek Sermaye Türleri

DYYK, yabancı yatırımı²⁵ yurt dışından getirilen değerler ve yurt içinden sağlanan değerler olmak üzere ikiye ayırmıştır.

DYYK'ya göre yurt dışından getirilen ve yatırım sayılan değerler şunlardır;

- Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından alım ve satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye,
- Makine ve teçhizat,
- Devlet tahvilleri hariç olmak üzere şirket menkul kıymetleri,
- Fikrî ve sınai mülkiyet hakları.

Yurt içinde sağlanan ve yatırım olarak kabul edilen değerler ise yeniden yatırımda kullanılan kâr, hasılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklardır.

²¹ ARAT, Tuğrul: *Ticari Şirketlerinin Tabiiyeti*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 6.

²² BAŞAK, Levent: *4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Çerçevesinde Yabancı Sermaye Mevzuat Rehberi*, TÜRMÖB Yayınları, Ankara, 2008, s. 13.

²³ GENÇ, s. 92.

²⁴ DEMİR GÖKYAYLA, Cemile / SÜRAL, Ceyda: "4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 6, Sayı 2, s. 136.

²⁵ Yatırım kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYHAN İZMİRLİ, Lale: "Uluslararası Yatırım Hukukunda 'Yatırım' Kavramı", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 2, s. 89-131; ÇALIŞKAN, Zeynep: "Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2009, Cilt 29, Sayı 1-2, s. 85-118.

DYYK’daki düzenlemede “gibi” ifadesi kullanılarak yatırım tiplerinin geniş yorumlanmasıyla ekonominin ve teknolojinin gelişmesi neticesinde farklı yatırım kaynaklarının meydana gelmesi mümkün kılınmıştır²⁶.

4. Yatırım Yöntemleri

DYYK m. 2’de yabancı yatırımcıların yatırım yöntemleri açık şekilde belirtilmiştir. Buna göre doğrudan yabancı yatırımcılar, DYYK kapsamında Türkiye’de yeni bir şirket kurarak, şube açarak veya menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az %10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olarak doğrudan yabancı yatırım yapabilir.

DYYKUY m. 17’ye göre doğrudan yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya ortak olabilecekleri şirketler, Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) düzenlenen şirketler ile Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen adi ortaklıktır. Ayrıca adi ortaklık, konsorsiyum, iş ortaklığı, *joint venture* şeklinde sözleşmeyle kurulan veya iştirak edilen oluşumlar ile TTK’da düzenlenen şirketlerin belirgin özelliklerini taşımayan ortaklıklar DYYK’nın uygulaması bakımından adi ortaklık olarak kabul edilmektedir²⁷. Belirtmek gerekir ki DYYK’ya göre bir doğrudan yabancı yatırımcının TTK ve Türk Borçlar Kanunu’ndaki sermaye yükümlülükleri dışında ek bir sermaye getirme gibi bir yükümlülüğü yoktur. Görüldüğü gibi DYYK’da doğrudan yabancı yatırımcılara Türk vatandaşı gibi şirket kurabilme veya mevcut şirkete dahil olma serbestisi tanınmıştır. Bu serbesti tanınırken de ekstra bir yükümlülük getirilmemiş, Türk vatandaşı yatırımcı ile yabancı yatırımcı arasında ayırım yapılmamıştır. Bir yabancı yatırımcının Türkiye’de yapabileceği yatırım türlerinden ilki Türkiye’de Türk şirketi kurmasıdır. TTK’da, Türkiye’de kurulacak şirketlerin ortaklarının vatandaşlıkları hakkında bir sınır bulunmamaktadır. Sadece yabancıların ortak olacağı bir şirketin kurulması mümkün olmakla birlikte yabancı yatırımcılar Türk ortaklarla da şirket kurabilirler²⁸.

Türkiye’de yabancı yatırımcılar, şirket kurulma şartları yönünden TTK ve ilgili diğer mevzuat hükümlerine tabidir. İlaveten iş ortaklığı, joint venture, konsorsiyum, adi ortaklık gibi sözleşmeyle kurulan yapılar da adi şirket hükümlerine tabidir ve DYYK kapsamındadır. Doğrudan yabancı yatırımcılar, Türkiye’de sermayesinin bütünü yabancı olan şirketler kurabilir. Türkiye’de kurulan şirketler, paydaşların tabiiyeti fark etmeksizin Türk şirketi olarak vasıflandırılır. Söz konusu şirketin paydaşlarının bazılarının Türk vatandaşı olması, doğrudan yabancı yatırımcının şirket kurma yöntemi ile yatırım yapmasını etkilemez.²⁹

DYYK m. 2/b-ii’de yer alan düzenlemeye göre, yabancı yatırımcının, menkul kıymet borsalarından asgari %10 hisse oranı ya da bu oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla kurulu bir şirkete ortak olması da mümkündür. Bir yabancı yatırımcının doğrudan yabancı yatırımcı statüsünde kabul edilmesi ve DYYK kapsamındaki hükümlerden faydalanabilmesi için menkul kıymet borsalarına kayıtlı şirketlerin hisselerinden asgari %10 (yüzde on) veya aynı oranda oy hakkı tanıyan edinimlerde bulunarak ortak olması, menkul kıymet borsalarına kayıtlı olmayan şirketlerdeyse orandan bağımsız olarak hisse edinimi yoluyla ortak olması şartı aranmaktadır. Uluslararası yatırım hukukunda, menkul kıymet borsasına kayıtlı şirketler için zorunlu %10 oranı beklentisi, yatırımın uzun vadeli olması şeklinde yorumlanmakta ve bu nedenle de yatırım doğrudan yabancı yatırım olarak kabul edilmektedir.

²⁶ ERTEN, Rifat: *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2005, s. 100.

²⁷ AKER, Halit: “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 4, Sayı 1, s. 262-204.

²⁸ DEMİR GÖKYAYLA / SÜRAL, s. 138.

²⁹ TURANLI, Hüsnü: *Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Çerçevesi*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 229.

Yabancı yatırımcılar, yurt dışındaki şirketlerinin Türkiye’de şubelerini de açabilirler (DYYK m. 2/b-i). Bu yöntemle de yabancı yatırımcılar, Türkiye’de şube³⁰ açarak doğrudan yabancı yatırımcı kapsamına dahil olabilmektedir.

5. Doğrudan Yabancı Yatırımlara Dair Önemli Esaslar

Türkiye’de yürürlükteki DYYK hükümleri ile yönetmeliklere göre yabancı yatırımcılar bakımından önemli bazı esaslar bulunmaktadır. Bu esaslara istinaden yatırımcılara tanınan imtiyazlar ülkeye daha fazla yabancı yatırımcı çekmeyi amaçlamaktadır. Çalışmamızın bu kısmında DYYK kapsamında doğrudan yabancı yatırımcılar yönünden kabul edilmiş olan bazı esaslara değinilecektir. Yine bu esaslardan biri olan yabancı personel istihdamı konusuna çalışmamızın ana teması olması sebebiyle detaylı yer verilecektir.

a. Yatırım Serbestisi ve Eşitlik Esası

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun 3’üncü maddesinde yer alan düzenlemeye göre; uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi yer almadıkça Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapılması serbesttir³¹. Yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit işleme tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla yabancı yatırımlarla alakalı tüm sektörel kısıtlama ve izinler ortadan kaldırılmıştır.³² Kamu düzeni, kamu sağlığı, kamu güvenliği ve kamu yararı gerekçeleri ile getirilen yasal düzenlemeler saklıdır. Bu kapsamdaki kısıtlamaların çerçevesi uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri ile belirlenmektedir.

Doğrudan yabancı yatırımlar hukukunda karşılıklılık esası aranmamıştır. Bu şartın aranmaması siyasi ve ekonomik bir tercihtir. Eğer bir ülkede ekonominin geliştirilmesi amaçlanıyorsa orada yabancı yatırımlara gereksinim duyulmakta ve yabancı yatırımcıyı kendi ülkesine çekmek için kolaylaştırıcı ve cazip öneriler verilmesi gerekmektedir. Zira, Kanun’un amaçları arasında doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi ve artırılması da yer alır (DYYK m. 1).

Türkiye’de yürürlükteki mevzuatın amacı yabancı yatırımcının teşviki noktasında kolaylaştırıcı bir yol izlenmesidir. Ancak bu noktada belirtmek isteriz ki, yabancı yatırımcılarla Türk girişimciler arasında olumsuz bir rekabet etkisi de söz konusu olabilecektir. Yabancı yatırımcı lehine verilecek teşvikler açısından yatırımların türlerine göre bir düzenleme yapılması önemlidir. Buna göre, yabancı yatırımcı Türkiye’de üretim ve ihracat yapmayı, bu yatırımla istihdamı artırmayı veya yüksek teknolojinin ülkeye gelmesini sağlayacağını gösteriyorsa bu gibi yatırımcılar için mevcut tüm teşviklerin herhangi bir kısıtlama olmaksızın Türk girişimcilerle eşit koşullarda sağlanması gerekir. Öte yandan yabancı sermaye bu özellikleri taşıyorsa, Türkiye’de üretimi bulunan, teknolojinin gelişmiş olduğu bir alanda bir yatırım yapmak istiyorsa, ülke menfaati için önemli ölçüde katkısı yoksa Türk girişimcilerin rekabet güçlerinin dünya piyasalarında korunabilmesi için teşviklerin denk tutulması yerinde olacaktır.

b. Kamulaştırma ve Devletleştirmeye Karşı Güvence

Doğrudan yabancı yatırımların, kamu yararı gerektirmedikçe ve karşılıkları ödenmedikçe kamulaştırılmayacağı veya devletleştirilemeyeceği DYYK m. 3/b’de düzenleme yer almaktadır. Uluslara-

³⁰ “Şube”nin tanımı TTK’da yoktur. 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu m. 9’da “Bir merkeze bağlı olduğu halde, ister merkezin bulunduğu odanın, ister başka odanın çalışma alanı içinde olan müstakil sermayesi ve müstakil muhasebesi bulunan ve/veya muhasebesi merkezde tutulduğu ve müstakil sermayesi bulunmadığı halde kendi başına sınıai faaliyet ve ticari muamele yapan yerler ve satış mağazaları bu Kanunun uygulanması bakımından şube sayılır.” şeklinde işletme merkezine kıyasen tanımlanmıştır. 07.01.2013 tarihli ve 28541 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 118’de, “Bir ticari işletmeye bağlı olup ister merkezinin bulunduğu sicil çevresi içerisinde isterse başka bir sicil çevresi içinde olsun, bağımsız sermayesi veya muhasebesi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kendi başına sınıai veya ticari faaliyetin yürütüldüğü yerler ve satış mağazaları şubedir.” şeklinde tanımlanmıştır.

³¹ İzin ve onay sisteminden yatırımda serbestlik sistemine geçilmiş olması hakkında doktrinde idarenin bir planlama yapabilme olanağını sınırlandıracağı ve ekonomi için yararlı olmadığı yönünde görüş bulunmaktadır. DİKMEN / KARAHANOĞULLARI, s. 8. Aksi yönde ise; yabancıların yatırım yapmalarına izin verme sisteminin kaldırılmasıyla yatırımcıların caydırıcı nitelikte bürokratik işlemlerden kurtulduğu ayrıca izin ve onayın ülke ekonomisinin kalkınması bakımından siyasi ve ekonomik bir tercih olduğu ve bu seçimin ülke menfaatleri bakımından daha lehe olduğu savunulmaktadır. DEMİR GÖKYAYLA / SÜRAL, s. 139.

³² YÜCEL, s. 1474.

rası yatırım hukukunda kamulaştırmanın farklı tanımları yapılmış olmakla birlikte bunların ortak noktaları; kamulaştırmanın kamu yararı ile yapılması, tazminat ödenmesi ve münferit bir tedbir niteliğinde kabul edilmesidir. Bu hükmün DYYK’da yer almasındaki amaç, yabancı yatırımcıyı keyfi kamulaştırma veya devletleştirme eylemlerinden korumak ve onun Türkiye’deki yatırımlarını güvence altına almaktadır.³³ Yurt dışından Türkiye’ye doğrudan yatırım yapmak isteyen yabancı yatırımcı için gideceği ülkedeki vergilendirme sistemi, ticari riskler, transfer kolaylıkları ve alt yapı ile siyasi istikrar ve mülkiyet güvencesi çok önemlidir.

Kamulaştırma ve devletleştirmeye dair düzenleme eski mevzuatta olmasa da DYYK’da yer almaktadır. Bu nedenle yeni bir hüküm gibi anlaşılrsa da aslında kamulaştırma ve devletleştirmenin genel esasları T.C. Anayasası’nda belirlenmiştir.

Anayasa m. 46: “Devlet ve kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunda gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.” düzenlemesi yer almaktadır. Yine Anayasa m. 47’de “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir.” ifadesi bulunmaktadır. Anayasa m. 46 ve m. 47 gerek yerli gerekse yabancı yatırımcı için güvence teşkil etmektedir³⁴. Ayrıca 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ile kamulaştırmanın şartları düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere Türk mevzuatında başta Anayasa olmak üzere kamulaştırma hakkında gerekli yasal güvence sağlanmaktadır.

c. Yurt Dışına Transfer Serbestisi

DYYK m. 3’e göre; “Yabancı yatırımcıların Türkiye’deki faaliyet ve işlemlerinden doğan net kâr, temettü, satış, tasfiye ve tazminat bedelleri, lisans, yönetim ve benzeri anlaşmalar karşılığında ödenecek meblağlar ile dış kredi ana para ve faiz ödemeleri, bankalar veya özel finans kurumları aracılığıyla yurt dışına serbestçe transfer edilebilir.”. Mülga Kanun’da da bulunan bu serbesti ile yatırımcıların hiçbir hukuki sorun olmadan edindikleri her türlü ekonomik varlığı yurt dışına transferini gerçekleştirebilmeleri bir kez daha yer almıştır. Söz konusu transfer serbestisi konusunda, Türkiye’de üretilen değerlerin minimize bir bölümünün Türkiye’de kalmasını garantilemek amacıyla herhangi bir sınırlama getirilmemesi konusunda bir yaklaşım izlenmiştir.

d. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Serbest Kılınması

Yabancı yatırımcılar, hukuki işlemlerinden doğacak uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilirler. DYYK m. 3/e’de: “Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.” ifadeleri yer almaktadır. Görüldüğü üzere doğrudan yabancı yatırımcıların, idari kurumlarla aralarında akdedilen kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklar hakkında; iç veya uluslararası tahkim yoluna veya başkaca alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulabileceği konusunda serbestlik tanınmıştır.

Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair 4501 sayılı Kanun’da yabancılık

³³ BAKLACI, Pınar: “Uluslararası Yatırımlarda ‘Dolaylı Kamulaştırma’ ve Düzenleyici Yetkiler”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2008, Cilt 28, Sayı 1-2, s. 2; TİRYAKİOĞLU, s. 190.

³⁴ YILMAZ, *Yenilik*, s. 185.

unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkimle çözümlenebileceği konusu yer almaktadır.

Yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili olarak Türkiye'nin de taraf olduğu Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (ICSID) kapsamında yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için uluslararası bir merkez oluşturulmuştur. ICSID Antlaşması Yeniden Yapılanma ve Kalkınma Bankası bünyesinde hazırlanmıştır. Dünya Bankası gelişmiş ülkelerden, gelişmekte olan ülkelere sermayenin aktarılmasını, sermayenin uygun dağılımını amaçlamıştır. ICSID Antlaşmasının kapsamına dahil olan uyuşmazlıkların çözümü için bir merkez kurulmuştur. ICSID merkezi kendi kurumsal yapısına sahip, işleyişi kendi bünyesinde barındıran bir merkezdir.

ICSID Tahkimi için şart aranmıştır. Birincisi: tarafların tahkim iradesi olmalıdır; ikincisi, tarafların kimliği ve son olarak yatırımın türüdür³⁵. Taraflar rızalarını değişik şekilde beyan edebilirler. Tarafların kimliği belirlenirken, taraflardan birinin devlet diğeri ise başka bir devletin vatandaşı olması gerekir³⁶. Dolayısıyla ev sahibi ülke ile kendi vatandaşı yatırımcı arasında çıkan uyuşmazlık ICSID'e götürülemez. Son şart olarak uyuşmazlığın yatırımlardan kaynaklı olması gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki teknoloji transferi ve hizmet sektörüne ilişkin sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklar için de ICSID tahkimine başvurulabilir.

e. Nakit Dışı Sermayenin Değer Tespiti

DYYK m. 3/f'ye göre nakit dışındaki sermayenin değer tespitinin, TTK hükümleri çerçevesinde yapılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca yabancı devletlerde kurulmuş ve faaliyette olan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olması durumunda, menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmelerinin esas alınacağı da belirtilerek yabancı yatırımcıya güven sağlamaktadır.

f. İrtibat Bürosu Açmak

Yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlerin, pazar araştırması, ihraç ürünlerinin kalite kontrolü ve benzeri faaliyetlerini yerine getirilmesi amacıyla ve ticari faaliyette bulunmamak koşuluyla Türkiye'de irtibat büroları açabilecekleri düzenlenmiştir (DYYK m. 3/h). Türk hukukunda "irtibat bürosu" kavramı tanımlanmamıştır. Türkiye'deki yatırım ortamını ve iş imkânlarını gözlemlemek ve pazarı tanımak, pazarı test etmek veya daha büyük bir iş geliştirmek için piyasanın ne tür fırsatlar sunduğunu önceden etüt etmek isteyen yatırımcı tarafından, yeni bir şirket kurma ve şube açma yükümlülüğüne katlanmadan, ticaretin risklerini üstlenmeden Türkiye'de açtığı yapıya irtibat bürosu denilebilir³⁷.

İrtibat bürosu açmak için Müsteşarlıktan izin alma zorunluluğu bulunmaktadır³⁸(DYYK m. 3/h). Kanun'da yer alan bu ifadeye karşılık DYYKUY'de irtibat bürosuna ilişkin izinlerin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından verileceği düzenlenmiştir³⁹. Halen yürürlükte olan ve yabancı yatırımcıların teşviki noktasında çok önemli konumda olan DYYK ile DYYKUY'nin kendi içinde bu şekilde bir ikilem içermesi yatırımcılar açısından olumsuz karşılanabilir. Bu nedenle bu ikilemin bir değişiklikle giderilmesini önermekteyiz.

³⁵ DOST, Süleyman: *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 145; YILMAZ, İlhan: *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 12.

³⁶ EGEMEN DEMİR, Işıl: *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 97.

³⁷ KARA, Hacı: "Türk Hukukunda İrtibat Bürosu ve Özellikleri", *İzmir Barosu Dergisi*, 2018, Cilt 83, Sayı 3, s. 168.

³⁸ Kanun'un gerekçesinde irtibat bürosu açılması hakkında iznin sebebi olarak; haksız rekabete sebebiyet vermemesi gösterilmiştir. 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Gerekçesi, TBMM 142'nolu Komisyon Raporu (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TU_TANAK/TBMM/d22/c017/tbmm22017090ss0142.pdf, ET: 28.08.2023).

³⁹ Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (16.10.2020 tarihli ve 31276 sayılı Resmî Gazete).

DYYKUY’e göre; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere, Türkiye’de ticari faaliyette bulunmamak kaydıyla irtibat bürosu açma izni vermeye ve bu izinlerin süresini uzatmaya yetkili kurumdur (m. 6/1)

Yeni kurulan şirketlerin Türkiye’de irtibat bürosu açma taleplerini, şirketin faaliyet konusu, sermayesi ve istihdam edilen personel sayısı gibi unsurlar çerçevesinde değerlendirerek faaliyet izninin verilmesi için şirketin kuruluşundan itibaren en az bir yıllık sürenin geçmesi koşulu Bakanlıkça aranabilmektedir (DYYKUY m. 6/2-3). Kuruluş ve süre uzatımına ilişkin müracaatlar, istenilen bilgi/belgelerin tam ve eksiksiz olması kaydıyla, başvuru tarihinden itibaren on beş iş günü içinde sonuçlandırılır.

Yabancı şirketlerin, para ve sermaye piyasaları, sigortacılık gibi özel mevzuatı bulunan finansal alanlarda faaliyette bulunmak amacıyla irtibat bürosu açma talepleri, ilgili özel mevzuatı çerçevesinde yetkili kılınan kurum veya kuruluşlarca değerlendirilir. Bakanlık, gerekli görmesi durumunda, faaliyet göstermek için izin, lisans veya benzeri yetkiler alınması gereken diğer sektörlerde yabancı şirketlerin irtibat bürosu açma taleplerini, söz konusu izin veya lisansı veren kurum ya da kuruluşların görüşlerini alarak sonuçlandırabilir (DYYKUY m. 6/4)⁴⁰.

DYYKUY hükümlerine bakıldığında, irtibat bürolarının hangi alanlarda faaliyette bulunabileceklerinin sayıldığı görülmektedir. Yönetmelik’in irtibat bürolarının işleyişi hakkındaki 8. maddesine göre; “*Yabancı şirketin sektörel kuruluşlar nezdinde ve ilgili organizasyonlarda temsil edilmesi, yabancı şirket yetkililerinin Türkiye’deki iş temaslarının koordinasyonu ve organizasyonu*” irtibat bürolarının faaliyet konularından biridir. İrtibat büroları, “*yabancı şirket adına üretim yaptırılan firmaların, yabancı şirketin kalite standartları çerçevesinde değerlendirilmesi, yabancı şirketin ürün ve üretici taleplerinin teminini*” sağlar.

Bu kapsamda yabancı hâkim şirket, dış ülkelerdeki temsilciliklerine bazı hizmetler sağlamaktadır. Bunlara örnek olarak: yatırım olanaklarının genişletilmesi, yönetim stratejilerinin geliştirilmesi, proje yapma, pazarlama, tanıtım, satış yapmaya yönelik adım, satış sonrası hizmetin oluşturulması, markanın korunması ve prestij kazanması, mali ve teknik destek, tedarikçilerin yönetilmesi, ürün sorumluluğu konusunda test edilmesi, Ar-Ge faaliyetleri, personelin eğitimi gibi konulara yer verilmektedir⁴¹.

II. YABANCI YATIRIMLARDA YABANCI PERSONEL İSTİHDAMI

A. Kilit Personel Kavramı

DYYK’nın kabulünden sonra çok kısa bir süre içinde 29.08.2003 tarih ve 25214 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyraklı Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir. İşte bu yönetmelik Türkiye’de DYYK kapsamında faaliyette bulunan şirket, şube ve irtibat büroları kapsamında istihdam edilecek yabancı uyraklı personelin çalışma izinlerine ilişkin usul ve esasları kapsamaktadır.

Türkiye’de kurulu bulunan ve tüzel kişiliğe sahip bir şirketin, aşağıdaki şartlardan en az birini sağlayan personeli “*kilit personel*” sayılır;

- Şirketin üst yönetiminde ya da yürütme pozisyonunda çalışmak,
- Şirketin tamamını veya bir bölümünü yönetmek,
- Şirketin denetçilerinin, idari veya teknik personelinin işlerini denetlemek veya kontrol etmek,
- Şirkete yeni personel almak ya da mevcut personelin işine son vermek veya bu konularda teklif yapmak.

⁴⁰ İrtibat bürolarını kuruluş ve işleyişi ile ilgili usul ve prosedür için bkz. DYYKUY m. 6-8.

⁴¹ KAYIK AYDINALP, Aslıhan: “İş Hukukunda Yabancı İrtibat Bürosu Çalışanları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 1, s. 136.

Doğrudan yabancı yatırımlarda çalıştırılacak kilit personel, yabancı gerçek kişilerin istihdamı için getirilmiş bir kavramdır. Bir yabancı için kilit personel kavramına dahil edilmesiyle kolaylaştırıcı etkiden yararlanarak çalışma izni almasında birtakım koşullar öngörülmüştür. Bu şartlar; kişinin çalıştığı pozisyona bağlı olan şartlar ile kişinin çalıştığı şirketin niteliğine ilişkin şartlar olarak ikiye ayrılabilir.

Bunlardan birincisi kilit personel kabul edilmenin çalışılan pozisyona bağlı olma koşuludur. Yabancıların çalışma iznine dair mevzuatta adı geçen “kilit personel” kavramı için Doğrudan Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik madde 4’te yer bulan tanımda da görüldüğü gibi; çalışma izni gereken kişinin kilit personel sayılabilmesi için çalıştığı pozisyon açısından şirketin yönetiminde, üst düzey yönetiminde, işe alım-işten çıkarma pozisyonlarında veya denetiminde çalışıyor olması veya teknik bilgi- uzmanlık gerektiren bir konumda çalışması öngörülmüştür. Kilit personel olarak kabul edilmek için aranan diğer koşul ise çalışılan şirketin niteliğine ilişkindir. Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik’in 4. maddesinde düzenlenen bu koşula göre bu kişilerin “kilit personel” sayılabilmesi için, çalıştıkları şirketin kanunda sayılan “özellik arz eden doğrudan yatırımlardan olma niteliği” taşıması gerekir. Buna göre; yabancı ortakların sermaye payının en az 400 bin TL olması kaydıyla, şirket veya şubenin son yıl cirosunun en az 30 milyon TL olması; yabancı ortakların sermaye payının en az 400 bin TL olması kaydıyla, şirket veya şubenin son yıl ihracatının en az 1 milyon ABD Doları olması; yabancı ortakların sermaye payının en az 400 bin TL olması kaydıyla, şirket veya şubede son yıl içinde Sosyal Sigortalar Kurumuna kayıtlı en az 250 personelin istihdam edilmesi; şirket veya şubenin yatırımda bulunacak olması halinde, öngörülen asgari sabit yatırım tutarının en az 10 milyon TL olması; ana şirketin merkezinin bulunduğu ülke dışında en az bir ülkede daha doğrudan yatırımının olması, koşullarından en az birini sağlaması gerekmektedir.

Doğrudan Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik’e göre şirketin yönetimde yer alanlar, denetimle yükümlü olanlar, araştırma cihazları ve teknikleri açısından temel bilgiye sahip çalışanları da kilit personel kabul edilmektedir. Yönetmelik’in 2. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek kilit personele çalışma izni, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilir. Yönetmelik’in 6. maddesine göre de irtibat bürolarında çalışacak kilit personele ilişkin çalışma izni, Bakanlık tarafından yetki belgesi sahibi en fazla bir kişiye büro faaliyetleri için son bir yıl içinde yurt dışından en az 200.000 ABD doları veya karşılığı döviz getirmiş olması kaydıyla verilir.

Anılan Yönetmeliğin 7’nci maddesine göre de; doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilmesi planlanan kilit personel hakkında çalışma izninin vatandaşı oldukları ya da ikamette buldukları devlette bulunan Türkiye dış temsilciliklerine (konsolosluk veya büyükelçilik) başvuruda bulunabilir. Buna göre; söz konusu kilit personellere yurtdışından çalışma iznine başvurma imkânı tanınmıştır (Yönetmelik m. 7).

Doğrudan yabancı yatırımlarda kilit personel olarak çalışacak kişinin çalışma iznine yurt içinden de başvurulabilir. Kilit personel, Türkiye’de kanunlara uygun bir şekilde bulunuyorsa çalışma izni için doğrudan Bakanlığa da başvurabilir.

B. Kilit Personelin Türkiye’de Çalışması

1. Yabancıların Türkiye’de Çalışmasına İlişkin Genel Kurallar

Anayasa’da yer alan, çalışma hak ve özgürlüğüne ilişkin düzenleme ile herkesin çalışma hak ve özgürlüğü bulunmaktadır. Anayasa’nın 16. Maddesine göre; çalışma hak ve özgürlüğü yabancılar hakkında uluslararası hukuka uygun şekilde kanunla sınırlandırılabilir. Nitekim Türk hukukunda yabancıların çalışmaları konusunda Anayasa’nın verdiği yetkiye uygun olarak bazı sınırlayıcı düzenlemeler yer almaktadır.

Yabancıların Türkiye’de çalışmasıyla ilgili genel kurallar UİK’te⁴² düzenlenmiştir. Bu kanuna göre yabancıların Türkiye’de çalışması yetkili makamdan çalışma izni alması şartına bağlıdır. Çalışma iznini alan veya çalışma izninden kanunlarla muaf tutulan kişiler Türkiye’de çalışabilirler. UİK’e göre çalışma izni; “*Bakanlıkça resmî bir belge şeklinde düzenlenen ve geçerlilik süresi içinde yabancıya Türkiye’de çalışma ve ikamet hakkı veren izni*” ifade etmektedir (m. 3/c). UİK’in m.6/2 hükmüne göre, Kanun kapsamında olan ve çalışmak isteyen yabancıların, çalışma izninden muaf tutulmamışlarsa, Türkiye’de çalışabilmeleri için mutlaka çalışma izni almaları gerekmektedir. Bu düzenlemeye aykırı olarak çalışma ve çalıştırma yasaklanmıştır. Bununla beraber, çalışma iznini almış olan yabancıların, bu izni almasından itibaren altı ay içinde, izne konu olan işine başlaması gerekir. Aksi takdirde söz konusu çalışma izni geçerliliğini yitirerek iptal edilecektir. UİK’in m.6/1 hükmünde ise, izni verecek olan kurumun, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (ÇSGB) olduğu belirtilmiştir. UİK’te çalışma izinleri beş kısma ayrılmıştır. Bunlar; süreli çalışma, süresiz çalışma, bağımsız çalışma, istisnai çalışma izinleri ve Turkuaz Kart’tır⁴³.

UİK’in m.7/4 hükmünde yeni bir değerlendirme kıstası olarak, çalışma izinleriyle ilgili yapılacak başvuruların değerlendirilmesinin, uluslararası işgücü politikasına göre yapılacağı düzenlenmiştir. Uluslararası işgücü politikası ise, UİK’in 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, yeni bir kurul olan, Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu kararları dikkate alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından uluslararası işgücü politikası oluşturulacaktır⁴⁴.

UİK’e göre mesleki yeterlilik ve uzmanlık gerektiren bazı mesleklerde çalışacak yabancılar için çalışma izni başvurularında ilgili bakanlıklardan “ön izin” alınması gerekmektedir. Ön izin uygulamasının amacı, yabancıların hizmet sunacakları meslekler için gerekli nitelik ve uzmanlığa sahip olup olmadıklarının değerlendirilmesidir. Ön izin alan yabancıların çalışma izni başvurularında, bu yabancıların gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımasını gerektiren UİK m. 9(d)’deki şart aranmayacaktır; çünkü ön izin alan yabancıların meslekî yeterlilikleri zaten ilgili kamu kurumları tarafından değerlendirilmiş olacaktır. Uluslararası İşgücü Kanunu’nda getirilen ön izin sistemi, kaliteli işgücü çekme amacı kapsamında çalışma izni başvuru sürecinde yapılan denetimin gerekli alanlarda daha nitelikli kişiler tarafından yapılmasına olanak sağlar⁴⁵. Söz konusu meslekler; sağlık hizmetleri, eğitim hizmetleri, öğretim elemanları ve AR-GE personeli olarak belirlenmiştir (UİK m. 8). Sağlık hizmetlerinde Sağlık Bakanlığı, eğitim hizmetlerinde Millî Eğitim Bakanlığı başvuruda bulunan yabancılarla ön izin vermeye yetkilidir. AR-GE merkezi belgesi olan firmalarda AR-GE personeli olarak çalışacak yabancıların çalışma izni başvurularında Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının olumlu görüşünün alınması zorunludur. Bakanlığın olumlu görüşü üzerine yabancıların çalışma izni başvurusu değerlendirilecektir. Bu hususta Bakanlığın olumlu görüşünün bir ön şart niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Yükseköğretim kurumlarında çalışacak yabancı öğretim elemanları için Yüksek Öğretim Kurulunun ön izni alınmalıdır.

2. Kilit Personel Niteliğindeki Yabancıların Türkiye’de Çalışması

Yabancıların çalışma haklarına getirilen kısıtlamalar, yabancı sermaye bakımından bazı özellikler arz etmektedir. DYYK’da yer alan hükümde, “*bu Kanun kapsamında kurulan şirket, şube ve kuruluş-*

⁴² 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu (UİK) m. 28 uyarınca Resmî Gazete’de yayımlandığı tarih olan 13 Ağustos 2016’da yürürlüğe girdi. Uluslararası İşgücü Kanunu, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’un yerini almıştır. UİK m. 26’ya göre, mevzuatta Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’a yapılan atıflar, Uluslararası İşgücü Kanunu’na yapılmış sayılacaktır. Uluslararası İşgücü Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır (UİK m. 27/7).

⁴³ Bu çalışmanın amacını aşmamak adına yabancıların çalışma izinleri konusunun detaylı olarak açıklanmasından imtina edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRKOL, Berk: “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Sayı 1, s. 421-482.

⁴⁴ “*Uluslararası işgücü politikası; uluslararası işgücü hareketliliği ve bölgesel gelişmeler ile Göç Politikaları Kurulu kararları, istihdam ve çalışma hayatına ilişkin gelişmeler, sektörel ve ekonomik dönemsel değişiklikler, kalkınma plan ve programları, yabancıların uyruğunda bulunduğu ülkeyle ikili ekonomik, sosyal ve kültürel ilişkiler, Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ve uluslararası sözleşmeler, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı dikkate alınarak belirlenir.*” şeklinde tanımlanmıştır (m. 4/2).

⁴⁵ DEMİRKOL, s. 438.

larda istihdam edilecek yabancı uyruklu personele, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çalışma izni verilmesi” öngörülmüştür (m. 3/g-I). Aynı Kanun’un 3. maddesinde, 2007 sayılı Kanun’u yürürlükten kaldıran 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’a atıf yapılarak, 4817 sayılı Kanun’un 23. maddesi uyarınca Hazine Müsteşarlığı ve Çalışma Bakanlığınca müştereken hazırlanacak yönetmelikte, yabancı sermayeli şirket ve kuruluşlardan hangilerinin bu kapsama gireceği ile söz konusu yönetmelik kapsamında izin verilecek kilit personelin tanımı ve çalışma izinlerine ilişkin özel nitelikteki diğer esas ve usullerin belirleneceği (m.3/g-II) ve bu kapsamda istihdam edilecek personele 4817 sayılı Kanun’un 14. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

DYYK’nın m. 3/g hükmü ve 4817 sayılı Kanun’un 23. maddesi hükümlerinde bahsedilen yönetmelik Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik (Kilit Personel Yönetmeliği)’tir. Yönetmelik’in 3. maddesinde de dayanak olarak ilgili husus belirtilmiştir. 6735 sayılı Kanun’un 26. maddesindeki atıf hükmünün sonucu olarak, kilit personel uygulaması devam etmektedir.

DYYK’nın yürürlüğe girdiği ilk metindeki m. 3/g hükmüne göre; “*bu Kanun kapsamında kurulan şirket, şube ve kuruluşlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu personele, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çalışma izni verilir.*”. UİK m. 27’ye göre bu maddedeki ikinci ve üçüncü paragraflar yürürlükten kaldırılmıştır. Mevcut haliyle hüküm; “*Bu Kanun kapsamında kurulan şirket, şube ve kuruluşlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu personele, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çalışma izni verilir.*”den ibarettir.

Kilit Personel Yönetmeliği, özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlarda ve irtibat bürolarında istihdam edilecek yabancı uyruklu kilit personele uygulanacaktır. Kilit Personel Yönetmeliği’nin 4. maddesi uyarınca özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlar, DYYK kapsamına giren ve m. 4’teki şartların en az birini sağlayan şirket veya şubeyi ifade etmektedir. Madde kapsamında ana şirketin merkezinin bulunduğu ülkenin dışında en az bir ülkede daha doğrudan yabancı yatırımının bulunması şartı aranmakta; diğer şartlarda belirtilen ortakların sermaye payı ve ihracat miktarlarının sayısal değerleri⁴⁶ Bakanlık tarafından her yıl ayrıca düzenlenmektedir (m. 17).

Kilit personel kavramı Yönetmelik’te tanımlanmış olup, Türkiye’de kurulu bulunan ve tüzel kişiliğe sahip bir şirketin m. 4/IV hükmünde belirtilen şartlardan en az birini sağlayan yabancı personeli “kilit personel” olarak kabul edilecektir. Hüküm uyarınca şirketin üst yönetiminde ya da yürütme pozisyonunda çalışmak; şirketin tamamını veya bir bölümünü yönetmek; şirketin denetçilerinin, idarî veya teknik personelinin işlerini denetlemek veya kontrol etmek; şirkete yeni personel almak ya da mevcut personelin işine son vermek veya bu konularda teklif yapmak gerekmektedir. Ayrıca bu alanlardan en az bir tanesinde görev alan veya bu konularda yetki sahibi, şirket ortağı, yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyesi, genel müdür, genel müdür yardımcısı, şirket müdürü, şirket müdür yardımcısı ve benzeri mevkilerde görev yapan kişi; irtibat bürolarında, yurt dışındaki ana şirket tarafından adına yetki belgesi düzenlenen en fazla bir kişi kilit personel olarak kabul edilecektir⁴⁷.

Çalışma izni başvurusu sırasında aranılacak belgeler Kilit Personel Yönetmeliği’nin 10. maddesinde belirtilmiştir. Bu belgeler; yatırımın özellik arz eden doğrudan yabancı yatırım olduğunu ve kişinin kilit personel niteliğini haiz bir kişi olduğunu kanıtlayan belgelerdir.

⁴⁶ Madde 4: “a) *Yabancı ortakların toplam sermaye payının en az 400 milyar Türk Lirası olması kaydıyla, şirket veya şubenin son yıl cirosunun en az 30 trilyon Türk Lirası olması,*

b) *Yabancı ortakların toplam sermaye payının en az 400 milyar Türk Lirası olması kaydıyla, şirket veya şubenin son yıl ihracatının en az 1 milyon ABD Doları olması,*

c) *Yabancı ortakların toplam sermaye payının en az 400 milyar Türk Lirası olması kaydıyla, şirket veya şubede son yıl içinde Sosyal Sigortalar Kurumu’na kayıtlı en az 250 personelin istihdam edilmesi,*

d) *Şirket veya şubenin yatırımında bulunacak olması halinde, öngörülen asgari sabit yatırım tutarının en az 10 trilyon Türk Lirası olması.”*

⁴⁷ ERGİN, Berkiye Gizem: “Yabancıların Türkiye’de Çalışma İzinleri Hakkında Kanunî Düzenlemeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Sayı 135, s. 133-134.

Kilit Personel Yönetmeliği kapsamında kilit personel olarak istihdam edilen kişi çalışma izni süresinin bitiminden itibaren en geç on beş gün içinde çalışma iznini uzatma başvurusunda bulunmalıdır. Bu süreden sonra yapılan uzatma başvuruları ilk başvuru gibi değerlendirilir. Kilit personele sağlanan ayrıcalıklarda Kilit Personel Yönetmeliği 12, 13 ve 14.yer bulmuştur. Buna göre; Bakanlık kilit personel için yapılan çalışma izni veya süre uzatımı müracaatlarını, belgelerin tam ve eksiksiz olması kaydıyla, Bakanlığa müracaat tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde sonuçlandıracaktır.

Yönetmelik’in 2 ve 15. Maddesine bakıldığında görülmektedir ki; kilit personel tanımına dahil edilebilen bazı kişilere çalışma izni verilmesinde Bakanlığın takdir yetkisinin sınırlandırıldığını hatta Bakanlıkça yapılacak işlemin aranan şartları taşıyıp taşımadığının tespiti olduğunu ve şartlar sağlandığında çalışma izninin verilmesi yönünde olduğunu düşünmekteyiz.

Öte yandan açıklamak isteriz ki UİK kapsamında yer alan çalışma izinlerinden istisnai çalışma izni de DYKK kapsamındaki iş yerlerinde kilit personel için uygulanması mümkün bir çalışma izni olarak değerlendirilebilir.

UİK m. 16’da “a) Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli işgücü olarak değerlendirilen, b) Bilim ve teknolojiye katkısı, yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen,” şeklinde yer alan istisnai çalışma izni kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür. UİK 16. maddesinin gerekçesinde, bu maddede sayılan yabancı kişilere gerek önemleri bakımından gerekse taşıdıkları statü bakımından, çalışma izni kurallarında farklılıklar uygulanacağı belirtilmiştir. Bununla beraber, nitelikli yatırımcı, nitelikli işgücü ve proje çalışanı olan yabancılarla ilgili olarak da çalışma izni hükümleri istisnai olarak uygulanabilecektir.

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, Turkuaz kart sahibi kişilerin Türkiye ekonomisine katkıda bulunması hedeflenmektedir. Öte yandan kayıt dışı istihdamla mücadele bakımından da önemli bir düzenleme olduğunu belirtmekte fayda vardır⁴⁸.

3. Kilit Personel ile Turkuaz Kartlı Yabancılar Arasındaki Temel Farklar

Turkuaz Kart: Yabancıya, Türkiye’de süresiz çalışma hakkı tanıyan ve kanun hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü çocuklarına ikamet hakkı sağlayan belgedir. Uluslararası işgücü politikası kapsamında; bilim ve teknolojiye katkısı, eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, Türkiye’de bulunmasının veya yatırımının ülkeye katkısı; ekonomisine ve istihdama olumlu etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılarla Turkuaz Kart verilir⁴⁹. Konuyla ilgili usul ve esaslar Turkuaz Kart Yönetmeliğinde⁵⁰ düzenlenmiştir.

Turkuaz Kart sahibi yabancıların eşine ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına Turkuaz Kart sahibi yakını olduğunu gösteren ve ikamet izni yerine kabul edilen bir belge verilir. Turkuaz Kart sahibi süresiz çalışma iznine sahip olmakla birlikte bu izne sahip kişilerin sahip olduğu haklardan faydalanır, turkuaz kart sahibi yakınıysa uzun dönem ikamet izni sahibinin haklara aynen sahip kabul edilir.

Turkuaz Karta dair uygulamalarda bilimsel veya akademik yönden uluslararası alanda yer edinen çalışmalarını olanlar ile bilim, sanayi ve teknolojiye Türkiye için stratejik açıdan kabul edilen bir konuda

⁴⁸ KARAAĞAÇ, Ömür: “Yabancıların Türkiye’de Çalışmalarına İlişkin Temel Düzenleme Olarak Uluslararası İşgücü Kanununun Genel Değerlendirmesi”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Sayı 1, s. 113.

⁴⁹ AYAN, Hasan Alparslan: “Türk Hukukunda Turkuaz Kart Sahibi Yabancıların Çalışma Şartları”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 1, Sayı 1, s. 53-81; KARAGÜL, Dilara: “Turkuaz Kart Uygulaması”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2019, Cilt 39, Sayı 2, s. 393-414; ÇALIŞKAN, Zeynep: “Yabancı Yatırımların Teşviki: Turkuaz Kart Uygulaması ve Bazı Ülkelerdeki Benzer Düzenlemeler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 2, s. 55-88; AYGÜN, Mesut: “Vatandaş Veya İmtiyazlı Yabancı Olma Yönünde Kabul Edilen Düzenlemelere Sığınmacılar Açısından Eleştirel Bir Bakış: Uzun Dönem İkamet İzni, Turkuaz Kart Sahipliği ve Vatandaşlık Hakkı Çerçevesinde”, *Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 37, Sayı 2, s. 167-194.

⁵⁰ 14.03.2017 tarihli ve 30007 sayılı Resmî Gazete.

önemli işleri bulunanlar veya istihdam, ihracat ya da yatırım kapasitesi bakımından ulusal ekonomiye önemli ve olumlu katkı sağlayabilen ya da sağlaması kuvvetle öngörülenler nitelikli yabancı kapsamında değerlendirilir. Turkuaz Kart sahipleri için Türkiye’de buldukları zaman dilimi içinde nitelikli yabancı kabul edilmelerine ilave olarak 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu’nu madde 12’de 28.07.2016’da yapılan değişiklikle istisnai yoldan Türk vatandaşlığı kazanmanın yolu da açılmıştır.

ÜİK 11. maddesinin gerekçesine göre Turkuaz Kart sistemi ile hedeflenen, nitelikli yabancı işgücünün ülkeye kazandırılmasıdır. Turkuaz Kart sahibi yabancıların hak ve yükümlülükleri, Turkuaz Kart Yönetmeliği’nin 19. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede hak ve yükümlülükler açısından süresiz çalışma iznine sahip yabancılara atıf yapılmış olması dikkat çekicidir. Bir diğer önemli konu ise; Turkuaz Kart sahiplerinin, süresiz ikamet izni sahibi yabancıların statüsüne yakın şekilde konumlandırılmış olmasıdır. Bu iki özellik bağlamında süresiz çalışma iznine sahip yabancılar, uzun dönem ikamet iznine sahip yabancılar ve Turkuaz Kart sahibi yabancıların, çalışma hakkından yararlanması açısından “özel statülü yabancı” kabul edildiği ifade edilebilir.

Kilit personel ise DYYK’da yer alan yabancı yatırımcılara kolaylık sağlanması bakımından yabancı nitelikli personel istihdamına yönelik bir düzenlemedir. Bir kişinin kilit personel olarak kabul edilmesi için Kilit Personel Yönetmeliği’nde yer alan şartların sağlanması gerekmekte iken Turkuaz kart verilmesini gerektirecek nitelikte bir şart aranmamaktadır. Öyle ki bir kimsenin Turkuaz karta başvurması için doğrudan yabancı yatırım kapsamında çalışması koşulu da aranmamaktadır. Ayrıca bu kişiler imtiyazlı yabancı statüsünde iken kilit personel statüsü sadece işin gereği olarak Türkiye’de sadece çalışma izni koşulları bakımından cezbedici niteliktedir.

SONUÇ

DYYK, Türkiye’de doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi, yabancı yatırımcıların haklarının korunması, yatırım ve yatırımcı kavramlarının tanımlarında uluslararası standartlara uyum sağlanması, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülerek uzun süren bürokratik sürecin ortadan kaldırılması amaçlarıyla çıkarılmıştır. Kanun’un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra DYYKUY ile yabancı yatırımlara ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Ayrıca Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik ile de bu kanun kapsamındaki işyerlerinde çalışacak yabancı personel istihdamı konusunda kolaylıklar getirilmiştir. Çalışmamızda bu mevzuatlarda yer alan genel özellikler incelenmiş olmakla birlikte bazı konularda revizyonun gerekliliği konusunda görüş bildirilmiştir.

1. İrtibat bürosu açmak için Müsteşarlıktan izin alma zorunluluğu bulunmaktadır (DYYK m. 3/h). Kanunda yer alan bu ifadeye karşılık DYYKUY’de irtibat bürosuna ilişkin izinlerin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından verileceği düzenlenmiştir. Hâlen yürürlükte olan ve yabancı yatırımcıların teşviki noktasında çok önemli konumda olan DYYK ile DYYKUY’nin kendi içinde bu şekilde bir ikilem içermesi yatırımcılar açısından olumsuz karşılanabilir. Bu nedenle bu ikilemin bir değişiklikle giderilmesini önermekteyiz.

2. Kilit Personel Yönetmeliği’nin 2. ve 15. maddesi birlikte değerlendirildiğinde kilit personel kapsamına giren belirli kişilere çalışma izni verilmesinde Bakanlığın takdir yetkisinin var olmadığını ve Bakanlık tarafından yapılacak tek değerlendirmenin aranan şartların varlığını kontrolden ibaret olduğunu ve şartlar sağlandığında çalışma izninin verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

3. Yabancı ülke vatandaşı bir kişinin kilit personel statüsünde sayılabilmesi ve kilit personele tanınan çalışma iznine dahil edilebilmesi için, kanunda sınırlı ve belirli sayıda yer alan pozisyon şartını ve çalışacağı şirketin özellik taşıyan yatırımlardan olma şartını birlikte sağlaması zorunludur. Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik kapsamında verilecek çalışma izinleri daha kolay şekilde verilmektedir. Doğrudan yabancı yatırımlar kapsamında kilit personel kapsamına girmeyen yabancıların çalışma izinleri ise ÜİK ve ilgili diğer mevzuat çerçes-

vesinde verilmektedir. Kilit Personel Yönetmeliği hükümlerinin uygulanabilmesi için hem yatırımın özellik arz eden doğrudan yabancı yatırım olması, hem de çalışma izni istenilen yabancı uyruklunun kilit personel konumunda bulunması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki kilit personel olarak nitelendirdiğimiz kişiler için UİK’te yer alan çalışma izinlerinden istisnai çalışma izninden faydalanılması da mümkündür. Türkiye’yi yabancı yatırımcılar için daha cazip hale getirmek için atılan birçok adımı faydalı görmekle birlikte mevzuatta uygulamaya yönelik oluşabilecek karmaşanın giderilmesini ve bu nedenle mevzuatın güncellenmesini önermekteyiz. Bu durumun yabancı yatırımcı açısından belirsizlik olarak algılanmasının önüne geçmek adına bir revizyonun yerinde olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- AKER, Halit: “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 4, Sayı 1, s. 262-204.
- ARAT, Tuğrul: *Ticari Şirketlerinin Tabiiyeti*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- AYAN, Hasan Alparslan: “Türk Hukukunda Turkuaz Kart Sahibi Yabancıların Çalışma Şartları”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 1, Sayı 1, s. 53-81.
- AYGÜN, Mesut: “Vatandaş veya İmtiyazlı Yabancı Olma Yönünde Kabul Edilen Düzenlemelere Sığınmacılar Açısından Eleştirel Bir Bakış: Uzun Dönem İkamet İzni, Turkuaz Kart Sahipliği ve Vatandaşlık Hakkı Çerçevesinde”, *Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 37, Sayı 2, s. 167-194.
- AYHAN İZMİRLİ, Lale: “Uluslararası yatırım Hukukunda ‘Yatırım’ Kavramı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 2, s. 89-131.
- BAKLACI, Pınar: “Uluslararası Yatırımlarda ‘Dolaylı Kamulaştırma’ ve Düzenleyici Yetkiler”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2008, Cilt 28, Sayı 1-2, s. 1-25.
- BAŞAK, Levent: *4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Çerçevesinde Yabancı Sermaye Mevzuat Rehberi*, TÜRMÖB Yayınları, Ankara, 2008.
- BOZDAĞOĞLU, Yasemin / EVLİMOĞLU, Umut: “Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Tarihsel Süreçte Gösterdiği Gelişim: Hukuksal ve Ekonomik Yansımaları”, *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2014, Cilt 6, Sayı 11, s. 32-52.
- ÇALIŞKAN, Zeynep: “Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2009, Cilt 29, Sayı 1-2, s. 85-118.
- ÇALIŞKAN, Zeynep: “Yabancı Yatırımların Teşviki: Turkuaz Kart Uygulaması ve Bazı Ülkelerdeki Benzer Düzenlemeler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 2, s. 55-88.
- ÇELİKEL, Aysel: “Yabancı Yatırımların Teşviki Amacıyla Yapılan Yeni Yasal Düzenlemeler”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2003, Cilt 23, Sayı 1-2, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, s. 161-177.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile / SÜRAL, Ceyda: “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 6, Sayı 2, s. 131-167.
- DEMİRKOL, Berk: “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Sayı 1, s. 421-482.
- DİKMEN, Ahmet Alpay / KARAHANOGULLARI, Onur: “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirme”, *Mülkiye Dergisi*, 2002, Cilt 26, Sayı 234, s. 99-118.
- DOST, Süleyman: *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.
- EGEMEN DEMİR, Işıl: *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- ENER, Mustafa Alper: *Uluslararası Yatırım Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ERDİLEK, Asım: “Türkiye’nin Osmanlı’dan Günümüze Kadar Uzanan Doğrudan Yabancı Yatırım Ortamına ve Politikalarına Tarihsel Bir Bakış”, *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, 2006, Sayı 30, s. 16-35.
- ERGİN, Berkiye Gizem: “Yabancıların Türkiye’de Çalışma İzinleri Hakkında Kanunî Düzenlemeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Sayı 135, s. 119-150.
- ERTEN, Rifat: *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2005.
- GENÇ, Talha: *Türk Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Rejimi*, Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun, 2011.
- KARA, Hacı: “Türk Hukukunda İrtibat Bürosu ve Özellikleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2018, Cilt 83, Sayı 3, s. 167-198.
- KARAAĞAÇ, Ömür: “Yabancıların Türkiye’de Çalışmalarına İlişkin Temel Düzenleme Olarak Uluslararası İşgücü Kanununun Genel Değerlendirmesi”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Sayı 1, s. 89-121.

- KARAGÜL, Dilara: “Turkuaz Kart Uygulaması”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2019, Cilt 39, Sayı 2, s. 393-414.
- KAYIK AYDINALP, Aslıhan: “İş Hukukunda Yabancı İrtibat Bürosu Çalışanları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 1, s. 133-152.
- KIRLI AYDEMİR, Deniz Defne: *Yabancı Yatırımların Korunması, Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MI-GA) ve Yabancı Yatırımların Politik Risklere Karşı Korunması*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- ÖZEL, Sibel: “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2003, Cilt 23, Sayı 1-2, s. 599-617.
- SAMUR, Cengiz: “MAI (Multilateral Agreement on Investment, Çok taraflı Yatırım Anlaşması)”, *İktisat Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 63, Sayı 2, s. 53-138.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin: *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- TURANLI, Hüsnü: *Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Çerçevesi*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.
- YILMAZ, İlhan: *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- YILMAZ, Lerzan: “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2006, Cilt 5, Sayı 10, s. 173-190 (Yenilik).
- YÜCEL, Ensari: “Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Türk Mevzuatının Değerlendirilmesi”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2019, Cilt 18, Sayı 71, s. 1467-1482.
- ZARAKOLU, Avni: “Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1954, Cilt 11, Sayı 2, s. 590-600.

İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haksız Feshi ile “Haklı Nedene Dayanan Süreli Feshi”ne İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler^(*)



Some Remarks and Evaluations on the Termination of the Employment Contract by the Employee without Just Cause and on “the Termination with Notice based on Just Cause”

Artür KARADEMİR



Doktor Öğretim Üyesi

*İstanbul Esenyurt Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi
İngilizce İşletme Bölümü*

Anahtar Kelimeler

*Götürü Tazminat,
Ceza Koşulu,
Kıdem Tazminatı,
Haklı Neden,
Haksız Fesih.*

Öz

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız olarak derhâl feshedilmesi, aynı zamanda usulsüz fesih teşkil ettiğinden ötürü, İş Kanunu'na tâbi iş ilişkileri açısından İş Kanunu'nun 17. maddesi uygulanmalıdır. Belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız olarak derhâl feshinde ise Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde yazılı yaptırımın uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir. Öte yandan, TBK m. 439 hükmünde öngörülen yaptırımın “tazminat” olma niteliği, bu tutardan daha yüksek kararlaştırılan ceza koşulunun varlığı hâlinde, hem TBK m. 439 hükmünde öngörülen tazminatın hem de ceza koşulunun birlikte talep edilememesi gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Çalışma konusunu teşkil eden ikinci sorun ise haklı nedeni bulunan ama bu nedene dayanmadan iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdiren işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacağına ilişkindir. Bu konuda öğretide ve yargı kararlarında birlik bulunmamaktadır. Bu çalışmada, anılan ihtimalde işçinin kıdem tazminatına hak kazanması gerektiği savunulmaktadır.

Keywords

*Liquidated Damages,
Contractual Penalty,
Severance Pay,
Just Cause,
Termination without
Cause.*

Abstract

Since the termination without cause of an indefinite-term employment contract by the employee also constitutes a termination of the contract without abiding by the notice periods, article 17 of the Labor Code should be applied in terms of labor relations subject to the Labor Code. It should be accepted that in case of termination without cause of a fixed-term employment contract by the employee, the sanction written in article 439 of the Turkish Code of Obligations shall be applicable. On the other hand, given the fact that the nature of the sanction stipulated in article 439 TCO is considered as “compensation”, in case the penalty is higher than the amount of the compensation, both the compensation stipulated in article 439 TCO and the penalty requirement cannot be claimed together. The second problem that constitutes the subject of this study is whether the employee who has a justified reason but terminates the employment contract through termination abiding by the notice periods without relying on this reason shall be entitled to severance pay. There is no uniformity in doctrine and judicial decisions on this issue. In this study, it is argued that the employee will be entitled to severance pay in the mentioned scenario.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 18.04.2024, Kabul Tarihi: 13.05.2024.

GİRİŞ

Bu çalışmada birbirinin tam tersi olarak nitelendirilebilecek iki ihtimal incelenmektedir. Birinci ihtimal belirsiz veya belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshidir. “Haksız fesih” kavramında tanımlanmamıştır. Haksız fesih, öğretide, haklı bir neden olmaksızın veya derhâl fesihte hak düşürücü sürenin geçmiş olmasına rağmen iş sözleşmesinin derhâl feshedilmesi olarak tanımlanmaktadır¹. Kanunda öngörülen veya toplu yahut bireysel iş sözleşmesiyle kararlaştırılan usûle aykırı biçimde gerçekleştirilen fesihler de haksız fesih kavramına dâhil edilmektedir².

İkinci ihtimalde ise, tam tersine, işçinin haklı bir nedeni olmasına rağmen, iş sözleşmesinin derhâl feshi yerine sözleşmenin süreli feshi tercih edilmektedir. Başka bir deyişle, ilk ihtimalde iş sözleşmesi haklı bir neden olmaksızın işçi tarafından derhâl feshedilmekte, ikinci ihtimalde ise haklı bir neden bulunmasına rağmen iş sözleşmesi işçi tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilmektedir.

Yukarıda zikredilen ihtimallere ilişkin öğretide fikir ayrılıkları mevcut olmakla birlikte, özellikle haklı nedenin bulunmasına rağmen iş sözleşmesinin bildirim süresi tanınarak feshedilmesi ihtimaline ilişkin Yargıtay uygulamasının yeknesaklık arz etmediğini belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle, iş sözleşmesinin işçi tarafından “haksız feshi” ile “haklı nedene dayanan süreli feshi” noktasında ortaya çıkabilecek hukuki sonuçların incelenmesinde fayda vardır³.

I. HAKSIZ FESİH

A. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi hâlinde yaptırımın nasıl belirleneceği sorusu İş Kanunu’nun⁴ (İş K.) 17. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu’nun⁵ (TBK) 439. maddesinin incelenmesini gerektirmektedir. Bilindiği üzere, TBK m. 439/1 işçinin haklı bir sebep olmaksızın aniden işi bırakması hâlinde işverenin işçinin aylık ücretinin dörtte birine eşit bir tazminatı talep edebileceğini düzenlemektedir. İş K. m. 17/4 uyarınca ise bildirim süresine riayet etmeyen işçi bildirim süresine ait ücreti talebi hâlinde işverene ödemekle yükümlüdür. TBK m. 439 hükmünde işaret edilen tazminat “*haksız fesih tazminatı*”⁶; İş K. m. 17/4 hükmünde yazılı tutar ise “*ihbar tazminatı*”⁷ olarak adlandırılmaktadır. Öğretide, genel olarak, her iki tazminatın da “*götürü tazminat*” niteliğinde olduğu belirtilmektedir⁸.

¹ SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler”, *Osman Güven Çankaya’ya Armağan*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara, 2010, s. 217; GÖKTAŞ, Seracettin: *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 115; BEDÜK, Mehmet Nusret: “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 27, Sayı 3, s. 694.

² Bkz. SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 727; AKYİĞİT, Ercan: *İş Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 296; SÜMER, Halûk Hâdi: *İş Hukuku*, 26. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 124-125; SAVAŞ, F. Burcu: *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 222-223.

³ Çalışma konumuz iş sözleşmesinin “işçi tarafından” feshedilmesini kapsadığından ötürü, tekrara düşmemek adına, metin içerisinde ayrıca belirtilmediği müddetçe iş sözleşmesinin feshi ile kastedilenin sözleşmenin işçi tarafından feshedilmesi olduğuna belirtelim.

⁴ 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmî Gazete.

⁵ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

⁶ KAR, Bektaş: “Haksız Fesih Tazminatı”, (Ed.) DOĞAN YENİSEY, Kübra: *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 7; GÜLVER, Ender: “Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2011, Cilt 8, Sayı 31, s. 1026; GÖKTAŞ, s. 317; UTKU, Doruk: “Türk Borçlar Kanununun 439. Maddesi ve İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin İhbar Tazminatı Sorumluluğuna Etkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 2783.

⁷ NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 377; CENTEL, Tankut: *İş Hukuku Cilt: 1 Bireysel İş Hukuku*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 174; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022, s. 957.

⁸ İhbar tazminatı açısından bkz. NARMANLIOĞLU, s. 389; SÜZEK, s. 556; EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: *Bireysel İş Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 638; GÖKTAŞ, s. 270; BİRİNCİ UZUN, Tuba: *Götürü Tazminat*, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 204. İhbar tazminatı için “*yasadan doğan götürü tazminat*” ifadesini kullanan bazı Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 16.11.2015, E. 2015/25196, K. 2015/32433; Yargıtay, 9. HD, T. 29.09.2011, E. 2009/22398, K. 2011/33904 (Legalbank). Haksız fesih tazminatı açısından bkz. SÜZEK, s. 733-734; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 909; CANİKLİOĞLU, Nurşen: “İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, (Ed.)

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi hâlinde ortaya çıkan yaptırıma ilişkin öğretide ağırlıklı olarak TBK m. 439 ile İş K. m. 17/4 düzenlemelerinden hareketle açıklamalar getirilmekle birlikte fikir birliğinden de bahsedilememektedir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre “*aniden işi bırakma*”nın yaptırımına ilişkin TBK m. 439 ile getirilen (dörtte birlik) sınırlama, işçinin korunmasına yönelik temel ilkenin de bir gereği olarak İş Kanunu’na tâbi işçilere de uygulanmalıdır⁹.

Öğretideki diğer görüşe göre ise İş K. m. 17/4 hükmünde düzenlenen ihbar tazminatının tutarı TBK m. 439 hükmünde yazılı tutardan fazladır. Bu durum, İş Kanunu’na tâbi bir işçiyi Türk Borçlar Kanunu’na tâbi bir işçiye nazaran daha dezavantajlı konuma düşürmektedir ki bu da İş Kanunu’nun amacıyla bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla İş K. m. 17/4 ile TBK m. 439 açısından örtülü boşluğun bulunduğu kabul edilmelidir. Örtülü boşluk, TBK m. 439 hükmünün İş Kanunu’na tâbi iş ilişkilerine kıyasen uygulanması ve İş K. m. 17/4 ile belirlenen ihbar tazminatı tutarının amaca uygun sınırlandırılması suretiyle doldurulmalıdır. Şu durumda, TBK m. 439 ile belirlenen tazminat tutarı İş Kanunu’na tâbi iş ilişkileri açısından da uygulanmalı ancak işverenin ek zararının bulunması hâlinde, bu zarar en fazla İş K. m. 17/4 hükmünde işaret edilen ihbar tazminatı tutarı kadar olabilmelidir¹⁰.

İleri sürülen bir diğer görüş uyarınca İş Kanunu’na tâbi işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini haksız feshi usûlsüz feshe tahvil edilmelidir. Zira TBK m. 439 uyarınca işverenin ek zararlarını ispatlayamaması durumunda işçinin ücretinin dörtte birine karşılık gelen tutar İş K. m. 17/4 uyarınca ödenmesi gereken ihbar tazminatı tutarından çok daha düşüktür. Bu nedenle, İş Kanunu’na tâbi işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini haksız olarak feshetmesi hâlinde işçinin İş K. m. 17/4 uyarınca ihbar tazminatından sorumlu olması gerekmektedir¹¹. Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir¹². Aynı sonucun Basın İş Kanunu¹³ ile Deniz İş Kanunu’na¹⁴ tâbi iş ilişkileri açısından da benimsenmesi gerekmektedir¹⁵.

Bazı yazarlar ise belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshinin aynı zamanda usûlsüz bir fesih teşkil ettiğini; usûlsüz feshin sonuçlarının ise zaten İş K. m. 17/4 ile düzenlendiğini; dolayısıyla ortada bir boşluk bulunmadığını ifade etmektedirler¹⁶. Kanımızca da bu görüş isabetlidir. Gerçekten TBK m. 439 işi “*aniden işi bırakan*” işçiye uygulanacak yaptırımı düzenlerken, bildirim süresine uymama hâline (usûlsüz feshe “de”) işaret etmektedir. Kanunun sistematik yorumu da aynı sonuca ulaşılmasını gerektirmektedir. Sonuçta, TBK m. 439, “*İşçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması*” kenar başlığını taşımakla birlikte, bu hüküm “*IV. Derhâl Fesih*” üst başlığı altında düzenlenmiştir. Ayrıca bir önceki maddede işverenin haksız feshi hâlinde işçinin belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından “*bildirim süresine*” isabet eden ücreti talep edebileceği yazılıdır. Hâl böyle olunca, iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshine ilişkin TBK m. 439 düzenlemesinin bildirim süresine uyulmamasına işaret ederek usûlsüz fesih eylemini de içeren bir hüküm olduğu kabul edilmelidir¹⁷. Şu durumda, İş

KÖSEÖĞLU, Ali Cengiz: *10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2016, s. 178; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 620; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 366; GÖKTAŞ, s. 270.

⁹ ŞİŞLİ, Zeynep / DULAY YANGIN, Dilek: “Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İhbar Önellerinin Sözleşme ile Artırıldığı Hallerde İşçinin İhbar Tazminatı Sorumluluğu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, s. 88-89.

¹⁰ UTKU, s. 2780 vd.

¹¹ GÖKTAŞ, s. 320.

¹² Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğünden önce aynı yöndeki uygulama için bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 24.10.2008, E. 2007/30188, K. 2008/28444 (Legalbank). Ayrıca bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 15.10.2012, E. 2010/25274, K. 2012/34290. Kararlar ile bu kararları isabetli bulan açıklamalar için bkz. GÖKTAŞ, s. 318. Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra, (işverenin sorumlu olduğu haksız fesih tazminatına ilişkin olmakla birlikte) aynı yönde bkz. Yargıtay, 22. HD, T. 01.06.2017, E. 2017/7172, K. 2017/13209 (Legalbank).

¹³ 20.06.1952 tarihli ve 8140 sayılı Resmî Gazete.

¹⁴ 29.04.1967 tarihli ve 12586 sayılı Resmî Gazete.

¹⁵ GÖKTAŞ, s. 334-335, 344.

¹⁶ YÜREKLİ, Sabahattin: *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 317; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 909.

¹⁷ Ayrıca bkz. “*Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bu tazminat, işçi bakımından ihbar tazminatına karşılık gelmektedir*” (ÖZDEMİR, Erdem: “Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2012, Sayı 27, s. 33).

Kanunu'na tâbi iş ilişkilerinde, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından usûlsüz feshi özel bir düzenlemeye (İş K. m. 17/4) konu edilmiş olduğundan, TBK m. 439 hükmünün doğrudan doğruya İş Kanunu'na tâbi işçilere uygulanması mümkün değildir.

B. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi

1. Haksız Feshe Uygulanacak Yaptırımın Hukukî Sebebinin ve Kapsamının Tespiti

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin usûlsüz feshine ilişkin İş K. m. 17/4 hükmünün belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi hâlinde uygulanamayacağı açıktır. Zira belirli süreli iş sözleşmesi ile feshi bildirim süresi birbiriyle bağdaşmamaktadır¹⁸. Öyle ki, Yargıtay işveren tarafından ihbar tazminatı ödenmiş olmasını sözleşmenin belirli süreli olmadığına göstergesi olarak kabul etmektedir¹⁹. Hemen belirtelim ki, belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi hâlinde ortaya çıkacak yaptırımın hangi hukukî sebebe dayandırılacağı hususunda öğretilerde fikir birliği bulunmamaktadır.

Öğretilerde ileri sürülen bir görüşe göre İş Kanunu'na tâbi belirli süreli iş sözleşmeleri açısından TBK m. 439 uygulama alanı bulmamaktadır. Zira İş Kanunu'nda sadece bir hâlde işverenin zararı olmasa da haksız fesih nedeniyle işçinin sorumluluğu bulunmaktadır. Bu hâl de İş K. m. 23 ile düzenlendiği üzere sözleşme süresinin bitmesinden önce işini bırakıp başka bir işverenin işine giren işçinin sorumluluğudur. Şu durumda işveren, işçinin salt haksız feshi nedeniyle haksız fesih tazminatına değil, zararı varsa genel hükümlere göre tazminata hak kazanabilmektedir²⁰.

Öğretilerde ileri sürülen diğer görüşe göre ise İş K. m. 23 işçinin başka bir işverenin işine girmesi hâlinde yeni işverenin sorumluluğunu düzenlediğinden ötürü, işçinin başka bir işverenin işine girmesi hâli için olmasa bile, başka bir işverenin işine girmemesi hâli açısından boşluk bulunmaktadır. Bu boşluğun da genel kanun olan TBK (m. 439) vasıtasıyla doldurulması mümkündür. Bu durumda, başka bir işverenin işine girmemiş olan işçinin belirli süreli iş sözleşmesini haksız feshi nedeniyle ücretinin dörtte biri tutarındaki tazminattan sorumlu olması gerekmektedir²¹.

Katıldığımız diğer görüş uyarınca İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçinin sorumluluğu açısından ortaya çıkan bu boşluğun TBK m. 439 hükmü ile giderilmesi gerekmektedir²². Kanaatimizce İş K. m. 23 hükmünün belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi hâlinde TBK m. 439 hükmünü tümüyle bertaraf edecek şekilde yorumlanması mümkün değildir. Zira, her şeyden önce İş K. m. 23 doğrudan doğruya işçinin sorumluluğunun ayrıntılı ve özel olarak düzenlendiği bir kural getirmemektedir. İş K. m. 23 uyarınca iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi hâlinde “işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de ... sorumludur”. Madde gerekçesine göre de “... eski işverenin herhangi bir zararı söz konusu olmasa dahi, işçi ile birlikte yeni işveren de sorumlu tutulabilecektir.”. Öğretilerde İş K. m. 23 metninde yer alan

¹⁸ Karş. TBK m. 430. Belirtelim ki TBK m. 430, genel olarak, belirli süreli iş sözleşmesinin fesih bildirimleriyle sona erdirilebileceğinin taraflarca kararlaştırılabileceğini düzenlemektedir. Oysa TBK m. 430 hükmü mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 334. maddesinden tercüme edilirken, mehz kanunda bulunmayan “aksi kararlaştırılmadıkça” ifadesinin madde metnine eklenmesi isabetli olmamıştır. Öğretilerde haklı olarak, belirli süreli iş sözleşmesini düzenleyen TBK m. 430 hükmünde yer alan “fesih” ibaresinin “sözleşmenin yenilenmeyeceğini haber verme” anlamında kullanıldığı ifade edilmektedir. TBK m. 430 hükmüne ilişkin görüş ve açıklamalar için bkz. EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim / BASKAN, Esra: *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 178; SÜZEK, 536; SOYER, Polat: “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin ‘Yeni’ Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2011, Cilt 2, Sayı 22, s. 12; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 405; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 312; BAYSAL, Başak / MUTLAY, Faruk Barış: “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2011, Cilt 3, Sayı 30, s. 240, dn. 6.

¹⁹ Bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 02.03.2009, E. 2008/16625, K. 2009/5565; Yargıtay, 9. HD, T. 12.05.2008, E. 2007/35913, K. 2008/12011; Yargıtay, 9. HD, T. 20.11.2006, E. 2006/21684, K. 2006/30411; Yargıtay, 7. HD, T. 10.10.2013, E. 2013/10057, K. 2013/16694 (Legalbank).

²⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 909; KAR, s. 9.

²¹ GÖKTAŞ, s. 316.

²² SÜZEK, s. 733; URHANOĞLU, İftar: “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 12, Sayı 1, s. 104; YÜREKLİ, s. 318.

“işçinin sorumluluğu yanında” ifadesi ile esasen yeni işverenin sorumluluğunun düzenlendiği belirtilmektedir. Yoksa, işçinin sorumluluğuna başvurabilmek zarar koşuluna bağlıdır²³. O hâlde, İş K. m. 23 hükmünün ayırıcı özelliği, maddede sayılan koşulların gerçekleşmesi durumunda işverenin zarar görmesi şartı aranmaksızın, işçi ile birlikte yeni işverenin de sorumlu olacağı düzenlenmiş olmasıdır.

İş K. m. 23 hükmünün uygulama alanı bulduğu hâllerde, işçinin sorumluluğuna başvurulabilmesi için ister işverenin zararını ispat etmesi şartı aransın, isterse aranmasın, bu düzenlemenin işçinin sorumluluğunun kapsamına ilişkin bir hüküm içermediği açıktır. İşçinin sorumluluğunun kapsamının; diğer bir ifadeyle, tazminat borcunun kapsamının nasıl belirleneceğine ilişkin ortaya çıkan bu sorunun çözümü (boşluğun giderilmesi) noktasında genel kanun içindeki özel hüküm olan TBK m. 439 hükmünde belirlenen dörtte birlik tazminat talebi gündeme gelecektir. Dolayısıyla, İş K. m. 23 hükmünden hareketle TBK m. 439 hükmünde öngörülen haksız fesih tazminatının uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı biçimindeki yorum tarzına iştirak edemiyoruz.

Belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi hâlinde TBK m. 439 hükmünün uygulanma kabiliyetinin bulunduğunu tespit ettikten sonra, objektif koşulların bulunmaması nedeniyle esasen belirsiz süreli sayılan iş sözleşmelerinin işçi tarafından haksız feshinin akıbetini de değerlendirmek gerekmektedir. Bilindiği üzere, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi son yıllarda verdiği kararlarında, objektif koşul bulunmaması nedeniyle sözleşmenin belirsiz süreli olduğu iddiasına dürüstlük kuralı vasıtasıyla sınır çizmektedir. Öğretide ileri sürülen görüşlere²⁴ paralel gelişen Yargıtay uygulamasına göre belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi için objektif koşulların bulunması mecburiyeti işçiyi koruyan bir düzenlemedir. Dolayısıyla, hakkın amacı dışında kullanılması anlamına gelecek şekilde, işverenin objektif koşul yokluğunu ileri sürerek işçinin bakiye süre ücreti talebinin reddini sağlayamaması gerekmektedir²⁵. Yargıtay uygulamasındaki gerekçeler, objektif koşulların bulunmaması nedeniyle ilk tahlilde belirli süreli olarak akdedilmiş olmasına rağmen belirsiz süreli sayılması gereken iş sözleşmesinin haksız feshinde, işverenin işçi aleyhine olacak şekilde İş K. m. 17/4 hükmünde düzenlenen ihbar tazminatını talep edemeyeceği; aksine, sanki sözleşme geçerli bir belirli süreli iş sözleşmesiymiş gibi yine TBK m. 439 hükmünde düzenlenen haksız fesih tazminatını talep edebileceği sonucunu doğurmaktadır.

2. Haksız Fesih Tazminatı ile Ceza Koşulu Arasındaki İlişki

Haksız fesih tazminatı ile ceza koşulu arasındaki ilişkinin incelenmesi başlıca iki sorunun cevaplandırılması ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Birinci soru, TBK m. 439 hükmünde yer alan dörtte birlik tazminat sınırlamasına rağmen tarafların haksız feshine bağlanan ceza koşulu kararlaştırıp kararlaştırmayacaklarına ilişkindir. Bu soruya olumlu cevap verilmesi durumunda ise ceza koşuluyla birlikte ayrıca haksız fesih tazminatının da talep edilebilip edilemeyeceğinin cevaplandırılması gerekmektedir.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda²⁶ olduğunun aksine²⁷, TBK m. 439 hükmünde yer alan haksız fesih tazminatına ilişkin sınırlamanın mutlak veya nispi emredici olduğuna ilişkin bir düzenleme bu-

²³ ALPAGUT, Gülsevil: “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2011, Cilt 8, Sayı 31, s. 934-395. Aynı yönde bkz. ALPAGUT, Gülsevil: *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, TÜHİS Yayınları, Ankara, 1998, s. 191. TBK m. 439 düzenlemesinin bulunmadığı eBK dönemine ilişkin açıklamalarda bulunan yazara göre, “işçinin yeni işe girmesi, salt zararın maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda yeni işverenden talep edilebilmesi imkanını vermektedir. İşverenin, işçiden zararının tazminini genel hükümler uyarınca (BK.m.96 vd.) talep etmesi mümkündür.”. Aynı yönde bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 369.

²⁴ ALP, Mustafa: “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yargıtay Tarafından Resen Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Dönüştürülmesi”, (Ed.) DOĞAN YENİSEY, Kübra: *Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 489 vd.; DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 70; KABAKCI, Mahmut: “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin İşçi ve İşveren Açısından Farklı Değerlendirilmesi Gereği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2014, Cilt 72, Sayı 2, s. 132; GÜZEL, Ali: “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Nitelemesi -Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2022, Cilt 3, Sayı 74, s. 1712 vd.

²⁵ Yargıtay, 9. HD, T. 13.06.2022, E. 2022/6065, K. 2022/7555; Yargıtay, 9. HD, T. 27.01.2021, E. 2020/2390, K. 2021/2568; Yargıtay, 9. HD, T. 15.09.2020, E. 2016/22178, K. 2020/7846 (Legalbank).

²⁶ AS 27 31, Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht).

lanmamaktadır. Dolayısıyla haksız feshin yaptırımına ilişkin TBK m. 439 ile mutlak bir üst sınır getirildiğinden bahsedilemez. Bu nedenle TBK m. 420 hükmüne uygun biçimde karşılıklı olması şartıyla belirli süreli iş sözleşmesini haksız fesheden işçi aleyhine haksız feshe bağlanan ceza koşulu kararlaştırılabilir²⁸.

Belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi hâlinde ceza koşulu kararlaştırılabileceğini tespit ettikten sonra, cevaplandırılması gereken ikinci soru, hem haksız fesih tazminatının hem de ceza koşulunun birlikte talep edilip edilemeyeceğine ilişkindir. İlk tahlilde, haksız fesih tazminatının götürü tazminat olma niteliği; dolayısıyla ceza koşulundan farklı bir mahiyeti haiz olması, bu iki tutarın işveren tarafından birlikte talep edilebileceği kanaatini uyandırabilecektir. Öğretide de hem haksız fesih tazminatı açısından hem de haksız fesih tazminatı ile (götürü tazminat olması itibarıyla) aynı mahiyeti haiz olan ihbar tazminatı açısından bu sonuca varan görüşler mevcuttur²⁹. Nitekim uygulamada da davacının ihbar tazminatına hak kazanmış olmasının ayrıca ceza koşulunu talep etmesine engel teşkil etmediğine karar verilmektedir³⁰.

Öğretide ileri sürülen diğer görüşe göre de ceza koşulu ile birlikte haksız fesih tazminatı talep edilebilecektir. Öte yandan, bunun için sözleşmede bu iki yaptırımın birlikte talep edilebileceğine yönelik bir kararlaştırmanın mevcut olması gerekmektedir. Taraflarca bu yönde bir kararlaştırma yapılmamış olması durumunda, ceza koşulunun “seçimlik” olduğu kabul edilmeli ve haksız fesih tazminatıyla birlikte talep edilmesi mümkün görülmemelidir³¹.

TBK m. 439 hükmünde düzenlenen haksız fesih tazminatının “götürü tazminat” olduğu kabul edilecek olursa, kanaatimizce ceza koşulu ile haksız fesih tazminatı birlikte talep edilemez. Her ne kadar, haksız fesih tazminatına hükmedilebilmesi için işverenin zararının bulunmasına veya zararını ispat etmesine ihtiyaç bulunmasa da, götürü tazminat, bir “tazminat” olması nedeniyle “zarar” düşüncesine dayanmaktadır³². Gerçekten, götürü tazminat tazmin edilmesi gereken zarar miktarının önceden ve götürü olarak belirlenmesini ifade etmektedir³³. Bu tazminat ile sözleşmenin ihlal edilmesiyle meydana gelen tipik zarar tespit edilmektedir³⁴.

İşçinin işi aniden bırakması nedeniyle sorumlu olduğu tazminat, işverenin sözleşmenin ifasındaki menfaatine karşılık gelen olumlu zararını teşkil etmektedir³⁵. Yani TBK m. 439 bağlamındaki haksız fesih tazminatı ifanın alternatifi değildir. Haksız fesih tazminatıyla karşılanmak istenen zarar kanun tarafından götürü olarak önceden belirlenmiş durumdadır. Yoksa bu götürü tazminat, ceza koşulundan

²⁷ Bkz. Art. 361 OR. Anılan maddede, işçinin haklı bir sebep olmaksızın işi aniden bırakmasının yaptırımını düzenleyen Art. 337d OR hükmünün mutlak emredici olduğu belirtilmektedir.

²⁸ SÜZEK, s. 734; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 372-373; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 921; DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş Hukukunda Cezaî Şart”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri*, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 32 vd.; BAYCIK, Gaye: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 (Değerlendirme), s. 177. İşçinin aniden işi bırakması şeklinde beliren haksız feshe bağlanan ceza koşulunun Yargıtay tarafından da geçerli kabul edildiğine ilişkin bkz. URHANOĞLU, s. 114. Buna karşılık, TBK m. 439 hükmünün mutlak emredici olduğu görüşü için bkz. YÜREKLİ, s. 321. Aynı yönde bkz. SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2023, s. 498. Yazar TBK m. 439 hükmünün mutlak emredici olduğunu belirterek ilave ceza koşulu kararlaştırılmayacağı kanaatindedir. Ayrıca bkz. GÖKTAŞ, s. 270. TBK m. 439 hükmünün nispi emredici olduğunu ifade eden yazara göre söz konusu hüküm işçi aleyhine değiştirilemez fakat bu sonuç işçi aleyhine ceza koşulu öngörülmesine engel değildir. Öte yandan karşı. GÖKTAŞ, s. 318. Yazar TBK m. 439 hükmünün mutlak emredici olduğunu ve ilave ceza koşulu öngörülemeyeceğini belirtmektedir.

²⁹ Bkz. BAYCIK, *Değerlendirme*, 189-190; YAYVAK NAMLI, İrem: *İş Hukukunda Cezaî Şart*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 348-349, 365-366.

³⁰ Yargıtay, 9. HD, T. 10.11.1992, E. 1992/6312, K. 1992/12426 (Legalbank). Aynı yönde bkz. Bursa BAM, 9. HD, T. 17.05.2018, E. 2018/815, K. 2018/1025 (Legalbank).

³¹ URHANOĞLU, s. 114.

³² BİRİNCİ UZUN, s. 148.

³³ BİRİNCİ UZUN, s. 65; PARLAK BÖRÜ, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, Cilt 29, Sayı 129, s. 198.

³⁴ PARLAK BÖRÜ, s. 209.

³⁵ YÜREKLİ, s. 317; GÖKTAŞ, s. 268; UTKU, s. 2760 vd.

farklı olarak³⁶ zarar kavramı ile bağıni tümüyle kopartmış; zarar kavramından ayrı düşünülmesi gereken bir yaptırım değildir. Nitekim bu husus TBK m. 439/1 c. 2 uyarınca “işverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır” biçimindeki ifadeden de anlaşılabilir.

Borçlar hukuku kuralları itibarıyla karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü nedeniyle ifa yerine istenebilen olumlu zararın (TBK m. 125/2); borcun ifasının imkânsızlaşması hâlinde ifa yerini alan tazminat borcunun (TBK m. 112) veya borcu gereği gibi ifa etmeme nedeniyle uğranılan zararın (TBK m. 112) ceza koşulunu aşan kısmı borçludan talep edilebilmektedir³⁷. Şu durumda, eğer zarar, ceza miktarından düşükse veya ona eşitse borçlu sadece zararı da karşılayan ceza tutarını ödemekle borcundan kurtulabilir³⁸. Hâl böyle olunca, haksız fesih hâlinde (götürü) tazminat miktarı (işçinin ücretinin dörtte biri) ceza koşuluyla belirlenen miktardan daha düşükse, haksız fesih tazminatı ile ceza koşulu tutarı birlikte talep edilemeyecek; sadece haksız fesih tazminatı tutarını da içeren (haksız fesih tazminatı tutarından daha yüksek olan) ceza koşulu talep edilebilecektir. Bu noktada, örneğin “belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin işi haklı neden olmaksızın aniden bırakması hâlinde ücretinin dörtte birine eşit bir tutarın yanı sıra ayrıca belli bir miktar para ödeyeceği”ne ilişkin sözleşmesel bir hükmün bir bütün olarak ceza koşulu olarak mı değerlendirileceği, yoksa sözleşme hükmünde yer alan dörtte birlik sınırlamanın TBK m. 439 lafzının bir tekrarı mı olduğu tartışma konusu olabilecektir. Şayet ilk seçenek tercih edilirse, işçi aleyhine hem haksız fesih tazminatı tutarı hem de kararlaştırılan ceza koşulu tutarına hükmedilecektir. Zira bu seçenek, hem haksız fesih tazminatının hem de belli bir miktar paranın birlikte tek bir ceza koşulu olarak belirlenmiş olmalarına ilişkindir. Fakat bu ihtimalde dahi, yine yukarıda borçlar hukukundan kaynaklanan esaslar nedeniyle, ilave bir haksız fesih tazminatına daha hükmedilemeyecektir.

Doğaldır ki, kanunda düzenlenen yaptırımların sözleşmede belirtilmiş olmasının bir tekrardan mı ibaret olduğu, yoksa taraf iradelerinin ilave bir sonuca mı ulaşmak istedikleri sözleşmenin yorumuna ilişkin bir meseledir. “Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin işi haklı neden olmaksızın aniden bırakması hâlinde ücretinin dörtte birine eşit bir tutarın yanı sıra ayrıca belli bir miktar para ödeyeceği”ne ilişkin sözleşmesel hükmün, bir bütün olarak ceza koşulu biçiminde yorumlanması, gerek “borçlu lehine yorum” ilkesiyle, gerekse “düzenleyen aleyhine yorum ilkesi”yle bağdaşmayacaktır³⁹. Bu nedenle, örnekte gösterilen sözleşme hükmünün tamamının bir ceza koşulu olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Bu sonuç, işçi lehine yorum ilkesiyle de uyumlu olur. Bu durumda, borçlu işçinin sadece haksız fesih tazminatı tutarından daha yüksek olan ceza koşulundan sorumlu olacağı; bu ceza koşuluna ek olarak ayrıca haksız fesih tazminatının işçiden talep edilemeyeceği sonucuna ulaşılmalıdır.

Son olarak belirtelim ki, haksız fesih tazminatı (işçinin ücretinin dörtte biri) kararlaştırılan ceza koşulunu aşyorsa, işveren işçinin ücretinin dörtte birine kadar olan kısmı zararının bulunduğu ispat etme şartı aranmaksızın talep edebilecektir. Kuşkusuz, haksız fesih tazminatını da aşan oranda bir zararının bulunduğu iddia eden işverenin, bu ek zararının da TBK m. 439/1 c. 2 hükmüne dayanarak tazmin edilmesini talep etme hakkı vardır.

II. HAKLI NEDENE DAYANAN SÜRELİ FESİH

A. Süreli Fesih

Bilindiği üzere, iş sözleşmesinin feshi, genel olarak, süreli fesih ve derhâl fesih olmak üzere iki farklı fesih türü üzerinde şekillenmektedir. “Süreli fesih” başlıklı İş K. m. 17 uyarınca iş sözleşmesini

³⁶ Götürü tazminatın ceza koşulundan farklı yönlerine ilişkin bkz. BİRİNCİ UZUN, s. 146 vd.

³⁷ FURRER, Andreas / MÜLLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 662-663.

³⁸ TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 483.

³⁹ Yukarıda belirtilen yorum ilkelerine ilişkin bkz. SARIKAYA, Murat: *Sözleşmenin Yorumu*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 305 vd.

fesheden taraf, işçinin hizmet süresine bağlı olarak belli bir süre önceden karşı tarafa bildirimde bulunmakla yükümlüdür (İş K. m. 17/2). Aksi takdirde, bildirim süresine uymayan taraf karşı tarafa bildirim süresine ait ücreti ödemek zorundadır (İş K m. 17/4).

Deniz İş Kanunu'nda fesih bildirim hakkı altı aylık süreyle sınırlanmış olmakla, bu farklılık dışında, bildirim süreleri açısından İş Kanunu'nda yer alan fesih bildirim süreleri tekrar edilmiştir (DİK m. 16). Türk Borçlar Kanunu'nda ise İş Kanunu'nda olduğundan farklı bildirim süreleri öngörülmüştür (TBK m. 432/2), Basın İş Kanunu'ndaki bildirim süreleri de İş Kanunu'ndaki bildirim sürelerinden farklı olmakla birlikte, Basın İş Kanunu işveren ile gazeteciyi de farklı bildirim sürelerine tâbi kılmıştır (BİK m. 6/4, m. 7).

İş sözleşmesinin süreli feshi hâlinde karşı tarafın önceden haberdar edilmesini sağlayan bildirim süresi, işverenin bildirim süresi içinde yeni bir işçi bulmasını; işçinin ise bu sürede yeni bir iş bulmasını sağlamaya yöneliktir⁴⁰. İş sözleşmesi, bildirim süresi sonuna kadar geçerli bir iş sözleşmesi olarak yürürlüğünü sürdürmektedir. Bildirim süresinin sona ermesiyle de iş sözleşmesi feshedilmiş olmaktadır⁴¹. Bildirim süresi içinde iş sözleşmesi yürürlükte olduğu için bu sürede tarafların iş sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçları devam etmektedir⁴². Belirtelim ki, iş sözleşmesinin süreli feshinde, fesih sebebinin belirtilmemiş olması feshi tek başına “*usûlsüz fesih*” hâline getirmemektedir. Öte yandan, sebep belirtilsin veya belirtilmesin, fesih iradesinin ortaya konulmuş olması gerektiği açıktır⁴³.

B. Derhâl Fesih

“Derhâl fesih” iş sözleşmesinin kimin tarafından feshedildiğine göre “*haklı nedenle derhâl fesih hakkı*” başlığı altında İş K. m. 24 ve m. 25 hükmünde düzenlenmiştir. Bu fesih türünde bildirim süresinin beklenmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Nitekim Deniz İş Kanunu da derhâl feshi “*önelsiz fesih*” başlığı altında düzenlemekte (BİK m. 14), Basın İş Kanunu'nda ise derhâl fesih hakkına ilişkin hüküm “*ihbar mühletini beklemeksizin fesih hakkı*” başlığını taşımaktadır (BİK m. 11).

“Derhâl fesih”, “*haklı fesih*” olarak da adlandırılmaktadır⁴⁴. Gerçekten, haklı nedenlerin varlığı hâlinde, güven ilişkisinin “çöktüğü” ve iş ilişkisinin “çekilmez” hâle geldiğinden bahisle, iş ilişkisine feshi bildirim süresi kadar kısa bir zaman dilimi için dahi devam edilmesi haklı nedeni doğuran olaya muhatap olan taraftan beklenmemektedir⁴⁵. Bununla birlikte, haklı nedeni olan işçi veya işverenin iş sözleşmesini derhâl feshetmek zorunda olduğundan da bahsedilememektedir. Başka bir deyişle, haklı nedenin varlığına rağmen işçinin veya işverenin sözleşmeyi feshetmeyi tercih etmemesi de mümkündür. Bu husus, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16. ve 17. maddelerinde işçinin veya işverenin haklı nedenlerinin bulunması hâlinde sözleşmeyi “*dilirse*” feshedebilecekleri biçimindeki anlatımla ortaya konulmuştur⁴⁶. “*Dilirse*” ifadesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde yer almamakla birlikte, aynı sonuç yürürlükteki kanun açısından da geçerlidir.

⁴⁰ SÜZEK, s. 544; ÖZKARACA, Ercüment: “Aralıklı Çalışmalarda İhbar Tazminatı (Karar İncelemesi)”, *Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Aylık Dergisi*, 2022, Sayı 137, s. 6.

⁴¹ İşçiye bildirim süresinin sonunda iş sözleşmesinin sona erdiğini bildiren bir yazı verilmesi ayrı bir fesih bildirimidir değil, ilk fesih bildirimimin sonucunu ortaya koyan bir yazı niteliğindedir. Açıklama için bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 25.12.2014, E. 2013/7091, K. 2014/40335 (Legalbank).

⁴² NARMANLIOĞLU, s. 350 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 946; SÜZEK, s. 548-549.

⁴³ Örneğin, işçinin çalıştığı şubenin kapatılacağını biliyor olması, tek başına işveren tarafından fesih bildiriminde bulunulduğu veya bildirim süresi tanındığı biçiminde yorumlanamaz. Somut olay için bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 03.02.2011, E. 2009/3436, K. 2011/2260 (Legalbank).

⁴⁴ CENTEL, s. 179; AKYİĞİT, s. 245; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 799; YÜREKLİ, s. 256.

⁴⁵ AKYİĞİT, s. 246; KARADEMİR, Artür: *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 137.

⁴⁶ CENTEL, 1992, s. 180; ÇELİK, Nuri: *İş Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Marmara Üniversitesi Eğitim ve Yardım Vakfı Yayınları, İstanbul, 1985, s. 172.

C. Haklı Nedenin Mevcut Olmasına Rağmen İş Sözleşmesinin Süreli Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesinin Kıdem Tazminatı Üzerindeki Etkisi

1. Genel Olarak

Haklı nedeni bulunan işçinin bu nedene dayanarak iş sözleşmesini derhâl (bildirimsiz) feshetmesi ve asgari bir yıllık hizmet koşulunu taşıması hâlinde iş sözleşmesinin feshi nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanacağı açıktır. Nitekim hâlen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesi, “işçinin bildirimsiz fesih hakkı”nı düzenleyen 16. madde (İş K. m. 24) uyarınca gerçekleştirilen fesihlerin kıdem tazminatına hak kazandırdığını açıkça düzenlemektedir. Buna karşılık, 4857 sayılı İş Kanunu işçinin haklı nedeni bulunmasına rağmen iş sözleşmesini bildirim süresi tanımak suretiyle feshetmeyi tercih etmesi hâlinde kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacağına ilişkin açıklık taşımamaktadır. Meseleye ilişkin öğretide fikir birliğinden bahsedilemediği gibi, Yargıtayın da farklı sonuçlara ulaşan kararlara imza attığı belirtilmelidir.

2. Öğretideki Görüşler

Öğretide 1475 sayılı İş Kanunu döneminde ileri sürülen bir görüşe göre, “hizmet akdinin işçi tarafından bildirimli (önelli) feshinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağı yasal düzenleme gereğidir. Kural budur. Bu kuralın yasada bir istisnası da yoktur”⁴⁷. Süreli fesih ile haklı nedenin birbirini dışlayan kavramlar olarak kullanıldığına işaret eden bu kabul, 4857 sayılı İş Kanunu döneminde de benimsenmektedir. Nitekim öğretide bu yönde ileri sürülen bir görüşe göre, “sözleşmenin derhâl fesih yerine süreli fesihle sona erdirilmesi artık bu olguların fesheden tarafından haklı neden olarak kabul edilmediğini ortaya koyar”⁴⁸.

Öğretide ileri sürülen diğer görüşe göre ise süreli fesih ile haklı neden her hâlde birbirini dışlayan kavramlar olmak zorunda değildir. Bu görüşteki bazı yazarlara göre TBK m. 453/2 haklı nedeni tanımlarken “beklenmezlik” ölçütünü benimsemiştir. “Beklenmezlik”, “imkânsızlık”tan farklıdır. Dolayısıyla, işçinin sözleşmenin feshi açısından haklı nedeni varsa, iş ilişkisi “sıkıntılı olsa da” sürdürülebilir⁴⁹. Şu durumda, iş sözleşmesini işverene bildirim süresi tanyarak fesheden işçinin haklı nedene dayandığı açıksa ve bu nedeni de işverene bildirmişse, fesih teknik anlamda bir süreli fesih değil; haklı nedenle fesih olarak kabul edilmelidir⁵⁰. Aynı yönde görüş bildiren diğer bir yazara göre de işçinin süreli fesih bildiriminde haklı nedene dayandığı açıklanmış ise, işçinin haklı nedenle derhâl fesih hakkından feragat ettiği söylenemez. İş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini bildirmeksizin süreli fesih yolunu seçen işçinin ise derhâl fesih hakkından örtülü olarak feragat ettiğini kabul etmek gerekmektedir⁵¹. Anlaşılacağı üzere, süreli fesih ile haklı nedenin birbirini dışlamak zorunda olmadığına ilişkin görüş beyan eden yazarlara göre, bu sonuç yalnızca fesihte haklı nedene dayanıldığının açıklanmış olmasına bağlıdır.

3. Yargıtay Uygulaması

Meseleye ilişkin Yargıtayın yıllar içerisinde farklı kararlara imza attığını belirtmek yanlış olmayacaktır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2013 yılında verdiği bir karara konu olayda, davacı işçi haklı bir neden belirtmeksizin iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirmiştir. Yerel mahkeme davacının fesih bildiriminde haklı nedenlere dayanılmadığını ve bildirim süresine uyularak fesih işlemi gerçekleştirildiğinden hareketle kıdem tazminatı talebinin reddine karar vermiştir. Bunun üzerine Yargıtay,

⁴⁷ ÇUBUKÇU, Erdoğan: “Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bazı Fesih Hallerinde Fesih Türü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1995, Cilt 8, Sayı 2, s. 168.

⁴⁸ ALPAGUT, Gülsevil: “İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Tazminat Talep Hakkı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2022, Cilt 3, Sayı 74, s. 1740.

⁴⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 801.

⁵⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 803.

⁵¹ GÖKTAŞ, s. 247.

“Davacının bildirim süresi vererek de olsa iş sözleşmesinin feshi haklı nedene dayanmakta mıdır? Davacının bildirim süresi vermesi, derhâl fesih hakkını kullanmaması haklı nedeni ortadan kaldırır mı?” sorusuna cevap aramıştır. Karar uyarınca, işçinin derhâl fesih hakkını kullanmaması; aksine işverene bildirim süresi tanınması nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanamayacağı yönündeki yerel mahkeme gerekçesi isabetli değildir. Yüksek Mahkemeye göre derhâl fesih gibi daha ağır sonuçları olan bir hakka sahip olan işçinin daha hafif bir fesih türünü seçme hakkının olması doğaldır. Kaldı ki, İş Kanunu işçinin derhâl fesih yoluyla iş sözleşmesini “feshedebileceği”ni düzenlemekle, işçiye seçim hakkı tanıdığını göstermektedir. Özetle, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin oyçokluğuyla verdiği karar uyarınca haklı nedeni bulunan işçinin bildirim süresi tanımak suretiyle iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde dahi kıdem tazminatına hak kazanması gerekmektedir⁵². Karşı oyda yer alan gerekçelere göre ise 1475 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesinde iş sözleşmesinin işçi tarafından süreli feshi hâlinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağına ilişkin bir kural bulunmamaktadır. İşçinin süreli fesih yolunu neden tercih ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Kıdem tazminatına hak kazanma açısından belirleyici olan 1475 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin işçi tarafından derhâl feshedilmesidir.

Benzer şekilde, aynı Dairenin 2020 yılında verdiği bir karara konu olayda davacı işçi iş sözleşmesini haklı neden belirtmeksizin süreli fesih yoluyla sona erdirmiştir. Yerel mahkemece kıdem tazminatı talebinin kabul edilmesinin ardından Yargıtay, iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden tarafın bu haklılığını ispatlaması gerektiğini vurgulamış ve somut olayda işçiye haklı fesih imkânı sağlayan nedenlerin ispatlanamaması nedeniyle kıdem tazminatı talebinin reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵³. Kararda kullanılan gerekçelerin zıt anlamından, haklı nedenlerin işçi tarafından ispatlanması hâlinde, işçinin bildirim süresi tanımış olmasının sonuca etkili olmayabileceği; işçinin yine de kıdem tazminatına hak kazanacağı sonucuna ulaşılabileceği savunulabilmektedir.

Buna karşılık, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yukarıda alıntılanan kararlarından farklı olarak bazı kararlarda ise iş sözleşmesinin işçi tarafından süreli feshi ile kıdem tazminatına hak kazanma arasında doğrudan bir bağ kurulduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Dairenin 2014 yılında verdiği bir karara konu olayda davacı işçi iş sözleşmesini haklı nedene dayanmaksızın ve süreli fesih yoluyla sona erdirmiş; bildirim süresi içinde çalışmasını sürdürmüştü; hatta yeni iş arama iznini de kullanmıştır. Yargıtay, işçinin İş K. m. 24 hükmü kapsamında derhâl fesih yolunu işletmediği; aksine bildirim süresi içinde çalıştığı gerekçesine dayanarak kıdem tazminatı talebinin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵⁴.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2018 yılında verdiği diğer bir karara konu olayda da iş sözleşmesini fesheden işçi fesih bildiriminde ödenmeyen fazla çalışma ücretine ilişkin herhangi bir açıklama yapmamıştır. Aksine, iş sözleşmesini işverene bildirim süresi tanımak suretiyle feshetmiştir. Karar metninden tam olarak anlaşılammakla birlikte, davalı işveren vekilinin beyanına göre fesihten 1 yıl 20 gün sonra açılan davada, işçi iş sözleşmesini aslında haklı nedene dayanarak feshettiğini beyan etmiştir. Yargıtay, “davacı işçinin davalı işverene ihbar öneli vererek istifa etmesi de işçinin feshinde haklı nedene dayanmadığının kanıtıdır” biçiminde hüküm kurmuştur⁵⁵.

Aynı Dairenin diğer bir kararına konu olayda da işçi herhangi bir neden belirtmeksizin iş sözleşmesini feshetmiş; buna karşılık fesih bildiriminden sonra kısa bir süre daha çalışmasını sürdürmüştür. Davacı işçi işyerinden ayrılmasından yaklaşık iki ay sonra işverene tekrar bildirimde bulunarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini beyan etmiştir. Somut olayda Yargıtay davacı işçinin kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme bu kararını “dava-

⁵² Yargıtay, 9. HD, T. 17.06.2013, E. 2011/2705, K. 2013/18665 (Legalbank).

⁵³ Yargıtay, 9. HD, T. 30.09.2020, E. 2016/24680, K. 2020/10067 (Legalbank).

⁵⁴ Yargıtay, 9. HD, T. 14.10.2014, E. 2012/25953, K. 2014/29488 (Legalbank). Belirtelim ki, somut olayda iş sözleşmesinin fesih tarihi ile dava tarihi arasındaki zaman farkı karar metninden anlaşılammaktadır.

⁵⁵ Yargıtay, 9. HD, T. 28.03.2018, E. 2015/12454, K. 2018/6922 (Legalbank).

cının ihbar öneli kullanmak istediğine ilişkin dosyada herhangi bir belge olmadığı gibi davacının istifa dilekçesinin haklı nedenle işten ayrılmaya yönelik olduğu ... bildiriminden de anlaşılmaktadır” gerekçesine dayandırmıştır⁵⁶. Özetle, bu olayda da iş sözleşmesinin işverene bildirim süresi tanımak suretiyle sona erdirilip erdirilmediğinin kıdem tazminatına hak kazanma açısından doğrudan doğruya bir gerekçelendirme aracı olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Öyle ki, alıntılanan bu karar, işçinin işverene “ihbar öneli kullanmak istediğine ilişkin dosyada herhangi bir belge”nin mevcut olması ihtimalinde, kıdem tazminatı talebinin reddedilebileceği biçiminde yorumlanabilecektir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2019 yılında verdiği bir karara konu olayda ise davacı işçi iş sözleşmesini haklı neden belirtmeksizin ve bildirim süresi tanımak suretiyle feshetmiştir. Akabinde dava açarak kıdem tazminatı ile birlikte diğer işçilik alacaklarının tahsilini talep etmiştir. Yerel mahkeme davanın kabulüne karar vermiştir. Yerel mahkemenin kararı Yargıtay tarafından sadece kıdem tazminatı açısından bozulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, davacının haklı bir neden belirtmeksizin, üstelik bildirim süresi de tanıyarak gerçekleştirdiği fesih nedeniyle “*artık haklı nedenle derhâl fesih haklarına dayanılmaz*”⁵⁷.

4. Görüşümüz

Haklı nedeni bulunmasına rağmen iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdiren işçi, bu fesih türünün tercih etmesi nedeniyle kıdem tazminatı hakkından mahrum bırakılmamalıdır. Bu noktada öncelikle belirtilmesi gereken, 1475 sayılı İş K. m. 14 hükmünün, aynı Kanununun 16. maddesine atıfta bulunduğu ve bu maddede işçinin dilerse iş sözleşmesini derhâl “feshedebileceğinin” düzenlendiğidir. Başka bir ifadeyle, işçinin fesihte haklı nedeni bulunması hâlinde kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için iş sözleşmesinin mutlaka derhâl feshedilmiş olmasına ilişkin yasal bir zorunluluktan bahsetmek güçtür. Aynı esas, yürürlükteki İş Kanunu (m. 24) rejimi açısından da geçerlidir.

Ayrıca, haklı bir nedenin bulunmasına rağmen işçiyi derhâl feshetmeye zorlayan yasal bir düzenleme bulunmadığı gibi, haklı nedenle derhâl fesih yerine süreli feshi tercih edilmişse, bunun işçi aleyhine yorumlanması, iş hukukunun işçiyi koruyucu ruhuna da aykırı olur. Yargıtayın eski tarihli bir kararına karşı yazılan karşı oyda da son derece isabetle belirtildiği üzere, “*işçinin 1475 sayılı Yasanın 16/2 maddesi gereği fesih hakkını kullanmamış olmasını bozma gerekçesi olarak kabul etmek genel İş Hukuku İlkeleri ile de bağdaşmaz. Zira işçinin kendi aleyhine olacak fesih hakkını kullanmaması işçi aleyhine gerekçe yapılamaz*”⁵⁸. Aynı şekilde, eski tarihli bir diğer Yargıtay kararına ilişkin isabetle kaleme alınan karşı oy yazısı uyarınca da “*İş ilişkisini ortadan kalkan hâllerde işçi aleyhine gidilemez. Ancak lehe bir durum var ise MK. m. 2. esas alınarak sonuca gidilir*”⁵⁹.

Dahası, haklı nedeni olmasına rağmen çeşitli nedenlerle iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdiren işçiyi kıdem tazminatından mahrum bırakmak, bir hakkın sadece kanunda tanımlanmış olmasının değil; aynı zamanda fiilen kullanılmasını da sağlayacak imkânların benimsenmesi gerektiğine ilişkin temel hak düşüncesiyle de bağdaşmayacaktır. Gerçekten, işçinin kıdem tazminatına hak kaza-

⁵⁶ Yargıtay, 9. HD, T. 09.06.2011, E. 2009/16464, K. 2011/17203 (Legalbank).

⁵⁷ Yargıtay, 22. HD, T. 06.03.2019, E. 2016/6218, K. 2019/5120 (Legalbank).

⁵⁸ Bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 03.04.2003, E. 2003/2373, K. 2003/8210 (Legalbank). 1475 sayılı İş Kanunu döneminde gerçekleşen somut olayda, işverenin yeni personel yönetmeliğini işçiye dayatması neticesinde, işçi bu dayatma karşısında haklı fesih imkânını 6 işgünü içinde kullanmamıştır. Bunun üzerine Yüksek Mahkeme, haklı fesih imkânı varken bu hakkı 6 işgünü içinde kullanmayan işçinin yeni personel yönetmeliği hükümlerine tâbi olduğu sonucuna ulaşmıştır.

⁵⁹ Yargıtay, 9. HD, T. 11.03.2004, E. 2004/4474, K. 2004/4788 (Legalbank). Somut olayda, davacı işçi iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinden sonra yaşlılık aylığı bağlanması için Kurum’a başvurmuştur. Yargıtay iş sözleşmesinin işçi tarafından emeklilik nedeniyle feshedildiği sonucuna oyçokluğuyla ulaşmıştır. Belirtelim ki, Yargıtay 2008 yılından itibaren görüşünü değiştirmiş, işçi lehine yorum yapmak suretiyle, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinden sonra bildirim süresi içinde iş sözleşmesinin işçi tarafından emeklilik nedeniyle feshi hâlinde, bu feshetmeye değil, yine de işverenin ilk fesih iradesine göre değerlendirme yapılması gerektiği kanaatinde. Bu yöndeki uygulama için bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 09.11.2020, E. 2016/31800, K. 2020/15371; Yargıtay, 9. HD, T. 26.02.2019, E. 2017/9529, K. 2019/4794; Yargıtay, 9. HD, T. 16.11.2017, E. 2017/6890, K. 2017/18401 (Legalbank). Bu sonucun yukarıda yer verdiğimiz işçi lehine olacak çözümlerin benimsenmesi gereğiyle uyum içinde olduğu açıktır. Aynı yorum tarzının haklı nedene dayanan süreli fesihler ile kıdem tazminatı arasındaki ilişki açısından da kabul edilmesi gerekmektedir.

nabilmesi için derhâl feshe mecbur tutulması işçinin bildirim süresi içindeki ücretinden mahrum kalmasına, ilaveten yeni iş arama iznini de kullanamamasına sebebiyet verecektir. Bu da, henüz yeni bir iş bulamamış işçinin bildirim süresine denk gelen ücretinden de yoksun kalacağı endişesiyle derhâl fesih yolunu tercih etmekten imtina edebileceği riskini doğuracaktır. Oysa, derhâl fesih hakkının kullanılması “*feshe maruz kalan için bir müeyyide teşkil etmez; kural olarak bildirimsiz fesih karşı tarafın dayanılmaz ve çekilmez durumu dolayısıyla zor durumda bulunan taraf için kurtarıcı bir rol oynar*”⁶⁰. Özetle, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için derhâl feshin zorunlu bir şart olarak ele alınması, derhâl feshin amaçladığı “kurtarıcı rol” ile bağdaşmayacağı gibi, aksine, kıdem tazminatından beklenen faydayı azaltarak derhâl feshi işçi açısından külfet hâline dönüştürebilecektir.

Açık bir yasal düzenleme bulunmamasına rağmen, süreli fesih ile kıdem tazminatının birbirini dışladığı kabul edilecek olursa, hizmet süresi 3 yıl 1 gün olan bir işçinin 90 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için bildirim süresindeki çalışmasına denk gelecek olan 56 günlük ücretinden vazgeçmesi gerekmektedir. İşçi, kıdem tazminatını tercih ederek derhâl fesih yolunu işlettiğinde önemli miktardaki ücretinden mahrum kalacağı için, işçinin eline geçen toplam para açısından kıdem tazminatından beklenen fayda da gerçekleşmemiş olacaktır.

Yine, işçinin talebi olmasa dahi “yeni iş arama izni”ne emredici nitelik⁶¹ atfedilmesine rağmen, bu sefer, işçinin kıdem tazminatı alabilmek için yeni iş arama izninden vazgeçmek zorunda bırakılması çelişki arz edecektir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 25.04.2017 ve 2017/18918 esas, 2017/9419 karar sayılı kararıyla işverenin uyarısına rağmen yeni iş arama iznini kullanmak istemeyen işçinin daha sonra bu izni kullanmadığı iddiasıyla talepte bulunması dürüstlük kuralına aykırı görülmüş iken, direnme kararı üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “*işçinin talebi olmaksızın işveren iş arama izni vermek ve kullandırmak zorunda*” olduğuna hükmetmiştir⁶². Öyle ki, öğretilerde yeni iş arama izninin kamu düzenini ilgilendirdiği dahi ifade edilmiştir⁶³. Hâl böyle olunca, işçinin haklı nedeni olmasına rağmen iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirmesinin haklı nedenden (veya derhâl fesih hakkından) örtülü olarak feragat ettiğini savunmak, dolayısıyla işçiyi kıdem tazminatı hakkından mahrum bırakmak, büyük önem atfedildiği anlaşılan yeni iş arama iznine ilişkin geliştirilen yaklaşımla da uyumlu olmayacaktır.

Aynı yaklaşımın bildirim sürelerinin bölünmezliği noktasında da geliştirildiğini belirtmek yanlış olmayacaktır. İş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi hâlinde işçinin yıllık ücretli izin süresi ile bildirim süresi iç içe geçemez (İş K. m. 59/2). Yargıtaya göre, aksi hâlde usûlüne uygun bir bildirim süresi kullandırılmamış olur⁶⁴. Ezcümle, bir yandan işçinin tâbi olduğu bildirim süresini layıkıyla kullanması gerektiğine ilişkin kabul, diğer yandan haklı nedeni olan işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için bildirim süresinden vazgeçmek zorunda bırakılması birbiriyle zıtlık arz eden yaklaşımlardır.

Öğretilerde bazı yazarların, haklı nedene rağmen süreli feshin tercih edilmesi hâlinde işçinin kıdem tazminatı hakkından mahrum kalmaması gerektiğini; ancak bunun için fesihte haklı nedene dayanıldı-

⁶⁰ NARMANLIOĞLU, s. 406-407.

⁶¹ İş K. m. 27 düzenlemesinin emredici olduğuna ilişkin bkz. SÜZEK, s. 550; NARMANLIOĞLU, s. 367. Belirtelim ki, işçinin talebi olmamasına rağmen işverenin yeni iş arama izni kullandırmak zorunda olup olmadığı öğretilerde tartışmalıdır. Aksi yöndeki görüşler için bkz. ODAMAN, Serkan: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011*, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayınları, Ankara, 2013, s. 214-215; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 949 vd.

⁶² Yargıtay, HGK, T. 15.04.2021, E. 2018/758, K. 2021/489 (Legalbank).

⁶³ Bkz. NARMANLIOĞLU, s. 367.

⁶⁴ Yargıtay, 9. HD, T. 14.01.2013, E. 2010/37390, K. 2013/75; Yargıtay, 9. HD, T. 02.06.2010, E. 2008/28965, K. 2010/15749; Yargıtay, 9. HD, T. 22.11.2004, E. 2004/10039, K. 2004/25820 (Legalbank). Karş. ÖZKARACA, Ercüment: “İhbar Süresi İçinde Yıllık Ücretli İzin Kullanılmasının Yaptırımı (Karar İncelemesi)”, *Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Aylık Dergisi*, 2023, Sayı 151, s. 7. Yazar, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde, yıllık ücretli izin süresi ile bildirim süresinin iç içe geçmesi durumunda, Yargıtay tarafından benimsendiğinin aksine, bildirim süresinin geçersiz sayılmaması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, bu hâlde, bildirim süresi değil, yıllık ücretli izin hakkı usûlüne uygun kullandırılmamaktadır.

ğının açıkça belirtilmiş olması gerektiğini savunduklarını yukarıda belirtmiştik. Kanaatimizce de haklı neden ile bildirim süresi her hâlukârda birbirini dışlayan kavramlar olmak zorunda değil iken, fesihte haklı nedene dayanıldığına açıkça gösterilmemiş olmasını İş Kanunu’na tâbi işçi aleyhine de yorumlamamak gerekmektedir⁶⁵. Nitekim Yargıtaya göre gerekçe içermeyen istifa dilekçesine rağmen, işçi makul bir süre sonra açtığı davada istifasının haklı nedene dayandığını iddia edebilmektedir⁶⁶.

Yargıtayın bu uygulaması İş Kanunu’na tâbi işçi açısından kanaatimizce de isabetli olup, bu yaklaşımın yukarıda zikredilen gerekçelerle işçinin fesihte işverene bildirim süresi tanıması hâlinde dahi işlerlik kazanması gerekmektedir. Başka bir deyişle, işçi fesihte haklı nedene dayandığını açıkça belirtmemiş olsa ve iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirmiş olsa dahi kıdem tazminatından mahrum kalması için bir sebep yoktur. Gerçekten işçinin fesihte gerekçe belirtmemiş olmasının haklı nedenden feragat ettiği biçiminde yorumlanması gerektiğine yönelik yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Aksine, sözleşme taraflarından birisinin kendisine tanınan haktan vazgeçtiğine ilişkin kural- ların dar yorumlanması gerekmektedir⁶⁷.

SONUÇ

TBK m. 439/1 işçinin haklı bir sebep olmaksızın aniden işi bırakması hâlinde işverenin işçinin aylık ücretinin dörtte birine eşit bir tazminatı talep edebileceğini düzenlemektedir. TBK m. 439 hükmünde işaret edilen tazminat “*haksız fesih tazminatı*” olarak adlandırılmaktadır. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin İş Kanunu’na tâbi işçi tarafından haksız feshi hâlinde ortaya çıkan yaptırıma ilişkin öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bu çalışmada, belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshinin aynı zamanda usûlsüz bir fesih teşkil ettiği; İş Kanunu’na tâbi iş ilişkileri açısından usûlsüz feshin sonuçlarının ise zaten İş K. m. 17/4 ile düzenlendiği; dolayısıyla TBK m. 439 hükmünün uygulanmasını gerektiren bir boşluk bulunmadığı tespitinde bulunulmuştur.

Aynı şekilde, İş Kanunu’na tâbi iş ilişkileri açısından belirli süreli iş sözleşmelerinin işçi tarafından haksız feshi hâlinde uygulanacak yaptırımın hukukî sebebi noktasında da öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bize göre, İş Kanunu’nda belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı nazara alındığında, işçinin sorumluluğu açısından ortaya çıkan bu boşluğun TBK m. 439 hükmü ile giderilmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada, TBK m. 439 hükmünde düzenlenen ve işçinin ücretinin dörtte birine denk gelen haksız fesih tazminatının yanı sıra işveren tarafından ceza koşulu da talep edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. Öğretide farklı görüşler mevcut olmakla birlikte, haksız fesih tazminatının götürü tazminat niteliği, zarar ile ceza koşulu arasındaki ilişkinin incelenmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda, haksız fesih tazminatının tutarı ceza miktarından düşükse veya ona eşitse işçi sadece haksız fesih tazminatı tutarını aşan cezayı ödemekle borcundan kurtulabilecektir. Bu kural, ceza koşulunun seçimlik veya ifaya eklenen ceza koşulu olup olmamasıyla ilgili değildir. Zira işçinin işi aniden bırakması nedeniyle

⁶⁵ İşçinin fesih nedenini bildirmemesinin feshi haksız fesih hâline dönüştürmeyeceği yönündeki görüş için bkz. BAYCIK, Gaye: *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2011, s. 353-355. Belirtelim ki, TBK m. 435/1 c. 2 hükmünde yer verilen fesih nedeninin yazılı olarak bildirilmesine ilişkin kurala dair öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Öğretideki görüşler için bkz. SA-VAŞ, s. 171 vd.; GÜLVER, s. 1010-1011; BASKAN, Esra: “Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasına İlişkin Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yeni Düzenlemeler ve İş Kanunu’na Etkisi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt 9, Sayı 35, s. 115 vd.

⁶⁶ “*Dairemiz uygulamasına göre sebep belirtilmeyen istifa dilekçesi verilmesi ardından kısa süre içinde açılan davalarda ödenmeyen işçilik alacakları sebebiyle istifa iradesinin haklı nedene dayandığını ileri sürülebileceği ve bu yöndeki fesih iddiasının değerlendirileceği kabul edilmektedir. Yine uygulamamıza göre kısa süre tabiri TBK’nın 39. maddesinde yer alan 1 yıllık süreyi kapsamaktadır*” (Yargıtay, 9. HD, T. 10.06.2020, E. 2017/15690, K. 2020/5291 Legalbank). Aynı yönde bkz. “*İstifa belgesindeki ifadenin genel bir içerik taşıması durumunda, işçinin dava dilekçesinde somut sebepleri belirtmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bu halde de istifanın ardındaki gerçek durum araştırılmalıdır*” (Yargıtay, 9. HD, T. 22.02.2018, E. 2017/4107, K. 2018/3876; Yargıtay, 9. HD, T. 14.10.2010, E. 2008/35435, K. 2010/29108 Legalbank). Aynı yöndeki Yargıtay uygulaması için ayrıca bkz. GÜZEL, Ali: “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 298 vd.

⁶⁷ Aynı yönde bkz. SARIKAYA, s. 300.

sorumlu olduğu tazminat, işverenin sözleşmenin ifasındaki menfaatine karşılık gelen olumlu zararını teşkil etmektedir. Başka bir ifadeyle, haksız fesih tazminatı ifanın alternatifi değildir.

Haklı nedeni olmasına rağmen iş sözleşmesini bildirim süresi tanımak suretiyle sona erdiren işçinin durumu da bu çalışmada ele alınmıştır. Anılan işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacağına ilişkin öğretide ve Yargıtay kararlarında farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. İş Kanunu'nda haklı nedeni olan işçinin işverene bildirim süresi tanınması hâlinde kıdem tazminatı talep etme hakkını kaybedeceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kaldı ki, aksi sonucun kabulü, işçinin bildirim süresi içinde işleyecek ücretinden ve yeni iş arama izninden mahrum kalmasına da sebebiyet verecektir. Bu noktada, işçinin bildirimli fesih sırasında haklı nedene dayandığını açıkça belirtmek zorunda olup olmadığı tartışılabilir. Yargıtay uygulaması itibarıyla, İş Kanunu'na tâbi işçinin fesih nedenini fesih bildirim sırasında beyan etmek zorunda olmadığı; bu nedeni kural olarak dava dilekçesinde de ileri sürebileceği nazara alındığında, fesih sırasında haklı nedenini açıkça bildirmeyen işçinin süreli fesih nedeniyle kıdem tazminatından mahrum bırakılmaması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan: *İş Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ALP, Mustafa: “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yargıtay Tarafından Resen Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Dönüştürülmesi”, (Ed.) DOĞAN YENİSEY, Kübra: *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 477-502.
- ALPAGUT, Gülsevil: *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, TÜHİS Yayınları, Ankara, 1998.
- ALPAGUT, Gülsevil: “İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Tazminat Talep Hakkı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2022, Cilt 3, Sayı 74, s. 1733-1768.
- ALPAGUT, Gülsevil: “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2011, Cilt 8, Sayı 31, s. 913-959.
- BASKAN, Esra: “Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasına İlişkin Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yeni Düzenlemeler ve İş Kanunu’na Etkisi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt 9, Sayı 35, s. 105-124.
- BAYCIK, Gaye: *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2011.
- BAYCIK, Gaye: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 7-356 (Değerlendirme).
- BAYSAL, Başak / MUTLAY, Faruk Barış: “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2011, Cilt 3, Sayı 30, s. 231-288.
- BEDÜK, Mehmet Nusret: “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 27, Sayı 3, s. 679-726.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba: *Götürü Tazminat*, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen: “İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, (Ed.) KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: *10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2016, s. 159-200.
- CENTEL, Tankut: *İş Hukuku Cilt: 1 Bireysel İş Hukuku*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.
- ÇELİK, Nuri: *İş Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Marmara Üniversitesi Eğitim ve Yardım Vakfı Yayınları, İstanbul, 1985.
- ÇUBUKÇU, Erdoğan: “Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bazı Fesih Hallerinde Fesih Türü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1995, Cilt 8, Sayı 2, s. 165-174.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş Hukukunda Cezai Şart”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri*, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 21-44.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 7-146.
- EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: *Bireysel İş Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim / BASKAN, Esra: *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- GÖKTAŞ, Seracettin: *Türk İş Hukukunda Haksız Fesih*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- GÜLVER, Ender: “Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2011, Cilt 8, Sayı 31, s. 999-1029.

- GÜZEL, Ali: “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Nitelemesi -Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2022, Cilt 3, Sayı 74, s. 1705-1732.
- GÜZEL, Ali: “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 189-369.
- KABAKCI, Mahmut: “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin İşçi ve İşveren Açısından Farklı Değerlendirilmesi Gereği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2014, Cilt 72, Sayı 2, s. 123-141.
- KAR, Bektaş: “Haksız Fesih Tazminatı”, (Ed.) DOĞAN YENİSEY, Kübra: *Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 1-10.
- KARADEMİR, Artür: *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- ODAMAN, Serkan: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011*, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayınları, Ankara, 2013, s. 129-234.
- ÖZDEMİR, Erdem: “Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2012, Sayı 27, s. 25-46.
- ÖZKARACA,ERCÜMENT: “Aralıklı Çalışmalarda İhbar Tazminatı (Karar İncelemesi)”, *Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Aylık Dergisi*, 2022, Sayı 137, s. 2-6.
- ÖZKARACA,ERCÜMENT: “İhbar Süresi İçinde Yıllık Ücretli İzin Kullanılmasının Yaptırımı (Karar İncelemesi)”, *Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Aylık Dergisi*, 2023, Sayı 151, s. 2-7.
- PARLAK BÖRÜ, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, Cilt 29, Sayı 129, s. 195-228.
- SARIKAYA, Murat: *Sözleşmenin Yorumu*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- SAVAŞ, F. Burcu: *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler”, *Osman Güven Çankaya'ya Armağan*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara, 2010, s. 213-229.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2023
- SOYER, Polat: “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin ‘Yeni’ Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2011, Cilt 2, Sayı 22, s. 12-21.
- SÜMER, Halûk Hâdi: *İş Hukuku*, 26. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- ŞİŞLİ, Zeynep / DULAY YANGIN, Dilek: “Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İhbar Önelllerinin Sözleşme ile Artırıldığı Hallerde İşçinin İhbar Tazminatı Sorumluluğu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, s. 77-92.
- TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- URHANOĞLU, İftar: “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 12, Sayı 1, s. 85-121.
- UTKU, Doruk: “Türk Borçlar Kanununun 439. Maddesi ve İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin İhbar Tazminatı Sorumluluğuna Etkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 2757-2790.
- YAYVAK NAMLI, İrem: *İş Hukukunda Cezai Şart*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- YÜREKLİ, Sabahattin: *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda Öngörülen Meşru Menfaat Kavramının Ticaret Şirketleri Bakımından Değerlendirilmesi^(*)



Evaluation of the Concept of Legitimate Interest Stipulated in The Law on The Protection of Personal Data in Terms of Commercial Companies

Dursun SAAT



Doktor Öğretim Üyesi

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Kişisel Veri,
Veri Sorumlusu,
Şirket Menfaati,
Meşru Menfaat,
Anonim Şirket.*

Öz

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) yürürlüğe girmesi ile tüm alanlarda olduğu gibi ticaret şirketlerinin faaliyetlerini de derinden etkilemiştir. Veri işlemede ana kural açık rıza olsa da yasama organı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasında bu kurala istisnalar getirmiştir. Çalışmamızda KVKK m. 5/2-f'de düzenlenen "İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması" madde metni unsurlarına ayrılarak ele alınacak ve özellikle menfaat kavramının şirketler hukukundaki anlamı tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle KVKK'da yer verilen temel kavramlara ilişkin açıklama yapılacaktır. Sonrasında ise KVKK m. 5/2-f'de yer alan düzenlemenin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu üzerinde durularak bu hükmün ticaret şirketleri bakımından anlamı ifade edilecektir.

Keywords

*Personal Data,
Data Controller,
Company Interest,
Legitimate Interest,
Joint Stock Company.*

Abstract

Law No. 6698 on the Protection of Personal Data (KVKK) has deeply affected the activities of commercial companies in all areas with its entry into force. Although the main rule in data processing is explicit consent, the legislature has introduced exceptions to this rule in Article 5/2-f of the law. In our study, the text of the article "Data processing is mandatory for the legitimate interests of the data controller, provided that it does not harm the fundamental rights and freedoms of the data subject" regulated in Article 5/2-f of the KVKK will be analyzed by dividing it into its elements and In particular, the meaning of the concept of interest in company law will be tried to be determined. In this context, to better understand the subject, firstly, an explanation will be made regarding the basic concepts in the KVKK. Afterwards, the meaning of this provision in terms of commercial companies will be expressed by emphasizing that the regulation in Article 5/2-f of the KVKK is a reason for compliance with the law.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 28.05.2024, Kabul Tarihi: 20.07.2024.

I. GENEL OLARAK

Modern toplumlarda bir insan hakkı olarak kabul edilen kişisel verilerin korunması hakkının önemi her geçen gün artmaktadır. Gerçekten de kişilik hakkının bir türü olarak kabul edilen kişisel verilerin korunması, bireyin günlük hayatta verilerinin işlenmesinden doğan tehlikelere karşı korunmasını amaçlamaktadır¹.

Son yıllarda bilişim teknolojisinin hızla gelişimi ve özellikle sosyal medya platformlarının yaygınlaşması ile üretilen veri sayısı ve çeşitlerinde ciddi bir artış kaydedilmiştir. Öyle ki; 2015 yılında tüm dünyada oluşturulan veri miktarı yaklaşık 25 zettabayt iken bu rakamın 2020 yılında 64.2 zettabaytı geçtiği, 2025 yılında ise 175 zettabaytı aşacağı tahmin edilmektedir².

Günümüzde veriler, hem kamu otoriteleri hem de piyasa aktörleri tarafından bilişim sistemleri vasıtasıyla sıkça kullanılmaktadır. Bu bilgilerin kullanılması bireyler ile mal ve hizmet sunanlar bakımından bazı kolaylıklar veya avantajlar sağlasa da bu durum kişisel bilgilerin istismar edilme riskini de beraberinde getirdiğinden söz konusu riskleri en aza indirebilmek için gelişmiş ülkelerde kişisel verilerin korunması alanında detaylı kanuni düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur³. Bu kapsamda Avrupa Birliği'nde kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk düzenleme 95/46/AT numaralı direktif olmuş ve uzunca bir süre uygulandıktan sonra değişen dünya koşullarına uyum sağlamak adına ve verinin öneminin her geçen gün artması karşısında yetersiz kaldığı kabul edilen bu direktif yerini 2016/679 numaralı Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'ne (GDPR) bırakmıştır.

Ülkemiz de bu değişim sürecinden etkilenmiş ve yasama organı 2016 yılında kişisel verilere ilişkin özel bir kanun niteliğinde olan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nu (KVKK) kabul etmiştir⁴.

KVKK m. 3/1/d'ye göre kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi kişisel veri olarak tanımlanmaktadır. Gerçek kişi ile ilişkilendirilebilecek her türlü bilgi kişisel veri niteliğini haiz olup KVKK'nın uygulama alanına dâhildir. Bu kapsamda doğrudan ya da dolaylı bir şekilde herhangi bir bireyi tanımlayacak isim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, kredi kartı bilgisi, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler kişisel veri olarak kabul edilmektedir.

Kişisel veri kavramı bir yandan bireyin onurunu, mahremiyetini ve özel hayatını bünyesinde barındırırken diğer yandan da işletmeler açısından ekonomik bir değer olarak kabul edilmektedir. Veri temelli iş modelleri ve çevrimiçi hizmetler hayatın her alanında etkili hale gelmeye başlamıştır⁵. Petrolün yerini alan yeni yakıt veya hammadde olarak da ifade edilen kişisel verilerin son dönemde edim olarak sözleşmelere konu edildiği⁶ ve ekonomik bir karşılığının da bulunması dolayısıyla şirketlere sermaye olarak konulmaya başlandığı da görülmektedir.

İşletmeler ürünlerini daha fazla müşteriyle buluşturup daha fazla kazanç elde edebilmek için veriye ihtiyaç duymaktadırlar. Ürünlerin hizmet ve pazarlanmasına yönelik reklam faaliyetleri, çoğunlukla işletmelerin müşteri portföyünde yer alan ve kişisel veri niteliğindeki telefon numarası veya e-posta adresi vasıtası ile gerçekleşmektedir. Bu kapsamda şirket yeni çıkarmış olduğu bir ürünün reklamını

¹ ÇEKİN, Mesut S.: "6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 74, Sayı 2, s. 633.

² İstatistiki bilgi için bkz. <https://www.statista.com/statistics/871513/worldwide-data-created/#statisticContainer> (ET: 04.01.2024).

³ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu (Gerekçe), (<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c006/tbmm26006040ss0117.pdf>, ET: 04.01.2024), s. 4.

⁴ 07.04.2016 tarihli ve 29677 sayılı Resmî Gazete.

⁵ EKMEKÇİ, Ömer / YÜCEDAĞ, Nafiye / ÖZTÜRK AKKANAT, B. Elif / AŞIKOĞLU, İ. Şehriban: *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 1.

⁶ Kişisel verilerin sözleşmelere konu edilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK AKKANAT, B. Elif: *Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

veya indirim giren bir ürünün bilgisini elinde bulundurduğu veri havuzu sayesinde saniiyeler içerisinde müşterilerine gönderebilmektedir.

Şirketlerin potansiyel müşterilerini tanıması ve bu müşteri adaylarının ne tür ürünlere ihtiyacının olduğunu tespit edebilmesi ise ancak veri analizi ile mümkündür. Özellikle İngilizce karşılığı “cookies” olan çerezler vasıtasıyla bireylerin dijital ayak izleri şirketler tarafından sıkı bir şekilde takip edilmekte, çok kısa bir zaman diliminde veri analizi yapılmakta ve algoritma tarafından kişinin bilgisayarı, cep telefonuna veya e-posta adresine ihtiyacı doğrultusundaki ürün ya da hizmetlere ilişkin reklamlar, indirim kodları gönderilmektedir.

Görüleceği üzere verinin önce bilgiye akabinde de ekonomik menfaate yani paraya dönüşme işlevi bulunmaktadır. Bundan dolayı şirketler kişisel veriye sahip olmayı ve bundan gelir elde etmeyi ticari bir amaç haline getirmişlerdir.

Çalışmamızda öncelikle KVKK'da yer alan “veri sorumlusu”, “veri işleyen” ve “açık rıza” kavramlarına ilişkin genel bir bilgilendirme yapılmasının ve bu kavramların ticaret şirketleri açısından hangi anlamlara geldiğinin tespit edilmesinin anlam bütünlüğünün sağlanması ve konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından faydalı olacağı düşünülmektedir.

II. KVKK'DA YER ALAN TEMEL KAVRAMLARIN TİCARET ŞİRKETLERİ AÇISINDAN ELE ALINMASI

A. Ticaret Şirketlerinin Veri Sorumlusu / Veri İşleyen Sıfatı

Ticaret şirketleri Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 124.maddesinde kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibaret olduğu belirlendikten sonra TTK'nın bir sonraki maddesinde de ticaret şirketlerinin tüzel kişiliği haiz olduğu ve Türk Medeni Kanunu'nun 48.maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabileceği ve borçları üstlenebileceği hükme bağlanmıştır. KVKK kapsamında ticaret şirketleri, veri sorumlusu veya veri işleyen olarak kabul edilebileceği gibi şirket aynı anda hem veri sorumlusu hem de veri işleyen sıfatını taşıyabilir.

KVKK uyarınca veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi olarak ifade edilmektedir. Diğer bir ifade ile veri sorumlusu olan kişi, işlenen kişisel verilerin amaç ve vasıtalarının belirlenmesinde söz sahibi olan süreci yönetim ve denetiminde gerçekleştiren kişidir⁷.

Veri sorumlusu, kişisel veri işleme kapsamında kendi adına karar alma yetkisi olan ve kişisel veri işleme faaliyetinin “neden” ve “nasıl” yapılacağı sorularının cevabını verecek olan kimsedir⁸. Her ne kadar sadece gerçek kişilere ilişkin bilgiler kişisel veri kabul edilse de veri sorumlusunun tayinin de gerçek kişiler ile tüzel kişilerin de veri sorumlusu olabileceği açıkça kabul edilmiştir⁹.

Veri sorumlusunun belirlenmesinde tacir olup olmamanın, kamu tüzel kişiliğine sahip olunup olunmamasının, şirketler açısından sermaye ve mal varlığı değerleri ile elde edilen ciro ve karlılığın da herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu yönüyle nasıl mevduat hesabı bulunan bir müşterisinin kimlik ve iletişim bilgileri gibi kişisel verisini elinde bulduran ve yöneten bir banka veri sorumlusu olarak kabul

⁷ UNGURENAU, T. Carmen: “Legal Remedies for Personal Data Protection in European Union”, *Logos University Mentality Education Novelty: Law*, 2018, Cilt 6, Sayı 2, s. 29 vd.; DEMİRBAŞ, Ali: *Kişisel Verileri Koruma Hukukunda Veri Sorumlusu ve Yükümlülükleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 17.

⁸ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi*, Ankara, 2019 (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/41784a70-2bac-4e4a-830f-35c628468646.PDF>, ET: 05.01.2024) (Rehber), s. 57.

⁹ Kişisel Verileri Koruma Kurulu 22/07/2020 tarih ve 2020/560 sayılı “... Kanun'un 'veri sorumlusuna' ilişkin getirdiği tanımın, hayatın olağan akışına uygunluğunun sağlanması ve pratikte ortaya çıkan sorunların çözülebilmesi adına geniş yorumlanması gerektiği; bu kapsamda her ne kadar tüzel kişiliği haiz olmasa da kural olarak apartman, site ve benzeri yapılar bakımından veri sorumlusu olarak kat malikleri kurulunun kabul edilebileceği” yönündeki kararı ile tüzel kişiliği dahi olmayan kat malikleri kurulunun da veri sorumlusu olarak kabul edileceğine karar vermiştir (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6798/2020-560>, ET: 05.01.2024).

ediliyor ise sokak arasında faaliyet gösteren ve müşterilerinin adı- soyadı ve karşılığında ne kadar borcu bulunduğunu gösteren veresiye defterini tutan bir bakkal da KVKK kapsamında veri sorumlusudur.

Veri işleyen ise KVKK m. 3'e göre veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişidir. Veri işleyen kişi söz konusu veriye bizzatı temas eden ve veriyi veri sorumlusunun ad ve hesabına işleyen uygulayıcı mekanizmadır. Veri işleyen kişilerin veri sorumlusunun talimat ve emirleri ile sınırlı olarak veri işleme faaliyetinde bulunmaları gerekir¹⁰. Veri sorumlusunun organizasyonu dışındaki bu kişiler, kişisel verileri kendisine verilen talimatlar çerçevesinde işleyen, veri sorumlusunun kişisel veri işleme sözleşmesi yapmak suretiyle yetkilendirdiği ayrı bir gerçek veya tüzel kişidir¹¹.

Tüm bu açıklamalar ışığında ticaret şirketlerinin tüzel kişiliğinin bulunmasından ötürü hem veri sorumlusu hem de veri işleyen sıfatlarına ayrı ayrı veya birlikte sahip olabileceği hususunda bir şüphe bulunmamaktadır. Örneğin konaklama tesisi işleten bir şirket veri sorumlusu sıfatıyla tesise gelen müşterilerinin kişisel verilerini işlemektedir. Bu şirket, müşteri verilerinin daha güvenli bir şekilde depolanmasını sağlamak için bulut hizmeti sunan bir başka şirket ile anlaşma sağladığında bulut hizmeti sunan şirket veri işleyen olarak kabul edilecektir. Zira bu şirket, konaklama şirketinden gelen verileri veri sorumlusu adına sadece koruma ve depolama faaliyeti olarak işlemektedir. İfade edilmelidir ki, bulut hizmeti sağlayan bu şirket kendi çalışanlarının verilerini ise veri sorumlusu sıfatıyla işlemektedir. Görüleceği üzere aynı şirket bir yandan kendi çalışanları karşısında veri sorumlusu iken konaklama tesisinden gelen müşteri verilerinin teknik olarak korunması ve depolanması noktasında veri işleyendir.

B. Açık Rıza ve Unsurları

KVKK'ya göre kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem veri işleme olarak kabul edilmektedir.

Veri sorumlusu, veriyi işlemeyen önce veri sahibinin açık rızasını almalıdır. Bir başka anlatımla, veri sorumlusunun veri sahibinin açık rızasını almadığı müddetçe veri işleme faaliyetinde bulunması kural olarak mümkün değildir. Hukukumuzda kişisel verilerin işlenmesinde rızanın değil açık rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmesi Anayasa m. 20/3 gereği anayasal bir zorunluluktur¹². Nitekim açık rıza kavramına KVKK'da özel bir önem atfedilmiş ve çeşitli maddelerinde ilgili kişinin açık rızası olmaksızın verisinin işlenmesinin mümkün olmayacağına işaret edilmiştir. Örnek olarak KVKK'nın

m. 5/1 “*Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.*”

m. 6/2 “*Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.*”

m. 8/1 “*Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz.*”

m. 9/1 “*Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılamaz.*” hükümleri gösterilebilir.

Öğretideki bir görüşe göre açık rızanın “bilgiye dayalı kendi kaderini tayin etme” fikrine dayandığı ifade edilirken¹³ diğer bir görüşe göre ise açık rızanın altında “veri üzerinde sahibinin mutlak kontrolü” düşüncesinin yattığı savunulmaktadır¹⁴.

¹⁰ EKMEKÇİ / YÜCEDAĞ / ÖZTÜRK AKKANAT / AŞIKOĞLU, s. 82.

¹¹ Rehber, s. 56.

¹² EKMEKÇİ / YÜCEDAĞ / ÖZTÜRK AKKANAT / AŞIKOĞLU, s. 142.

¹³ BERGKAMP, Lucas / DHONT, Jan: “Data Protection in Europe and the Internet: An Analysis of the European Community’s Privacy Legislation in the Context of the World Wide Web”, *The EDI Law Review*, 2000, Cilt 7, s. 78; CUSTERS, Bart / DECHESNE, Francien / PIETERS, Wolter / SCHERMER, Bart / VAN DER HOF, Simone: “Consent and Privacy”, *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Routledge, London, 2018, s. 247.

Açık rıza tanımı yasada yapılmış ve “belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza” şeklinde düzenlenmiştir. Gerekçede ise açık rızanın 95/46/EC sayılı Direktif dikkate alınarak tanımlandığı ve “İlgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı şeklinde anlaşılmalıdır.” gerektiği ifade edilmiştir¹⁵. GDPR’da ise KVKK’dan farklı olarak rıza kavramı tanımlanmıştır. Buna göre rıza, veri sahibinin kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini gösteren, özgür bir şekilde verilmiş, spesifik, bilgilendirilmeye dayalı ve tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta bir beyan yoluyla ya da açık bir onay eylemidir¹⁶. Her ne kadar GDPR’da sadece rıza kavramı tanımlanmış olsa da muhtelif hükümlerinde genel nitelikli kişisel veriler için sadece rıza aranırken özel nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesi için ise açık rızaya ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. KVKK’da ise böyle bir ayırım yoluna gidilmemiş ve genel-özel nitelikteki tüm kişisel veriler bakımından açık rıza kavramına yer verilmiştir.

Öğretide ağırlıklı görüş olarak açık rızanın;

- belirli bir konuya ilişkin olma
- bilgilendirmeye dayalı ve
- özgür iradeyle açıklanma şeklinde üç unsurunun bulunduğu ifade edilmektedir¹⁷.

1. Açık Rıza Belirli Bir Konuya İlişkin Olmalıdır

Verilen rızanın geçerli olabilmesi için hangi verilerin hangi amaç doğrultusunda işleneceğinin belirli olması gerekir¹⁸. Belirli bir konuya ilişkin rıza; belirli bir veri sorumlusunun, belirli bir ilgili kişinin, belirli bir verisini, belirli bir işleme faaliyeti için işlenmesine rıza göstermesidir¹⁹.

İlgili kişinin rızası alınırken “*Tüm şirket faaliyetleri için kişisel verilerimin işlenmesi kabul ediyorum*” şeklindeki sadece genel amaçları belirten ucu açık beyanlardan kaçınılmalıdır. Zira bu tarz rızalar battaniye rıza, torba rıza veya şemsiye rıza olarak kabul edilmekte²⁰ ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu (Kurul) kararlarıyla da geçersiz sayılmaktadır. Buna karşın özel olarak “*Kimlik ve iletişim verilerimin şirketin insan kaynakları süreçlerinin yürütülebilmesi için veya reklam ve pazarlama faaliyetlerinin yürütülmesi için üçüncü kişilerle paylaşılmasını kabul ediyorum*” şeklindeki rıza; belirli bir ilgili kişinin, belirli bir verisini, belirli bir işleme faaliyeti için sınırlandırdığı için hukuken geçerli bir rıza olarak kabul görecektir²¹.

¹⁴ LAZARO, Christophe / LE METAYER, Daniel: “Control Over Personal Data: True Remedy of Fairy Tale”, *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology And Society*, 2015, Cilt 12, Sayı 1, s. 4-34.

¹⁵ Gerekçe, s. 7.

¹⁶ Açık rıza konusunda KVKK ile Direktif ve GDPR arasındaki tanım farklılıkları öğretide eleştirilmektedir. Eleştiriler için bkz. ÇELİKEL, Serdar: “Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR’la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 17, s. 167 vd.; ÇEKİN, Mesut S. / BERKTAŞ, E. Ahmet / AKINCI, Furkan M: *Veri Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 159 vd.; BRAUN AVCI, Cihan: “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 15, Sayı 1, s. 18 vd.

¹⁷ ÇEKİN / BERKTAŞ / AKINCI, s. 159; EKMEKÇİ / YÜCEDAĞ / ÖZTÜRK AKKANAT / AŞIKOĞLU, s. 152 vd.; TAŞTAN, Furkan G.: *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 157 vd.; YAĞLIDERE, E. Umut: *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu*, Platon Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 121 vd.. Öğretideki azlık görüşüne göre ise madde gerekçesinde yer alan “tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta” ifadesi de açık rızanın bir unsurudur. Bkz. BRAUN AVCI, s. 19 vd.; TÜRKMEN ERARS-LAN, Sevgi: *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 117 vd.

¹⁸ BRAUN AVCI, s. 23.

¹⁹ EKMEKÇİ / YÜCEDAĞ / ÖZTÜRK AKKANAT / AŞIKOĞLU, s. 157.

²⁰ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Sıkça Sorulan Sorular*, Ankara, 2019 (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4196/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Hakinda-Sikca-Sorulan-Sorular>, ET:17.01.2024), s. 27; TAŞTAN, s. 158.

²¹ EKMEKÇİ / YÜCEDAĞ / ÖZTÜRK AKKANAT / AŞIKOĞLU, s. 157.

2. Açık Rıza Bilgilendirmeye Dayalı Olmalıdır

Veri sorumlusu ilgili kişinin verisini almadan önce mutlaka kişiyi aydınlatmalı ve hangi veriyi, hangi amaç doğrultusunda hangi yöntemlerle aldığı hususlarında bilgilendirmelidir²². Aydınlatma yükümlülüğü olarak da kabul edilen böyle bir bilgilendirme yapılmasındaki en temel amaç hiç şüphesiz bireyin rıza verip vermeme noktasındaki iradesinin sağlıklı bir şekilde oluşumunu sağlamak ve bu yönüyle bilinçli bir tercihte bulunmasına imkân vermektir²³.

Veri sorumlusu tarafından yerine getirilmesi zorunlu olan aydınlatma yükümlülüğünün içeriği de yine yasanın 10 maddesi ve bu kapsamda çıkartılan Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ’de ayrıntıları ile düzenlenmiştir²⁴. Buna göre aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken veri sorumluları veya yetkilendirdiği kişilerce yapılacak bilgilendirmenin asgari olarak

- Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,
- Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,
- Kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı,
- Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,
- İlgili kişinin Kanunun 11’inci maddesinde sayılan diğer hakları konularını içermesi gerekmektedir.

Çalışmamız kapsamında veri sorumlusu olan şirket, kimliğini belirtmek üzere, aydınlatma metninde ticaret ünvanına, MERSİS numarasına ve faaliyet gösterdiği işletme merkezi adresinin yanında iletişim bilgilerine ve varsa keş adresine de yer vermelidir. Şirketin aydınlatma metninde kendisini tanıtmaya hususu verisi işlenen ilgili kişi tarafından veri sorumlusuna başvuru hakkı kapsamında yapacağı başvurunun hangi ticaret ünvanlı şirkete ve hangi adrese yapılması gerektiğinin tespiti bakımından önem taşımaktadır.

Öte yandan şirketler kişisel verilerin elde edilmiş amaç ve yöntemlerini de faaliyet alanına göre özelleştirmelidir. Örneğin sağlık hizmeti sunan bir şirketin aydınlatma metninde “tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin” yürütülmesi gibi amaçlar yer alırken özel okul işleten bir şirketin metninde ise bu amaçlar yerini “eğitim, öğretim, sınav faaliyetlerinin yerine getirilmesi vs.” şekline bırakmalıdır.

Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken hukuki ve teknik terimler çok kullanılmamalı, gereksiz açıklamalardan kaçınılmalı ve mümkün olduğunca ilgili kişinin aradığı bilgiye kolayca ulaşmasına elverecek şekilde gerekli bilgilendirme katmanlı ve kullanıcı merkezli olarak sunulmalıdır²⁵.

Unutulmamalıdır ki; aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi ilgili kişinin talebine bağlı olmayıp bu yükümlülüğünün yerine getirildiği hususunun ispatı veri sorumlusu üzerindedir. Bu kapsamda şirket müşterinin veya çalışanın herhangi talebi olmaksızın dahi bu yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

Uyuşmazlık halinde ilgili kişiye bilgilendirilme yapıldıktan sonra kişisel verisinin alındığını veri sorumlusu her türlü şüpheden uzak bir biçimde ispat etmek zorundadır. Aydınlatma yükümlülüğünün nasıl yerine getirilmesi hususunda ise herhangi bir şekil şartı bulunmamakta olup bu yükümlülük veri sorumlusunca sözlü, yazılı, ses kaydı, çağrı merkezi gibi fiziksel veya elektronik ortamlar kullanılmak

²² POLATER, Salih: “Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 1, s. 10; ÇELİKEL, s. 181; BRAUN AVCI, s. 25.

²³ ÇELİKEL, s. 181; EKMEKÇİ / YÜCEDAĞ / ÖZTÜRK AKKANAT / AŞIKOĞLU, s. 152.

²⁴ 10.03.2018 tarihli ve 30356 sayılı Resmî Gazete.

²⁵ AŞIKOĞLU, İ. Şehriban: “Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü -Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 2, s. 45 vd.; ÇEKİN / BERKTAŞ / AKINCI, s. 165.

suretiyle yerine getirilebilmektedir²⁶. Uygulamada şirketlerin çoğunlukla yazılı veya elektronik ortamda bilgilendirme metinlerine yer verdiği de görülmektedir.

KVKK'nın 28.maddesinde belirtilen istisna hükümlerinde ise aydınlatma yükümlülüğünün uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.

3. Açık Rıza Özgür İrade İle Açıklanmalıdır

Açık rızanın en önemli unsuru rızanın ilgili kişinin özgür iradesinin ürünü olması gerektirir²⁷. Kişinin irade beyanı olan rıza, bireyin yaptığı davranışın bilincinde ve kendi kararı olması halinde geçerlilik kazanacak olup kişinin iradesini sakatlayacak her türlü fiil, kişisel verilerin işlenmesi için verdiği açık rızayı da sakatlayacaktır²⁸.

Özgür bir iradenin söz konusu olabilmesi için bireye rıza verme veya vermeme yönünde bir seçenek tanınmalı ve rızasını açıklamadığı takdirde olumsuz sonuçlara maruz bırakılmamalıdır²⁹.

Özellikle ilgili kişi, herhangi bir sosyal, ekonomik, psikolojik veya benzeri bir etki altında kalmaksızın kişisel verilerinin işlenmesine yönelik rıza vermeme veya rızasını geri alma konusunda gerçek bir tercihte bulunarak iradesini açıklamış olmalı; rıza vermemesinin aleyhine önemli derecede etki doğurma tehlikesi bulunmamalı; ilgili kişinin iradesi hata, hile veya korkutma gibi nedenlerle bozulmamış olmalıdır³⁰.

Belirtilmelidir ki; tarafların hukuki ilişkide eşit konumda olmadığı veya taraflardan birinin diğeri üzerinde etkili olduğu durumlarda rızanın özgür iradeyle verilir verilmemesinin her olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Örneğin işçi-işveren arasında, sigortacılık ve bankacılık işlemlerinde genelde sözleşmenin karşı tarafı ile kişisel verisinin işlenmesine rıza gösteren müşteri, sözleşme şartlarının belirlenmesinde eşit söz hakkına sahip olmayıp sözleşmenin zayıf konumunda bulunan kişi, kendisini verilerinin işlenmesine rıza göstermek zorunda hissediyorsa, burada verilen rızanın özgür iradeyle verildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır³¹.

Öte yandan rızanın herhangi bir ürün veya hizmetin sunulmasının ya da ürün veya hizmetten yararlandırılmasının ön şartı olarak ileri sürüldüğü durumlarda da özgür bir irade hali söz konusu olmayacaktır³². Örneğin e-ticaret sitelerinin birçoğunda müşteri rıza vermez ise satın almak istediği ürünün

²⁶ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi*, Ankara, 2019 (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a569a068-c079-4189-b134-f57bc727af7d.pdf>, ET: 01.02.2024), s. 14.

²⁷ ÇELİKEL, s. 183.

²⁸ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Açık Rıza Rehberi* (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/e3c6aa10-9de4-46f8-9b51-71bcf07c09b5.pdf>, ET: 07.02.2024) (Açık Rıza Rehberi), s. 6.

²⁹ ÇEKİN / BERKTAŞ / AKINCI, s. 167; SELEK, Ozan: "Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza Açıklaması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Sayı 2, s. 922.

³⁰ POLATER, s. 11; BRAUN AVCI, s. 21; ÇELİKEL, s. 184.

³¹ BRAUN AVCI, s. 21; Açık Rıza Rehberi, s. 6.

³² Nitekim Kişisel Verileri Koruma Kurulu 25/03/2019 Tarihli ve 2019/81 Sayılı Karar ve 31/05/2019 Tarihli ve 2019/165 sayılı Kararında "Bu bağlamda, herhangi bir ürün ve/veya hizmetin sunumunun, açık rıza verme ön şartına bağlanmaması gerektiği ve eğer yapılan seçimin sonuçları, kişisel veri sahibinin seçim özgürlüğünü etki altında bırakıyorsa, bu durumda rızanın özgürce verildiğini söylemenin mümkün bulunmadığı, dikkate alındığında bahse konu somut olayda, üyelerle sunulan online üyelik sözleşmesinde, özel nitelikli kişisel veri olan avuç içi izinin alınmasına onay verilmesinin sözleşmenin kurulması için zorunlu bir şart olarak sunulduğu ve kurala uyulmaması halinde firmaya fesih hakkı tanınmış olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde üyelerin kulüplere girişlerde avuç içi izi bilgilerinin alınmasına rıza göstermemeleri halinde söz konusu hizmetten yararlanamayacakları dikkate alındığında, üyeler tarafından verilen açık rızaların özgür iradeye dayalı olduğunu söylemenin mümkün bulunmadığı bu kapsamda veri sorumlusu tarafından hizmetin sunulmasının açık rıza şartına bağlandığının değerlendirildiği" yönündeki kararı ile ilgili veri sorumlusu hakkında idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5496/2019-81-165>, ET: 08.02.2024). Öte yandan; bir market zincirinin sadakat kart uygulamasına ilişkin ihbar ve şikayetler hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulu 25/03/2019 tarihli ve 2019/82 sayılı kararında ise müşterinin sadakat kart programına üye olmadığı durumda şirketin sunduğu ürüne ve kişiye özel fırsat dünyasından faydalanmadığını ancak bu durumun hiçbir şekilde herhangi bir müşterinin şirketin sunduğu alışveriş ortamından faydalanmasını engellemediğini dolayısıyla, veri sorumlusu şirket tarafından hizmet sunumu kapsamında sadakat kart programına katılımın müşteriler açısından zorunlu tutulmadığını, söz konusu programa üye olmayan müşterilere hizmet sunulmaması gibi bir durum ortaya çıkmadığı dikkate alındığında, sadakat kart programına üye olunması sırasında kişilerin açık rızalarına başvurulması aksi takdirde söz konusu programdan yararlanılmaması hususunda şikayetçinin şirket tarafından bir hizmet veya ürün sunulmasının açık rıza şartına bağlandığı iddiası ile ilgili Kurumca yapılacak bir işlem bulunmadığına karar vermiştir (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5463/-Bir-market-zincirinin-sadakat-kart-uygulamasina-iliskin-ihbar-ve-sikayetler-hakkinda-Kisisel-Verileri-Koruma-Kurulunun-25-03-2019-tarihli-ve-2019-82-sayili-Karari>, ET: 08.02.2024).

ödeme sekmesine site tarafından yönlendirilmemektedir. Görüleceği üzere ürünün sunulması ticaret sitesi tarafından açık rıza şartına bağlanmakta ve müşterinin rıza vermeden ürünün ödemesini yapıp satın alabilmesi engellenmektedir.

III. HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK KVKK m. 5/2-f’de DÜZENLENEN İSTİSNA HÜKMÜ

En başta ifade edilmelidir ki; verisi üzerinde mutlak hak sahibi olan kişi, verisi işlenen kimsedir. Nitekim Anayasa m. 20/3’te bu durum “*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüleceği üzere anayasa, kişisel veri işlemenin kural olarak yasak olduğunu belirledikten sonra bu yasağın ilk istisnasının açık rıza olduğunu belirtmiş ve ardından da yasada öngörülecek hukuka uygunluk sebepleri ile de verinin işlenmesine cevaz vermiştir.

Bu yönüyle genel nitelikteki kişisel veriler için KVKK m. 5’te sayılan; özel nitelikteki kişisel veriler için KVKK m. 6’da belirtilen tüm haller aslında birer hukuka uygunluk sebebidir. Önemle ifade edilmelidir ki, açık rıza ile diğer hukuka uygunluk halleri arasında hiyerarşik bir ilişki de bulunmamakta bilakis bütün hukuka uygunluk sebepleri veri işleme faaliyetini eşit derecede meşru kılmaktadır³³.

Yukarıda da ayrıntıları ile izah edildiği üzere, veri işleyebilmek için temel kural ilgili kişinin açık rızasının bulunmasıdır. Her ne kadar ana kural kişinin rızası olmaksızın veri sorumlusunun hiçbir veri işleme faaliyetinde bulunmayacağı yönünde olsa da yasama organı bu ana kurala KVKK’nın 5.maddesinin ikinci fıkrasında AB ve Anayasa’mızdaki düzenlemelere paralel olarak bazı istisnalar getirmiştir (Çalışmamız bakımından özel nitelikli kişisel verilere ilişkin getirilen istisna halleri kapsam dışı bırakılmıştır). Bir başka anlatımla, yasada belirtilen durumlarda ilgili kişinin açık rızası bulunmasa dahi yasa hükmü ile veri sorumlusuna veri işleme ruhsatı verilmiştir³⁴.

KVKK m. 5/2’de belirtilen ve sınırlı sayıda olan bu haller açık rızaya getirilen birer muafiyet hükümleridir. Gerçekten de kişisel verilerin işleme şartları, yani hukuka uygunluk halleri, yasada sayma yoluyla belirlenmiş olup bu şartların genişletilmesi mümkün değildir³⁵. Öte yandan; söz konusu istisna hallerine ilişkin yorum yapılırken Türk Hukuku’nda genel bir ilke olan “istisnalar mahalline maksur yorumlanır” kuralı çerçevesinde hareket edilmesi ve sadece hükmün getiriliş amacı doğrultusunda yorumlarda bulunulması gerekliliği de unutulmamalıdır.³⁶

Veri sahibinin rızası olmaksızın verisinin işlenebileceği hallerden bir tanesi de çalışmamızın asıl konusunu oluşturan ve KVKK m. 5/2-f’de düzenlenen “*İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması*” yönündeki madde metnidir. Kanun koyucu yasa hükmü ile ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar gelmemesi ve veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması koşulu ile

³³ YÜCEDAĞ, Nafiye: “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2017, Cilt 75, Sayı 2, s. 773; ÇEKİN / BERKTAŞ / AKINCI, s. 158 vd.

³⁴ KVKK m. 5/2: “*Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:*

a) *Kanunlarda açıkça öngörülmesi.*

b) *Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.*

c) *Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.*

ç) *Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.*

d) *İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.*

e) *Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmesinin zorunlu olması.*

f) *İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.*”.

³⁵ Rehber, s. 72.

³⁶ İstisnalar dar yorumlanır kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YONGALIK, Aynur: “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 60, Sayı 1, s. 1-15.

bireyin rızası bulunmasa dahi veri işlemenin mümkün olduğunu kabul etmiştir. O halde KVKK m. 5/2-f hükmüne göre açık rıza aranmaksızın ilgili kişinin verisinin işlenebilmesi için aşağıdaki üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar;

- Verisi işlenen kişinin temel hak ve özgürlüğüne zarar verilmemeli,
- Veri sorumlusunun meşru bir menfaati olmalı,
- Veri işleme zorunlu olmalıdır.

Veri sorumlusu olan şirketler, genellikle açık rıza dışındaki hukuka uygunluk nedenlerine dayanarak müşterilerinin verilerini işleme eğilimindedir³⁷. Bu durum ise açık rıza kavramının terk edilmesine ve bir yönüyle KVKK'da öngörülen ana ilke ve esasların içinin boşaltılmasına sebebiyet vermektedir.

Hiç şüphesiz bu halin ortaya çıkmasında m. 5/2-f'deki düzenlemede yer alan “meşru menfaat, zorunluluk ve kişinin temel hak ve özgürlüğüne zarar vermeme” kavramlarının muğlak ve yoruma muhtaç halde bulunmalarının etkili olduğu söylenebilir. Bu belirsiz alanı fırsata dönüştürmek ve adeta kanunu dolanmak isteyen birçok şirkette aslında hukuka uygun hiçbir sebebi bulunmamasına rağmen soyut nitelikteki bu “meşru menfaat” çatı hükmü altında saklanmakta ve veri işlemede bir menfaatleri varmış gibi hareket ederek ticari faaliyetlerine tıpkı yasa yürürlüğe girmeden önceki haliyle devam etmektedir. Yasa düzenlemesine açıkça aykırılık taşıyan bu durumun ortadan kaldırılabilmesi için ise bir taraftan içtihat hukukun gelişimi beklenmeli diğer yandan ise AB hukukunda kabul gören kıstaslardan istifa edilmelidir³⁸.

Gerçekten de m. 5/2-f'de yer alan düzenleme incelendiğinde hükümde geçen ve maddenin temel kavramını oluşturan “menfaat” kavramının tanımı yasada yapılmamış ve hangi hallerde veri sorumlusunun meşru bir menfaatten söz edilebileceği açık uçlu bir şekilde bırakılmıştır. Ayrıca maddede veri sorumlusunun meşru menfaati ile ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında nasıl bir dengeğin gözetilmesi gerekliliğine ilişkin de bir açıklık bulunmamaktadır. Yasada yer alan “zorunluluk” ifadesi de öğretilerde haklı bir şekilde eleştirilere maruz kalmakta ve bu kavramın “gereklilik” şeklinde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir³⁹.

IV. KVKK m. 5/2-f İSTİSNA HÜKMÜNÜN UNSURLARI VE ŞİRKETLER HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Şirketler Hukuku Anlamında “Menfaat” Kavramı

Arapça kökenli olan menfaat kavramının günlük yaşamda birçok anlamı bulunmaktadır. Kelime anlamı itibariyle bir kişinin veya bir grubun yararına veya çıkarına olan şeyi ifade eden menfaat, birinin ihtiyaçlarını karşılayan ya da ona avantaj sağlayan bir şeyi tanımlamak, kişisel veya toplumsal olarak bir şeyden fayda sağlamak anlamında da kullanılmaktadır⁴⁰.

Menfaat sözcüğüne yüklenen anlam hukuk bilim dalları arasında da farklılık göstermektedir. Örneğin medeni hukuk hak kavramını, menfaat temelli olarak açıklamakta ve bu bağlamda bir tanım yapmaktadır⁴¹. Sigorta hukuku bakımından ise menfaat kişinin sigorta sözleşmesiyle teminat altına almak istediği konu ile arasındaki para ile ölçülebilir ilişkisi anlamına gelmektedir⁴².

³⁷ SELEK, s. 934.

³⁸ ÇEKİN / BERKTAŞ / AKINCI, s. 187.

³⁹ ÇEKİN / BERKTAŞ / AKINCI, s. 188.

⁴⁰ <https://sertifika.subu.edu.tr/menfaat-kelime-anlami-nedir-tdk> (ET: 15.02.2024).

⁴¹ *Hatemi'*ye göre hak, hukuk tarafından kişilere tanınmış ve kullanılması sahibinin iradesine bırakılmış menfaatlerdir. HATEMİ, Hüseyin: *Medeni Hukuk'a Giriş*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 116.

⁴² KENDER, Rayegan: *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, 16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 222; AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 132.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından hazırlanan Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü'nde meşru menfaat, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla gerçekleştirilecek işleme faaliyetinde, veri sorumlusunun elde edeceği meşru, etkin, belirli ve mevcut bir menfaat olarak tanımlanmıştır⁴³. Menfaatin her şeyden önce KVKK m. 5/2-f gereği meşru yani hukuki olması gerekir. Meşru menfaat, hukuka uygun olan her türlü menfaati bünyesinde barındırmaktadır⁴⁴. Meşru menfaat, somut olayın özelliklerine göre hukuki olmasının yanında ekonomik niteliği de haiz olabilir. Nitekim veri sorumlusu şirketin ticari faaliyeti kapsamındaki menfaati her zaman iktisadi boyutludur zira TTK m. 19 gereği tüzel kişi tacirin yaptığı her iş ticari iş olarak kabul edilmektedir.

Ayrıca, Çalışma Grubu yayınlamış olduğu görüşünde meşru menfaatin en yaygın görünüm alanlarını;

- medya ve sanatın da dâhil olduğu ifade veya bilgi edinme özgürlüğünün kullanılması,
- pazarlama ve reklam biçimleri,
- siyasi kampanyalar veya bağış toplamlar da dâhil istenmeyen ve ticari olmayan mesajlar,
- borç tahsilatı da dâhil olmak üzere hukuki taleplerin mahkeme dışı prosedürlerle icrası,
- dolandırıcılığın, hizmetlerin kötüye kullanılmasının veya kara para aklamanın önlenmesi,
- güvenlik veya yönetim amacıyla çalışanların izlenmesi,
- ihbar şemaları,
- fiziki güvenlik, IT ve ağ güvenliği,
- tarihsel, bilimsel veya istatistiksel amaçlarla işleme,
- pazarlama araştırması da dahil olmak üzere araştırma amaçlı işleme şeklinde belirtmiştir⁴⁵.

Şirket menfaati bakımından konu ele alındığında ise her ne kadar TTK'nın çeşitli maddelerinde “şirket menfaati” kavramına doğrudan madde metinlerinde yer verilmiş olsa da bu kavrama ilişkin yasal bir tanımlama yapılmamıştır⁴⁶. Yasama organı pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkını düzenleyen TTK m. 437'nin gerekçesinde şirket menfaatinin zarara uğramasının ne demek olduğunu ifade etmekle yetinmiş ve “*Şirket menfaatlerinin zarara uğraması, şirket işletmesinin, bağlı şirketlerinin, müşteriler çevresinin, dağıtım kanallarının ve ilişkilerinin vs. 'nin kayba uğraması veya bu nitelikte pek de uzak olmayan bir tehlikenin varlığı*” olarak kabul etmiştir⁴⁷.

Her ne kadar, şirket menfaati denilince temel olarak şirketin korunacağı düşünülse de aslında şirket menfaatinin gerçekleştirildiği ve korunduğu hallerde şirketin pay sahibi, alacaklısı, yönetim kurulu/müdürü, çalışanı kısaca şirket ile çıkar ilişkisi içinde bulunan herkes korunmaktadır⁴⁸. Anonim or-

⁴³ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu>, ET: 15.02.2024), s. 114.

⁴⁴ ÇALIŞMA GRUBU: “Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC”, 2014 (https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf, ET:15.02.2024), s. 24 vd.

⁴⁵ Çalışma Grubu, s. 24 vd.

⁴⁶ TTK m. 202, 223 ve 437.

⁴⁷ TTK m. 437 Gerekçesi.

⁴⁸ SULU, Muhammed: *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 11 vd. *Tekinalp*, menfaat sahiplerine ekonomik organizasyon kavramı içerisinde işaret etmektedir. *Tekinalp*'e göre “*Ekonomik organizasyon, pay sahibini ve veya pay sahiplerini, alacaklıları, çalışanları, tedarikçileri ve müşterileri, yani menfaat sahiplerini(stakeholders) içerir ve bunların ahenk içinde çalışan birliğini ifade eder*”. TEKİNALP, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 15. Ayrıca müellif, meşru menfaate hizmet etmenin doğrudan ekonomik yarara gönderme yaptığını da kabul etmektedir. TEKİNALP, s. 32.

taklıkta şirket menfaatinin önceliği ilkesi olarak da kabul edilen bu durumda şirketin menfaati aynı zamanda tüm menfaat sahiplerinin çıkarlarının ortak paydasını oluşturmaktadır⁴⁹.

Öğretide şirket menfaatinin içine aldığı her şeyi koruma altında tutan bir şemsiye olduğu ifade edilirken şirket menfaatinin ortaklığın ticari sırlarını da içine alan üst bir çatı olduğu da belirtilmektedir⁵⁰. Zira şirket sırrı sadece şirketin işleyişi ve menfaatiyle ilgilidir⁵¹.

Konuyu ortağın bilgi alma hakkının reddi kapsamında, ortaklık sırrı ve ortaklığın korunması gereken diğer menfaatleri şeklinde ikili bir ayırım yaparak ele alan *Tekinalp*; yatırımı, rekabeti ve hedef kitlelerine yönelmeyi, yeni ortaklık ve işbirliği anlaşmalarının araştırılmasını ve değerlendirilmesini, sağlanması düşünülen teknoloji ve fikri mülkiyet haklarını, yeni ürünleri, maliyet ve fiyatlarını ortaklık sırrı olarak kabul ederken krize karşı ortaklığın alacağı önlemlerin, sektörü ilgilendiren bir tebliğe veya rekabetin korunması ile ilgili soruşturmaya karşı izlenecek yolların belirlenmesini ortaklığın korunmaya değer diğer menfaatleri içerisinde değerlendirmektedir⁵².

Benzer şekilde *Pulaşlı* da şirket menfaati kavramını mutlak şirket sırrı ve nispi şirket sırrı şeklinde bir ayrıma giderek açıklamakta ve şirketin mutlak surette açıklamama yükümlülüğü altına bulunduğu mutlak sırlarını; şirketin fiyat oluşturmaya ilişkin ilkeleri, AR-GE faaliyetleri, pay sahibinin veya yönetim kurulu üyesinin banka hesap numaraları şeklinde sıralarken, bizzat şirketin menfaati gereği gizli kalması gereken nispi sırları ise şirketin müşteri çevresi ve genel ve ticari işlemleri olarak kabul etmektedir⁵³.

Şirketlerin birbirleriyle rekabet edebilmesi için diğer şirketlerden ayrılan ve başarılı olmasının da asıl kaynağını oluşturan gizli yönleri bulunmaktadır⁵⁴. Bu gizlilik alanlarında işletmelerin önemli çıkar ve menfaatleri yer almaktadır. O halde, bir yandan hukuki ve ekonomik diğer yandan soyut bir nitelik taşıyan şirket menfaati; ortaklığın hukuki ve ekonomik alandaki mevcudiyetini mümkün olan en iyi şekilde devam ettirmesini sağlamayı ifade etmektedir⁵⁵.

Şirket menfaati her ortaklıkta farklılık arz edebilir ve bu itibarla şirket menfaatinin belirlenmesi için genel geçer ve katı tanımlar yerine her ortaklığın kendi amaç ve şartları ile bir değerlendirme yapılmalıdır⁵⁶. Şirketten önüne gelen bir işlem ya da olay karşısında basiretli bir şekilde davranma yükümlülüğünü de göz önünde tutarak faaliyet alanı, bulunduğu coğrafya ve faaliyetini sürdürdüğü ülke ya da ülkelerin ekonomik şartlarını bir bütün olarak değerlendirdiğinde şirket yararına olacağını düşündüğü yönde karar alması beklenmektedir⁵⁷.

Elbette ki her somut olayda şirket menfaati değerlendirmesi yapılırken birtakım ilkeler hem kurul hem de yargı makamları tarafından tesis edilecek kararlarda göz önünde bulundurulmalı ve önlerine gelen uyumsuzluklar bu ilkeler de dikkate alınarak çözüme kavuşturmalıdır. Bu ilkeler öğretide;

⁴⁹ KORKUT, Ömer: "Anonim Şirketlerde Şirket Menfaati Kavramının Somutlaştırılması", *Çukurova Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 11, Sayı 2, s. 2.

⁵⁰ SULU, s. 11 vd.

⁵¹ USLUEL GÜRBÜZ, Ash E.: *Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 53 vd.

⁵² TEKİNALP, s. 383.

⁵³ PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 s. 1942 vd.

⁵⁴ KAYA, Arslan: *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001, s. 264; KARASU, Rauf: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2005, Cilt 23, Sayı 2, s. 90; BOZKIR, Betül: *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, İbn Haldun Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023, s. 88.

⁵⁵ HELVACI, Mehmet / ÇAMURCU, Emin / TÜRKİYILMAZ, İsmail: "Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı", *Handi Yasaman'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 311.

⁵⁶ SULU, s. 32.

⁵⁷ Son dönemde sıkça yapay zekânın anonim ortaklığın yönetim kurulunda yer alıp alamayacağı ve bu durumun şirketteki çıkar ve menfaat çatışmasını engelleyip engellemeyeceği tartışılmaktadır. Bu husus çalışmamızın araştırma konusu dışında kaldığından bir değerlendirme yapılmamıştır. Ancak yapay zekânın şirket yönetiminde kullanıma ilişkin somut bir örnek için bkz. ÇELİK, Ezgi S.: *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği: Yapay Zekâ Destekli Video Mülakat Uygulamaları*, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, Ankara, 2024.

- Şirketin amacı ve konusu,
- Şirketin değerinin artırılması,
- Pay sahiplerinin menfaati,
- Farklı çıkarların değerlendirilmesiyle bir sonuca varılması

şeklinde belirtilmektedir⁵⁸.

Örneğin, şirketin esas sözleşmesinde konu ve amacın belirlenmesi ile şirket menfaati bir yönüyle somutlaşmış yani belirli hale gelecek olup⁵⁹ bu noktadan sonra alınacak kararlarda şirketin menfaatine olan bu amaca ulaşmayı mümkün kılan yolun tercih edilmesi aranacaktır⁶⁰.

Bu kapsamda, ortakların kar ve gelir elde etme amacıyla kurmuş oldukları bir anonim şirketin yönetim kurulunun genel kuruldan izin almadan ihtiyaç sahiplerine yardım eden bir vakfa ya da derneğe önemli bir miktarda bağışta bulunması her ne kadar ahlaki açıdan takdire şayan bir durum olarak kabul edilse de bu durum şirketin gelir elde etme ve günün sonunda elde edilen bu geliri kar payı şeklinde pay sahipleri arasında paylaşırma amacına aykırılık taşıdığından şirket menfaati kapsamında değerlendirilmemelidir⁶¹.

Diğer yandan, şirket esas sözleşmesinde şirketin faaliyette bulunacağı zaman dilimi belirtilmişse ve şirketin ana sözleşmede belirtilen süresini aşan uzun vadeli yatırımların yapılması kararı alınmışsa bu kararın da o ortaklık için şirket menfaatine aykırı olduğu kabul edilmelidir⁶². Ancak belirsiz süreli bir anonim ortaklık için orta ve uzun vadeli yatırımların yapılması genellikle şirket menfaatinin gerektirdiği bir durumdur⁶³.

Uygulamada şirketler güvenlik, personel servisi taşımacılığı, yemek, temizlik gibi bir takım hizmetleri şirket bünyesi dışında faaliyet gösteren başka şirketler aracılığıyla tedarik etmektedir. Örneğin şirketin kendisine ait personeline ilişkin *ad-soyad-adres ve telefon numarası* bilgisini üçüncü kişi konumundaki tedarikçi personel taşıma şirketi ile paylaşması kanaatimize göre KVKK m.5/2-f'de düzenlenen meşru menfaate dayalı veri işlemenin tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Zira burada işveren şirketin veri paylaşımındaki amacı personellerinin zamanında ve güvenli bir şekilde ikamet ettiği yer ile işyeri arasında taşınarak şirket faaliyetlerinin devamlılığını sağlamaktır. Belirtilmelidir ki; işveren şirketin meşru menfaati anılan faaliyetin yerine getirilebilmesi için gerekli olan veri paylaşımı ile sınırlıdır. Örneğimizdeki taşıma faaliyeti için işveren tarafından çalışanların mesleki bilgisinin, sicil numarasının, sağlık raporunun, bordro bilgisinin taşıma şirketi ile paylaşımı taşıma işleminin yerine getirilebilmesi için gerekli olmadığından KVKK m.5/2-f istisna hükmü kapsamında değerlendirilmesi bize göre mümkün değildir. Öte yandan, araç kiralama ya da lojistik faaliyeti yerine getiren taşıma şirketlerinin "*araca ait*" GPS sinyal kayıtlarını kayıt altına alması da

⁵⁸ KORKUT, s. 4 vd.

⁵⁹ MERLE, Philippe / FAUCHON, Anne: *Droit Commercial, Sociétés commerciales*, 20. Baskı, Dalloz- Petit, Paris, 2017, s. 85 vd.; RUEDIN, Roland: « L'intérêt Social, Critère Des Décisions Du Conseil D'administration (Conférence présentée dans le cadre des «Soirées d'études juridiques» à l'Abbaye de l'Arc à Lausanne le mardi 30 janvier 1990) », *JdT*, 1990, I, s. 198 (Aktaran: HELVACI / ÇAMURCU / TÜRKİYILMAZ, s. 311).

⁶⁰ HELVACI / ÇAMURCU / TÜRKİYILMAZ, s. 311.

⁶¹ Öğretide *Kendigelen* ise aksi görüştür. Müellif; somut bir uyuşmazlığa ilişkin kaleme almış olduğu uzman görüşünde yeni Türk Ticaret Kanunu ile *ultra vires* ilkesi terk edildiğinden ticaret şirketlerinin bağış yapmalarının ehliyetlerinin dışında kaldığını söylemenin artık mümkün olmadığını, şirketin bağışta bulunabilmesi için esas sözleşmede bu yönde bir hükme yer verilmesi hususunda bir gerekliliğin de söz konusu olmadığını, kanunda bağış yapma kararı almak konusunda genel kurulun yetkili olduğu yönünde bir hüküm bulunmadığı gibi şirketin esas sözleşmesinde de böyle bir düzenlemenin yer almadığını, bir anonim şirketin kamuoyunda popülerliğinin ve saygınlığının artırmaya ve müşteri çevresini genişletmeye yönelik olarak hiçbir karşılık beklenmeksizin sosyal sorumluluğunun gereği olarak bağışta bulunulmasının mümkün olduğunu belirtmiş ve sonuç olarak yönetim kurulunun bağış yapmaya yetkili organ olduğunu kabul etmiştir. KENDİGELEN, Abuzer: *Hukuki Mütalaalar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 332 vd.

⁶² HÄNNI, Lino: "Dommage indirect et intérêt social", *GesKR*, 2013, s. 278 (Aktaran: HELVACI / ÇAMURCU / TÜRKİYILMAZ, s. 311).

⁶³ SULU, s. 32.

kanaatimize göre ticari hayatta KVKK m.5/2-f kapsamında değerlendirilmesi gereken bir başka durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kurul, yayımlanmış olduğu rehberlerde de meşru menfaatin bulunduğu durumlara ilişkin örneklere yer vermektedir. Buna göre bir işletmenin satılması veya devralınması halinde, şirketi satın alacak kişinin işletme personelinin kişisel verilerinin dâhil olduğu birtakım bilgilerin incelemesini meşru menfaat kapsamında değerlendirmektedir⁶⁴. Ne var ki bu görüşe katılmak mümkün değildir. Şirket birleşme ve devralmalarında “*due diligence*” adı verilen İngilizce bir kavram kullanılmaktadır. *Due Diligence*, bir fonksiyon veya faaliyet olarak bir davranış ölçütünden ziyade tüm hukuki işlemlerde sorumluluk hukuku için önemli bir unsur olarak aranılan “gerekli özeni” ifade etmektedir⁶⁵. Devre konu işletmeye ait bütün hukuksal finansal, vergisel veriler ile çalışanların sayısı ve nitelikleri hakkında bilgi sahibi olunması *due diligence* unsuru içerisinde değerlendirilmektedir⁶⁶. Ancak bir işletmenin devrinde veya birleşmesinde fabrikasında çalıştırdığı işçilerin toplam sayısını iletmek dışında işçilerin kişisel verilerinin liste halinde iletilmesinde devralacak şirketin korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı düşünülmektedir⁶⁷. Nitekim söz konusu işçiler emek gücüne dayalı olarak kendilerine verilen işleri yerine getiren mavi yakalı kimseler olup bu kişilerin toplam sayısının karşı tarafa iletilmesi ile zaten iş gücü hakkında bilgi sahibi olunacaktır. Oysaki böyle bir devir-birleşme işleminde yöneticilerin ad ve soyadları ile mesleki yeterliliklerini gösterir diploma-sertifika bilgilerinin paylaşımında devralacak şirketin menfaatinin varlığı kabul edilmelidir. Çünkü anılan işin planlanması ve organizasyonu bu yöneticiler üzerinden yürütüldüğü için devir işleminde dikkate alınması gereken asıl iş gücü çevresini bu kimseler oluşturmaktadır. Bu kişilerin kalifiye nitelikte olması ya da olmaması devrin gerçekleşmesinde veya devir şartlarının belirlenmesinde taraflarca dikkate alınacak önemli bir unsurdur.

Bir şirket sahibinin, çalışanlarının temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, onların terfileri, maaş zamları veya sosyal haklarının düzenlenmesinde ya da işletmenin yeniden yapılandırılması sürecinde görev ve rol dağıtımında esas alınmak üzere çalışanların kişisel verilerini işleyebilmesini m. 5/2-f kapsamında değerlendirerek işletmenin yeniden yapılandırılması ya da ehliyetli ve liyakatli çalışanların terfi almaları konusu Kurul'un bir başka yayınında şirketin meşru menfaati kapsamında ele alınmıştır.⁶⁸

Öte yandan; Kurul'un meşru menfaat odaklı kararlarına da rastlanılmaktadır. Kurul, ilk olarak 25.03.2019 tarihinde 2019/78 sayılı kararı ile meşru menfaat kavramına ilişkin temel ilkeleri⁶⁹ işaret

⁶⁴ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, 2019 (<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcc0e667.PDF>, ET: 27.02.2024), s. 17 vd. Kurul'un aynı rehberinde veri sorumlusunun meşru menfaatine örnek olarak işverenin nükleer santraldeki çalışanlarının güvenliğini sağlamaya yönelik güvenliği mekanizmalarının kurulması amacıyla çalışanların kişisel verilerinin işlenmesi de gösterilmektedir. KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, 2019 (<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcc0e667.PDF>, ET: 27.02.2024), s. 17 vd.

⁶⁵ PULAŞLI, Hasan: “Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2007, Cilt 24, Sayı 2 (Due Diligence), s. 211.

⁶⁶ PULAŞLI, *Due Diligence*, s. 215 vd.

⁶⁷ YÜCEDAĞ, s. 785.

⁶⁸ KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *100 soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, Ankara, 2019 (<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/185c2130-8070-4b2b-a91e-1d48322ca352.pdf>, ET: 01.03.2024), s. 42.

⁶⁹ Kurul kararında aynen “6698 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendine göre ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması hali tespit edilirken veri sorumluları tarafından;

Kişisel verinin işlenmesi sonucunda elde edilecek menfaat ile ilgili kişinin temel hak ve hürriyetlerinin yarışabilir düzeyde olması,

Söz konusu menfaate ulaşılabilmesi bakımından kişisel veri işlenmesinin zorunluluk arz etmesi,

Meşru menfaatin halihazırda mevcut, belirli ve açık olması,

İlgili kişinin temel hak ve hürriyetleri ile yarışabilir nitelikte olan meşru menfaatin elde edilmesi halinde bir yarar sağlanacak olması ve kişisel veri işlenmeksizin başkaca bir yol ve yöntemle bu yararın ortaya çıkmasının mümkün olmaması,

Meşru menfaat belirlenirken söz konusu yararın çok sayıda kişiyi etkilemesi, yalnızca kâr elde edilmesi ya da ekonomik yararın sağlanması amacıyla yönelik olmaması, iş süreçlerini ya da bir işlevi kolaylaştırması (örneğin bir birim ya da az sayıda personel nezdinde değil, kurumsal olarak geneli etkileyecek şekilde) gibi şeffaf ve hesap verilebilir nitelikleri haiz kriterlerin esas alınması,

etmiş sonrasında ise somut uyumsuzlukta akaryakıt istasyonlarına gelen araçlara tüketicinin talep ettiği üründen farklı bir ürün ikmal edilmesi nedeniyle oluşan araç arızalarından dolayı tüketicilerin uğramış olduğu zararlar ile bu zararlardan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereğince işle-tici ile birlikte başvuranın da dağıtıcı şirket olarak müteselsilen sorumluluğunun bulunduğunu, bu yöndeki yargı kararları da dikkate alındığında durumun hem tüketicinin hem de dağıtıcı şirketin maddi kaybı ile birlikte şirket marka değeri ve hizmet kalitesinde de kayıplara yol açabileceğinden bahisle bize göre de isabetli bir şekilde, tüketicilere ait plaka ve ürün tipi bilgilerinin kullanılmasının akaryakıt istasyonu işleten veri sorumlusunun meşru menfaati kapsamında değerlendirilmiştir⁷⁰.

Kurul, bir eğitim kurumu tarafından kamera vasıtasıyla görüntü ve ses kaydı alınmasına ilişkin vermiş olduğu bir başka kararında ise kamera ile görüntü kaydı alınmasının güvenliği sağlama amacı ile bağdaşmakta olduğunu ve bu amacı gerçekleştirmeye yeterli olmakta iken ilaveten ses kaydı alın-masında veri sorumlusunun meşru bir menfaatinin bulunmadığını, zira zorunluluk arz etme ve kişisel veri işlenmeksizin başkaca bir yol ve yöntemle bu yararın ortaya çıkmasının mümkün olmaması şartı-nın ortadan kalktığı gerekçesiyle görüntü kaydına ilaveten ses kaydı alınmasını eğitim şirketinin men-faati çerçevesinde kabul etmemiştir⁷¹.

İfade edilmelidir ki; her ne kadar Kurul kararındaki somut olay bir eğitim kurumunda gerçekleş-miş ve bize göre de tesis edilen karar isabetli kabul edilse de bazı hallerde ses kaydının alınması şirket menfaati yönünde yorumlanması gerekebilir. Özellikle para alışverişinin sıklıkla yaşandığı bankalar, finans kuruluşları, döviz büroları, kuyumcu dükkanları, marketlerin kasa bölümleri, şirketlerin finans ve muhasebe birimlerinde aydınlatma yükümlülüğü şartının yerine getirilmesi ile birlikte görüntü kay-dının yanında ses kaydının da yapılması kanaatimize göre KVKK m. 5/2-f kapsamında o işletmenin ticari menfaati olarak kabul edilmelidir. Zira anılan yerlerdeki işlemlerin doğru, güvenli ve sağlıklı bir şekilde yerine getirildiğinin tespiti ticari işletmenin faaliyetlerinin devamlılığı açısından büyük önem taşımaktadır.

Öğretide de veri sorumlusunun meşru menfaatine ilişkin bir takım örnekler verildiği görülmekte-dir. Çekin / Berkaş / Akıncı'ya göre “Şirketler topluluğu bünyesinde veri işleme faaliyetinin bir tüzel kişiye devredilmesi ve diğer bütün topluluk üyesi tüzel kişilerin elde ettiği verilerin tek bir tüzel kişi tarafından işlenmesi söz konusu olabilir.... Gerçekten de şirketler topluluğu bünyesinde daha verimli çalışabilmek amacıyla bilgi-işlem faaliyetlerinin tek bir tüzel kişilik bünyesinde toplanması gereksini-mi doğabilir. Bu durumda şirketler topluluğunu mutlak açık rıza temin etmeye zorunlu kılmak isabetli olmayabilir. Bu sebeple veri işleme faaliyetinin bir tüzel kişilikte toplandığı durumlarda topluluk içi veri paylaşımının meşru menfaat kıstasına dayandırılabilmesi kanaatindeyiz”⁷². Konu hakkında görüş açıklayan Yücedağ'a göre ise “Grup şirketlerde, şirketlerin idaresine ilişkin sebeplerle, işçi ya da müşteri verilerinin, şirketler arasında aktarılmasında veya çalışanın verimliliğini artıracak ödül ve primler verilmesi amacıyla veri işlenmesi durumlarında, veri sorumlusunun ağır basan meşru bir menfaati olduğu söylenebilir”⁷³.

Bu açıdan ilgili kişinin başta kişisel verilerinin korunması olmak üzere temel hak ve hürriyetlerinin zarar görmesini engellemek amacıyla öngörülebilir, açık ve yakın her türlü tehlikeden uzak tutulması,

Kişisel verilerin bir veri kayıt sisteminde amaçla sınırlı olarak hukuka uygun işleyişinin temini ile zararları ve ihlalleri engellemek için her türlü teknik ve idari tedbirin alınması,

Kişisel verilerin işlenmesinde genel ilkelere uygunluğun sağlanması,

Bu kapsamda, kişinin temel hak ve hürriyetleri ile veri sorumlusunun meşru menfaatinin karşılaştırılarak denge testinin yapılması hususlarının değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.”

⁷⁰ Karara ilişkin eleştiriler için bkz. DÜLGER, Murat V.: “Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 16 Nisan 2019 Tarihinde Yayınlanmış Olduğu Kararı Bağlamında ‘Veri Sorumlusunun Meşru Menfaati’ Kavramı”, 2019 (<https://www.hukukihaber.net/kisisel-verileri-koruma-kurulunun-16-nisan-2019-tarihinde-yayinlamis-oldugu-karari-baglaminda-veri-sorumlusunun-mesru-menfaati-kavrami>, ET: 03.03.2024).

⁷¹ 24.08.2023 tarihli ve 2023/1461 sayılı Karar (<https://kvkk.gov.tr/Icerik/7783/2023-1461>, ET: 03.03.2024).

⁷² ÇEKİN / BERKTAŞ / AKINCI, s. 192 vd.

⁷³ YÜCEDAĞ, s. 785.

Bilindiği üzere TTK'nın 195 ila 209 madde hükümleri, birden çok ticaret şirketinin hukuken bağımsız olmalarını yeterli görmemiş hâkim şirket ile bağlı şirketlerden oluşan şirketler topluluğunun uygulamadaki önemini ve ekonomik işlevlerini dikkate alarak topluluğa dâhil şirketler arasındaki ilişkileri, yükümlülük ve sorumlulukları ayrıntılı bir şekilde hükme bağlamıştır⁷⁴. Gerçekten de TTK m. 195/4'te şirketler topluluğunun tanımı yapılmış ve hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketlerin şirketler topluluğunu oluşturacağı belirtilmiştir. O halde en küçük bir topluluğun varlığı için hâkim konumda bir ticaret ortaklığı ve ona doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı bulunan en az iki bağlı ticaret ortaklığı bulunmalıdır⁷⁵.

Şirketler topluluğuna dâhil olan her bir ticaret şirketinin birbirinden ayrı ve bağımsız bir tüzel kişiliği bulunduğu için aslında her ne kadar uygulamada bir holding çatısı altında toplanmış olsalar da KVKK uyarınca her birinin birbirinden ayrı bir veri sorumlusu sıfatının bulunduğu gözden kaçırılmamalı ve aynı hâkim şirketin çatısı altında faaliyet gösteren bu şirketler arasındaki veri akışının da KVKK kapsamında bir paylaşım olduğu unutulmamalıdır.

Nitekim Kurul vermiş olduğu bir kararda da şirketler topluluğu bünyesinde yer alan birden çok veri sorumlusu şirket arasındaki veri aktarımı gerçekleştirilmesinin, üçüncü kişiye veri aktarımı olarak değerlendirmiş ve bu itibarla aynı şirketler topluluğu bünyesinde yer alan veri sorumluları arasında gerçekleşecek veri aktarımında da 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 8'inci maddesi hükümlerinin esas alınması gerektiğine dikkat çekerek iş başvurusunda bulunan bir adayın açık rızası olmadan kişisel verilerinin bir şirketler topluluğu altında yer alan veri sorumluları arasında aynı veri tabanını kullanmak suretiyle paylaşılmasını hukuka aykırı kabul etmiştir⁷⁶.

Bu noktada; kanaatimize göre şirketler topluluğu içerisindeki veri paylaşımında son derece titiz davranılmalı ve verinin topluluktaki bir ya da birkaç şirket ile paylaşılması, çalışmamız bakımından, en azından “şirket menfaatine” dayanmalıdır. Bu halde şirket menfaatinin var olup olmadığı ise veri paylaşımının hangi amaç ve saik doğrultusunda yapıldığının tespiti ile mümkün olacaktır. Örneğin bir holding A.Ş. çatısı altında faaliyet gösteren banka, market ve bilgisayar şirketlerinin müşterilerinden elde etmiş oldukları kişisel verileri siber saldırılara karşı korunması için son derece yüksek teknolojinin kullanıldığı holding A.Ş.'nin çatısı altındaki bilgi işlem birimine iletmesi kanaatimize göre şirket menfaatine dayalı bir işleme olarak kabul edilmelidir⁷⁷. Zira bu durumda verinin tek bir merkezde toplanmasının amacı verinin teknik olarak daha güvenli bir şekilde korunabilmesidir. Ancak bankanın müşterilerinden elde ettiği iletişim bilgilerini pazarlama ve reklam gibi ticari amaçlar doğrultusunda yine aynı grup şirket çatısı altında faaliyet gösteren market ya da bilgisayar şirketi ile paylaşması ise pür “şirket menfaati” kavramı altında kabul görmemelidir. Bu durum hem KVKK hem de Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun'un (ETDHK) 6. maddesinde “*Ticari elektronik iletiler, alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebilir*” şeklinde ön görülen izinli pazarlama sistemine aykırılık teşkil edecektir. Zira bu paylaşımındaki amaç market ve bilgisayar şirketinin müşteri portföyünü, banka müşterilerinin iletişim bilgilerini kullanmak suretiyle olabildiğince genişletmek, üretmiş oldukları mal ve hizmetleri daha fazla kişiye duyurabilmek ve pazarlamaktır. Her ne kadar ticaret şirketinin ve bağlı olduğu grup şirketinin menfaati daha fazla gelir elde etme yönelik olsa da bu gelirin elde edilme yönteminde şirketler topluluğu içerisindeki tüm şirketlerin hem KVKK hem de ETDHK'nın emredici hükümleri ile getirilen düzenlemelerine uygun davranması yasal bir zorunluluktur⁷⁸.

⁷⁴ BAHTİYAR, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 77.

⁷⁵ TEKİNALP, s. 633.

⁷⁶ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5410/Is-Basvurusu-Surecinde-Islenen-Kisisel-Verilerin-Hukuka-Aykiri-Sekilde-Paylasilmasi> (ET:07.03.2024).

⁷⁷ ÇEKİN / BERKTAŞ / AKINCI, s. 193.

⁷⁸ Ticari elektronik iletinin söz konusu hallerde KVKK hükümlerini uygulanıp uygulanmayacağı yönündeki tartışma için bkz. ÇEKİN / BERKTAŞ / AKINCI, s. 391 vd.

Bu başlık altında son olarak bankaların müşterilerine ait sigorta poliçelerinin süresinin bitiminden önce, sigorta ettirenle iletişim kurarak, poliçenin yenilenmesini istemesinin KVKK m. 5/2-f kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi üzerinde durulacaktır. Bilindiği üzere bankalar kullandırmış oldukları kredinin karşılığında borçludan kredi hayat sigortası talep etmekte, bu yolla borçlunun ölümü veya işsiz kalması gibi hallerde kredi borcunun teminatsız kalmasının önüne geçerek rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle poliçenin devreye girip ödenmeyen kredi alacaklarını sigorta şirketinden tahsil etmektedir.

Özellikle uzun vadeli kredi işlemlerinde sigorta poliçesinin süresi bitmeden banka tarafından sigorta ettirene bildirimde bulunulmakta ve sigorta ettiren tarafından sigortanın yenilenerek tekrar akdedilmesi sağlanmaktadır. Zira banka bu bildirim davranışı ile kredisinin güvencesiz kalmasının önüne geçerek olası bir tahsil edilememe riskini en başta önleme yoluna gitmektedir. Bankaların en önemli işlevlerinden ve gelir kalemlerinden bir tanesinin de kredinin müşteriye ulaştırılması ve bu yolla gelir ve kazanç elde etmesi olduğu düşünüldüğünde bankanın böyle bir bildirimde bulunmasında meşru menfaatinin bulunduğu açıktır. Kaldı ki yüksek yargı poliçe süresi dolmuş olmasına rağmen borçlu sigorta ettireni uyarmayan bankayı da sigorta ettiren ile sorumlu kabul etmektedir⁷⁹. Banka sigorta sözleşmesinin tarafı değildir, ancak çoğu kez anılan sözleşmenin ilgilisi diğer bir ifadeyle rehin alacaklısı olabilmektedir. Bilindiği üzere TTK m. 1456'ya göre sınırlı aynı hak ile takyit edilmiş bir mal üzerindeki, malike ait menfaat sigortaladığı takdirde, kanunda aksi öngörülmemişse, sınırlı aynı hak sahibinin hakkı sigorta tazminatı üzerinde de devam eder.

Her ne kadar banka, anılan sigorta poliçesinin tarafı olmasa da sigorta ettirenin poliçesinin görünümlü sürenin bittiğine ilişkin bildirimde bulunmak suretiyle sigorta ettirene ait kişisel verileri işleyebilmesi meşru menfaati kapsamında mümkün olmalıdır. Zira anılan durumda bankanın veriyi işlemedeki amacı kredi alacağının teminatsız kalmasını engellemek olup müşterisinin de sigorta teminatının dışına çıkmasını önlemek olduğu görülmektedir.

Özetle, veri sorumlusu şirketin herhangi bir kişisel veriyi işlemede menfaatinin olup olmadığını tespit edilmesi her zaman matematik formülü gibi kesin bir şekilde mümkün olmamaktadır. Her bir somut olayın kendisi içerisinde değerlendirilmesini ve bu değerlendirme yapılırken de yukarıda ifade edilen ilkeler göz önünde bulundurulurken bir sonuca varılmasının daha uygun olacağını düşünmekteyiz⁸⁰.

B. Şirket Veriyi İşlerken Kişinin Temel Hak ve Özgürlüklerine Zarar Vermemelidir

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de kişilerin temel hak ve özgürlükleri anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği kabul edilmiş ve bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına da işaret edilmiştir⁸¹. Kişi hürriyeti ve güvenliği, bilgi edinme hakkı, özel hayatın gizliliği, haberleşme ve seyahat özgürlüğü, düşünce hürriyeti ve çalışma özgürlüğü temel hak ve özgürlüklere örnek olarak verilebilir.

Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliğinin kişisel verilerin korunması yönünden yeterli ve kapsayıcı olmaması nedeniyle özel bir düzenleme yapılmış ve bu yolla çok daha etkin bir koruma-

⁷⁹ Yargıtay, 4. HD, T. 23.09.2021, E. 2021/17489, K. 2021/5359 dosyası tahtında "Somut olayda, mahkemece, davalı banka aleyhine açılan davanın tam kabulüne karar verilmesi isabetsizdir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında, davalı konumundaki bankanın kredi veren kuruluş olması ve aynı zamanda sigortacının acente konumunda olması da değerlendirildiğinde; poliçenin yenilenmesi hususundaki esas sorumluluk sigortalıya ait ise de davalı bankanın da poliçenin yenilenmemesi konusunda (müterafik) kusurunun bulunduğu hususları ve Dairemiz uygulaması da gözetilerek gerekli araştırma yapılarak karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetli görülmemiş, bu nedenle davalı vekilinin karar düzeltme talebinin kabulüne" karar vermiştir (Lexpera).

⁸⁰ KORKUT, s. 2.

⁸¹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. KÜÇÜK, Adnan: "1982 Anayasasındaki Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Rejimi Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Sınırlanmasının Anayasaya Uygunluğu", (Ed.) DOĞAN, Bayram: *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 11 vd.

nın sağlanması amaçlanmıştır⁸². 2010 yılında Anayasa'nın 20. maddesine eklenen hüküm ile herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu açık bir şekilde anayasal güvenceye bağlanmıştır. Bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı belirtilmiştir. Görüleceği üzere kişinin verilerinin korunmasını istemesi anayasa ile güvence altına alınan temel bir haktır.

Veri sorumlusunun meşru menfaati ile kişisel verisi işlenecek olan ilgili kişinin bu durumda temel hak ve özgürlüklerinin neler olduğu tespit edilmeli ve ardından bir denge testi yapılmalıdır⁸³. Bu noktada, kişisel verinin işlenmesi sonucunda elde edilecek menfaat ile ilgili kişinin temel hak ve hürriyetleri yarışabilir düzeyde olmalı ve kişisel verisi işlenen veri sahibinin feda edilen hukuki değeri ile veri sorumlusunun koruma altına alınan hukuki değeri arasında bir kıyaslama yapılarak bu kıyaslama neticesinde veri sorumlusunun menfaati ya üstün gelmeli ya da en azından eşit olmalıdır⁸⁴. Çalışma Grubu; dengeleme testi yapılırken göz önünden bulundurulması gereken unsurları işlemenin veri sahibi üzerindeki etkisi⁸⁵, işlenen verinin niteliği⁸⁶, verinin işlenme biçimi⁸⁷, veri sahibini makul beklentisi⁸⁸, orantılılık ve şeffaflık gibi genel yükümlülüklerle uyum gösterme⁸⁹, veri sorumlusu tarafından alınan ek güvenlik önlemlerinin alınması⁹⁰ şeklinde belirtmiştir.

Şirketler iktisadi bir yarar sağlamak için veriyi genellikle ticari amaçlar doğrultusunda işleyeceklerinden ötürü kişinin verisi üzerindeki hakkına yönelik değerlendirme yapılırken sadece şirketin bu veriyi işleme sebebiyle elde edeceği gelir ya da kar göz önünde bulundurulmamalıdır. Nitekim Kurul vermiş olduğu bir kararında meşru menfaat belirlenirken söz konusu yararın çok sayıda kişiyi etkilemesi, yalnızca kâr elde edilmesi ya da ekonomik yararın sağlanması amacına yönelik olmamasını, iş süreçlerini ya da bir işleyişi kolaylaştırması (örneğin bir birim ya da az sayıda personel nezdinde değil, kurumsal olarak geneli etkileyecek şekilde) gibi şeffaf ve hesap verilebilir nitelikleri haiz kriterlerin esas alınması hususlarına özellikle değinmiştir⁹¹.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi (AYM) 17.09.2020 tarihli ve 2016/13010 başvuru numaralı kararında, bir avukat ortaklığı bünyesinde avukat olarak çalışmaya başlayan başvurunun kurumsal e-posta hesabındaki yazışmaları işyerinde yaşanan sorunlar ile ilgili yürütülen disiplin soruşturması kapsamında işveren tarafından incelemeye alınmış ve bunun sonucunda başvurunun iş akdine son verilmesine binaen başlatılan yargılama neticesinde AYM; işveren tarafından başvurunun kurumsal e-posta hesabı üzerinden yapılan iletişimin izlenebileceği ve denetlenebileceği yönünde öncesinden açık bir bilgilendirme yapılmadığı ve başvurunun e-posta iletişiminin içeriğine erişilmesini zorunlu kılan bir durumun mevcut olduğunun işveren tarafından da açıklanamadığı gerekçesiyle başvuruyu haklı bularak başvurunun kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini kabul etmiştir⁹².

AYM; benzer konuya ilişkin bir başka kararında ise, başvurunun kullanımına sunulan kurumsal e-postanın denetlenebileceği ve denetimin usulüne ilişkin önceden iş sözleşmesiyle açıkça bildirim

⁸² KÜZECİ, Elif: *Kişisel Verilerin Korunması*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 280.

⁸³ Rehber, s. 78. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 25.03.2019 tarih ve 2019/78 sayılı kararında da "Bu kapsamda, kişinin temel hak ve hürriyetleri ile veri sorumlusunun meşru menfaatinin karşılaştırılarak denge testinin yapılması" şeklinde denge testi kavramına yer verilmiştir. Denge testi için bkz. Çalışma Grubu, s. 30 vd.

⁸⁴ ÇEKİN / BERKTAŞ / AKINCI, s. 188.

⁸⁵ Çalışma Grubu, s. 36.

⁸⁶ Çalışma Grubu, s. 38.

⁸⁷ Çalışma Grubu, s. 39.

⁸⁸ Çalışma Grubu, s. 40.

⁸⁹ Çalışma Grubu, s. 41.

⁹⁰ Çalışma Grubu, s. 42.

⁹¹ Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 25.03.2019 tarih ve 2019/78 sayılı kararı.

⁹² AYM, E.Ü, B. No: 2016/13010, T. 17.09.2020 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/13010,ET:01.05.2024>).

yapıldığını, ayrıca iş sözleşmesinde belirlenen denetleme usulü ve yetkisine başvuruçunun iş sözleşmesini imzalayarak rıza gösterdiğini, işverenin başvuruçunun başka bir işte çalıştığı iddiasını destekleyen mesajları incelediği ve iddiasını kanıtlamak amacıyla sadece yargı sürecinde kullandığının görüldüğünü, bu durumda işverenin inceleme amacı dâhilinde bir denetleme gerçekleştirdiğini, inceleme sonucu elde edilen verileri amaca uygun kullandığını belirterek başvuruçunun kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ve Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alan haberleşme hürriyetinin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁹³.

Görüleceği üzere yüksek mahkeme; öncelikle şirketin (işveren) bilgisayar, internet, e-posta gibi iletişim araç ve gereçlerini çalışanın kullanımına sunması nedeniyle oluşan uyumsuzluklarda işverenin menfaatleri ile işçinin temel hak ve özgürlükleri arasında bir dengeleme yapma gerekliliğinin doğduğunu belirtmiş ve akabinde şirketin çalıştırdığı kimsenin e-posta trafik ve içeriklerine ulaşmak istiyorsa önceden bu hususta mutlaka çalışana bir bilgilendirmenin yapılması gerektiğini ifade etmiştir.

Bize göre de, AYM kararlarında da haklı bir şekilde belirtildiği üzere, şirketin öncesinden bilgilendirme yaparak ve sadece hedeflenen amacı sağlamak için çalışanın e-posta trafik ve içeriklerine ulaşabilmesi şirket menfaati kapsamında değerlendirilmelidir. Günümüz dünyasında iş yapma metodları değişmiş ve insanlar telefon ya da faks ile iletişim kurmak yerine artık çoğu kez e-postalar üzerinden haberleşmeye başlamıştır. Çalışanlar, iş yapma metodlarından tekliflere, toplantı organizasyonundan sözleşmelere kadar birçok hususu birbirlerine e-postalar aracılığıyla göndermektedir. Günümüz dünyasında çalışanın bu e-posta adresleri faaliyet gösterdiği birimin bir nevi veri deposu, bir başka anlamıyla yerine getirdiği işinin hafızasını oluşturmaktadır. Örneğin bir otomotiv şirketinin satış pazarlama biriminde çalışan bir yöneticinin, üretilen ürünlerle ilgili olarak kimlerle görüştüğü, kimlerden hangi teklifleri aldığı, satış sözleşmesinin hangi şartlar altında düzenlendiği, bedelin nasıl tahsil edileceğine ilişkin tüm görüşme trafiği çalışanın e-postaları üzerinden yürütülmektedir. Bununla birlikte şirket çalışanları ticari rekabet ortamında farklı şirketlerden transfer teklifleri alabilmekte ve çalışmış olduğu işyerinden de ayrılabilir. Çalışanın bu elinde bulundurduğu şirketin ticari hafızasını kopyalayıp aynı sektörde faaliyet gösteren bir başka şirkette kullanması TTK'nın m.54 vd. düzenlenen haksız rekabet hükümleri ile zaten yasaklanmıştır.

Şirket tarafından çalışana tahsis edilen eposta ve sair iletişim araçlarının mülkiyetinin işverene ait olduğu ve gerekli görülmesi halinde bu trafik ve içeriklerin görüntülenebileceği bilgilendirilmesi yapıldıktan sonra çalışanın işyerinden ayrılması neticesinde şirketin bu eposta adresine ulaşarak veri trafiğini yönetebilmesi de kanaatimize göre şirket menfaati kapsamında kabul görmelidir zira ticari faaliyet bir bütündür. Bu bütünlük çerçevesinde şirketin yönetimi, temsili, ortaya çıkan hukuki uyumsuzlukların çözümü ve müşterilerin taleplerinin karşılanması noktasında en azından işyerinden ayrılan çalışanın e-postasının, bağlı olduğu birim yöneticisine yönlendirilerek şirket pasif bir şekilde bu e-postaları, *belirli bir süre ile sınırlı kalmak üzere görüntüleyebilmeli* ve karşı tarafa da gecikmesizin çalışanın iş yerinden ayrıldığı için ilgili e-postanın başka bir çalışana yönlendirildiği bundan sonraki iletişimin yeni adres üzerinden yapılması noktasında geri bildirimde bulunulmalıdır⁹⁴.

Söz konusu epostalarda müşterilere ait teklif ve sözleşme gibi metinler bulunabileceği gibi anılan şirketin mali tablolarına ilişkin müşterilerle yapılan cari hesap kayıt ve mutabakatlarına ilişkin verilerde yer alabilir. Örneğin işten ayrılan çalışanın e-posta adresinde gerçek kişi müşteri ile yapılan hesap mutabakatı yer alsın ve bu müşteri daha sonradan şirketten alacaklı olduğunu, aralarında da herhangi bir mutabakat yapılmadığını iddia etse, şirketin bu durumun aksini ispatlayabilmesi için belki de elin-

⁹³ AYM, *Celal Oraj Altunörgü*, B. No: 2018/31036, T. 12.01.2021 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/31036>, ET: 01.05.2024).

⁹⁴ Haksız rekabetin e-posta yoluyla işlenmesi halinde e-postanın ticari hayatı etkileme ile birlikte ilgili mal ya da ürün alıcılarına ulaşma imkânı bulunması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER ERTAN, Füsün: *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 133.

deki tek imkân çalışanın e-posta adresindeki bu veriyi görüntüleyebilmesidir. İktisadi bir bütünlük taşıyan, ticari defter ve kayıtlarını Vergi Usul Kanunu uyarınca on yıl boyunca saklamakla yükümlü kılınan tacir bir şirketin, çalışanın e-posta adresindeki bu veriye, örneğimizdeki “mutabakat kaydına”, şirket menfaati kapsamında ulaşması mümkün olmalıdır⁹⁵. Şirketler açısından benzer durumlar genellikle ticari alacak-borç ilişkilerinde ortaya çıkmakta ise de dava konusu yapılan çeşitli nitelikteki uyuşmazlıklarda da bu durum kendisini gösterebilir ve durumun aksinin ispatı açısından çalışanın iş ile ilgili e-postaları geriye dönük olarak taranabilmelidir. Ancak hiçbir koşulda kendisine e-posta adresi yönlendirilen bir birim yöneticisi, işten ayrılan çalışanın e-posta adresinden şirketle ilişkisi bulunsun ya da bulunmasın hiç kimseye aktif bir şekilde e-posta göndermemesi ve işten ayrılan personelin e-posta adresinden iletişim kurmaması da gerekir.

C. Şirket Açısından Veri İşleme Gerekli Olmalıdır

KVKK m. 5/2-f'ye göre veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesi zorunlu olmalıdır. Her ne kadar yasa metninde “zorunlu” kavramı kullanılmış olsa da öğretilerde de haklı bir şekilde eleştirildiği üzere bu kavramın yasa koyucu tarafından bilinçli bir şekilde tercih edilmediğini en başta belirtmemiz gerekir⁹⁶.

Gerçekten de yasada geçen “zorunluluk” kelimesi kaçınılmazlık hali veya olduğundan başka olamama durumları için kullanılan bir sözcüktür. Bir faaliyetin zorunlu olabilmesi için o faaliyeti yapmaktan başka bir seçeneğin bulunmaması gerekir. Eş söyleyişle, veri sorumlusu bakımından zorunluktan bahsedilebilmesi için veri işleme faaliyeti noktasında veri sorumlusunun o veriyi işlemekten başka hiçbir seçenek ve çaresinin bulunmaması gerekir⁹⁷.

Kanundaki zorunluluk kavramının bu denli katı bir şekilde yorumlanması veri sorumlusunun meşru menfaatini sürdürebilmesi için ilgili işleme faaliyetinde bulunmaktan başka bir seçeneğe sahip olmaması gerektiği anlamına gelecek ve bu kadar katı bir yorumun ticari hayatta bir karşılığı bulunmayacağı gibi veri işleme faaliyetlerini aşırı derecede sınırlayacaktır⁹⁸.

GDPR ise konuya ilişkin 6.madde düzenlemesi ile zorunluluk kavramı yerine isabetli bir biçimde “gereklilik” ifadesini kullanmıştır. Bu düzenlemede, veri sorumlusunun veya üçüncü kişilerin meşru menfaati için gerekliyse, veri sahibinin temel hak ve özgürlüklerine zarar verilmemesi kaydıyla verinin işlenebileceği kabul edilmiştir.

Gerçekten de veri sorumlusu bakımından veri işleme sadece zorunluluk arz ettiği durumlar ile sınırlanmamalı ve veri sorumlusu bakımından “gerekli” olduğu hallerde veri işlemeye cevaz verilmelidir. Zorunluluk kavramı tıpkı tüzükteki düzenlemeye paralel bir şekilde “gereklilik” olarak yorumlanmalıdır⁹⁹.

⁹⁵ Konuyu şirket ortağı kapsamında ele alan ve ilgili kişinin daha önce ortağı olduğu veri sorumlusu şirket’ ten ayrılarak yeni bir şirket kurduğu, ancak veri sorumlusu Şirket’in ortağı iken kullandığı e-posta adresinin hala aktif olduğunu ve veri sorumlusunun söz konusu adrese iletilen e-postaları okuduğunu öğrendiği, bu durumun kendisi açısından haksız rekabet yarattığı ve maddi zarara uğradığı gerekçesiyle kurula yapılan bir başvuruda ise Kurul 03.08.2023 tarihli ve 2023/1321 sayılı kararı ile ilgili kişinin daha önceden kullanmış olduğu ve şu an pasif durumda bulunan e-posta adresine ileti gönderilmeye devam edilmesini ve bu minvalde ilgili kişinin işten ayrılmasından sonra e-posta gönderilerek tanımsız e-postada iletilerin görüntülenmesine imkan sağlanmak suretiyle kişisel verilerinin işlenmesini Kanun’un 5’inci maddesindeki herhangi bir işleme şartına dayanmadığı gerekçesiyle kanaatimize göre isabetsiz bir biçimde ihlal kararı vermiştir (<https://kvkk.gov.tr/Icerik/7776/2023-1321>, ET: 03.05.2024).

⁹⁶ ÇEKİN / BERKTAŞ / AKINCI, s. 188; KARADUMAN, Ozan: “Legitimate Interest in Turkish DPL Compared with GDPR and Directive”, 2018 (<https://gun.av.tr/media/rtfc5ywd/legitimate-interest-has-been-the-subject-of-various-interesting-discussions-in-the-european-data-protection-practice.pdf>, ET: 07.05.2024), s. 1.

⁹⁷ Kanaatimize göre Kişisel Verileri Koruma Kurulu 25.03.2019 tarih ve 2019/78 sayılı kararında “Söz konusu menfaate ulaşılabilesi bakımından kişisel veri işlenmesinin zorunluluk arz etmesi”, “Kişisel veri işlenmeksizin başkaca bir yol ve yöntemle bu yararın ortaya çıkmasının mümkün olmaması” yönündeki tespitleri ile kanunda geçen zorunluluk kavramının katı bir şekilde uygulanması gerektiği görüşündedir.

⁹⁸ KARADUMAN, s. 1.

⁹⁹ ÇEKİN / BERKTAŞ / AKINCI, s. 188; KARADUMAN, s. 1.

SONUÇ

- A.** Günümüzde veriler, hem kamu otoriteleri hem de piyasa aktörleri tarafından bilişim sistemleri üzerinden sıkça kullanılmaktadır. Bu bilgilerin kullanılması bireyler ile mal ve hizmet sunanlar bakımından bazı kolaylıklar veya avantajlar sağlasa da bu durum kişisel bilgilerin istismar edilme riskini de beraberinde getirmektedir.
- B.** Öğretide ağırlıklı görüş olarak açık rızanın; belirli bir konuya ilişkin olma bilgilendirmeye dayalı ve özgür iradeyle açıklanma şeklinde üç unsurunun bulunduğu ifade edilmektedir.
- C.** Ana kural kişinin rızası olmaksızın veri sorumlusunun hiçbir veri işleme faaliyetinde bulunmayacağı yönünde olsa da yasama organı bu ana kurala KVKK'nın 5.maddesinin ikinci fıkrasında AB ve anayasamızdaki düzenlemelere paralel olarak bazı istisnalar getirmiştir.
- D.** KVKK m. 5/2-f düzenlemesine göre açık rıza aranmaksızın ilgili kişinin verisinin işlenebilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar; verisi işlenen kişinin temel hak ve özgürlüğüne zarar verilmemeli, veri sorumlusunun meşru bir menfaati olmalı ve veri işleme gerekli olmalıdır.
- E.** Hukuki olduğu kadar ekonomik aynı zamanda da soyut bir nitelik taşıyan şirket menfaati; ortaklığın hukuki ve ekonomik alandaki mevcudiyetini mümkün olan en iyi şekilde devam ettirmesini sağlamayı ifade etmektedir. Elbette ki her somut olayda şirket menfaati değerlendirmesi yapılabilecek bir takım ilkeler hem kurul hem de yargı makamları tarafından tesis edilecek kararlarda göz önünde bulundurulmalı ve önlerine gelen uyuşmazlıklar bu ilkeler de dikkate alınarak çözüme kavuşturmalıdır. Bu ilkeler öğretide;
- Şirketin amacı ve konusu,
 - Şirketin değerinin artırılması,
 - Pay sahiplerinin menfaati,
 - Farklı çıkarların değerlendirilmesiyle bir sonuca varılması şeklinde de ifade edilmektedir.

KAYNAKÇA

- AŞIKOĞLU, İ. Şehriban: “Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü -Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 2, s. 41-65.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- BAHTİYAR, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- BERGKAMP, Lucas / DHONT, Jan: “Data Protection in Europe and the Internet: An Analysis of the European Community’s Privacy Legislation in the Context of the World Wide Web”, *The EDI Law Review*, 2000, Cilt 7, s. 71-114.
- BOZKIR, Betül: *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, Ibn Hal-dun Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023.
- BRAUN AVCI, Cihan: “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 15, Sayı 1, s. 13-35.
- CUSTERS, Bart / DECHESNE, Francien / PIETERS, Wolter / SCHERMER, Bart / VAN DER HOF, Simone: “Consent and Privacy”, *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Routledge, London, 2018, s. 247-258.
- ÇALIŞMA GRUBU: “Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC”, 2014 (https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendati-on/files/2014/wp217_en.pdf, ET:15.02.2024).
- ÇEKİN, Mesut S.: “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun’un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 74, Sayı 2, s. 629-644.
- ÇEKİN, Mesut S. / BERKTAŞ, E. Ahmet / AKINCI, Furkan M: *Veri Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- ÇELİK, Ezgi S.: İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği: Yapay Zekâ Destekli Video Mülakat Uygulamaları, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, Ankara, 2024, s. 1-13.
- ÇELİKEL, Serdar: “Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR’la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, Sayı 17, s. 161-190.
- DEMİRBAŞ, Ali: *Kişisel Verileri Koruma Hukukunda Veri Sorumlusu ve Yükümlülükleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- DÜLGER, Murat V.: “Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 16 Nisan 2019 Tarihinde Yayınlamış Olduğu Kararı Bağlamında ‘Veri Sorumlusunun Meşru Menfaati’ Kavramı”, 2019 (<https://www.hukukihaber.net/kisisel-verileri-koruma-kurulunun-16-nisan-2019-tarihinde-yayinlamis-oldugu-karari-baglaminda-veri-sorumlusunun-mesru-menfaati-kavrami>, ET: 03.03.2024).
- EKMEKÇİ, Ömer / YÜCEDAĞ, Nafiye / ÖZTÜRK AKKANAT, B. Elif / AŞIKOĞLU, İ. Şehriban: *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- HÄNNI, Lino: “Dommage indirect et intérêt social”, *GesKR*, 2013, s. 274-280.
- HATEMİ, Hüseyin: *Medeni Hukuk’a Giriş*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- HELVACI, Mehmet / ÇAMURCU, Emin / TÜRKYILMAZ, İsmail: “Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı”, *Hamdi Yasaman’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 309-330.
- KARADUMAN, Ozan: “Legitimate Interest in Turkish DPL Compared with GDPR and Directive”, 2018 (<https://gun.av.tr/media/rtfc5ywd/legitimate-interest-has-been-the-subject-of-various-interesting-discussions-in-the-european-data-protection-practice.pdf>, ET: 07.05.2024).
- KARASU, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2005, Cilt 23, Sayı 2, s. 73-114.
- KAYA, Arslan: *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001.
- KENDER, Rayegan: *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- KENDİGELEN, Abuzer: *Hukuki Mütaalaalar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Açık Rıza Rehberi* (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/e3c6aa10-9de4-46f8-9b51-71bcf07c09b5.pdf>, ET: 07.02.2024) (Açık Rıza Rehberi).

- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi*, Ankara, 2019 (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a569a068-c079-4189-b134-f57bc727af7d.pdf>, ET: 01.02.2024).
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi*, Ankara, 2019 (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/41784a70-2bac-4e4a-830f-35c628468646.PDF>, ET: 05.01.2024) (Rehber).
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, *Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara, 2019 (<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcc0e667.PDF>, ET: 27.02.2024).
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *Sıkça Sorulan Sorular*, Ankara, 2019 (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4196/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Hakkinda-Sikca-Sorulan-Sorular>, ET:17.01.2024).
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: *100 soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, Ankara, 2019 (<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/185c2130-8070-4b2b-a91e-1d48322ca352.pdf>, ET: 01.03.2024).
- KORKUT, Ömer: “Anonim Şirketlerde Şirket Menfaati Kavramının Somutlaştırılması”, *Çukurova Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 11, Sayı 2, s. 1-9.
- KÜÇÜK, Adnan: “1982 Anayasasındaki Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Rejimi Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Sınırlanmasının Anayasaya Uygunluğu”, (Ed.) DOĞAN, Bayram: *Güncel Geleşmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 11-74.
- KÜZECİ, Elif: *Kişisel Verilerin Korunması*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- LAZARO, Christophe / LE METAYER, Daniel: “Control Over Personal Data: True Remedy of Fairy Tale”, *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology And Society*, 2015, Cilt 12, Sayı 1, s. 4-34.
- MERLE, Philippe / FAUCHON, Anne: *Droit Commercial, Sociétés commerciales*, 20. Baskı, Dalloz- Petit, Paris, 2017.
- NOMER ERTAN, Fusun: *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ÖZTÜRK AKKANAT, B. Elif: *Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- POLATER, Salih: “Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-20.
- PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- PULAŞLI, Hasan: “Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2007, Cilt 24, Sayı 2, s. 204-235 (Due Diligence).
- RUEDIN, Roland: « L’interêt Social, Critère Des Décisions Du Conseil D’administration (Conférence présentée dans le cadre des «Soirées d’études juridiques» à l’Abbaye de l’Arc à Lausanne le mardi 30 janvier 1990) », *JdT*, 1990, I, s. 198.
- SELEK, Ozan: “Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza Açıklaması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Sayı 2, s. 911-951.
- SULU, Muhammed: *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- UNGURENAU, T. Carmen: “Legal Remedies for Personal Data Protection in European Union”, *Logos University Mentality Education Novelty: Law*, 2018, Cilt 6, Sayı 2, s. 26-47.
- TAŞTAN, Furkan G.: *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- TEKİNALP, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- TÜRKMEN ERARSLAN, Sevgi: *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- USLUEL GÜRBÜZ, Aslı E.: *Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- YAĞLIDERE, E. Umut: *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu*, Platon Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2022.
- YONGALIK, Aynur: “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 60, Sayı 1, s. 1-15.
- YÜCEDAĞ, Nafiye: “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2017, Cilt 75, Sayı 2, s. 765-790.

Siyasi Düşünceler Tarihinde Kadınların Üzerindeki Unutulmuşluk Perdesini Açmaya Yönelik Bir Çaba: *Mary Astell*'in Birey, Toplum ve İktidar Anlayışı^(*)



An Attempt to Unveil the Curtain of Forgottenness on Women in the History of Political Thought: Mary Astell's Understanding of Individual, Society and Power

A. Aslı ŞİMŞEK ÖNER



Doktor Öğretim Üyesi
Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Mary Astell,
Siyasi İktidar,
Toplum Sözleşmesi,
Feminizm,
Ataerki.

Öz

Bu çalışma kapsamında erken modern dönem filozofu *Mary Astell*'in yaşamı, eserleri ve filozof üzerine yapılan çalışmalar ışığında *Astell*'in birey, toplum ve iktidar anlayışı incelenmiştir. Böylece ilk İngiliz feminist olarak adlandırılan *Astell*'in siyasi düşünceler tarihi içindeki yerini, önemini ve bugüne bıraktığı mirasını ortaya koymak amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda *Astell*'in yaşamında önemli dönüm noktaları esas alınarak 17 ve 18. yüzyıl İngiltere'sinin toplumsal ve siyasi yapısı incelenmiş ve bunun *Astell*'in düşüncesine yansımaları değerlendirilmiştir. Filozofun Kilise'ye bağlılığı, muhafazakârlık savunusu ve feminizmin ilk argümanlarını ortaya koyması, onu özgün kılan temel husus olarak görülmektedir. Bu noktada *Astell*'in siyasi iktidar analizinde ön plana çıkan üç mesele olduğu belirtilebilir. İlk ikisi, modernleşmeyle birlikte yükselişe geçen farazi bir kişi olarak tüzel kişilik ve sözleşmecilik düşünceleridir. Üçüncüsü ise bu iki modern kavrama aktarılan geleneksel ataerkinin modernleşmeyle aldığı görünümüdür. Bu bağlamda *Astell*, evlilik sözleşmesinin kadınlar bakımından nasıl bir tahakküm ilişkisi yarattığını göstererek, çağının yaygın kanısı evlilik sözleşmesi-toplum sözleşmesi benzerliğinden hareketle liberalizme meydan okumaktadır.

Keywords

Mary Astell,
Political Power,
Social Contract,
Feminism,
Patriarchy.

Abstract

This study examines the early modern philosopher *Mary Astell*'s understanding of the individual, society and power in the light of her life, her corpus and studies about the philosopher. Thus, it is aimed to reveal the significance and legacy of *Astell*, who is called the first English feminist, in the history of political thought. For this purpose, the social and political structure of 17th and 18th century England was analyzed based on the important turning points in *Astell*'s life and its reflections on *Astell*'s thought were evaluated. The philosopher's handling of conflicting views, such as her devotion to the Church and her defense of conservatism, and her presentation of the first arguments of feminism, is seen as the main point that makes her philosophy unique. At this point, it can be stated that there are three issues that stand out in *Astell*'s analysis of political power. Two of them are the ideas of *persona ficta* (fictive person) and contractualism, which have been on the rise with modernization. The third is the appearance that traditional patriarchy, which is transferred to these two modern concepts, takes with modernization. In this context, *Astell* challenges liberalism by showing how the marriage contract creates a relationship of domination for women, based on the common belief of her time, the analogy between the marriage contract and the social contract.

(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 15.05.2024, Kabul Tarihi: 16.06.2024.

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusunu erken modern dönem düşünürü *Mary Astell*'in birey, toplum ve iktidar anlayışı oluşturmaktadır. Bu çalışmaya *Akkaya*'nın vurguladığı üzere, “yazılı tarih içinde az ya da çok bir yer tutmuş kadınların isimleri üzerindeki ‘unutulmuşluk’ perdesini açmak”¹ gayesiyle başlanmıştır. Bu gayeyi gerçekleştirmek için devlet kuramı alanında önemine karşın, henüz Türk hukuk doktrininde yeterince incelenmemiş olan *Astell*'in siyasi düşünceler tarihi içindeki yerini ve bugüne bıraktığı mirası ortaya koymak amaçlanmaktadır. Nitekim kadın filozofların yaşadıkları çağda, günümüzde olduklarından daha iyi tanındıkları ve filozof kimlikleriyle kabul gördükleri bilinmektedir. Buna karşılık yakın zamana kadar günümüz siyasi düşünceleri içinde ihmal edilmiş oldukları ifade edilmektedir². O halde çağımıza düşüncelerini miras bırakan ve görüşleriyle günümüz sorunlarına ışık tutan kadın filozofların üzerindeki sis perdesi kaldırılmalıdır. Kadın filozofların düşüncelerinin etkili olduğu bir alan da feminist teoridir. *Astell*'in de bu alanda ön plana çıkan isimlerden olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu husustaki tarihsel ve siyasi arka plana kısaca değinmek faydalı olacaktır.

Mitchell ve *Oakley*'nin belirttiği üzere, her ne kadar 1960'larda üniversiteler, okullar, hapishaneler ve psikoloji klinikleri gibi kurumlara yönelik otorite karşıtı hareketler ve bu doğrultuda eleştirel teori yükselişe geçse de kadınların bu kurumlardaki ve dolayısıyla toplumdaki yeri konusundaki tartışmalar yeterli olgunluğa ulaşmamıştır. Söz edilen yıllarda kadınların ayrı bir toplumsal grup oluşturduğu ve kadın konusundaki kurumsal uygulamaların açıkça ayrımcı olduğu ifade edilse de ayrımcılık biçimleri, ayrımcılığın farklı türlerinin birbiriyle olan karmaşık etkileşimine ilişkin bilgi kuramsallaşmamıştır³. 1980'lere gelindiğinde ise kadınlar bir toplumsal grup olarak tanımlanmış, cinsiyetler arası toplumsal farklılıklardan kaynağını alan kurumsal uygulamaların ideolojik niteliği tartışılmaya başlanmıştır. Bunun yanı sıra cinsiyet ayrımcılığı güden uygulamalar açığa çıkarılarak bunların üstesinden gelebilmenin yol ve yöntemleri aranmıştır⁴. Bu kurumlardan birini de hukuk oluşturmaktadır. Bir kurum olarak hukuk dendiğinde, hukuk eğitimi, akademisi; avukat, yargıç, savcı gibi hukuku uygulayan aktörler, bu aktörlerin meslek örgütleri, yürürlükteki mevzuat ve bu mevzuatın yorumu gibi pek çok kişi, kuruluş ve araç anlaşılmaktadır. İşte 1980'lere gelindiğinde tüm bu kişi, kuruluş ve aracın ortaya koyduğu söylem, tutum ve davranışlar kadın sorununu merkeze alan feminist hukuk teorisi tarafından incelenmeye başlanmıştır⁵. 1990'lardan itibaren ise Batılı beyaz feminist düşünce farklı kadınlık deneyimlerinin görünür kılınması amacı doğrultusunda eleştirilmiştir⁶. Bu kapsamda cinsiyetin ırk, etnisite, sosyo-ekonomik durum gibi farklı baskı unsurlarıyla nasıl bir arada eşitsizliği ürettiği üzerinde durulmuştur⁷. Günümüzde hukuka eleştirel bir perspektif sunan feminist hukuk kuramı, liberal, radikal ve dijital gibi adlandırmalarla anılan çeşitli feminizmlerin hukuk ve hukuk kuramlarındaki cinsiyetlendirilmiş iktidar dinamiklerini açığa çıkarmaya, bu şekil-

¹ AKKAYA, Rukiye: “Atina’daki Demokrasiden Orta Çağ’a Kadının Dünyası ve Kadın Filozoflar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, Cilt 73, Sayı 8, s. 7.

² AKKAYA, s. 7; BERKTAY, Fatmagül: *Tarihin Cinsiyeti*, 3. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 21-22; BROAD, Jacqueline: “Women on Liberty in Early Modern England”, *Philosophy Compass*, 2014, Cilt 9, Sayı 2 (Women on Liberty), s. 112; SCOTT, Joan W.: *Feminist Tarihin Peşinde*, (Der.) DİNÇER, Fahriye / Aslan, Özlem, BGST Yayınları, İstanbul, 2013, s. 105-106; DURAN, Jane: *Eight Women Philosophers: Theory, Politics, and Feminism*, University of Illinois Press, Urbana-Chicago, 2006, s. XI, 1-2; WEISS, Penny A.: “‘From the Throne to Every Private Family’: Mary Astell as Analyst of Power”, (Ed.) SOWAAL, Alice / WEISS, Penny A.: *Feminist Interpretations of Mary Astell*, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2016, s. 128-130; DURGUN, Sezgi: “Düşünce Tarihinin Alternatif Yaklaşımlar: Diotima, Arendt ve Beauvoir”, *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 55, s. 52-53.

³ MITCHELL, Juliet / OAKLEY, Ann: “Giriş”, (Ed.) MITCHELL, Juliet / OAKLEY, Ann: *Kadın ve Eşitlik*, (Çev.) BERKTAY, Fatmagül, Kaynak Yayınları, İstanbul, 1984, s. 11-12.

⁴ MITCHELL / OAKLEY, s. 12-13.

⁵ ÇAĞLAR GÜRGEY, Fatma İrem: “Feminist Hukuk Teorisi Nedir?”, *Hukuk Kuramı*, 2014, Cilt 1, Sayı 5, s. 29.

⁶ UYGUR, Gülriz / ÖZDEMİR, Nadire: “Giriş”, (Ed.) UYGUR, Gülriz / ÖZDEMİR, Nadire: *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 9.

⁷ HOOKS, Bell: *Ain’t I a Woman: Black Women and Feminism*, Pluto Press, Londra-Winchester, 1990, s. 1-13; BARRETT, Michele: “The Concept of Difference”, *Feminist Review*, 1987, Sayı 26, s. 30-31; YUVAL-DAVIS, Nira: *Cinsiyet ve Millet*, (Çev.) BEKTAŞ, Aysin, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2010, s. 24-25.

de eşitlik ve özgürlük lehine cinsiyetçi yapıların dönüştürülmesine odaklanmaktadır⁸. Bu çerçevede *Astell*'in feminist hukuk ve devlet kuramı içinde nereye denk düştüğünün ve günümüze etkilerinin ele alınması önem taşımaktadır.

Genel olarak feminist teörinin dünyadaki kadın hakları hareketine paralel bir gelişim gösterdiği görülmektedir. Kadın hakları mücadelesi çok boyutlu olmakla birlikte, mücadelenin sonuçları ve kazanımları gündeme geldiğinde ister istemez konunun hukuki bir boyut arz ettiği belirtilmektedir. Bu nedenle feminist teoriyi hukuktan, feminist hukuk kuramını da feminist teori ve kadın hareketinden bağımsız ele almak mümkün görünmemektedir⁹. Bu noktada feminist hukuk kuramı içinden siyasi iktidara, devlete, hukuka yöneltilen eleştirileri anlayabilmek, politik bir hareket olarak kadın hakları mücadelesinin hukuka yansıyan sonuçlarını değerlendirebilmek için feminist hukuk kuramının dayandığı temel metinleri ve bu metinleri ortaya koyan düşünürleri incelemeye ihtiyaç vardır. Gerçekten de siyasi düşünce tarihinin köşe taşları sayılan filozofların kendi çağlarındaki kadınlık durumuna, kadının toplumdaki yerine yönelik ileri sürdükleri görüşler günümüzde halen hukuki düzenlemeler açısından gerekçe olarak kullanılabilir¹⁰. Buna karşılık siyasi düşünceler tarihi içinde önemli yerleri olan ve feminist hukuk ve devlet kuramına katkı sunan, bu anlamda alanın temel metinlerini kaleme almış olan filozoflar yeterli ölçüde bilinmemekte ve tartışılmamaktadır. Dolayısıyla bu metinde “ilk İngiliz feminist” olarak bilinen¹¹ *Mary Astell*'in siyasi yaklaşımı incelenmektedir.

Bu çalışma kapsamında literatürdeki tartışmalar ışığında “proto-feminist” olarak adlandırılan *Mary Astell* ile “liberalizmin babası” olarak nitelendirilen *John Locke* arasındaki görüş ayrılığıyla ön plana çıkan¹² *Astell*'in toplum sözleşmesi ve ataerkillik eleştirileri üzerinde durulmaktadır. Zira *Astell*, *Locke*'un liberalizminin erkeklere tanıdığı hakların kadınlara tanınmaması gerektiğini iddia ettiğini göstererek, liberalizmin çelişkilerini ortaya çıkarmış ve böylece liberalizmin daha doğuşunda feminizm tarafından sorgulanmasını sağlamıştır. *Astell*'in *Locke*'a ve liberalizme yönelik eleştirilerini takip eden feminist düşünürler, liberalizmin rasyonalist evrenselcilik olarak sunduğu teorik anlatının aslında eril önyargıya dayandığını, bu nedenle modern dünyaya hâkim olan aydınlanma düşüncesinin birey bakımından özgürleştirici karakterini sorgulamaktadırlar¹³.

Her filozof gibi *Astell* de hem kendi döneminin başat siyasi ve toplumsal olaylarından etkilenmiş hem de düşünceleriyle kendi çağını ve gelecekteki kuramsal tartışmaları etkilemiştir. Bu çerçevede *Astell*'in siyasi iktidara ilişkin görüş ve değerlendirmeleri incelenirken döneminin hakim yaklaşımlarına yönelik eleştirileri, erken modernleşme süreci toplumsal ve siyasi olayları dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Bu noktada ilk olarak *Astell*'in yaşamı ve eserleri tanıtıldıktan sonra, ikinci olarak filozofun içinde bulunduğu toplumsal ve siyasi ortam ile bunların siyasi düşüncesine yansımaları incelenmiştir. Üçüncü olarak *Astell*'in siyasi iktidar analizi tartışılmış ve günümüze bıraktığı düşünsel miras değerlendirilmiştir. Bu çalışma *Astell*'in felsefesini tüketmeyi değil, siyasi düşünceler tarihinde önemli bir isim olarak *Astell*'i ve siyasi iktidar bağlamında sunduğu kuramsal çerçeveyi kamu hukuku ve devlet kuramı alanında çalışan okuyucuya tanıtmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla bu metin, *Astell*'in felsefesini anlamaya yönelik bir girişim olarak değerlendirilmelidir.

⁸ UYGUN, Oktay: “Feminist Hukuk Teorisi ve Özen Ahlakı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 14, Sayı 1, s. 128; UYGUR / ÖZDEMİR, s. 9-10.

⁹ ÇAĞLAR GÜRGEY, s. 29.

¹⁰ DEMİR, Nazlı Hilal: *Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Arayışı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 8.

¹¹ GOLDIE, Mark: “Mary Astell and John Locke”, (Ed.) KOLBRENER, William / MICHELSON, Michal: *Mary Astell: Reason, Gender and Faith*, Ashgate Publishing, Burlington, 2007, s. 65.

¹² Aynı zamanda *Astell*'i “ilk İngiliz feminist” ve *Locke*'u “liberalizmin babası” olarak sürekli çatışma halinde gösteren ve bir karşıtlık içinde konumlandıran yaklaşımlar ve bu bağlamda iki filozofa da yüklenen sembolik anlamlar, literatürde bu filozofların feminizmin ve liberalizmin arketipleri oldukları ve birer klişeye dönüştükleri yönünde eleştirilmektedir. GOLDIE, s. 65. Bu eleştiri yersiz olmamakla birlikte, Türk hukuk doktrini açısından adı geçen teorilerin kurucusu kabul edilen filozofların kaleme aldığı temel metinlerin, henüz bu klişeleştirmenin ortaya çıkacağı boyutlarda, karşılaştırmalı olarak ele alınıp incelenmiş olmadığı düşünülmektedir.

¹³ GOLDIE, s. 65.

I. MARY ASTELL'İN YAŞAMI VE ESERLERİNE KRONOLOJİK BİR BAKIŞ

Filozof, teolog, eğitim teorisyeni, feminist ve siyasi broşür yazarı olarak tanınan ve erken modern dönemin düşünce tarihinde önemli bir figür olarak kabul edilen *Astell*, 1666-1731 yılları arasında yaşamış İngiliz bir filozoftur. Newcastle'da dünyaya gelen *Astell*, yetişkinlik hayatını Londra'da geçirmiştir. Günümüz siyasi düşünce tarihine etkileri bağlamında kadınların eğitimine ilişkin yaklaşımının yanı sıra, birey-toplum ve devlet ilişkileri bağlamında *John Norris*¹⁴ ve *John Locke*'a yönelttiği eleştirilerle tanınmaktadır¹⁵.

Çocukluk yıllarını Newcastle'da geçiren *Astell*, *Cambridge Platonistleri* ekolünü takip eden ve kral yanlısı bir papaz olan amcası *Ralph Astell*'den kendisini misyoner olmaya yönlendiren bir eğitim almıştır¹⁶. Kraliyet yanlısı ailesinde yaşanan kayıplar ve ailenin borçları nedeniyle zor günler geçiren kuzeyli bir hanımefendi olarak *Astell*, 1687'de Newcastle'dan Londra'ya taşınmıştır. Kendisine maddi destek sağlamış olabilecek eski Canterbury Başpiskoposu *William Sancroft*'a çocukluk dönemi dini şiiirlerinden oluşan bir kitap sunarak, kendisi gibi düşünen entelektüel kadınlardan, Yüksek Kilise rahipleri ve eşlerinden oluşan bir çevreye girmiş ve sonunda iki eserinin ithaf edildiği *Leydi Catherine Jones*'un evine yerleşerek¹⁷ aristokrat ve muhafazakâr kadınlardan oluşan Anglikan çevreye kendini hemen tanıtmıştır¹⁸.

Astell'in hayatına daha yakından bakılacak olursa, filozofun Londra'nın önde gelen isimlerinden pek çok kişiyi tanıdığı, pek çoğuyla mektuplaştığı ve neredeyse her gün görüştüğü bilinmektedir. *Leydi Catherine Jones* ve *Mazarine Düşesi* ile yakın ilişkiler kuran *Astell* için *Mazarine Düşesi*'nin evliliği “*Some Reflections upon Marriage*” (Evlilik Üzerine Bazı Düşünceler) kitabına da esin kaynağı olmuştur¹⁹. Canterbury Başpiskoposu *William Sancroft*'u ziyaret eden *Astell*, bir süre boyunca *Norris* ile düzenli olarak mektuplaşmıştır. Dolayısıyla *Astell*'in, kısa süre içinde Londra'nın önde gelen edebiyatçılarının çoğunu yakından tanınması ve şehrin entelektüel çevresine dahil olması, düşüncelerini muhafazakâr bakış açısı yönünde geliştirmesine vesile olmuştur.²⁰ Bu noktada *Astell*'in öne çıkan eserleri²¹

¹⁴ *John Norris*, 1657-1711 yılları arasında yaşamış İngiliz düşünürdür. *Norris*, siyaset, din, felsefe ve Hıristiyan yaşamı dahil olmak üzere pek çok konuda yayın yapmıştır. 1690'larda *Bemerton*'da rektörlük görevi yapmıştır. Kendi döneminin çok sayıda entelektüel kişisiyle yazışmalar yapmıştır. Bunlarda biri de *Mary Astell*'dir. YANG, June: “John Norris”, (Ed.) ZALTA, Edward N. / NODELMAN, Uri: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter Edition, 2023 (<https://plato.stanford.edu/archives/win2023/entries/john-norris/>, ET: 14.04.2024).

¹⁵ SOWAAL, Alice: “Mary Astell”, (Ed.) ZALTA, Edward N. / NODELMAN, Uri: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer Edition, 2023 (<https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/astell/>, ET: 13.01.2024).

¹⁶ BARKER-BENFIELD, Graham J.: *The Culture of Sensibility: Sex and Society in Eighteenth Century Britain*, University of Chicago Press, Şikago-Londra, 1992, s. 193.

¹⁷ Özel yaşamı hakkında çok az detaya ulaşılabilen *Astell*'in, 1731'de hayatını kaybedene kadar *Leydi Catherine Jones*'un evinde yaşadığı bilinmektedir. KINNAIRD, Joan K.: “Mary Astell and the Conservative Contribution to English Feminism”, *Journal of British Studies*, 1979, Cilt 19, Sayı 1, s. 56.

¹⁸ SPRINGBORG, Patricia: “Mary Astell (1666-1731), Critic of Locke”, *The American Political Science Review*, 1995, Cilt 89, Sayı 3 (Critic of Locke), s. 621.

¹⁹ ASTELL, Mary: *A Serious Proposal to the Ladies Parts I and II*, Broadview Literary Texts, Ontario, Kanada, 2002 (A Serious Proposal to the Ladies), s. 9.

²⁰ Gerçekten de 17. yüzyıl boyunca ve 18. yüzyılın başlarında kadın şairlerin, oyun yazarlarının ve filozofların büyük çoğunluğunun muhafazakâr (İngiltere'de muhafazakârlığın İç Savaş sürecinde kraliyetçilik ve daha sonraki Devrim sonrası aşamada Jakobitizm biçimindeki görünüşleri de dahil) olduğu bilinmektedir. *Tory* ve *Jacobit* kadınlarının siyaseten dışlanması, onlara *Whig* Devrimi'nin kadınlar sözü konusu olduğunda kamusal alana ilişkin çelişkili bakış açısını görmelerini sağlayan bir görüş açısı kazandırmış ve liberalizme eleştirel yaklaşımlarının önünü açmıştır. KINNAIRD, s. 53-55.

²¹ *Astell*, yayımlanmış olan ve bugüne ulaşan on eserini 1694 ile 1709 yılları arasında kaleme almıştır. Bunlar sırasıyla “*A Serious Proposal to the Ladies, Part I*” (Hanımlara Ciddi Bir Teklif, Bölüm I) (Londra, 1694); “*Letters Concerning the Love of God*” (Tanrı Sevgisine İlişkin Mektuplar) (Londra, 1695); “*A Serious Proposal to the Ladies, Part II*” (Hanımlara Ciddi Bir Teklif, Bölüm II) (Londra, 1697); “*Some Reflections upon Marriage*” (Evlilik Üzerine Bazı Düşünceler) (Londra, 1700); “*Moderation Truly Stated*” (Doğruyu Söyleyen Ölçülülük) (Londra, 1704); “*A Fair Way with the Dissenters*” (Muhalliflerle Adil Bir Yol) (Londra, 1704); “*An Impartial Enquiry into the Causes of Rebellion and Civil War*” (İsyan ve İç Savaşın Nedenleri Üzerine Tarafsız Bir Araştırma) (Londra, 1704); “*The Christian Religion as Profess'd by a Daughter of the Church of England*” (İngiltere Kilisesi'nin Bir Kız Evladı Tarafından İfade Edildiği Şekilde Hıristiyan Dini) (Londra, 1705); “*Preface to the 3rd edition of Reflections*” (Reflections'ın 3. Baskısına Önsöz) (Londra, 1706); “*Bart'lemy Fair*” (Bart'lemy Fuarı) (Londra, 1709). Hanımlara Ciddi Bir Teklif'in I. Bölüm'ü *Astell* hayatı boyunca 1694, 1695, 1696 ve 1701'de dört defa basılmıştır. Eserin II. Bölüm'ü ise 1697'de ayrı olarak, 1701'de I. Bölüm ile birlikte basılmıştır. KINNAIRD, s. 55-56. *Astell*'in Hanımlara Ciddi Bir Teklif'in II. Bölüm'ü 1697'de anonim olarak “*By a Lover of her Sex*” (kendi cinsinin bir aşığı) imzasıyla yayımlanmıştır. ASTELL, *A Serious Proposal to the Ladies*, s. 44.

1695'te kaleme aldığı “*Letters Concerning the Love of God*” (Tanrı Sevgisine İlişkin Mektuplar) ve 1705'te yayımlanan “*The Christian Religion, as Professed by a Daughter of the Church of England*” (İngiltere Kilisesi'nin Bir Kız Evladı Tarafından İfade Edildiği Şekliyle Hıristiyan Dini)'dir²². Astell'in, Bemerton Rektörü iken Norris ile başlattığı yazışmalarını Norris, 1695'te “*Letters concerning the Love of God, between the Author of the Proposal to the Ladies and Mr. John Norris*” (Hanımlara Teklifin Yazarı ile Bay John Norris Arasında Tanrı Sevgisine İlişkin Mektuplar) adı altında yayımlamıştır²³. Astell'in şaheseri kabul edilen, kadınlar için eğitim çağrısı yaptığı “*A Serious Proposal to the Ladies*” (Hanımlara Ciddi Bir Teklif) adlı eserinin bu entelektüel çevrede yarattığı ilgiden sonra, düşünür felsefi görüşleriyle tanınan biri haline gelmiştir²⁴. Nitekim Norris ile mektuplaşmaları da temelde bu eserindeki felsefi argümanlarına dayanmaktadır.

Gerçekten de Astell'in ilk kez 1694'te yayımlanan “*A Serious Proposal to the Ladies for the Advancement of their True and Greatest Interest*” (Hanımlara Gerçek ve En Büyük Çıkarlarının İlerlemesi İçin Ciddi Bir Teklif), kadınlar için akademiler kurulmasını savunan en önemli eserlerindedir. 1695'te yeniden basılan eserin gördüğü ilgi, Astell'in uzun bir devam kitabı olan “*A Serious Proposal, Part II*” (Ciddi Bir Teklif, Bölüm II) ile yanıt vermesine neden olacak kadar kendi döneminde önemli tartışmalara kapı aralamıştır²⁵. Nitekim felsefi açıdan daha tartışmalı olan Hanımlara Ciddi Bir Teklif'in İkinci Bölümü'nün, Astell'in düşünce dünyasında 1695'te Norris tarafından yayımlanan Astell-Norris yazışmalarının yayımlanma sürecinde yeşermeye başladığı ve ona eserdeki tartışmaları derinleştirme olanağı sunduğu düşünülmektedir. Bu yazışmalar, Astell'in entelektüel çevrede şöhretini artırdığı gibi, 1700 yılında yazdığı ve yaşamı boyunca beş baskı yapacak olan ünlü Evlilik Üzerine Bazı Düşünceler'ine de zemin hazırlamıştır. Astell, Evlilik Üzerine Bazı Düşünceler'in üçüncü baskısına (1706) tartışmalı bir önsöz ekleyerek, argümanını Locke'un “*Two Treatises of Government*” (Yönetim Üzerine İkinci İnceleme) (1690) adlı eserinin ilk eleştirilerinden birini içerecek şekilde genişletmiştir²⁶. Döneminin aristokrat ve muhafazakâr entelektüel çevrelerinde “dahi bir hanımefendi” ve “sert tartışmalara girmekten çekinmeyen biri” olarak tanınan Astell, çağının diğer ünlü kadınları arasında anılmıştır²⁷.

Özel yaşamı hakkında çok az detaya ulaşılabilen Astell'in, 1731'de hayatını kaybedene kadar Leydi Catherine Jones'un evinde yaşamını sürdürdüğü bilinmektedir²⁸. Astell, bir din adamıyla evlilik görüşmeleri yapmış, ancak bu görüşmeler olumlu sonuçlanmamış ve yaşamı boyunca hiç evlenmemiştir²⁹. Özel yaşamına ilişkin bu detaya, çalışmanın ilerleyen kısımlarında tartışılacağı üzere, 17-18. yüzyıllarda kadınların evlilik statüsünün toplumsal ve siyasi statülerini doğrudan belirlemesi nedeniyle burada değinilmektedir. 1731'deki bir ölüm ilanında Astell'den “din ve erdem uğruna birçok ustaca eseri takdir edilen bir hanımefendi” olarak övgüyle bahsedildiği ifade edilmektedir³⁰.

²² BROAD, Jacqueline: “Introduction”, (Ed.) BROAD, Jacqueline: *The Christian Religion, as Professed by a Daughter of the Church of England*, İter, New York-Toronto, 2013, s. 1.

²³ Astell ile Norris'in Eylül 1693 ile Eylül 1694 tarihleri arasında mektuplaştıkları bilinmektedir. Bu yıllarda Astell, düşünceleri olgunlaşmış bir entelektüel, ancak henüz eserleri basılmamış genç bir kadın olarak tanınmaktaydı. Aralarında toplam 15 mektuplaşma olan Astell-Norris ikilisinin yazışmaları, 1695 yılında Norris'in yayıncısı Samuel Manship ve Astell'in bir yıl önce Hanımlara Ciddi Bir Teklif'ini yayımlayan Richard Wilkin tarafından “*Letters concerning the Love of God, between the Author of the Proposal to the Ladies and Mr. John Norris*” başlığıyla yayımlanmıştır. TAYLOR, E. Derek / NEW, Melvyn: “Introduction: Mary Astell and John Norris: A Correspondence”, (Ed.) TAYLOR, E. Derek / NEW, Melvyn: *Mary Astell and John Norris: Letters Concerning the Love of God*, Ashgate, Routledge, Oxfordshire, 2005, s. 1.

²⁴ DURAN, s. 87.

²⁵ ASTELL, *A Serious Proposal to the Ladies*, s. 9.

²⁶ ASTELL, *A Serious Proposal to the Ladies*, s. 10-11.

²⁷ KINNAIRD, s. 56.

²⁸ KINNAIRD, s. 56.

²⁹ KINNAIRD, s. 56.

³⁰ KINNAIRD, s. 56.

³⁰ KINNAIRD, s. 57.

II. BİR ERKEN MODERN DÖNEM DÜŞÜNÜRÜ OLARAK MARY ASTELL

Çalışmanın bu kısmında *Astell*'in siyasi görüşünü ve felsefesini etkileyen toplumsal ve siyasi gelişmeler iki ana başlık altında ele alınmaktadır. Bunlardan ilki erken modernleşme sürecinde toplumun karşı karşıya kaldığı ekonomik, sınıfsal ve düşünsel değişimlerin filozof bir kadın olarak *Astell*'in düşünce dünyasında ne şekilde yankı bulduğuna ilişkindir. İkinci olarak ise toplum sözleşmesi teorisi etrafında şekillenen mutlakiyetçilik-parlamentoculuk, devlet-kilise, kamusal alan-özel alan, eşitlik ve özgürlük gibi tartışmaların *Astell*'in görüşlerini ne yönde şekillendirdiğine odaklanılmaktadır.

A. Genel Olarak Erken Modern Dönem Siyasi ve Toplumsal Yapısı ve *Astell*'in Görüşlerine Yansımaları

Modern çağ düşünürleri, genel hatlarıyla erken modern dönem (1500-1800) ve modern dönem (1800'den günümüze) olmak üzere temelde ikiye ayrılmaktadır. İçinde yaşadığı çağ gereği, İngiliz filozof *Astell*, Avrupa'da modernleşme sürecinin başlangıcına, aydınlanma ile modern birey, toplum ve devlet düşüncesinin hızla taraftar toplayıp yayılmasına tanıklık etmiştir. Gerçekten de 15 ve 16. yüzyıllarda Avrupa'da Rönesans ve Reform hareketlerinin etkisiyle Orta Çağ düşünce sisteminden uzaklaşarak, Antik Yunan ve Roma düşüncesi yeniden keşfedilmiştir³¹. Bu anlamda *Astell*, tebaadan bireye modern insan düşüncesinin doğuşu, benzer şekilde devletin modernleşmesi ve modern devlet iktidarının "egemenlik" olarak tanımlanması sürecini bizzat yaşamıştır. Aynı zamanda modern toplumda kadınlık ve erkeklik rollerinin, kamusal alan-özel alan ayrımının ve kamusal yaşama katılımının şekillendiği sürece tanıklık etmiştir.

Bu anlamda *Astell*, *John Locke*, *Gottfried Wilhelm von Leibniz*, *Baruch Spinoza* ve *George Berkeley* gibi filozoflar çağında yaşamış bir erken modern dönem filozofudur. Bu kişiler gibi o da bilginin temelleri, Tanrı'nın varlığı, ruh ve bedenin doğası, ahlaki ve siyasi özneler olarak insanların görev ve yükümlülükleriyle ilgili sorular sormuştur. Çağdaş olan erkek filozoflardan farklı olarak kadınların meseleleriyle meşgul olduğu görülmektedir. Söz gelimi *Astell*, kadınların eğitim yaşamından mahrum kalmaları, evlilik ilişkisinde kocalarına tabi bir statüde olmaları ve genel olarak kadınların yaşamında özgürlüğün yokluğu meseleleriyle ilgilenmiştir³². *Astell*, Hristiyan inancındaki kutsal birliğin organizmacı bakış açısına bağlı kalmış ve diğerleri gibi kadınların da İsa'nın bedeninin organları olduğunu kabul etmiştir. Buna göre İsa'nın bedeninin başı Kilise, kadınlar da tıpkı erkekler gibi bu bedenin organları olduğundan, doğalarının onuruna uygun yaşamak için kadınların da zihinlerini geliştirmelerine izin verilmelidir. Bu gerekçeyle *Astell*, kadınların da tıpkı erkekler gibi eğitim olanaklarına sahip olmasını savunmaktadır³³.

Buna karşılık erken modern dönemde evlilik birliği içinde erkeklerin kadınlara kötü muamelesi oldukça yaygındır. *Astell*, kocalarının boyunduruğunda yaşayan kadınların sıklıkla aşağılandığına, baskı ve tahakküm altına alındığına tanıklık etmektedir. Kadınlara adeta ruhları olmayan bir eşya muamelesi yapıldığını; kadınların ahlaki ve entelektüel gelişmelerini sağlayacak araçlardan mahrum bırakıldıklarını gözlemlemektedir.³⁴ Gerçekten de *Astell*'in *Mazarine Düşesi* ile arkadaşlığı ve Düşes'in yaşamına tanıklığı, Düşes'in kötü şöhretli mutsuz evliliğinden yola çıkarak *Astell*'i genel olarak kadınların toplumdaki müşkül durumu hakkında düşünmeye sevk etmiştir. Dolayısıyla *Astell*, döneminin dini tartışmalarının büyük bir kısmını bizzat görmenin yanı sıra, aristokrat sınıfa mensup kişiler arasındaki bir dizi aile içi anlaşmazlığa da tanıklık ederek bu olaylardan siyasi sonuçlar çıkarmıştır³⁵.

³¹ GÖZE, Ayferi: *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 107; SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: *Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 145-149; ERGÜL, Ergin: *Genel Kamu Hukuku Dersleri (İlk Çağ'dan Günümüze Devlet Teorisi)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 203.

³² BROAD, Jacqueline: *The Philosophy of Mary Astell: An Early Modern Theory of Virtue*, Oxford University Press, Oxford, 2015 (The Philosophy of Mary Astell), s. 1.

³³ BROAD, *The Philosophy of Mary Astell*, s. 126.

³⁴ ASTELL, *A Serious Proposal to the Ladies*, s. 81.

³⁵ DURAN, s. 79-80.

Bu bağlamda *Astell*'in yaşadığı dönemin kadınlık durumuyla ve bunun politik bağlamlarıyla yakından ilgilenmesinde kendisinin evlenmemiş bir kadın olmasının ve fakat yakın çevresindeki evlilik ilişkilerini gözlemleme olanağı bulmasının önem taşıdığı ileri sürülebilir. Zira *Astell*'in bekar bir kadın olarak kendi hukuki statüsü ile evli kadınların hukuki statüsü arasında bir karşılaştırma yapılacak olursa arada ciddi farklar olduğu görülecektir. Nitekim 18. yüzyılda kocası olmayan/evlenmemiş kadınlar birkaç nedenden ötürü evlenmiş kadınlara kıyasla farklı bir konumda değerlendirilmektedir³⁶. İlk olarak yasal konumları onları diğer kadınlardan ayırmaktadır. Gerçekten de evlenmemiş kadınlar “*feme sole*” (evlenmemiş/bağımsız kadın) olarak, evli kadınlara tanınmayan haklara sahiptirler. Örneğin bekar kadınlar mülk sahibi olabilir, müşterek hukuka göre bağımsız şekilde ticaret yapma haklarını kullanabilirlerdi³⁷.

Bekar kadınlar kâğıt üzerinde kapsamlı ekonomik haklara sahip olmakla birlikte, 18. yüzyılda bu haklardan ne ölçüde istifade edebildikleri tartışmalıdır. Bu soru işaretine karşın, 18. yüzyılın başlarında Viktorya Dönemi İngiltere'sine kıyasla, pek çok sayıda hane reisi olan dul ve bekar kadın toplumsal olarak önemli bir azınlık grubu oluşturmaktaydı³⁸. Nitekim evlenmemiş olmak, bir şekilde erkek otoritesine, özellikle de kocaların otoritesine karşı bir meydan okuma olarak yorumlanmaktadır. Dolayısıyla evlenmemiş kadınlar, tüm kadınların evleneceğini ve kocalarının kontrolüne tabi olacağını varsayan bir toplum için tehdit olarak görülmektedir³⁹.

Buna karşılık erken modern dönem İngiliz hukukuna göre bir kadın evlendiğinde hukuki statüsünde önemli bir değişiklik yaşanmakta ve artık “*feme sole*” olarak, başka bir ifadeyle artık ayrı bir birey olarak değil; “*feme covert*” (yasal kimliğinin kocasınının tarafından örtülmesi veya onun gölgesinde kalması nedeniyle “örtülü kadın” olma durumu), diğer bir deyişle kocasının otoritesi ve himayesi altındaki bir kadın olarak görülmektedir. Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte kadının kişisel malları (parası ve giydiği kıyafetler de dahil olmak üzere kişisel eşyaları), evlilik sırasında aldığı hediyeler ve maddi kazancıyla birlikte doğrudan kocasının mülkiyetine geçmektedir. Hukuk önünde kocası, kadının refahından, davranışlarından ve hem kişi olarak kendisinden hem de taşınmaz mallarından sorumludur. Bunun temel hukuki sonucu ise evli kadının bir davanın tarafı olamaması, hediye kabul edememesi, muris ya da varis olamamasıdır⁴⁰.

Monarşilerin doğumunda etkili olan kapitalist üretim ilişkilerinin yoğunlaşması bir yandan da ekonomik ve politik işlevlerin toplumsal olarak ayrışmasına yol açmıştır⁴¹. Bu bağlamda kapitalist ekonomilere geçiş süreci de siyasi düşünce dünyasında etkili olmuştur. Monarşilerin arzuladığı gibi, yazınında muhafazakâr ahlakçılığı savunmasına karşın, *Astell*, zamanın ruhunu yakalayarak kapitalizmin meydana getirdiği tüketim kültüründen beslenen bir yazardı⁴². Gerçekten de *Astell*, Londra'nın ticarileşen kültürünün bir parçasıydı ve piyasa aracılığıyla kamusal bir ses kazanan bir yazardı. *Astell*'in, Londra'nın sanat, kültür ve moda merkezi olarak ünlenen bölgesi olan *Chelsea*'de yaşamayı seçmesinin nedeni de bu bağlamda izah edilmektedir. Zira *Chelsea*'de çok sayıda genç kadının yaşa-

³⁶ HILL, Bridget: *Women, Work & Sexual Politics in Eighteenth-Century England*, Taylor & Francis e-Library, Londra-New York, 2005, s. 221.

³⁷ HILL, s. 221.

³⁸ Gerçekten de kadınların sadece “evli” veya “evlenmek üzere” biçiminde tanımlandığı, kaderlerini yalnızca eş ya da anne olarak yerine getirdiklerinin düşünüldüğü, “bekar” olmanın esasen evliliğe giden yolda geçilen geçici bir durum olduğu 18. yüzyıl İngiltere'sinde evli olmayan ya da kocasız kadınlar, toplumsal izdüşümüyle “evde kalmış” kadınlar bir anomali olarak görülmekteydi. Dolayısıyla toplumsal normların dışında kaldıkları için aynı zamanda dışlanmaktaydılar. HILL, s. 221-222.

³⁹ HILL, s. 229.

⁴⁰ STRETTON, Tim: “Women, Property and Law”, (Ed.) PACHECO, Anita: *A Companion to Early Modern Women's Writing*, Blackwell Publishing, Oxford, 2002, s. 42-43.

⁴¹ ÖZDEMİR, Ali Murat / SAYGILI, Abdurrahman / Zabunoğlu, Hamdi Gökçe / AKYILDIZ, Necat / KETİZMEN, Muammer / DEMİRLİ, Aynur / AYKUT, Ebubekir / TÜRKÖĞLU KARACAOVA, Ezgi Nur / UĞURLU, Göksu / ŞAHİN, Ozan Giray: *Genel Kamu Hukuku: Kuramsal Yaklaşım*, 5. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2023, s. 57; PIERSON, Christopher: *Modern Devlet*, (Çev.) KUTLUĞ, Neşet / ERDOĞAN, Burcu, Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 57.

⁴² Nitekim 18. yüzyıl muhafazakâr ahlakçılığı, ticaret kapitalizminin kadınlara vaat ettiği tüketim kültürünü eleştirmektedir. Ticaret kapitalizminin kadınları birer tüketici olarak konumlandırmasının eleştirisi, kendi çağının kadınlık durumunu inceleyen *Astell*'in görüşlerinde de karşılığını bulmuştur. Kökeni Püritenizm tarafından yeniden biçimlendirilen Hıristiyanlığa dayanan bu eleştiri, ticaret kapitalizminin, kadınların yaşamlarını tüketerek anlamlı hale getirmeye sevk etmesinin eleştirisine dayanmaktadır. BARKER-BENFIELD, s. 191.

ması, bunların büyük bir kısmının gittiği çok sayıda yatılı moda okulunun bulunması, aristokrasinin pek çok üyesinin *Chelsea*'de evlerinin olması, bu bölgeyi sokaklarında ve dükkanlarında alışılmadık sayıda genç ve bekar kadının güvenli bir şekilde var olabildiği bir yerleşim bölgesi haline getirmekteydi. *Chelsea*'nin bu yönde biçimlenen nüfusu ve tüketici hareketliliği *Astell*'in kariyeri için de maddi ve manevi bir temel vaat etmekteydi⁴³.

Erken modern dönemde kadınlar, alışveriş ve eğlence tüketicileri olarak kamusal alanda daha görünür olmalarının yanı sıra, parti politikalarının da bilinçli taraftarları haline gelmişlerdi. Nitekim İngiltere'de kadınların kamusal siyasi faaliyetlere katılımı, Püriten devriminin katılımcıları olarak Parlamento'ya ilk dilekçelerini verdikleri 1641 yılına kadar uzanmaktadır⁴⁴. Bu tarihten itibaren kadınlar, yayımladıkları yazılar aracılığıyla siyasi yaşama kamusal katılımı sağlamaya başlamışlardır. 18. yüzyılda ise kadınların siyasi görüşlerini yayımlamaları süreklilik kazanmış olup, *Astell* de ön plana çıkan isimlerden biridir⁴⁵. Öte yandan kadınlar, özellikle siyasi konularda anonim olarak yayımladıkları broşürler, kitapçıklar gibi eserlerinin erkekler tarafından yapılan intihallere karşı, kendilerine ait olduğunu ispatlama mücadelesi yürütmekteydiler⁴⁶.

İngiltere'nin siyasi gündemi de *Astell*'in düşüncelerinin şekillenmesinde etkili olmuştur. 16 ve 17. yüzyıl İngiltere'sinde iktidarın monarşide yoğunlaşması ve bireysel özgürlüğe ilginin artması gibi bir-biriyle ilişkili ve aynı zamanda çatışan gelişmeler yaşandığı görülmektedir⁴⁷. Bu noktada 1642-1651 yılları arasında yaşanan iç savaşın ardından İngiltere'de geleneksel kurumların çöküşü ve bunu takiben modern mutlakiyetçilik ile modern bireycilik arasında çıkan çatışmanın kral ile parlamento arasında anayasal mücadeleye dönüşmesi⁴⁸ *Astell*'in düşünce dünyasında da yankılarını bulmuştur. Bunun yanı sıra Kilise'nin ilahi iktidar iddiası karşısında devletin modernleşme sürecinde sekülerleşme mücadelesi, düşünürün siyasi görüşlerine yön vermiştir. Nitekim *Locke*'un siyasi düşüncesini de etkisi altına alan 1688 tarihli "Şanlı Devrim" sonrası süreçte *Katolik Kral II. James*'in ülkeyi terk etmesi ve onun yerine *Protestan William*'in yönetime geçmesi⁴⁹ *Astell*'in bakış açısında da belirleyici olmuştur. *Astell*'in ilgilendiği konular büyük ölçüde siyasi olsa da onun dönemindeki siyasi meselelerin, kralların ilahi hakkı, muhalefete hoşgörü, Katolik yöneticilerin savunulması gibi konularda ortaya çıkan çatışmalar kilisenin hâkimiyetindeki metafizik meselelerden de ayrı tutulmamaktadır⁵⁰. Diğer bir ifadeyle tüm bu dini ve siyasi meseleler iç içe geçmiş bir şekilde ele alınmaktadır. *Astell*'in eserlerinde de bu durum gözlemlenmektedir. Gerçekten de *Kral I. Charles*'ın idamıyla sonuçlanan şiddet ortamı ve 1649-1660 yılları arasında yaşanan kralsız dönem; "*Interregnum*"un neden olduğu belirsizlik ve yıkım hakkında düzenli olarak tartışmaların yapıldığı bir dönemdir. Halkın büyük çoğunluğu hala ilahi bir monarşi hakkı kavramına bağlıdır⁵¹. *Astell*'in Kilise'ye bağlılığı ve muhafazakâr siyasi düşüncesi savunusu da belirtilen bu toplumsal olaylar ışığında şekillenmektedir.

⁴³ BARKER-BENFIELD, s. 195.

⁴⁴ Gerçekten de İngiliz siyasi tarihinde ilk kez büyük bir kadın grubu, genel toplumsal ve siyasi kaygıları ilgilendiren konularda Parlamento'ya dilekçe vermek üzere bir araya gelmiştir. Dilekçenin yazarlar kendilerini Lordlar Kamarası'na "Londra ve çevresindeki pek çok yoksul ve sıkıntı içindeki kadın" olarak, Avam Kamarası'na ise "yüzlerce sıkıntı içindeki kadın, esnaf eşi ve dul" olarak tanıtmışlardır. NORTON, Mary Beth: *Separated by Their Sex: Women in Public And Private in the Colonial Atlantic World*, Cornell University Press, Ithaka-Londra, 2011, s. 41.

⁴⁵ BARKER-BENFIELD, s. 307.

⁴⁶ SPRINGBORG, Patricia: *Mary Astell: Theorist of Freedom from Domination*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006 (Theorist of Freedom from Domination), s. 113.

⁴⁷ ERGÜL, s. 241.

⁴⁸ SALİHPAŞAOĞLU, s. 149; ERGÜL, s. 241.

⁴⁹ *Kral II James*'in baskıları nedeniyle İngiltere'yi terk etmek zorunda kalan *Locke*, devrimin ardından İngiltere'ye geri dönmüş ve "*Hoşgörü Üzerine Mektup*", "*Yönetim Üzerine İki İnceleme*" ve "*İnsan Algılamasına İlişkin Denemeler*" başlıklı eserlerini yayımlama olanağı bulmuştur. ZABUNOĞLU, H. Gökçe: "Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke'un Devlet Anlayışı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 2, s. 447. *II. James*'in Protestan kızı *Mary* ve kocası *Orangeli William*'ın 1689'da tahtı ele geçirmesinin ardından aynı yıl Haklar Bildirisi (*Bill of Rights*) ilan edilmiştir. Zira *Orangeli William* da *Locke* gibi parlamentoculuğu savunmaktaydı. AKAD, Mehmet / VURAL DİNÇKOL, Bihterin / BULUT, Nihat: *Genel Kamu Hukuku*, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 132.

⁵⁰ DURAN, s. 78.

⁵¹ DURAN, s. 78; GÖZE, Ayferi: *Siyasal Düşünce Tarihi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 144-145.

Dolayısıyla 17. yüzyılın sonlarına gelindiğinde önceki elli yılda halk zaten İç Savaş ve *Commonwealth* döneminin siyasi travma ve kemer sıkma politikalarına, ardından *Stuart Restorasyonu*'nun aşırılıklarına ve Şanlı Devrim'e neden olan siyasi belirsizliğe katlanmış durumdadır⁵². Siyasi belirsizlik, ihanet suçlamaları, tahtı yeniden ele geçirme söylentileri ve yeni hükümdarlara yemin etme konusunda şiddetli mücadeleler söz konusu olduğundan yönetilenler de hangi yönetime bağlılık bildirecekleri hususunda kararsızdılar⁵³. Toplumsal belirsizlik ve huzursuzluk ortamı, siyasi ilişkilerin aile ilişkileriyle olan karşılıklı bağlantısı nedeniyle, tıpkı İç Savaş sırasında olduğu gibi, bir kralın tahttan indirilmesi, genel olarak erkeklerin siyasi ve ailevi otoritesine ilişkin soruları gündeme getirmiştir. *Locke* gibi filozofların çalışmalarında aklın ve öğrenmenin önemine yapılan vurgu, kadınlar hakkındaki düşünceleri de etkilemiş ve *Astell*'in de içinde yer aldığı düşünürlerce kadınların entelektüel yetersizliğine dair eski görüşlere meydan okunmuştur. Bu bağlamda cinsiyete dayalı kimliklere ilişkin geleneksel kavramların değişim içinde olduğu; erkek ve kadın rollerinin yeniden kavramsallaştırıldığı bir aşamaya gelindiği görülmektedir⁵⁴.

B. Evlilik Sözleşmesinden Toplum Sözleşmesine Erken Modern Dönemdeki Siyasi Tartışmaların *Astell*'in Görüşlerine Yansımaları

Astell'in içine doğduğu yüzyıl, birliklerin hukuken kişi olarak tanındığı; farazi kişiliğin, ataerkilliğin ve sözleşmeciliğin siyasi ve sosyolojik bağlamda düşünce dünyasına hâkim olduğu bir çağ olarak betimlenmektedir. Gerçekten de kişi birliklerini hukuken yetkilendirmek üzere Roma hukukunun yeniden önem kazanması, toplumsal ve siyasi açıdan aileyi, kralı ve kiliseyi güçlendirmiştir. Bir temsilciyi yetkilendirmek suretiyle gerçek kişiler gibi hareket edebilen yasal olarak özerk varlıklar statüsüne sahip olan tüzel kişiler, tarihsel süreç içinde feodal birliklere, özellikle de dini topluluklara, ticari birliklere, kent devletlerine ve bunun uzantısı olarak büyük ailelere ve kraliyete yasal haklar sağlamıştır⁵⁵. Gelinen noktada hukuki bir kurgu olan tüzel kişilik, modern anlamda yeniden ele alınan bir kurum olmuştur.

Nitekim 16. yüzyılın sonlarında, Avrupa'da Antik Çağ eserlerinde savunulan görüşlerin yeniden canlanmaya başladığı, bu canlanmanın İngiltere'de modern toplumun varlık kazanmasında başat rolü olan "*persona ficta*" (farazi kişi)⁵⁶ kavramında yoğunlaştığı görülmektedir⁵⁷. Avrupa'nın uzun Orta Çağ'ı boyunca "*fictive*" (farazi) kişilik kavramı, zaten kişiler arası ilişkilerin başat unsuru olagelmıştır. Modernleşme süreciyle birlikte ise kavram, Kilise'nin, Hıristiyan toplumunun birliğini ifade etmek

⁵² AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali / KÖKER, Levent: *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2004, s. 169-173.

⁵³ NORTON, s. 76-77.

⁵⁴ NORTON, s. 77.

⁵⁵ Hukuken özerk varlık olarak tanıma ve bir kişilik atfetme düşüncesinin kökeni, mistisizm, ruhlar ve ilahi varlıkların tıpkı bir bedene sahip canlılar gibi bir kişiliği olduğu inancına dayanmakta ve Antik Çağ'a kadar uzanmaktadır. Söz gelimi Roma İmparatorluğu'nda kamusal kolektivitenin farazi kişiliğini taşıyan resmi temsilcisi imparatorun kendisi olarak kabul edilmekte, imparatorluk ise en büyük kurum olarak görülmekteydi. Dolayısıyla Roma tüzel kişiliği, kendisini oluşturan tuğla ve harç yığınından öte, ölümsüz/ebedi bir varlık teşkil etmekteydi. Bu bağlamda ortaya çıkan Roma hukukunun günümüz hukukuna mirası olarak korporasyon teorisi erken modern Avrupa siyaset teorisini etkilemiştir. KANTOROWICZ, Ernst H.: *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2016 (The King's Two Bodies), s. 191-192; SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 115 ve 117.

⁵⁶ KANTOROWICZ, Ernst H.: "Orta Çağ Siyasi Düşüncesinde Vatan İçin Ölmek – Pro Patria Mori", (Der.) AKAL, Cemal Bali: *Devlet Kuramı*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s. 120-121.

⁵⁷ GIERKE, Otto: *Political Theories of the Middle Age*, (Çev.) MAITLAND, Frederic William, Cambridge University Press, Cambridge, 1922, s. 67-73. Farazi kişilik düşüncesinin hukuki kökenlerine bakanak olursak, kavramın 14. yüzyılda İtalya'da "*commentator*"lar olarak bilinen hukuk okuluna öncülük eden *Bartolus de Saxoferrato* ve onun öğrencisi *Baldus de Ubaldis*'nin, Kuzey İtalya kent devletlerinin Kutusal Roma İmparatoru'nun "*imperium*"undan fiilen bağımsızlığını meşrulaştırmasına dayandığı görülmektedir. *Baldus*'a göre her bağımsız kent (*civitas*), imparatorun rızasına ihtiyaç duymadan yasa yapabildiğine göre, bu kentlerde egemenliğin kaynağı başka bir yerden gelmelidir. Roma hukukundan ve özellikle "*lex regia*"dan yola çıkan *Baldus*, bu egemenliğin halktan kaynaklanması gerektiği sonucuna varmıştır. İşte *Baldus*'un savunduğu kent devletlerinde halktan kaynağı alan bu egemenlik teorisinin "erken modern anayasacılığın" şekillenmesinde önemli bir rol oynadığı ileri sürülmektedir. SKINNER, Quentin: *The Foundations of Modern Political Thought: Volume 1-The Renaissance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1978, s. 9-10; WAHL, James A.: "Baldus de Ubaldis and the Foundations of the Nation-State", *Manuscripta*, 1977, Cilt 21, Sayı 2, s. 80-82; EDELSTEIN, Dan: "Rousseau, Bodin, and the Medieval Corporatist Origins of Popular Sovereignty", *Political Theory*, 2022, Cilt 50, Sayı 1, s. 152; GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ: "Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 8, Sayı 2, s. 7-8.

üzere “bir baş ve ona tabi üyelerden oluşan bir beden” şeklinde betimlediği “kutsal birlik”⁵⁸ anlayışından sıyrılmış, insanlar tarafından hukuk eliyle yaratılan *Hobbesçu* “artificial” (yapay) kişiliğe dönüşerek, 18. yüzyılın ticari topluluklarının yönlendirdiği sosyoekonomik pratikleri gözlemleyen siyaset teorisyenlerince özel hukuktan kamu hukuku alanına taşınmak istenmiştir⁵⁹.

İkinci olarak İngiliz düşünür *Robert Filmer*’ın 1680 tarihli “*Patriarcha or the Natural Power of Kings*” (Patriarka ya da Kralların Doğal İktidarı) adlı eserinde savunulan ataerkillik, 17. yüzyıl siyasi düşüncesini etkileyen ve devletin resmî ideolojisi işlevi gören diğer bir temel teorik çerçeveyi oluşturmaktadır⁶⁰. Buna göre kral halkının babasıdır, aile ise devlettir; Tanrı’nın iradesi gibi kralın iradesi de mutlaktır. Dolayısıyla yönetilenlerin tıpkı bir aileye doğdukları gibi bir devlete de doğdukları görüşü kabul edilmektedir. Böylece toplumdaki farklı iktidar hiyerarşileri içinde kralın tek bir halk, tek bir toprak ve tek bir iktidar kaynağı üretmek üzere birleşmiş ve ataerkil iktidar ortaya çıkmıştır⁶¹.

Gerçekten de ataerkillik, *I. Charles*’ın başa geçtiği döneme kadarki süreçte devletin siyasi otoritesini sağlamlaştırmak için güçlü bir kalıtsal monarşiye duyduğu ihtiyaçla örtüşmektedir. Zira hükümdarların halklarıyla evliliği kurgusu, kralların gerçekten de halkının babası gibi davrandıkları, kraliyet bağışları yaptıkları ve imtiyazlar verdikleri, halklarının koruyucuları oldukları sürece devam ettirilebilmişti. Buna karşılık *I. Charles*’ın yönetimi ve ardından katledilmesiyle başlayan kralsız dönemde ataerkillik tabir yerinde ise cazibesini yitirmiştir. Bunun yerine sözleşmeciliğin, pozitif hukuka dayalı olma düşüncesi hâkim hale gelmektedir. Dolayısıyla *Filmerci* babanın oğula devrettiği yönetme hakkına ve Kilise’nin savunduğu kralların ilahi hakkına karşı toplum sözleşmesi düşünürleri *Hobbes* ve *Locke* rızayı ve sözleşmeyi yaklaşımlarının temelini yerleştirmektedirler⁶². Bu noktada ataerkillik ve toplum sözleşmesi düşüncesinin, devletin kişiliği ve evlilik sözleşmesiyle bağlantısını kurarak *As-tell*’in bu görüşlere karşı çıkış noktalarını tespit etmek yerinde olacaktır.

Erken modern dönemde etkili olan üçüncü düşünce akımı, sözleşme düşüncesidir. Sözleşme düşüncesi, antik kökenlerinden beslenerek, modernleşmeyle birlikte yeniden ele alınmaktadır. Doğal haklar tezinin de ayrılmaz bir parçası olduğu varsayımsal bir toplum sözleşmesi teorisi, özgür ve eşit bireylerin tamamıyla eşitsiz bir duruma, devletin kurulmasına rıza göstermelerine dayanmaktadır⁶³. Bu bağlamda evlilik, kadının özgür iradesiyle kocasına boyun eğdiği bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu noktada *Hobbes*’a göre evlilikte erkekler kadınları, doğal hakkı gereği yönetmemekte; tıpkı babaların çocukları ve efendilerin hizmetçileri yönettiği gibi, sözleşmeden kaynağını alan bir yönetme yetkisi kullanmaktadır. Dolayısıyla toplum sözleşmesine göre kadınların evlilikle erkeklere tabi olması ne erkeklerin doğal üstünlüğünü ne de kadınların doğal itaatkarlığını varsaymaktadır. Aslında bu tabiiyet bir zorunluluktan, çocuk doğuran kadınların korunma ihtiyacından kaynaklanmaktadır ve yaptırımı hukuktur⁶⁴. İster krallıklar ve devletler ister babalar ve aileler arasında olsun, hangi türden ilişkiye uyarlarsanız uyarlayın, sözleşmenin kuruluş nedeni aynıdır: Korunmaya muhtaç tarafın sadakat ve itaati karşılığında koruyanın koruma görevi. Zira tebaanın kaostan ya da iç savaştan korunması nasıl bir hükümde-

⁵⁸ KANTOROWICZ, *The King’s Two Bodies*, s. 209-210; Orta Çağ Hristiyan inancına göre kutsal birlik, “*corpus mysticum*” (İsa’nın (mistik) bedeni) olarak ifade edilen Kilise’nin ilahi birliği sağlama görevine karşılık gelmektedir. Kilise’nin bu görevine istinaden Kilise’ye bağlı dini topluluklar ve üniversiteler gibi kuruluşların üyelerinin haklarını aforozdan korumak için farazi kişilik kavramına başvurduğu görülmektedir. DAVID, Edward A.: “Church Autonomy and the Corpus Mysticum Tradition”, *Canopy Forum*, 2021 (<https://canopyforum.org/2021/05/06/church-autonomy-and-the-corpus-mysticum-tradition>, ET: 29.03.2024).

⁵⁹ EDELSTEIN, s. 144; SPRINGBORG, Patricia: “Quentin Skinner and Hobbes’s Artificial Person of the State Redux: From Humanism to Hobbes”, *Global Intellectual History*, 2021, Cilt 6, Sayı 5, s. 13.

⁶⁰ PATEMAN, Carole: “‘God Hath Ordained to Man a Helper’: Hobbes, Patriarchy and Conjugal Right”, *British Journal of Political Science*, 1989, Cilt 19, Sayı 4, s. 449.

⁶¹ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 120.

⁶² PATEMAN, Carole: *Cinsel Sözleşme*, (Çev.) ALPAR, Zeynep, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2017 (Cinsel Sözleşme), s. 78-79; SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 123.

⁶³ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 115.

⁶⁴ HOBBS, Thomas: *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, (Çev.) LİM, Semih, 6. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 148; SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 124.

rın yetkilendirilmesini gerektiriyorsa, kadının potansiyel bir çocuk doğurucu olarak korunması da kocanın yetkilendirilmesini ve çocuğun korunması da her iki ebeveynin mutlak koruyucu olarak yetkilendirilmesini gerektirmektedir. Bu anlamda sözleşmenin kapsamını sadece yöneten ve yönetilenler değil, aynı zamanda aile içi toplumsal ilişkileri de içerecek şekilde genişleten *Hobbes*, *Filmer* tarafından vurgulanan aile ve devletin sürekliliği düşüncesini farklı gerekçelerle yeniden tesis etmektedir⁶⁵.

Hobbes'u takip eden *Locke*, toplumsal sözleşme-evlilik sözleşmesi benzerliğinin özünü büyük ölçüde kendi düşüncesine taşımıştır. Gerçekten de *Filmer* ve *Hobbes* için olduğu gibi, *Locke* için de aile siyasetin merkezinde yer almaktadır⁶⁶. *Hobbes*'a benzer şekilde *Locke*, babanın gücünü aynı anda siyasi iktidarın bir metaforu olarak görmektedir. Buna karşılık *Filmer*'dan farklı olarak *Locke*, baba figürünü siyasi iktidarın ya da kalıtsal yükümlülüğün kaynağı olarak tanımlamamaktadır⁶⁷. *Locke*, kadın ve erkeğin doğuştan eşit olduğu ve evliliğin karşılıklı destek ve yardım için tasarlandığı konusunda *Hobbes* ile hemfikirdi. Benzer şekilde geleneklere göre ailenin yönetimi görevinin, fiziksel olarak daha güçlü kabul edilen erkeğe düştüğünü de kabul etmiştir⁶⁸.

Yüzyıllar boyunca evlilik kurumu üzerine düşünmüş olan Kilise hukukçuları, bu kendine özgü sözleşmeyi devletin kuruluşunun temelini yerleştirmişlerdi. Özgür ve eşit bireyler tarafından akdedildiği varsayılan evlilik, zorunlu olarak asimetrik güç ilişkileri doğurmaktaydı; diğer bir ifadeyle evlilik, özgür ve eşit bireylerin tahakküm/tabiiyet ilişkisine girdiği bir sözleşmeydi⁶⁹. 17. yüzyıla gelindiğinde ise evlilik sözleşmesinin kavramsallaştırılmasında sözleşmecilik doğrultusunda çarpıcı değişimler meydana gelmiştir. Gerçekten de 1640'larda neredeyse tüm hukukçular, evlilik birliğinin sözleşmeye dayalı olduğundan, başka bir anlatımla taraflardan her birinin diğeriyle evlenmeye rıza göstermesi sonucu evlilik sözleşmesinin kurulduğundan bahsetmektedirler. Buna göre erkek ve kadın kendi konumlarının hak ve yükümlülüklerini evlilik birliği içinde üstlenmeye rıza göstermektedir. İkili toplumsal cinsiyet düzenine göre erkeğin rolü baş ve yönetici olmak, kadının rolü ise itaatkâr bir takipçi olmaktı. Dolayısıyla evlilik sözleşmesi akdetmek, aslında hiyerarşik ve değiştirilemez olan bir statüye rıza göstermek anlamına gelmektedir⁷⁰. Diğer bir deyişle evlilik bir kez gerçekleştiğinde, koşulları önceden belirlenmiş mülkiyet, miras ve iktidar ilişkilerini tanımlayan aile yönetimi kurumları devreye girmektedir. Bu anlamda evlilik birliği, her ne kadar modern sözleşmeciliğin bir ürünü olarak görülse de dayanağını ve geçerliliğini Kilise'den alan birtakım önkabulleri kutsallaştırmakta ve sorgulanamaz bir alana itmektedir⁷¹. Zira 17. yüzyılda kurumsal bir yapı olarak görülen aile, yaptırımını güvence altına alan kutsal yeminler sayesinde kutsal, geri alınmaz ve bozulamaz kabul edilen bir birliklik üzerine kurulmuş kabul edilmektedir⁷². Dolayısıyla sözleşmenin kurulması aşamasında var olduğu

⁶⁵ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 124.

⁶⁶ *Locke*'a göre "ilk toplum karı koca arasındaydı; bu toplum, ebeveynlerle çocuklar arasındaki toplumu başlattı." LOCKE, John: *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme*, (Çev.) BAKIRCI, Fahri, Ebabil Yayınları, Ankara, 2012, s. 53, para. 77.

⁶⁷ PATEMAN, *Cinsel Sözleşme*, s. 17-18.

⁶⁸ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 126.

⁶⁹ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 115-116.

⁷⁰ SHANLEY, Mary Lyndon: "Marriage Contract and Social Contract in Seventeenth Century English Political Thought", *The Western Political Quarterly*, 1979, Cilt 32, Sayı 1, s. 79; HINTON, Raymond William King: "Husbands, Fathers and Conquerors", *Political Studies*, 1968, Cilt 16, Sayı 1, s. 56.

⁷¹ Her ne kadar mevcut hukuk sistemleri sekülerleşmiş olsa da evlilik sözleşmesi yine dini ritüeller aracılığıyla yapılmaya devam etmektedir. Özel hukuk tarafından da evlilik sözleşmesi, diğer sözleşmelerden farklı konumlandırılmaktadır. Zira eşlerin evlilik sebebiyle birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülükleri, diğer sözleşmelerin aksine taraf iradeleri ile değil, kanunlarla ve anayasa ile belirlenmektedir. ÖKTEM, Seda: "Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 67, s. 317. Dolayısıyla modern hukuk düzeninde hak ve yükümlülüklerin dinsel olarak ya da ataerkil gelenekler tarafından belirlendiği söylenemez. Ancak erken modern dönemde evliliğin kutsallık atfedilen bir birlik olma niteliği, ataerki aracılığıyla günümüz toplumlarına da yansımaktadır. Günümüzde hukukun bir ön kabulü olarak evlilik sözleşmesinin temelini eşler arasında tam bir eşitliğe dayandığı belirtilmekle birlikte, ataerkil toplumlarda sözleşme kurulduktan sonra hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde ailenin gelirlerinin ve giderlerinin kontrolü, aile konutu, eşlerin bir işte çalışması, eşlerin mülkler üzerinde tasarrufu, eşlerin isim hakkı gibi meselelerde cinsiyet eşitliğinin ne ölçüde geçerli olduğu tartışmalıdır. Dolayısıyla ataerkil kültürel normlar, modern aile hukukuna da sirayet etmektedir.

⁷² SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 116.

kabul edilen taraflar arası eşitlik, sözleşme kurulduktan sonra gözetilmemekte ve yerini toplumda yerleşik olan kadınlık ve erkeklik rollerine terk etmektedir. Bu haliyle evlilik sözleşmesi ile toplum sözleşmesi arasında bir benzerlik kurularak, sözleşme düşüncesi kamu hukuku alanına aktarılmaktadır.

Evliliğin birincil işlevi, üreme olarak görüldüğünden üremeye ilişkin eşler arası cinsel eşitlik kabul edilmektedir. Kilise'nin de savunduğu bu görüşe göre eşler, cinsel eşitlik bağlamında “doğal olarak” eşit evlilik haklarına sahip olduğundan her iki taraf da evlilik borcunun ifasını talep etmekte eşit derecede özgürdür⁷³. Ancak medeni bir birliğin üyeleri olarak karı ile koca toplumsal açıdan eşit değildir. Zira evlenen bir kadın, kocasının yönetimine boyun eğmektedir⁷⁴. Orta Çağ'dan itibaren erkeklerle kadınlara, her birinin diğeri üzerinde uygulayabileceği haklar açısından resmi bir eşitlik tanıyan bir kurum olarak evlilik, erken modern düşünürler tarafından bu bağlamıyla değil, daha ziyade kurumsal anlamda mülkiyet haklarının temeli olarak evliliğin yarattığı iktidar asimetrisi ve hane reisi olarak kocanın kazanılmış gücü çerçevesinde ele alınmıştır⁷⁵. Gerçekten de modern kamu hukukuna farazi kişilik düşüncesinin aktarılmasında evlilik sözleşmesiyle kurulan aile birliğine ilişkin varsayımların ve değer yargılarının etkili olduğu görülmektedir. Böylece kişiler ve şeylerle ilgili yasalar, kolektivitelere de uyarlanmış ve kişilik hakları yasada bir kişiliğe sahip olduğu kabul edilen gerçek veya farazi tüm varlıklar olarak genelleştirilmiştir. Aile de yasal temsilcisi “*pater familias*” (aile babası) olan ve iç işleri ataerkil otorite tarafından düzenlenen bir kolektivite olmak bakımından bu türden kolektivitelerin ilki olarak kabul edilmektedir⁷⁶.

Evlilik kurumu ve bu kurumun doğal, ilahi ve medeni hukukla ilişkisi üzerine devam eden tartışmalar, modernleşme sürecinde evliliğin hukuki bir yaratım ve pozitif hukukun eseri olduğu konusunda genel bir görüş birliğine dönüşmüştür. Bu noktada evlilik sözleşmesi, Kilise'nin ona attığı doğal eşitlik ve hak anlayışından sıyrılmış, medeni hukukun bir ürünü olmasından dolayı zina ve boşanma da dahil evlilik hukukuna ilişkin meselelerin devletin tanımlaması gereken meseleler olduğu sonucuna ulaşmıştır⁷⁷.

Erken modernleşme sürecinde evlilik sözleşmesi, bir yandan modern anlamda insan eliyle yapılan ve tarafların hak ve borçlarını devletin tayin ettiği hukuki bir sözleşme görünümünü alırken öte yandan Kilise ve kraliyetin uyguladığı siyasi pratiklerle kamu hukuku alanına daha fazla ölçüde taşınmaktadır. Söz gelimi Kilise'ye göre keşişler ve rahibeler ilahi eşler ve “Mesih'in gelinleri” olarak görülmüşlerdi. Aynı zamanda 12. yüzyıldan itibaren piskoposlar resmi olarak “kiliseyle evli” olarak kabul edilmekteydi⁷⁸. Bunun yanı sıra Avam Kamarası, *I. Elizabeth*'ten hem öz annesi hem de nikahlı eşi olarak bahsetmekteydi⁷⁹. Dolayısıyla Kilise'nin ilahi iradeyi temsilini ispata yönelik kutsal evlilik sözleşmesi bakış açısı, zamanla siyasi alana taşınmaktadır. Siyaseten evlilik sözleşmesi metaforunun kullanılması ise salt bir benzetmeden öte anlamlar taşımaktadır⁸⁰. Nitekim “*matrimonium morale et politicum*” (hem ahlaki hem siyasi sözleşme), kral ile onun “*respublica*”sı (devleti) arasında akdedilen bir evlilik sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁸¹.

Zira evlilik içi mülkiyet ilişkileri siyasi alana taşınırken devlet hazinesinin mülkiyetinin devir ve feragatine yönelik bir hukuki düzenleme yapmak amaçlanmaktadır. Bu nedenle hazine, “*gelin*” olarak sembolize edilen “*respublica*”nın çeyizi olarak yorumlanmaktadır. Buna karşılık tıpkı bir kocanın,

⁷³ SOMMERVILLE, Margaret R.: *Sex and Subjection: Attitudes to Women in Early-Modern Society*, Arnold, Londra-New York, 1995, s. 114-115; SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 117.

⁷⁴ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 117.

⁷⁵ SOMMERVILLE, s. 114-115; SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 117.

⁷⁶ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 117.

⁷⁷ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 117.

⁷⁸ KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies*, s. 222-223.

⁷⁹ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 118.

⁸⁰ KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies*, s. 216-217.

⁸¹ KANTOROWICZ, *Mysteries of State*, s. 77.

karısının mülkünü sadece kullanma hakkına sahip olması; devir ve feragat yetkisi olmaması gibi, “damat” olarak kral da bu yetkilere sahip olamazdı. Ayrıca, damat ve gelinin evlenirken ettikleri yeminleri, kralın ve piskoposun takdis edilirken ettikleri yeminle paralelleştirilmiş ve her iki devlet adamının da sırasıyla hazineye ve kiliseye ait mülkler üzerinde devir ve feragat yetkisi bulunmadığı belirtilmiştir. Böylece İsa ve Kilise'nin saygıdeğer imgesi ruhani olandan dünyevi olana aktarılmış; erken modern hukukçular, prens ile devlet arasındaki ilişkileri evlilik birliğinden hareketle tanımlamışlar; dolayısıyla kraldan bağımsız ve kralın olmayan bir mülkiyete sahip, mistik ya da siyasi bir beden olarak kendi başına bir varlık olan farazi bir kişiliğe sahip devleti kurgulamışlardır⁸².

Tüzel kişilik, ataerkillik ve sözleşmecilik gibi kendi zamanının ruhunu yansıtan ve erken modern siyaset teorisinin üzerine inşa edildiği bu üç yaklaşım karşısında *Astell*'in, eserlerinde bu hukuki kurguları felsefi açıdan ilk kez sorgulayanlardan biri olduğu tespit edilmektedir⁸³. İki iradenin birleşmesine yönelik hukuki bir formül olarak evlilik sözleşmesi hem şirketleşen ticari toplulukların hem de ataerkilliğin temel taşı ve toplum sözleşmesi modeli olmak bakımından *Astell*'in *Locke*çu toplum sözleşmesi varsayımına ilişkin eleştirisinin dayanak noktasını oluşturmaktadır⁸⁴. Gerçekten de babadan oğula geçen iktidar görüşü ile evlilik birliğinde erkeğin kadın üzerinde tahakküm kurarak mülkiyeti yönetmesine onay veren sözleşme anlayışı birbiriyle örtüşmektedir. Nitekim siyaseten ataerkillik, iktidarın babadan oğula geçmesi şeklinde formüle edilen genetik bir argümanın geniş halk desteği alan versiyonunu oluşturmaktadır. Buna karşılık kralların gücünün babaların gücüyle birleştirildiği, iktidarın babadan oğula devrine dair varsayım, “Siyasi iktidarın kaynağı nedir?” şeklindeki normatif soruya ilişkin güçlü bir yanıt oluşturamamaktadır. İşte aralarında *Astell*'in de bulunduğu 17. yüzyıl erken modern düşünürlerinin ataerkilliğe yönelik eleştirileri bu soru etrafında şekillenmektedir⁸⁵.

Bu noktada *Filmer* gibi hanedanlık yanlısı olan *Astell*, monarşiyi farklı bir bağlamda savunmakta ve bu açıdan *Filmer*'in görüşlerinden ayrılmaktadır. Kadınların erkeklere tabiiyetini geleneklere dayandıran ve bunu eleştiren *Astell*'e göre *Whig*'lerin savunduğu gibi geleneklerin ya da kurumların eskiliği, ilahi akıl tarafından emredilmiş bir toplumsal düzenle uyumlu olmadığı sürece herhangi bir iktidarın kaynağına dayanak oluşturamazdı⁸⁶. *Filmer*'a göre doğası gereği geleneksel olan ataerkillik, bu anlamda *Astell* tarafından kabul görmemektedir. Genel olarak ataerkil gelenek içinde yer alan *Locke*'un yaklaşımı ise *Filmer*'dan ataerkilliğin doğası gereği değil de geleneksel olduğu gerekçesiyle ayrılmaktadır⁸⁷. Zira sözleşme düşüncesi gelenek oluşturmada temel bir rol oynamaktadır ve fakat ataerkillik geleneksel olarak sözleşmede yer alabilse de doğal olarak yer alamazdı. Dolayısıyla *Astell*'in görüşleri, *Filmer*'dan ilahi akla dayanmadığı, *Locke*'tan ise sözleşmenin ataerkil geleneklere dayanan bağlamının kadınları erkeklerin tahakkümü altına soktuğu gerekçesiyle ayrılmaktadır.

III. MARY ASTELL'İN TOPLUM SÖZLEŞMESİ VE ATAERKİLLİK BAĞLAMINDA SİYASİ İKTİDAR ANALİZİ

İngiltere'de 17 ve 18. yüzyıllarda kadının eş ve anne olarak evine, dolayısıyla hane içi mülkiyetin parçası olarak haneye ait olduğu varsayımı, 19. yüzyılda kapitalist ekonominin gelişmesiyle iş yeri ile ev mekânının birbirinden ayrışması ve kamusal alan-özel alan ayrımının yerleşik hale gelmesiyle pekişmiştir⁸⁸. Liberalizmin etkisiyle devletin karışmayacağı bir alan olarak tasvir edilmeye başlanan hane içi, bireyin özel alanı olarak görülmektedir. *Locke*çu özel alan, özel mülkiyet düşüncesine dayanmak-

⁸² KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies*, s. 216-217.

⁸³ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 115.

⁸⁴ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 115-116.

⁸⁵ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 120.

⁸⁶ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 121-122; ARNDAL, Martin Fog Lantz: “Mary Astell’s Radical Criticism of Gender Inequality”, *Intellectual History Review*, 2021, Cilt 31, Sayı 1, s. 95.

⁸⁷ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 122.

⁸⁸ DONOVAN, Josephine: *Feminist Teori*, (Çev.) BORA, Aksu / AĞDUK GEVREK, Meltem / SAYILAN, Fevziye, 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s. 25.

tadır. *Locke*'a göre özel mülkiyet, bireylerin kendi kaderlerini tayin edebilmelerinde önem taşımaktadır⁸⁹. Ancak liberalizmin bireye özel alan tanınması, hane içindeki iktidar ilişkilerini ve bunun kamusal alana yansımalarını perdelemektedir. Bu bağlamda hane içinde erkeğin babalığa dayalı erkinin -hane içinde kurulan ataerkilliğin- siyasi bağlamından koparak, siyasi bir mesele olmaktan çıkarılması, esasen devleti kuran toplum sözleşmesiyle ilgisi kesilen ve kamusalığın dışında bırakılarak ataerkil iktidarı kuran evlilik sözleşmesinin siyasi iktidar analizinin dışında bırakılması anlamına gelmektedir⁹⁰. Bu noktada *Astell*, Evlilik Üzerine Bazı Düşünceler'in önsözünde *Locke*'un tüm külliyyatının ilk sistematik eleştirilenleri arasında kabul edilmesine katkı sunan retorik sorusunu sormaktadır: “Eğer bütün insanlar doğuştan özgürse, nasıl oluyor da bütün kadınlar köle doğuyor?”⁹¹.

Erken modern dönemde toplumsal olarak kadınların gerçek anlamda yasal ve kamusal bir varoluşunun yokluğunun, özellikle evlendikten sonra kadınların yasal kimliğinden yoksun bırakılması ve evlilik birliği içinde hukukun kadını kocasının himayesinde varsaymasından kaynaklandığı görülmektedir⁹². Aynı zamanda zengin tabakadan olanlar arasında, bir babanın kızının evliliği için verebileceği çeyiz çok önemlidir. Bu, kocanın olası sosyal statüsünü, mal varlığının, hizmetçilerinin kapsamını, konutunun büyüklüğünü ve rahatlığını belirlemektedir⁹³. Dolayısıyla evlilik sözleşmesi, bir anlamda kadının mal varlığının erkeğe devri amacını da taşımaktadır. *Astell*, çağının çoğu üst sınıf evliliklerinin ardında yatan nedenleri görmüş, evliliğin gerçek amacının tarafların mutluluğu olmaktan çıktığını tespit etmiş ve bunu sorgulamıştır⁹⁴: “Erkekler evlilik teklif ederken kendileri için ne beklerler? Bir eşte hangi nitelikleri ararlar? İlk soru (kadın) ne getirecek? Kaç dönüm arazi? Ya da ne kadar nakit para?”⁹⁵.

Kadının kocasının himayesi altında, mülkiyet, miras ve çocukları üzerinde hiçbir kontrolü olmaksızın bir eşya gibi aileye ait olduğu düşüncesi tüm erken modern dönem siyasi ortamına hâkimdi.⁹⁶ Bu genel ataerkilliği *Filmer* gibi *Hobbes* ve *Locke* da paylaşmaktadır. Ayrıldıkları nokta ise *Filmer*, erkeğin doğal hakkı olarak babalık hakkını siyasi alana taşıırken, toplum sözleşmecileri buna karşı çıkarak her türlü yönetme hakkını sözleşmeye dayandırmaktaydılar.

Locke, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme’de bu hususu açıkça ortaya koymaktadır: “Ancak koca ve karı sadece tek bir ortak tasaya sahip olmakla birlikte farklı anlama yetilerine sahip olduklarından kaçınılmaz olarak bazı durumlarda farklı isteklere de sahip olacaklardır. Bundan dolayı nihai karar vermenin, yani yönetimin bir yerlere yerleştirilmesi gerekli olduğundan yönetim, doğal olarak, daha muktedir ve daha güçlü olan erkeğin payına düşer”⁹⁷.

Astell'in Evlilik Üzerine Bazı Düşünceler’i, *Filmer*, *Hobbes* ve *Locke*'un ataerkillik ve sözleşmecilik üzerine görüşlerinin ilk eleştirilerinden birini oluşturmaktadır⁹⁸. *Astell*'in evlilik sözleşmesi-toplum sözleşmesi türdeşliğini eleştirmesinin nedeni, eşitlik kisvesi altında beden ticareti yapıyor oluşu değildir. Bilakis *Astell*, kendisini muhafazakâr bir ahlaka göre konumlandırarak, kadınları evlilik sürecinde erkeklerin aldatmacalarına karşı uyarmaktadır. Dolayısıyla evliliğin hiyerarşik yapısını reddetmemektedir.⁹⁹ *Astell*'e göre “evlenen bir kadın, kocasının mutlak ve bütünüyle kendisini yönetmesi

⁸⁹ DONOVAN, s. 27.

⁹⁰ PATEMAN, *Cinsel Sözleşme*, s. 30-32.

⁹¹ ASTELL, Mary: *Some Reflections Upon Marriage, The Third Edition (to which is added a preface, in answer to some objections)*, printed for R. Wilkin, at the King’s Head in St. Paul’s Church-Yard, Londra, 1706 (*Reflections Upon Marriage*), s. 11.

⁹² OKIN, Susan Moller: *Women in Western Political Thought*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2013, s. 249-250.

⁹³ HILL, s. 187.

⁹⁴ ASTELL, *Reflections Upon Marriage*, s. 11-12.

⁹⁵ ASTELL, *Reflections Upon Marriage*, s. 12.

⁹⁶ DONOVAN, s. 26.

⁹⁷ LOCKE, s. 55, para. 82.

⁹⁸ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 113-114; DURAN, s. 77-78.

⁹⁹ LISTER, Andrew: “Marriage and Misogyny: The Place of Mary Astell in The History of Political Thought”, *History of Political Thought*, 2004, Cilt 25, Sayı 1, s. 47.

*gerektiğini, kendisinin de onu memnun etmek ve ona itaat etmekten başka bir şey yapmaması gerektiğini tartışılmaz bir ilke olarak kabul etmelidir*¹⁰⁰.

Astell, özgür ve eşit bireyleri tanımlayan sözleşmeciliğin, aslında bu koşulların geçerli olmadığı sözleşme modellerine dayanmasını eleştirmektedir. Zira ilahi otorite tarafından onaylanan hiyerarşik toplumsal ilişkilerin oluşturduğu bir düzende aileler arasındaki bir sözleşme ile eşler atayarak vesile olduğu evlilikte olduğu gibi, toplum sözleşmesinde de buna izin verme yetkisi, tıpkı bir hükümdara izin verme yetkisi gibi, sadece Tanrı'ya verilmiş bir yetkidir. Tanrı'nın temsilcilerinin yetkisi ise mülklere görevliler tayin etmekle sınırlıdır¹⁰¹. Dolayısıyla *Astell*'in, *Locke*'un toplum sözleşmesine yönelik eleştirileri toplumsal ilişkileri dönüştürmek değil, evliliğin kutsallığını alaya alan 18. yüzyıl ahlakını ve geleneklerini eleştirel bir dille açığa çıkabilme gayesi gütmektedir¹⁰².

Babanın hakkının kalıtsal olarak siyasi bir yetki vermediği hususunda görüş birliği içinde olan *Hobbes* ve *Locke*'un, toplum sözleşmelerini kurgularken çeşitli yönlerden görüş ayrılığı içinde oldukları belirtilmelidir. *Hobbes*'un görüşleri feminist teori tarafından cinsiyet bağlamında değerlendirildiğinde *Hobbes*'un insan doğasına ilişkin görüşleri eril bulunmakta, kadınları toplum sözleşmesine dahil etmeye yönelik ebeveynliğe ilişkin sözleşmecî görüşünün yetersiz kaldığı belirtilmektedir¹⁰³. Buna karşılık *Locke*, kadının da erkek gibi, doğal özgürlüğünden vazgeçemeyeceğini ve eşlerin her ikisinin de ebeveynliğe dayalı iktidarı paylaştıklarını savunmuştur. Bunun yanında *Locke*, *Hobbes*'a benzer şekilde ebeveynin iktidarının kaynağının, tıpkı karı ile koca arasında olduğu gibi, karşılıklı koruma/itaat ihtiyacında bulunabileceğini öne sürmüştür. *Hobbes*'tan farklı olarak ise ancak bunun bağlayıcı ya da geri alınamaz bir güç gerektirdiği ve doğası gereği ebedi bir ilişkiye yol açtığı düşüncesini reddetmiştir. *Locke*'a göre ebeveynin iktidarı, egemen iktidara benzer şekilde, bir vasi ya da kayımanın iktidarı gibidir ve ailede çocuklar reşit olduklarında bu iktidarın ortadan kalktığı görülecektir¹⁰⁴. Nasıl ki bir kimse köle doğamaz, ancak savaş esiri olarak köleleştirilebilirse, aynı şekilde bir kimse, ister bir kocanın karısı ya da bir kralın tebaası olsun, kalıtsal yükümlülükleriyle doğamazdı. Bu tür yükümlülükler ancak özgürce akdedilen bir görev olarak üstlenilebilirdi. Sözleşme ister evlilik sözleşmesinde olduğu gibi açık, ister toplum sözleşmesinde olduğu gibi zımni olsun, yükümlülük aynıydı¹⁰⁵. *Locke*'un toplum sözleşmesinde aslında kişilere rıza göstermelerinin mümkün olmadığı bir yük yüklenmektedir. Gerçekten de *Locke*'un dile getirdiği üzere: “...Güçlük, neye bir zımni onay olarak bakılması gerektiği ve bu zımni onayın nereye kadar bağlayıcı olduğu; yani herhangi birinin, herhangi bir yönetime, onaya ilişkin hiçbir açıklama yapmamış olduğu bu yerde, ne kadar onay vermiş ve bu nedenle de boyun eğmiş gözüyle bakılacağı konusundadır. Buna ilişkin olarak şunu söylüyorum: Herhangi bir yönetimin hükümlerlik alanlarının herhangi bir bölümünün sahibi olan ya da bu bölümü kullanan her insan, bu yönetim altındaki başka herhangi biri gibi, bu tür bir kullanım boyunca, bu yolla zımni onayını verir ve bundan sonra bu yönetimin yasalarına itaat etmek zorundadır; bu sahiplik ister kendisine ve varislerine ebediyen verilmiş toprağa ilişkin bir sahiplik olsun ya da sadece bir haftalık bir kiralama olsun, isterse sadece anayolda özgürce dolaşma olsun yasalara uyma zorunluluğu vardır ve gerçekte bu zorunluluk bu yönetimin ülke toprakları içinde sadece bulunan herhangi bir kişiye de ulaşır”¹⁰⁶.

¹⁰⁰ ASTELL, Mary: *Some Reflections Upon Marriage (with Additions)*, The Fourth Edition, 1730 (<https://www.gutenberg.org/cache/epub/61143/pg61143-images.html>, ET: 14.03.2024) (Reflections: The Fourth Edition), s. 11.

¹⁰¹ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 114.

¹⁰² SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 114.

¹⁰³ HELD, Virginia: “Non-contractual Society: A Feminist View”, *Canadian Journal of Philosophy*, 1987, Sayı 13, s. 117-118; DI STEFANO, Christine: “Masculinity As Ideology in Political Theory: Hobbesian Man Considered”, *Women's Studies International Forum*, 1983, Cilt 6, Sayı 6, s. 634-635; WEISS, Penny A.: *Canon Fodder: Historical Women Political Thinkers*, Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2009 (Canon Fodder), s. 144.

¹⁰⁴ LOCKE, s. 39 ve 41, para. 55 ve 58.

¹⁰⁵ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 127.

¹⁰⁶ LOCKE, s. 78-79, para. 119.

Bu bağlamda bir egemenin bölgesinden geçen birinin, yolları kullanarak o bölgenin yönetim biçimine itaat ettiği varsayılırsa, rıza kavramının anlamının aşırı genişletilmiş olacağı düşünülmektedir¹⁰⁷. *Astell*'in isabetle belirttiği gibi, hak yerini kudrete bırakır: “*Ve eğer salt güç yönetme hakkı veriyorsa, gasp diye bir şey olamaz; ama bir eşkıya, zorlama gücüne sahip olduğu sürece, bizim itaatimizi talep etme hakkına da sahiptir*”¹⁰⁸.

Locke'un kişinin hak sahibi olarak kendi kişiliği üzerinde sözleşme yapamayacağı ve kişiliğin bir uzantısı olarak mülkiyet haklarına sahip olduğu hususlarında kadınlar aslında dışlanmışlardır¹⁰⁹. Zira *Locke*, babalık hakkına dayanan ataerkil iktidar yerine ebeveynin iktidarından bahsetmekte, böylece baba hakkını ya da kocanın eşi üzerindeki üstün haklarını reddetmesine, aynı zamanda kadının kendi tabiiyetine rıza gösteremeyeceğinde ısrar etmesine karşın, her iki hususta da geleneklere dayalı hakkı tanıdığından kadınları hakikatte dışlamaktadır. Nitekim kalıtsal olarak babadan oğula elde edilemeyen iktidar, fiziksel üstünlük temelinde gelenek tarafından erkeklere verilmiş olmaktadır¹¹⁰.

Bu noktada *Astell* de 1706 tarihli *Evlilik Üzerine Düşünceler*'in Önsöz'ünde, kadınların tabiiyetinin tam da bu şekilde geleneklere dayalı olarak ortaya çıktığını ifade etmektedir. *Astell*'e göre: “*Dünya geleneklerinin kadınları genel olarak boyun eğme durumuna soktuğu yadsınamaz... Tanrı her şeyi kendisi için yaratmıştır ve rasyonel bir akıl, herhangi bir yaratığın uğruna ve hizmeti için yaratılmayacak kadar asil bir varlıktır. Kadının herhangi zamanda bir erkeğe sunmak zorunda kaldığı hizmet, sadece bir iştir. Tıpkı domuz beslemenin herhangi bir adamın işi ve görevi olabileceği gibi; bunun için yaratılmamıştır, ancak kendini böyle bir iş için müstahdem kılarsa, bunu bilinçli olarak yerine getirmelidir*”¹¹¹.

İngiltere’de *Hobbes* ve *Locke*'un başını çektiği toplum sözleşmesi anlayışı, kraliyet yanlıları karşısında taraftar toplarken, bir kraliyet yanlısı olarak toplum sözleşmesi düşüncesine karşı çıkışta *Astell*'in özgünlüğü, *Hobbes*'un ve *Locke*'un yapmadığı bir şekilde, kadınların yaşamlarını, dolayısıyla kadınlık deneyimini siyasi meseleleri tanımlamak amacıyla iktidar analizine dahil etmesine dayanmaktadır. Öte yandan *Astell*'in felsefesi sadece feminist kuram bakımından önemli görülen meselelere de odaklanmamıştır. *Astell*'in külliyatında özellikle ilgi çekici olan husus, kendi zamanında siyaseten oldukça tartışmalı meseleleri ne kadar kapsamlı bir şekilde ele aldığıdır. Dolayısıyla *Astell*, hem kendisinin içinde bulunduğu kadınlık durumundan hareketle cinsiyet meselelerini iktidar alanına taşımak hem de toplumsal önyargıların aksine, çağının temel siyasi tartışmalarının tamamında fikir beyan edebilecek yeterlilikte bir kadın filozof olmak bakımından özgündür¹¹².

Astell'in *Locke*'a yönelik eleştirilerinin temelinde *Locke*'un kraliyete karşı tebaa için talep ettiği özgürlüğü, aile içi despotlara karşı kadınlar için de talep etmesine ilişkin meydan okuması yer almaktadır. Gerçekten de *Astell*, sözleşmecî liberalizmin ilkelerini hicvetmekte ve liberalizmin vaat ettiği özgürlük alanını onaylamamaktadır. Zira *Astell*, *Locke*’çu liberalizme dayanak oluşturan ailenin kadına özel alanda uyguladığı boyun eğdirmeye karşılık, kamusal bir özgürlük alanı anlayışına karşı çıkmaktadır¹¹³. Başka bir anlatımla *Astell*, *Locke*'u ve dolayısıyla *Whig*'leri devlete uyguladıkları kamusal hesap verebilirlik ölçütlerini aile içi ilişkilerde de uygulayarak samimiyetlerini göstermeye davet etmektedir¹¹⁴. Bu anlamda *Astell*'in *Evlilik Üzerine Düşünceler*'de kamusal alanda savundukları demokrasiyi özel alan-

¹⁰⁷ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 127.

¹⁰⁸ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 127. Springborg, alıntılanan kısmı *Astell*'in “*Moderation Truly Stated*” adlı eserinden aktarmıştır.

¹⁰⁹ Gerçekten de *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*'de *Locke* babanın mallarına miras edinme hakkını erkek kardeşleriyle birlikte oğulda olduğundan bahsetmektedir. “*Her insan bir çifti hakla doğar: Bunların ilki başka hiç kimsenin üzerinde bir iktidara sahip olmadığı ama özgür tasarrufunun kendisinde olduğu kendi şahsına ait bir özgürlük hakkıdır. İkincisi başka bir insandan önce, erkek kardeşleriyle birlikte babasının mallarını miras edinme hakkıdır.*” LOCKE, s. 125, para. 190.

¹¹⁰ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 128.

¹¹¹ ASTELL, *Reflections Upon Marriage*, s. V.

¹¹² WEISS, *Canon Fodder*, s. 145; SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 4.

¹¹³ SPRINGBORG, *Critic of Locke*, s. 621.

¹¹⁴ SPRINGBORG, *Critic of Locke*, s. 628.

da uygulamaları için *Locke* ve *Whig*'lere meydan okuduğu düşünülmektedir. Nitekim Evlilik Üzerine Düşünceler'in ikinci baskısına Önsöz'ünde *Astell*, *Locke*'a özel bir atıfta bulunarak, devlette karşı çıkılan mutlak iktidar düşüncesinin ailede nasıl kabul edildiği çelişkinin açığa çıkarmıştır¹¹⁵: “Eğer mutlak egemenlik bir devlette gerekli değilse, nasıl olur da bir ailede gerekli olur? Ya da eğer bir ailede ise, neden bir devlette olmasın; biri için ileri sürülen hiçbir gerekçe, diğeri için daha güçlü bir şekilde geçerli olamaz mı? Eğer kocanın yetkisi uzandığı yere kadar kutsal ve devredilemez ise, prensin neden olmasın? Aile içi ... sözleşme karşılıklıdır, o zaman devlette nefret ettikleri ve karşı çıktıkları bu keyfi hakimiyet için mücadele etmek ve bunu ailelerinde uygulamak, insanların son dereceye kadar tarafgirliği değil midir?”¹¹⁶.

Springborg'a göre *Astell*, bu kısımda *Locke*'un, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme'nin “Tiranlık Üzerine” başlıklı 13. bölümünün 209. kısmında direnme hakkı üzerine yaptığı bir argümana doğrudan atıfta bulunuyor gibi görünmektedir; bu pasajın *II. James*'e yönelik olduğu yaygın olarak kabul edilmektedir ve *Locke* burada aileye benzetme yaparak tiranlık eylemlerinden bahsetmektedir¹¹⁷: “Bunun, yöneticilerin halkları tarafından kendilerinden genellikle kuşku duyulmasına neden oldukları zaman ortaya çıkan her türdeki bütün yönetimlerin başında bekleyen bir uygunsuzluk olduğunu itiraf ediyorum; bu yöneticilerin kendilerini içine sokabilmeleri muhtemel olan en tehlikeli durumdur: Ancak bu durumdan kaçınmak son derece kolay olduğundan, bu durumdaki yöneticiler en az acınacak olanlardır; çünkü nasıl ki bir ailenin babası çocuklarını sevdiğini ve onlara özen gösterdiğini onlardan saklayamazsa, halkının ve onlarla birlikte yasalarının iyiliğini ve korunmasını gerçekten amaçlıyorsa, bir yönetici için de halkın bunu görmemesini ve hissetmemesini sağlaması imkânsızdır”¹¹⁸.

Buna karşılık *Astell*, Evlilik Üzerine Bazı Düşünceler'in ikinci baskısına yazdığı Önsöz'de *Locke*'un tiranlık ve aile arasında kurduğu ilişkiye atıfla kendi argümanını dile getirmiştir: “Eğer keyfi güç kendi içinde kötüyse ve akılcı ve özgür kişileri yönetmek için uygunsuz bir yöntemse, hiçbir yerde uygulanmamalıdır; ailelerde krallıklardan daha az değil, daha çok zararlıdır, tıpkı 100000 tiran gibi bir tiran da kötüdür. Her ne kadar bir koca, yasaya karşı sorumlu olmaksızın bir kariyı yaşamdan yoksun bırakamazsa da cömert bir akıl için çok daha acı olan şeyi yapabilir, hayatı sefil hale getirebilir, bunun hiçbir telafisi yoktur, ... merhamet çok azdır. Bir eşin görevinin şikâyet etmeden her şeye katlanmak olduğu düşünülür. Eğer bütün erkekler özgür doğuyorsa, nasıl oluyor da bütün kadınlar köle doğuyor?”¹¹⁹.

Dolayısıyla *Astell*, Evlilik Üzerine Bazı Düşünceler'de evlilik ilişkisini ve sözleşmesini analiz ederken yükümlülük, itaat, rıza, özgürlük ve tiranlık gibi temel siyasi kavramları kullanarak ve yeniden ele alarak siyasi iktidar analizinin çerçevesini çizmektedir¹²⁰. Bu anlamda filozof, kadınların doğuştan irrasyonel oldukları gerekçesiyle hem hane içinde hem de kamusal alanda rasyonel karar alıcı olarak erkeklerin iktidarını kadınlar üzerinde tahakküm kurmak üzere kullanmalarını¹²¹ eleştirmektedir.

Astell'in külliyatına bakıldığında göze çarpan bir ikileme karşılaşmaktayız. *Astell* devlet ve aile arasındaki ortak analogiyi kabul etmekte ve kadınların hane içindeki ikincil rollerini haklı çıkaracak doğal bir aşağılık duygusu olmadığını belirtmektedir. Bu durumda devlet konusunda *Locke*çu bir pozisyonu benimsemesi beklenirken o başka bir açıdan meseleye yaklaşmaktadır. Zira *Astell*'in evlilik kurumuna ilişkin tahlillerine göre filozof, kadınlara aile içinde ciddi bir adaletsizlik yaşatsa bile

¹¹⁵ SPRINGBORG, *Critic of Locke*, s. 628.

¹¹⁶ ASTELL, *Reflections Upon Marriage*, s. X.

¹¹⁷ SPRINGBORG, *Critic of Locke*, s. 628.

¹¹⁸ LOCKE, s. 136, para. 209.

¹¹⁹ ASTELL, *Reflections Upon Marriage*, s. X-XI.

¹²⁰ WEISS, *Canon Fodder*, s. 143.

¹²¹ UYGUN, s. 129-130. Bu noktada *Astell*'in ev içi iktidar ilişkilerine yönelttiği politik eleştirisi özgün kuramsal bakış açısını yansıtmaktadır. Dolayısıyla liberal feminizme görüşleriyle öncülük ettiği belirtilebilir. Ancak hane içindeki iktidar ile devlet iktidarına yönelik karşılaştırmasında kadınlara kamusal alanda ne ölçüde yer verdiği hususu liberal feministlerde olduğu kadar açık değildir.

evlilik birliğine aslında sabır ve hayırseverlik gibi erdemlerin sürekli olarak test edildiği bir kurum olarak yaklaşmalarını öğütlemektedir. Bu noktada *Astell*, kurumun sürekliliği bunu gerektirdiğinden kralın ilahi hakla devletin başı olduğu fikrini, kocanın evin reisi olmasıyla aynı şekilde desteklemektedir¹²². Zira *Astell*'in karşı çıktığı husus, ilahi iktidar tarafından ev içinde eş ve anne olarak görevlendirilmiş kadının vazifeleri değildir. Gerçekten de *Astell*'e göre kendi çağının gelenekleri, kadını ev içindeki rollerine zincirlemektedir ve liberalizm kamusal alanda ataerkil zincirleri erkekler adına reddederken, özel alanda geleneklere ses çıkarmayarak kadınlar bakımından kocayı mutlak monark haline getirmektedir.

Astell, kadınların daha bebekliklerinden itibaren, daha sonra yoksunluklarıyla suçlanacakları avantajlardan mahrum bırakıldıklarını, buna karşılık erkeklerin üstünlüğü ve önceliği haline gelen erkeklerin eğitimlerine çok fazla zaman, özen ve kaynak ayrıldığını tespit etmektedir. Eğitimde süregelen bu eşitsizliği eleştiren *Astell*, bu anlamda kadınların entelektüel olarak doğuştan yetersiz oldukları iddiasını bu temelde çürütmektedir¹²³. Benzer şekilde *Astell*, kendi döneminde kadınların ikili ilişkilerinde yaşadığı tahakküm ve baskının da farkındadır. Başka bir anlatımla *Astell*, kadınların mütecaviz erkeklerle karşı bu dünyada kendilerini güvende hissedecekleri bir yer olarak bir kadın okulu hayal etmiştir. Bu nedenle sadece aristokrat sınıftan hanımefendilere özgü, diğer bir ifadeyle tamamen kadınlardan oluşan bir kolej önermiştir¹²⁴.

Bu noktada *Astell*, *Locke*'un “*tabula rasa*”sını, başka bir deyişle kişilerin kalıtsal yükümlülüklerinden arındırılmış boş bir levha oldukları önermesini üç açıdan reddetmektedir. Birincisi *Astell*, toplumsallık argümanını benimsemektedir. Buna göre bireyler ailelere, ülkelere, köylere, kasabalara ve şehirlere doğarlar ve uymaları gereken önceden var olan koşulların dünyasına girerler. İkinci olarak, eğer kadınlara biçilen geleneksel yükümlülükler kalıtsal değilse, kadınlar da erkekler kadar özgür olacaktır. Dolayısıyla *Locke*'un, bireyin kişiliğine ilişkin geleneksel yükümlülükleri reddetmesi, ancak kişinin mülkiyetine ilişkin geleneksel yükümlülükleri muhafaza etmesi¹²⁵ *Astell*'in itiraz noktasıdır. Zira gelenekler yasaya taşınarak, yasal olarak reşit kabul edilmedikleri için mülk sahibi olamayan ve bu nedenle erkeklerle adeta bir eşya gibi bağımlı hale getirilen özellikle evli kadınları haklarından mahrum bırakmıştır. Üçüncü olarak kadınları mülkiyet haklarından mahrum bırakmak, onların kamusal kişiler olarak kişiliklerini ifade etme araçlarından mahrum bırakmak ve böylece, savunmaya kararlı olduğu kendi benliklerinin sahipliğini etkili bir şekilde reddetmek anlamına gelecektir¹²⁶.

IV. MARY ASTELL'İN SİYASİ DÜŞÜNCELER TARİHİNDE ÖNEMİ VE BUGÜNE MİRASI

Astell'le ilgili çalışmalar, onun kraliyet yanlısı politikaları desteklemesini ve dini inancına bağlılığını ya feminist teori üzerinde önemli bir engel olarak ya da *Astell*'in feminizmine yönelik başarıyla üstesinden geldiği zorluk olarak görmektedir¹²⁷. Bu anlamda *Astell*'e ilişkin iki farklı yaklaşıma dayanan çalışmalar olduğu söylenebilir. Bu iki yaklaşımı, genel hatlarıyla *Astell*'i muhafazakâr siyaset içinde konumlandırılanlar ile proto-feministler içinde konumlandırılanlar olarak sınıflandırmak mümkündür. *Astell*'in eserlerinin siyasi önemini kapsamlı şekilde tartışmış olan *Perry*'ye göre *Astell*, feminist düşüncesini geliştirirken kralcı ve Anglikan bağlılıklarının üstesinden gelmek zorunda kalmıştır¹²⁸. Nitekim *Astell*'in ömrü boyunca İngiltere Kilisesi'nin sadık bir evladı, monarşinin ve evlilik kurumla-

¹²² DURAN, s. 91.

¹²³ BARKER-BENFIELD, s. 194.

¹²⁴ BARKER-BENFIELD, s. 195.

¹²⁵ LOCKE, s. 125, para. 190.

¹²⁶ SPRINGBORG, Patricia: “Introduction”, (Ed.) SPRINGBORG, Patricia: *A Serious Proposal to the Ladies Parts I and II*, Broadview Literary Texts, Ontario, 2002, s. 26-27.

¹²⁷ SMITH, Hilda L.: “Cry Up Liberty: The Political Context For Mary Astell's Feminism”, (Ed.) KOLBRENER, William / MICHELSON, Michal: *Mary Astell: Reason, Gender, Faith*, Ashgate Publishing, Burlington, 2007, s. 193.

¹²⁸ PERRY, Ruth: “Mary Astell's Response to the Enlightenment”, *Women & History*, 1984, Cilt 3, Sayı 9, s. 13.

rının bir destekçisi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹²⁹. O halde *Astell*'in feminizmi, muhafazakâr bir feminizmdir¹³⁰ ve aynı zamanda hiçbir şekilde çağının dışında kalmayan, tam tersine zamanının ruhunu yansıtan bir feminizmdir¹³¹.

Her düşünür gibi *Astell* de hem içinde yaşadığı toplumdan etkilenmiş hem de içinde yaşadığı toplumu etkilemiştir. Bu da Aydınlanma Çağı toplum yapısına denk düşmektedir. *Astell*'in aydınlanma ilkelerine verdiği yanıtı inceleyen *Perry*, aydınlanma düşüncesinin tüm çelişkilerinin tıpkı çağdaşı düşünürlerde olduğu gibi, *Astell*'de de ortaya çıktığı sonucuna ulaşmaktadır¹³². Gerçekten de *Perry*'ye göre Fransız Devrimi'yle yakından ilgilenen ve İngiltere'de neredeyse onunla özdeşleşen *Mary Wollstonecraft*'tan (1759-1797) önce, Yüksek Kilise *Tory*'si ve zamanının demokratik devrimi olan Şanlı Devrim'le daha şüpheli bir ilişki içinde olan *Astell*, kadın haklarını savunmakta, fakat devlette mutlak monarşiyi desteklemektedir. Aydınlanma düşüncesine uygun olarak akla inanmakta, ancak yeni düşünce tarzının materyalizmine güvenmemektedir. Aynı zamanda son derece dindar bir Anglikandır¹³³. Bu da *Astell*'in muhafazakârlık ile feminizmin uzlaşmaz gibi görünen yönlerini nasıl bir arada ele alabildiği sorusunu doğurmaktadır.

Bu noktada *Astell*'in görüşleri, hem 17. yüzyıl İngiltere'sinde ortaya çıkmakta olan liberal siyaset teorisine yönelik erken feminist tepkilere katılmakta hem de kadınların başından beri modern demokratik devlete ve onun içindeki konumlarına şüpheyle yaklaşan bakış açılarının bir tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır¹³⁴. Gerçekten de *Astell*, ailesinin geçmişi ve bağlı olduğu sosyal tabakadan ve yüksek mevkilerdeki arkadaşlarıyla kurduğu ilişkilerden dolayı tabir yerinde ise zorunlu olarak siyasi açıdan muhafazakâr bir çizgiyi benimsemekle birlikte, kendi döneminin kadınları baskı altına alan evlilik rejimine yönelik, özellikle Evlilik Üzerine Bazı Düşünceler'de güçlü şekilde feminist argümanlar öne sürmektedir¹³⁵. *Astell*'in bakış açısını belirleyen bu iki başat unsur çerçevesinde yaklaşıldığında düşünürün feminizminin iki ana odağı olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki kadınların doğaları gereği aşağı olmadıkları fikrinin güçlü şekilde savunusu; ikincisi ise statükonun, kadınların kapasitelerini en barışçıl krallığa izin verecek şekilde kullanmalarını istediği iddiasıdır¹³⁶.

Bu doğrultuda İngiliz liberal siyaset teorisinin kurucusu olarak kabul edilen *Locke*'un tüm külliyyatının ilk sistematik eleştirmenleri arasında yer alan *Astell*, Evlilik Üzerine Bazı Düşünceler'in önsözünde yer alan şu ünlü soruyla tanınır hale gelmiştir: “Eğer bütün insanlar doğuştan özgürse, nasıl oluyor da bütün kadınlar köle doğuyor?”¹³⁷. *Astell*'in bu ünlü retorik sorusu ve aynı zamanda Yüksek Kilise muhafazakârı kimliği, günümüzde farklı ideolojileri yansıtan siyaset teorileri tarafından sahiplenilmektedir. *Springborg*, *Astell* üzerine araştırmalarında bu belirgin çatışmalı görüşlerin tarihsel ve felsefi bağlamlarını yeniden keşfederek, *Astell*'in muhafazakârlık ile feminizm arasında kendine yer açmaya çalışan görüşlerinde yalnız olmadığını, aksine yeni bir çağın varoluşsal sorunlarıyla boğuşan erken modern dönem kadın filozoflar grubunun yaşadığı ve eserlerine yansıttığı kendi çağının tartışmalı meselelerinin etkisi altında olduğunu ifade etmektedir¹³⁸.

Siyasi düşünceler tarihinde ilk bakışta kadınlar üzerine ve kadınlar tarafından yazılmış metinlerin görece azlığı, hatta yokluğu izlenimi doğmaktadır. Bunun esas nedeni ise kadınların siyasi ya da ente-

¹²⁹ SPRINGBORG, *Critic of Locke*, s. 621.

¹³⁰ LISTER, s. 45-46.

¹³¹ DURAN, s. 92.

¹³² SMITH, s. 193.

¹³³ PERRY, Ruth: “Mary Astell and the Feminist Critique of Possessive Individualism”, *Eighteenth-Century Studies*, 1990, Cilt 23, Sayı 4 (Feminist Critique of Possessive Individualism), s. 445.

¹³⁴ PERRY, *Feminist Critique of Possessive Individualism*, s. 445.

¹³⁵ DURAN, s. 78-79.

¹³⁶ DURAN, s. 91-92.

¹³⁷ ASTELL, *Reflections Upon Marriage*, s. 11.

¹³⁸ SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 2-7.

lektüel yetersizlikleri değil, toplumsal cinsiyetin toplumun inşasında dayattığı ayrı alanlara dayalı cinsiyet rejimini yansıtmıştır. Nitekim kamusal-özel alan ayırımına dayalı bu rejim, modern toplumu ve devleti açıklamak için de kullanılmaktadır. Gerçekten de toplumsal yaşamın kamusal ve özel olarak ikiye bölündüğü ve erken modern devlet kuramcılarının da teorik temellerini sağlamaştırdığı kamusal ve özel dünyalar, türdeş sözleşmeler üzerine kurulmuştur. Bunlar, erkeklerin siyasi dünyasını oluşturan toplum sözleşmesi ve kadınların özel dünyasını yöneten evlilik sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kadınların 20. yüzyıla kadar resmi olarak, diğer bir ifadeyle devlet ve toplum nezdinde siyasi özneler olmadıkları göz önüne alındığında, siyasi düşünce içinde kadınlara ait siyasi metinler bir anomali olarak görülmektedir¹³⁹. Dolayısıyla *Astell*'in kaleme aldığı metinler bize kendi döneminin siyasi düşüncelerine cevap veren, onları eleştiren ve özgün katkılar sunan; izine az rastlanılan bir duruma işaret etmektedir. *Astell*'in siyasi düşünceler tarihi içindeki önemi de burada yatmaktadır.

Astell, çağdaşı diğer filozoflar gibi hem hane içinin (ailenin) hem de devletin sözleşmecisi doğasını, her ikisinin de geleceği üzerine teoriler üretmek ve spekülasyonlar yapmak için verimli bir zemin olarak görmektedir¹⁴⁰. Ancak *Astell*, çağdaşı olan erkek filozoflardan farklı olarak evlilik sözleşmesi ile toplum sözleşmesi arasında benzerlik kurarak devleti açıklamak yerine, bu benzerliğin kadınlar açısından sonuçlarını ciddi eleştirilere tabi tutmaktadır. Özellikle *Locke*'a yönelik eleştirisi ve bu doğrultuda *Locke* ve *Hobbes*'un liberalizm teorilerinin aslında kadınları kapsamayan yönünü açığa çıkarmasının, henüz düşünsel temelleri atılan liberal demokratik devlete yönelik modern feminist eleştirilere ilişkin bir öngörüyle temsil ettiği düşünülmektedir. Gerçekten de Batı Avrupa ve Kuzey Amerika'da 1880'lerde evli kadınların mülkiyet haklarını tanıyan yasaların yürürlüğe girmesine değin evli kadınların yasal olarak reşit olmayan statüsünde olmaları, siyasi haklardan istifade etmenin mülk sahibi olma kapasitesine bağlanmış olmasından dolayı kadınların siyasi yaşama katılımları engellenmiş durumdadır¹⁴¹. Bu anlamda *Astell*'in siyasi görüşlerinin erken modern siyasi düşünceyi kadın bakış açısıyla yansıtan yönünün altının çizilmesi gerekmektedir.

Evliliğin, iki özgür ve eşit bireyin iradelerinin birleşmesi için hukuki bir formül sağlaması yoluyla ve bir sözleşme akdedilmesi aracılığıyla başlaması ve fakat tarafların bir tahakküm/tabiiyet ilişkisi içine girmiş olması evliliğin toplumsal alana uyarlanması noktasında eleştirilmektedir. Gerçekten de evlilik sözleşmesinin doğal haklar ve özgürlüklerle uyumlu bir toplum sözleşmesine uyarlanması sorunlu görülmektedir. Zira toplum sözleşmesi akıl yoluyla kurulmaktadır. Sözleşmeye göre tiranlara yaptırım uygulanamazdı, fakat tiranlar haklarından da mahrum edilemezdi. Bu bağlamda *Locke*'a hitaben *Astell*, evlilik sözleşmesinin çelişkilerini toplum sözleşmesinin de taşıdığını gösterebilmiştir. Nitekim *Astell*'in toplum sözleşmesi eleştirisinin kalıcı önemi, *Pateman*'ın *Cinsel Sözleşme*'de *Astell*'e atıf yaparak teşhis ettiği üzere, liberalizmin temeli olarak sözleşmeciliğin ileriye dönük eleştirisinde yatmaktadır¹⁴².

Bu doğrultuda *Pateman*, doğa durumunda “tüm insanların özgür ve birbirine eşit olduğu” ön kabulünü *Astell*ci bağlamda sorunsallaştırmaktadır. *Astell*'in “eğer tüm insanlar özgür doğuyorsa nasıl oluyor da kadınlar köle doğuyor?” sorusundan hareketle, başlangıçtaki özgürlük ve eşitlik varsayımını reddetmeksizin bir insanın bir başkası tarafından yönetilmesini, diğer bir tabirle yöneten-yönetilen arası eşitsiz hiyerarşik ilişkiyi meşrulaştıran sözleşmeye dayalılığın kadınlar bakımından hüküm ve sonuçlarını açığa çıkarmaktadır¹⁴³.

Bu noktada Hanımlara Ciddi Bir Teklif, kadınların potansiyel çocuk taşıyıcıları olarak neslin devamını sağlayan ve artı değer üreten olarak görüldüğü bir toplumda bir başkaldırı niteliğindedir. Evli-

¹³⁹ SPRINGBORG, *Critic of Locke*, s. 621.

¹⁴⁰ DURAN, s. 77-78.

¹⁴¹ SPRINGBORG, *Critic of Locke*, s. 621.

¹⁴² PATEMAN, *Cinsel Sözleşme*, s. 324-330; SPRINGBORG, *Theorist of Freedom from Domination*, s. 114.

¹⁴³ PATEMAN, *Cinsel Sözleşme*, s. 21-22 ve 142-147.

lik Üzerine Düşünceler ise kadınların devletteki ve kamusal yaşamdaki yerinin daha düşük bir medeni duruma razı gelme, bunun sonuçları ve buna paralel olarak ikincil görülme çerçevesinde şekillendiği bir politik yaklaşımın eleştirisidir¹⁴⁴. Aynı zamanda *Astell*'in yaşadığı dönem dikkate alındığında, filozof hane içi siyasetin devlet siyaseti ile ilişkisini kurarak, kendi çağına uygun bir anlayışla İngiltere'nin var olagelen evlilik kurumunun devam etmesini, ancak daha bilinçli, daha iyi eğitilmiş ve daha hayırsever eşlerle devam etmesi gerektirdiğini öngörmektedir¹⁴⁵. Bu bağlamda filozof, özel olanın politikliğini sorunsallaştırmakta ve fakat çözüm noktasında kendinden sonraki kuşak feministlerden ayrılmaktadır. Gerçekten de *Astell* için kadınlar olması gerektiği gibi bir eğitim hakkına sahip olarak en baskıcı dış koşullarda dahi iç dünyalarında özgür olabilirler. Buna göre özgürlük, tahakkümden kurtulmak, diğer bir deyişle dünyevi bir efendiden kurtulmak gibi açık bir siyasi karşılığı olmayan, tamamen manevi bir kazanımdan ibarettir¹⁴⁶.

SONUÇ

Kadın filozoflar, kendi çağlarında kadınlık deneyiminden hareketle özgün ve nitelikli katkılar yapmalarına karşın, günümüzde yeterli ölçüde tanınmamaktadırlar. Bu çalışmada siyasi tarihte önemli bir isim olan, hukuk ve devlet kuramı alanında kadın filozoflardan ilk feminist olarak bilinen ve *Locke* liberalizmin kadın bakış açısıyla ilk eleştirilerinden birini ortaya koyan İngiliz filozof *Mary Astell*'i, erken modern dönem dikkate alınarak tanıtmak amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda *Astell*'in felsefesini tüketmek değil, onun yaklaşımına ilişkin kuramsal çerçeveyi tarihsel bağlamı içinde aktarmak hedeflenmiştir. Bu noktada günümüz siyasi tarih literatürünün farklı bakış açılarıyla kaleme aldığı çeşitli *Astell* okumalarından istifade edilmiştir. Doktrinde *Astell*'in felsefesini anlamaya yönelik bir girişim olarak nitelenebilecek bu çalışmada, filozofun felsefi eğilimini belirleyen üç ana gelişme bağlamında bir inceleme yapılmıştır. Bunlar farazi kişilik kavramının yeniden ele alınması, sözleşme düşüncesinin kamusal alana taşınarak toplum sözleşmesi teorisinin önem kazanması ve ataerkil düşüncenin 17. yüzyılda devletin ideolojisi haline gelmesidir.

Çalışma kapsamında filozof, teolog, eğitim teorisyeni, feminist ve siyasi broşür yazarı olarak tanınan *Astell*'in yaşamı boyunca yayımladığı on eseri her yönüyle -söz gelimi edebiyatçı veya teolog kişiliği gibi- incelenmemiştir. Bunun yerine, günümüzde de hala tartışılan iktidar analizine odaklanılmıştır. *Astell*'i devlet kuramı açısından özgün kılan husus, kadınlık deneyimini siyasi iktidar çözümlemesine dahil etmesidir. Bu tespit doğrultusunda *Astell*'in 17-18. yüzyıl evlilik sözleşmesi-toplum sözleşmesi benzerliğinin, kadınların tahakküm altına alınmasının özel alandan kamusal alana aktarılmasındaki rolünü açığa çıkardığı görülmektedir. Özellikle Hanımlara Ciddi Bir Teklif ile Evlilik Üzerine Bazı Düşünceler eserleri günümüze miras kalan önemli tartışmalar içermektedir.

Astell, Yüksek Kilise *Tory*'si olmak bakımından muhafazakâr düşünce içinde, kadının doğuştan erkekten aşağı ve bu nedenle tahakküm altına alınması gerektiği düşüncesine karşı argümanları bakımından feminist düşünce içinde konumlandırılmaktadır. Muhafazakârlık ile feminizm arasında kendine bir yer edinen *Astell*, her Aydınlanma dönemi düşünürü gibi buna benzer çelişkilerle başa çıkmaya çalışmıştır. Nitekim yeni bir çağın varoluşsal sorunlarıyla boğuşan erken modern dönem kadın filozoflar grubunun bir üyesi olarak *Astell*, çatışmalı gibi görünen farklı düşünce akımlarını kadın bakış açısıyla değerlendirerek teorik zorlukların üstesinden başarıyla gelebilmiştir.

¹⁴⁴ DURAN, s. 92.

¹⁴⁵ DURAN, s. 93.

¹⁴⁶ BROAD, *Women on Liberty*, s. 115-116.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali / KÖKER, Levent: *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2004.
- AKAD, Mehmet / VURAL DİNÇKOL, Bihterin / BULUT, Nihat: *Genel Kamu Hukuku*, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2018.
- AKKAYA, Rukiye: “Atina’daki Demokrasiden Orta Çağ’a Kadının Dünyası ve Kadın Filozoflar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, Cilt 73, Sayı 8, s. 7-20.
- ARNDAL, Martin Fog Lantz: “Mary Astell’s Radical Criticism of Gender Inequality”, *Intellectual History Review*, 2021, Cilt 31, Sayı 1, s. 91-110.
- ASTELL, Mary: *A Serious Proposal to the Ladies Parts I and II*, Broadview Literary Texts, Ontario, Kanada, 2002 (A Serious Proposal to the Ladies).
- ASTELL, Mary: *Some Reflections Upon Marriage (with Aditions)*, 4. Baskı, 1730 (<https://www.gutenberg.org/cache/epub/61143/pg61143-images.html>, ET: 14.03.2024) (Reflections: The Fourth Edition).
- ASTELL, Mary: *Some Reflections Upon Marriage, The Third Edition (to which is added a preface, in answer to some objections)*, printed for R. Wilkin, at the King’s Head in St. Paul’s Church-Yard, Londra, 1706 (Reflections Upon Marriage).
- BARKER-BENFIELD, Graham J.: *The Culture of Sensibility: Sex and Society in Eighteenth Century Britain*, University of Chicago Press, Şikago-Londra, 1992.
- BARRETT, Michele: “The Concept of Difference”, *Feminist Review*, 1987, Sayı 26, s. 29-41.
- BERKTAY, Fatmagül: *Tarihin Cinsiyeti*, 3. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2010.
- BROAD, Jacqueline: “Introduction”, (Ed.) BROAD, Jacqueline: *The Christian Religion, as Professed by a Daughter of the Church of England*, İter, New York-Toronto, 2013, s. 1-12.
- BROAD, Jacqueline: “Women on Liberty in Early Modern England”, *Philosophy Compass*, 2014, Cilt 9, Sayı 2, s. 112-122 (Women on Liberty).
- BROAD, Jacqueline: *The Philosophy of Mary Astell: An Early Modern Theory of Virtue*, Oxford University Press, Oxford, 2015 (The Philosophy of Mary Astell).
- ÇAĞLAR GÜRGEY, Fatma İrem: “Feminist Hukuk Teorisi Nedir?”, *Hukuk Kuramı*, 2014, Cilt 1, Sayı 5, s. 28-44.
- DAVID, Edward A.: “Church Autonomy and the Corpus Mysticum Tradition”, *Canopy Forum*, 2021 (<https://canopyforum.org/2021/05/06/church-autonomy-and-the-corpus-mysticum-tradition>, ET: 29.03.2024).
- DEMİR, Nazlı Hilal: *Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Arayışı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- DI STEFANO, Christine: “Masculinity As Ideology in Political Theory: Hobbesian Man Considered”, *Women’s Studies International Forum*, 1983, Cilt 6, Sayı 6, s. 633-644.
- DONOVAN, Josephine: *Feminist Teori*, (Çev.) BORA, Aksu / AĞDUK GEVREK, Meltem / SAYILAN, Fevziye, 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.
- DURAN, Jane: *Eight Women Philosophers: Theory, Politics, and Feminism*, University of Illinois Press, Urbana-Chicago, 2006.
- DURGUN, Sezgi: “Düşünce Tarihine Alternatif Yaklaşımlar: Diotima, Arendt ve Beauvoir”, *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 55, s. 51-73.
- EDELSTEIN, Dan: “Rousseau, Bodin, and the Medieval Corporatist Origins of Popular Sovereignty”, *Political Theory*, 2022, Cilt 50, Sayı 1, s. 141-168.
- ERGÜL, Ergin: *Genel Kamu Hukuku Dersleri (İlk Çağ’dan Günümüze Devlet Teorisi)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- GIERKE, Otto: *Political Theories of the Middle Age*, (Çev.) MAITLAND, Frederic William, Cambridge University Press, Cambridge, 1922.
- GOLDIE, Mark: “Mary Astell and John Locke”, (Ed.) KOLBRENER, William / MICHELSON, Michal: *Mary Astell: Reason, Gender and Faith*, Ashgate Publishing, Burlington, 2007, s. 65-87.

- GÖZE, Ayferi: *Siyasal Düşünce Tarihi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- GÖZE, Ayferi: *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ: “Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 8, Sayı 2, s. 1-19.
- HELD, Virginia: “Non-contractual Society: A Feminist View”, *Canadian Journal of Philosophy*, 1987, Sayı 13, s. 111-137.
- HILL, Bridget: *Women, Work & Sexual Politics in Eighteenth-Century England*, Taylor & Francis e-Library, Londra-New York, 2005.
- HINTON, Raymond William King: “Husbands, Fathers and Conquerors”, *Political Studies*, 1968, Cilt 16, Sayı 1, s. 55-67.
- HOBBS, Thomas: *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, (Çev.) LİM, Semih, 6. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007.
- HOOKS, Bell: *Ain't I a Woman: Black Women and Feminism*, Pluto Press, Londra-Winchester, 1990.
- KANTOROWICZ, Ernst H.: “Orta Çağ Siyasi Düşüncesinde Vatan İçin Ölmek – Pro Patria Mori”, (Der.) AKAL, Cemal Bali: *Devlet Kuramı*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s. 109-129.
- KANTOROWICZ, Ernst H.: *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2016 (The King's Two Bodies).
- KINNAIRD, Joan K.: “Mary Astell and the Conservative Contribution to English Feminism”, *Journal of British Studies*, 1979, Cilt 19, Sayı 1, s. 53-75.
- LISTER, Andrew: “Marriage and Misogyny: The Place of Mary Astell in The History of Political Thought”, *History of Political Thought*, 2004, Cilt 25, Sayı 1, s. 44-72.
- LOCKE, John: *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme*, (Çev.) BAKIRCI, Fahri, Eabil Yayınları, Ankara, 2012.
- MITCHELL, Juliet / OAKLEY, Ann: “Giriş”, (Ed.) MITCHELL, Juliet / OAKLEY, Ann: *Kadın ve Eşitlik*, (Çev.) BERKTAY, Fatmagül, Kaynak Yayınları, İstanbul, 1984, s. 11-23.
- NORTON, Mary Beth: *Separated by Their Sex: Women in Public And Private in the Colonial Atlantic World*, Cornell University Press, Ithaka-Londra, 2011.
- OKIN, Susan Moller: *Women in Western Political Thought*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2013.
- ÖKTEM, Seda: “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 67, s. 309-336.
- ÖZDEMİR, Ali Murat / SAYGILI, Abdurrahman / Zabunoğlu, Hamdi Gökçe / AKYILDIZ, Necat / KETİZMEN, Muammer / DEMİRLİ, Aynur / AYKUT, Ebubekir / TÜRKOĞLU KARACAOVA, Ezgi Nur / UĞURLU, Gök-su / ŞAHİN, Ozan Giray: *Genel Kamu Hukuku: Kuramsal Yaklaşım*, 5. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2023.
- PATEMAN, Carole: “‘God Hath Ordained to Man a Helper’: Hobbes, Patriarchy and Conjugal Right”, *British Journal of Political Science*, 1989, Cilt 19, Sayı 4, s. 445-463.
- PATEMAN, Carole: *Cinsel Sözleşme*, (Çev.) ALPAR, Zeynep, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2017 (Cinsel Sözleşme).
- PERRY, Ruth: “Mary Astell and the Feminist Critique of Possessive Individualism”, *Eighteenth-Century Studies*, 1990, Cilt 23, Sayı 4, s. 444-457 (Feminist Critique of Possessive Individualism).
- PERRY, Ruth: “Mary Astell's Response to the Enlightenment”, *Women & History*, 1984, Cilt 3, Sayı 9, s. 13-40.
- PIERSON, Christopher: *Modern Devlet*, (Çev.) KUTLUĞ, Neşet / ERDOĞAN, Burcu, Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul, 2011.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: *Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- SCOTT, Joan W.: *Feminist Tarihin Peşinde*, (Der.) DİNÇER, Fahriye / Aslan, Özlem, BGST Yayınları, İstanbul, 2013.
- SHANLEY, Mary Lyndon: “Marriage Contract and Social Contract in Seventeenth Century English Political Thought”, *The Western Political Quarterly*, 1979, Cilt 32, Sayı 1, s. 79-91.

- SKINNER, Quentin: *The Foundations of Modern Political Thought: Volume 1-The Renaissance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1978.
- SMITH, Hilda L.: “Cry Up Liberty: The Political Context For Mary Astell’s Feminism”, (Ed.) KOLBRENER, William / MICHELSON, Michal: *Mary Astell: Reason, Gender, Faith*, Ashgate Publishing, Burlington, 2007, s. 193-205.
- SOMMERVILLE, Margaret R.: *Sex and Subjection: Attitudes to Women in Early-Modern Society*, Arnold, Londra-New York, 1995.
- SOWAAL, Alice: “Mary Astell”, (Ed.) ZALTA, Edward N. / NODELMAN, Uri: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer Edition, 2023 (<https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/astell/>, ET: 13.01.2024).
- SPRINGBORG, Patricia: “Introduction”, (Ed.) SPRINGBORG, Patricia: *A Serious Proposal to the Ladies Parts I and II*, Broadview Literary Texts, Ontario, 2002, s. 9-43.
- SPRINGBORG, Patricia: “Mary Astell (1666-1731), Critic of Locke”, *The American Political Science Review*, 1995, Cilt 89, Sayı 3, s. 621-633 (Critic of Locke),
- SPRINGBORG, Patricia: “Quentin Skinner and Hobbes’s Artificial Person of the State Redux: From Humanism to Hobbes”, *Global Intellectual History*, 2021, Cilt 6, Sayı 5, s. 1-47.
- SPRINGBORG, Patricia: *Mary Astell: Theorist of Freedom from Domination*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006 (Theorist of Freedom from Domination).
- STRETTON, Tim: “Women, Property and Law”, (Ed.) PACHECO, Anita: *A Companion to Early Modern Women’s Writing*, Blackwell Publishing, Oxford, 2002, s. 40-58.
- TAYLOR, E. Derek / NEW, Melvyn: “Introduction: Mary Astell and John Norris: A Correspondence”, (Ed.) TAYLOR, E. Derek / NEW, Melvyn: *Mary Astell and John Norris: Letters Concerning the Love of God*, Ashgate, Routledge, Oxfordshire, 2005, s. 1-49.
- UYGUN, Oktay: “Feminist Hukuk Teorisi ve Özen Ahlakı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 14, Sayı 1, s. 127-149.
- UYGUR, Gülriz / ÖZDEMİR, Nadire: “Giriş”, (Ed.) UYGUR, Gülriz / ÖZDEMİR, Nadire: *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 7-17.
- WAHL, James A.: “Baldus de Ubaldis and the Foundations of the Nation-State”, *Manuscripta*, 1977, Cilt 21, Sayı 2, s. 80-96.
- WEISS, Penny A.: “‘From the Throne to Every Private Family’: Mary Astell as Analyst of Power”, (Ed.) SOWAAL, Alice / WEISS, Penny A.: *Feminist Interpretations of Mary Astell*, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2016, s. 128-153.
- WEISS, Penny A.: *Canon Fodder: Historical Women Political Thinkers*, Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2009 (Canon Fodder).
- YANG, June: “John Norris”, (Ed.) ZALTA, Edward N. / NODELMAN, Uri: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter Edition, 2023 (<https://plato.stanford.edu/archives/win2023/entries/john-norris/>, ET: 14.04.2024).
- YUVAL-DAVIS, Nira: *Cinsiyet ve Millet*, (Çev.) BEKTAŞ, Aysin, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2010.
- ZABUNOĞLU, H. Gökçe: “Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke’un Devlet Anlayışı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 2, s. 431-456.

Franchise Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi^(*)



Determination of the Competent Court in Disputes Arising from Franchise Agreements

Betül AZAKLI ARSLAN



Öğretim Görevlisi Doktor
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Adalet Meslek Yüksekokulu

Anahtar Kelimeler

*Franchise Sözleşmesi,
İsimsiz sözleşme,
Görevli Mahkeme,
Ticari Dava,
Sınai Mülkiyet Hakları.*

Öz

Franchise sözleşmesinin hukukî niteliğinin öteden beri tartışmalı olması, medenî usul hukuku bakımından bazı sorunlara neden olmaktadır. Bu sorunların en önemlilerinden birisi de franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, davaların hangi mahkemede açılacağına belirlenmesidir. Söz konusu uyuşmazlıklarda görevli mahkemeye ilişkin özel bir kanunî düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda mahkemelerin görevi, davaların hangi mahkemede açılacağı belirlenirken kullanılan kriterler üzerinden değerlendirme yapılarak tespit edilmektedir. Türk hukukunda görevli mahkeme belirlenirken farklı kriterler üzerinden değerlendirme yapılmaktadır. Bu kriterler, uyuşmazlığın niteliği ve/veya tarafların statüleri yahut uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerinin hangisi olduğuna bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Özellikle, franchise sözleşmesinin hukukî niteliğinin isimsiz sözleşme olması ve birden çok sözleşmeye ilişkin unsuru içerisinde barındırması, bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak maddî hukuk hükümlerinin belirlenmesinde tereddütte neden olmaktadır. Çalışmamızda bu çerçevede franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tespiti, söz konusu sözleşmelerden doğabilecek farklı nitelikteki uyuşmazlıklar göz önünde bulundurularak incelenmiştir. Bu inceleme için öğretilerdeki görüşlerin yanı sıra Yargıtay ve bölge adliye mahkemesi kararları değerlendirilmiş ve önemli bazı sonuçlara ulaşılmıştır.

Keywords

*Franchise Agreement,
Innominate Contract,
Competent Court,
Commercial Litigation,
Industrial Property
Rights.*

Abstract

The legal nature of franchise agreements has long been a subject of debate, leading to issues in the context of procedural law. One of the most important issues is the determination which court has jurisdiction over disputes arising from franchise agreements. There is no specific legal regulation regarding the competent court for such disputes. Therefore, the jurisdiction of the courts in disputes arising from franchise agreements is determined based on the criteria used to identify which court should hear the case. In Turkish law, different criteria are used to determine the competent court, depending on the nature of the dispute, the status of the parties, and the substantive legal provisions applicable to the dispute. Specifically, the legal nature of the franchise agreement as an unnamed contract containing elements of multiple agreements creates uncertainty in determining the substantive legal provisions applicable to disputes arising from such agreements. In this study, we examine the determination of the competent court in disputes arising from franchise agreements, considering the different types of disputes that may arise from such agreements. For this examination, we have evaluated the opinions in the literature as well as the decisions of the Supreme Court and regional courts of appeal, and have reached some important conclusions.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 27.06.2024, Kabul Tarihi: 09.07.2024.

GİRİŞ

Günlük hayatta mal ve hizmet sektöründe franchise sözleşmesiyle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu sözleşme ile franchise veren, pazarlama anlayışı, gayri maddî mallar gibi franchise paketi veya sisteminin franchise alanın kullanımına sunma borcunu üstlenmekte ve franchise alan da bunun karşılığında ücret ödeme ve sürümü artırma yükümlülüğü altına girmektedir¹. Franchise sözleşmesine ilişkin özel bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu sözleşme, kanunda düzenlenen sözleşme türlerinin herhangi birine tam olarak uymamakla birlikte içerisinde bu türlerin unsurlarını barındırmaktadır. Bu niteliği gereğince de franchise sözleşmesinin isimsiz sözleşme olduğu savunulmakta, ancak isimsiz sözleşme türlerinden hangisine girdiği halen tartışılmaktadır.

Franchise sözleşmesinin hukukî niteliğinin öteden beri tartışmalı olması, medeni usul hukuku bakımından bazı sorunlara neden olmaktadır. Bu sorunların en önemlilerinden birisi de, franchise sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, davaların hangi mahkemede açılacağına belirlenmesidir. Franchise sözleşmesinin farklı türde sözleşmelere ait unsurları içerisinde barındırması nedeniyle bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar birden çok hukuk disipliniyle ilgilendirebilmektedir. Bu durum, uyuşmazlık doğması halinde görevli mahkemenin belirlenmesini etkilemektedir. Söz konusu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, çoğunlukla uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerine bağlı olarak değişmektedir. Öte yandan franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, sadece uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümleri değil, uyuşmazlığın tarafları ve uyuşmazlığın konusu da görevli mahkeme belirlenirken dikkate alınmaktadır.

Franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, davaların hangi mahkemede açılacağı, öğretideki görüşlerin yanı sıra Yargıtay ve bölge adliye mahkemesi kararlarına konu edilmiştir. Bu konuda verilen yakın tarihli yargı kararlarında yeknesaklık bulunmakla birlikte, ilk derece mahkemeleri arasında halen olumsuz görev uyuşmazlığı çıkmaktadır². Ayrıca, söz konusu uyuşmazlıklarda, üst derece mahkemelerinin daireleri arasında iş bölümünün yanlış tespit edildiğine ilişkin kararlara da rastlanmaktadır³. Bu çalışmada, franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tespitinde kullanılan kriterler söz konusu kararlar ışığında incelenecektir. Konu ele alınırken öncelikle görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkin genel kurallara yer verilecek, ardından franchise sözleşmesinin genel özellikleri ve bu sözleşmelere uygulanacak maddî hukuk kuralları irdelenecektir. Son olarak görevli mahkemenin belirlenmesinde kullanılan kriterler ışığında franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeler tespit edilecektir.

I. GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

A. Göreve İlişkin Temel Kuralları

Özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlık nedeniyle açılacak bir davanın hangi ilk derece mahkemesi tarafından görüleceği görev kuralları ile tespit edilmektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) m. 1'de, görev kurallarının kamu düzenine ait olduğu⁴ ve ancak kanunla belirlenebile-

¹ AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 32; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 983-984; GÜRZUMAR, Osman Berat: *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukukten Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1995, s. 26; KIRCA, Çiğdem: *Franchise Sözleşmesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1997 (Franchise Sözleşmesi), s. 20.

² Kayseri 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 21.02.2024, E. 2023/1002, K. 2024/174; Bakırköy 2. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, T. 30.03.2022, E. 2021/514, K. 2022/42; İstanbul Anadolu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 15.02.2022, E. 2020/716, K. 2022/109; İzmir 4. Ticaret Mahkemesi, T. 23.06.2022, E. 2022/134, K. 2022/639; Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 28.05.2021, E. 2021/121, K. 2021/376; Bakırköy 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 15.11.2021, E. 2021/552, K. 2021/1010 (Lexpera).

³ İstanbul BAM, 16. HD, T. 21.03.2019, E. 2019/610, K. 2019/629; İstanbul BAM, 18. HD, T. 25.03.2021, E. 2021/754, K. 2021/636; İstanbul BAM, 18. HD, T. 17.01.2020, E. 2020/276, K. 2020/231; İstanbul BAM, 18. HD, T. 03.06.2020, E. 2020/933, K. 2020/710 (Lexpera); İstanbul BAM, 16. HD, T. 20.06.2018, E. 2018/2171, K. 2018/1423; İstanbul BAM, 16. HD, T. 09.05.2018, E. 2018/1846, K. 2018/1131 (Legalbank).

⁴ Öğretide görev kurallarının kamu düzeninden olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. ASLAN, Ali Çetin: *Medeni Usul Hukukunda Görev*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 351 vd.

ceği ifade edilmektedir⁵. Bu düzenleme, Anayasa m. 142’de yer alan mahkemelerin görevinin kanunla düzenlenmesi gerektiğine ilişkin hükmün uzantısı niteliğindedir. İlk derece mahkemelerinin görevine ilişkin genel kurallar, HMK m. 2 ve 4 hükümlerinde; ilaveten 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’unda düzenlenmiştir. Özel mahkemelerin görev alanına ilişkin kurallar ise, özel kanunlarda ayrı düzenlemelere [örneğin, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) m. 5; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 5; 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 156] konu edilmiştir.

Bir davada, mahkemenin görevi belirlenirken ilk olarak göreve ilişkin özel bir kanun düzenlemesi bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir⁶. 5235 sayılı Kanun m. 6/3’te özel mahkemelerin görevi saklı tutulmuştur. İlgili düzenlemede ayrıca, görevli mahkeme belirlenirken aksine bir düzenlemenin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi ve aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece genel mahkemelerin görevli kılınması gerektiği ifade edilmektedir. Özel bir mahkemenin görevli olmaması halinde, ayrıca bir değerlendirme yapılarak uyuşmazlığın sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girip girmediği tespit edilmelidir. 5235 sayılı Kanun m. 6/2’de ve HMK m. 2’de, asliye hukuk mahkemesinde uyuşmazlığın görülebilmesi, özel kanunlarda o uyuşmazlık için görevli mahkemeye yönelik bir düzenleme bulunmamasının yanı sıra, sulh hukuk mahkemesinin görevli bulunmaması şartına bağlanmıştır. Ayrıca, görevli mahkeme belirlenirken özel mahkemelerin her yargı çevresinde kurulmadığı dikkate alınmalıdır. Özel mahkemelerin bulunmadığı yargı çevrelerinde, bu mahkemenin görevli olduğu uyuşmazlıklarda dava, görevli mahkeme sıfatıyla asliye hukuk mahkemesinde görülmelidir⁷.

Mahkemelerin görevi bir dava şartıdır (HMK m. 114/1-c). Mahkemelerin görevinin dava şartı olmasına bağlanan ilk sonuç, varlığının davanın her aşamasında hâkim tarafından re’sen araştırılabilmesi ve tarafların her zaman mahkemenin görevli olmadığını ileri sürebilmesidir (HMK m. 115/1). Görev kurallarına aykırılığın ilk derece mahkemelerinde fark edilmemesi halinde, üst derece mahkemeleri tarafından re’sen inceleneceği düzenlenmiştir (HMK m. 355). Mahkemece re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine görevli mahkemeye ilişkin dava şartının noksan olduğu tespit edildiği takdirde, dava usûlden reddedilmelidir (HMK m. 115/2). Görevin dava şartı olmasına bağlanan bir diğer sonuç

⁵ Görev kurallarının aksinin taraflarca kararlaştırılmayacağına ilişkin bkz. ANSAY, Sabri Şakir: *Hukukta Yargılama Usûlleri*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960, s. 80; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medeni Usûl Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 214; ASLAN, s. 268; ATALI, Murat: “Hukuk Yargılamamızda Genel Mahkemeler, Görev Kavramı ve Görevsizlik Kararı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı Özel Sayısı, s. 537; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medeni Usûl Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, 162; BERKİN, Necmettin Mehmet: *Tatbikatçılara Medeni Usûl Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981, 71; BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun: *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 173; GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medeni Usûl Hukuku*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 103; KARAFAKİH, İ. Hakki: *Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esaslar*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1952, s. 45; KARSLI, Abdurrahim: *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. Baskı, Alternatif, İstanbul, 2014, s. 205, 395; KURU, Baki / AYDIN, Burak: *Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, Cilt I*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 151; PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Ed.): *Pekcanitez Usûl, Medeni Usûl Hukuku, Cilt I*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usûl), s. 240; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 67; TANRIVER, Süha: *Medeni Usûl Hukuku, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 153; ULUKAPI, Ömer: *Medeni Usûl Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 151; UMAR, Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 15; YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 42.

⁶ AKKAN, *Pekcanitez Usûl*, s. 233; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 204; ASLAN, s. 56; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 135; KARSLI, s. 395; ULUKAPI, s. 48.

⁷ ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, M. Kâmil / DEREN YILDIRIM, Nevhis: *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 22 vd.; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 104; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 135, 136; BUDAK, A. Cem / KARAASLAN, Varol: *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 2023, s. 47; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 31; KARSLI, s. 83; KURU / AYDIN, s. 242; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 38; ULUKAPI, s. 151. Öğretide *Göksu*, asliye hukuk mahkemelerinin özel mahkeme bulunmayan yerlerde, o mahkemenin sıfatıyla davaya bakmasına izin veren bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre, mevcut durumda 5235 sayılı Kanun m. 6/3’te yer verilen “özel kanunlarla kurulan hukuk mahkemelerinin görevleri saklıdır” ifadesi, aynı maddenin 2. fıkrasında yer alan “Asliye hukuk mahkemeleri, sulh hukuk mahkemelerinin görevleri dışında kalan ve özel hukuk ilişkilerinden doğan her türlü dava ve işler ile kanunların verdiği diğer dava ve işlere bakar” düzenlemesinin bu konuda temel yasa olduğu kabul edilse dahi, bu sonucun kabul edilmesine engeldir. GÖKSU, Mustafa: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tadili İhtiyacı ve Bu Konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2017, Sayı 32, s. 87. Öğretide *Aslan* ise, benzer bir kanun düzenlemesine ihtiyacın mevcut olduğunu kabul etmekle birlikte, bu ihtiyacı görevin ancak kanunla belirlenmesi gerektiği gerekçesine dayandırmaktadır. ASLAN, s. 76.

ise, varlığının ön inceleme aşamasında irdelenecek olmasıdır. HMK m. 137/1 gereğince, ön inceleme aşamasında öncelikle dava şartlarının ve ilk itirazların varlığı incelenmeli, ardından uyuşmazlık konuları belirlenmelidir. Ancak ön inceleme aşamasında görev konusunun yanlış değerlendirilmesi ya da hiç değerlendirilmemesi, sonraki aşamalarda görevsizlik kararı verilmesini engellemektedir⁸. Nihayet mahkemelerin görevinin dava şartı olmasına bağlanan sonuçlardan biri de görevli mahkemenin davanın açıldığı an esas alınarak belirlenmesidir⁹.

Mahkemenin görevli olması, tamamlanabilen bir dava şartı olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle görevsiz mahkemede dava açıldığı takdirde dava şartı eksikliğinin tamamlanması için kesin süre verilemez. Bu halde davanın görevsiz mahkeme tarafından dava şartı yokluğu nedeniyle usûlden reddi gerekir.

B. Görevli Mahkemenin Belirlenmesinde Dikkate Alınan Kriterler

Mahkemelerin görev alanı belirlenirken hukuk sistemleri farklı kriterleri esas alarak bir sınıflandırma yapmaktadır¹⁰. Türk hukuku bakımından mahkemelerin görev alanı, uyuşmazlığın niteliği, tarafların statüleri veya her iki kriter birlikte yahut uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk kuralları dikkate alınarak belirlenmiştir. Bu kriterlere uygun olarak mahkemeler, genel ve özel mahkemeler şeklinde sınıflandırılmaktadır.

Asliye hukuk mahkemeleri, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan dava ve işler bakımından genel görevli mahkeme olarak kabul edilmiştir (HMK m. 2). Aksine düzenleme bulunmadığı müddetçe asliye hukuk mahkemeleri, malvarlığı haklarına ve şahıs varlığına ilişkin davalarda görevlidir. Bu davalarda dava konusunun değer ve miktarına bakılmaz. Buna göre, asliye hukuk mahkemelerinin görev alanı, diğer mahkemelerin görev alanı dışında kalan uyuşmazlıklara ilişkin olarak belirlenmektedir. Sulh hukuk mahkemeleri ise HMK’de ya da diğer kanunlarda sayılan ve birbirleriyle bağlantısı kurulamayacak olan uyuşmazlık türleri bakımından görevlendirilmiştir¹¹. Örneğin, kira ilişkisinden doğan tüm uyuşmazlıklarda, ortaklığın giderilmesi davalarında ve zilyetliğin korunması davalarında sulh hukuk mahkemesi görevlidir (HMK m. 4). Buna göre, sulh hukuk mahkemesinin görev alanı, uyuşmazlık konusunun niteliğine göre belirlenmektedir.

Özel mahkemelerin bakacakları davalar ve işler ise, kendi özel kanunları tarafından belirlenmektedir¹². Bu düzenlemelerde özel mahkemelerin görev alanı çoğunlukla belirli türdeki veya belirli kişiler arasındaki uyuşmazlıklar dikkate alınarak belirlenmiştir¹³. Örneğin, bir ticari dava türü olan nispi ticari davada, “her iki tarafın tacir olması” ve uyuşmazlığın “her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması” şartı aranmaktadır (TTK m. 4/1). Nispi ticari davalar, TTK m. 5 gereğince asliye ticaret mahkemelerinin görev alanında sayılmaktadır. O halde, asliye ticaret mahkemelerinin görev alanı belirlenirken tarafların

⁸ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 215; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 162, 163; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 103; PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Ed.): *Pekcanitez Usûl, Medeni Usûl Hukuku, Cilt II*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usûl), s. 954; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 214; TANRIVER, s. 682; ULUKAPI, s. 151.

⁹ ASLAN, s. 306; PEKCANITEZ, Hakan: “Medeni Usûl Hukuku’nda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 4, Sayı 2, s. 178; ÜSTÜNDAĞ, Saim: *Medeni Yargılama Hukuku*, Yazarın Kendi Yayını, İstanbul, 2000, s. 171. Dava şartlarının davanın açıldığı an esas alınarak kontrol edileceğine ilişkin bkz. ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 355; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 276; KARSLI, s. 435; KURU / AYDIN, s. 396; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 248; POSTACIOĞLU, İlhan / ALTAY, Sümer: *Medeni Usûl Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 436; TANRIVER, s. 682; ULUKAPI, s. 257; UMAR, s. 368; YILMAZ, s. 2699.

¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ASLAN, s. 379 vd.

¹¹ ASLAN, s. 109; POSTACIOĞLU / ALTAY, s. 102.

¹² AKKAN, *Pekcanitez Usûl*, s. 135; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 103; BİLGE / ÖNEN, s. 38; BUDAK / KARAASLAN, s. 53; KURU / AYDIN, s. 68; ÜSTÜNDAĞ, s. 48; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 39; POSTACIOĞLU / ALTAY, s. 101; ULUKAPI, s. 235.

¹³ AKKAN, *Pekcanitez Usûl*, s. 135; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 102; ASLAN, s. 110; ATALI, s. 526; BİLGE / ÖNEN, s. 31, 38; KARAFAKİH, s. 25; KARSLI, s. 89; KURU / AYDIN, s. 68; TANRIVER, s. 107; ULUKAPI, s. 46. Özel mahkemelerin görevinin uyuşmazlık konusuna göre belirleneceğine ilişkin bkz. BUDAK / KARAASLAN, s. 47.

statülerinin yanı sıra uyuşmazlık konusunun niteliği de dikkate alınmaktadır¹⁴. İşaret edilen kriterlerin benzer şekilde esas alındığı özel mahkemelerden bir diğeri iş mahkemesidir. İş mahkemeleri, İş Mahkemeleri Kanunu m. 5/1-a’da, “5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemi adamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına” yönelik dava ve işlere bakmakla görevlendirilmiştir. Buna göre, iş mahkemelerinin görev alanı hem uyuşmazlık konusunun işaret edilen kanunlardan doğan bir iş ilişkisine dayanması hem de tarafların işçi, işveren veya işveren vekili olmaları şartına bağlı olarak belirlenmektedir¹⁵.

Özel mahkemelerin görev alanı belirlenirken uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerine bağlı olarak hareket edilen düzenlemeler de bulunmaktadır¹⁶. Örneğin, SMK m. 156 gereğince fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesi (FSHHM), bu Kanun’dan doğan davalarda görevlidir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) m. 76’ya göre, bu Kanun’da düzenlenen hukukî ilişkilerden kaynaklanan dava ve işlerde FSHHM görevlidir. Dolayısıyla FSHHM’nin görev alanı, uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerine göre belirlenmektedir. Benzer bir durum mutlak ticari davalarda görevli mahkemenin belirlenmesi halinde de mevcuttur. Örneğin, TTK m. 4’te, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın TTK’den, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) ilgili düzenlemelerinde belirlenen hususlardan kaynaklanan davalar ticari dava sayılmıştır. Ticari davaların bu türünde asliye ticaret mahkemesinin görev alanı, uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerine bağlı olarak belirlenmektedir.

II. FRANCHİSE SÖZLEŞMESİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

A. Tanımı ve Temel Unsurları

Franchise sözleşmesi öğretilerde¹⁷ ve içtihatlarda¹⁸ farklı şekillerde tanımlanmıştır. Ticari Acentelik, Franchise ve Dağıtım Sözleşmelerine İlişkin Avrupa Hukuku İlkeleri’nde (*Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts/ PEL- CAFDC- 3:101*)¹⁹ franchise sözleşmesi, “franchise veren- sözleşmenin bir tarafı-, franchise alana- sözleşmenin diğer tarafı- ücret

¹⁴ ASLAN, s. 569. Öğretilerde *Kırca*, ticari davalar için tarafların tacir ya da uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesiyle ilgili olup olmamasının değil, uyuşmazlığın niteliğinin esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir. KIRCA, İsmail: “Nispi Ticari Davaya Dair”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2017, Cilt 33, Sayı 1, s. 57.

¹⁵ ASLAN, s. 574; ERDÖNMEZ, Güray: *İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılama Usûlü*, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 1998, s. 21; TURGUT, Oya: *İş Yargılaması Usûl Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 40.

¹⁶ Öğretilerde *Budak*, özel mahkemelerin görev alanının dava konusu uyuşmazlığın esas itibarıyla özel mahkemenin ihtisaslaştığı hukuk dalının konusuna girip girmediğine göre belirlenmesi gerektiğini, zira uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükmüne göre görevli mahkemenin görevini belirleyen kanunun yanı sıra, başka maddî hukuk hükümlerine başvurulmasının da kaçınılmaz olduğunu, özellikle Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu gibi temel kanunlarda yer verilen genel hükümlerin özel kanun hükümleri ile birlikte uygulanmasının olağan olduğunu, bu gibi durumlarda görevli mahkemenin nasıl belirleneceği konusunun açıklığa kavuşturulmasına ihtiyaç olduğunu ileri sürmektedir. BUDAK, A. Cem: “Yargıtay’ın 2000-2003 Yılları Arasında Yayınlanan Medeni Usûl Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı II-III*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007, s. 100-101. Aynı yönde bkz. BUDAK / KARAASLAN, s. 53. Öğretilerde *Aslan* da mahkemelerin görev alanının bir kanundan kaynaklanan uyuşmazlıklar şeklinde belirlenmenin kanun yapma tekniği bakımından sorunlu olduğunu, bu nedenle hukukî ilişkinin esas alınmasının daha faydalı olacağını ileri sürmektedir. ASLAN, s. 392.

¹⁷ ALTINOK ORMANCI, Pınar: “Franchise Sözleşmesinin Haklı Sebep Feshinde Hizmet ve Adi Ortaklık Sözleşmelerine İlişkin Hükümlerden Yararlanılıp Yararlanılamayacağı Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2013, Cilt 4, Sayı 13, s. 378; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 30; EREN, s. 982; GÜRZUMAR, s. 10; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 19; TOPÇUOĞLU, Metin: “Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2003, Cilt 22, Sayı 1, s. 114; YENİOCAK, Umur: *Franchise Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 29. Mukayeseli hukukta bkz. SCHULTHESS, Victor: *Der Franchise-vertrag nach schweizerischem Recht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1975, s. 22; SKAUPY, Walther: “Das ‘Franchising’ als zeitgerechte Vertriebskonzeption”, *Der Betrieb*, 1982, Sayı 47, s. 2446.

¹⁸ “Franchising, bir ürün veya hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın belirli bir süre şart ve sınırlamalar dahilinde işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz hakkına konu ticari işleri yürütmek üzere ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun dönemli ve sürekli iş ilişkileri bütünü olup, birbirinden bağımsız iki taraf arasında meydana getirilen sözleşmesel ilişkidir.” Yargıtay, 19. HD, T. 25.06.2001, E. 2001/819, K. 2001/4917 (Lexpera).

¹⁹ Franchise sözleşmesinin tanımına, ilk kez Rekabet Kurumu Başkanlığı tarafından çıkarılan ve yürürlükten kalkan 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde yer verilmiştir. (16.12.1998 tarihli ve 23555 sayılı Resmî Gazete).

karşılığında kendi ağı içerisinde belirli ürünlerin kendi adına satılması amacıyla bir işi (franchise işi) yürütme hakkı vermenin yanı sıra ona ticari adını veya markasını ve diğer fikri mülkiyet haklarını; know-how'ı ve iş yönetimini kullanma hakkını ve yükümlülüğünü verdiği sözleşme" şeklinde tanımlanmıştır. Franchise sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile franchise verenin franchise paketi veya sistemini (pazarlama anlayışı, gayrî maddî mallar, franchise anlayışı gibi) franchise alanın kullanımına sunma; franchise alanın ise bunun karşılığında ücret ödeme ve sürümü artırma yükümlülüğü bulunmaktadır²⁰. Söz konusu yükümlülükler sözleşme süresi boyunca devam etmektedir. Bu nedenle franchise sözleşmesinin, sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir²¹. Tarafların hakları ve borçları, sözleşmede genel olarak belirlenmekte, iş ilişkisinin detayları içinse ileride birçok münferit sözleşme yapılmaktadır. Bu nedenle franchise sözleşmesi çerçeve sözleşme niteliği taşımaktadır²².

Franchise sözleşmesinin tarafları birbirinden bağımsız, kendi ad ve hesabına çalışan kimselerdir²³. Franchise alanın, franchise veren tarafından verilen talimatlara bağlı olmasının ve kontrollerine katlanma yükümlülüğünün varlığı bağımsızlığını etkilememektedir²⁴. Franchise sisteminin gerekleri nedeniyle franchise veren ve franchise alan arasında ekonomik anlamda bağıllık bulunmaktadır. Ancak franchise alanın ticari faaliyetini ayrı ve bağımsız bir işletmede, kendi ad ve hesabına gerçekleştirmesi, bu faaliyetin rizikosunu üstlenmesi, işletmesi için gereken sermayeyi getirmesi ve malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunması²⁵ gibi hususlar hukukî anlamda bağımsız bir tacir olduğunu ortaya koymaktadır²⁶. Öte yandan franchise alan ve franchise veren arasında dikey bir iş birliği yer almaktadır²⁷. Zira bu kişiler farklı ekonomik basamaklarda yer alsalar da sürümü artırmak amacıyla bir arada bulunmaktadır.

B. Hukukî Niteliği

Franchise sözleşmesi çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurları bünyesinde barındırmaktadır. Buna göre söz konusu sözleşme, tipik sözleşmelere ilişkin birtakım unsurlar ile kanunda düzenlenmemiş sözleşmelere dair birtakım unsurların birleştirilmesi neticesinde ve kanunda öngörülmeyen başka bir sözleşme şeklinde kurulmaktadır. Nitekim franchise sözleşmesinin genellikle, satım, kira, hizmet, vekalet, adi ortaklık gibi kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait unsurlar ile lisans, *know-how*, tek satıcılık gibi kanunda düzenlenmemiş sözleşmelere ait unsurları içerecek şekilde kurulduğu ileri sürülmektedir²⁸. Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde franchise sözleşmesinin bu şekilde kurulmasına izin verilmekte ve bu özelliği gereğince de hukukî niteliğinin isimsiz sözleşme olduğu kabul edilmektedir²⁹. Ancak sözleşmenin isimsiz sözleşme türlerinden hangisine girdiği tartışmalıdır³⁰. Öğretide,

²⁰ KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 109 vd., 169. Tarafların borçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 379; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 33 vd.; GÜRZUMAR, s. 10 vd.; EREN, s. 993 vd.; TOPÇUOĞLU, s. 118 vd.; YENİOCAK, s. 45 vd.

²¹ ALTINOK ORMANCI, s. 383; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 30; EREN, s. 985; TOPÇUOĞLU, s. 115; YENİOCAK, s. 35.

²² ALTINOK ORMANCI, s. 383; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 31; EREN, s. 985; GÜRZUMAR, s. 28; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 22; TOPÇUOĞLU, s. 116; SKAUPY, s. 2446; YENİOCAK, s. 37.

²³ ALTINOK ORMANCI, s. 379; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 31; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 24; TOPÇUOĞLU, s. 116; SKAUPY, s. 2446; GÜRZUMAR, s. 12; SCHULTHESS, s. 127-128.

²⁴ ALTINOK ORMANCI, s. 379.

²⁵ ALTINOK ORMANCI, s. 379-380; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 25.

²⁶ Franchise alanın bağımsız bir tacir olduğuna ilişkin bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 380; GÜRZUMAR, s. 7; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 24 vd.

²⁷ ALTINOK ORMANCI, s. 380; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 32; EREN, s. 987; TOPÇUOĞLU, s. 114; SCHULTHESS, s. 17, 18; SKAUPY, s. 2447; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 28.

²⁸ EREN, s. 984; KALE, Serdar: *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 30, 31; SKAUPY, s. 2447.

²⁹ ALTINOK ORMANCI, s. 385; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 23, 30; EREN, s. 981; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 60; KUNTALP, Erden: *Karışık Muhtevalı Akit*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013, s. 8; SCHLUEP, R. Walter: *In-nominatverträge, Separatdruck aus "schweizerisches Privatrecht", Bd.VII/1/2. OR-Besondere Verhältnisse*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel-Stuttgart, 1979, s. 855; YENİOCAK, s. 33. Franchise sözleşmesini isimsiz sözleşme olarak nitelendiren kararlar için bkz. Yargıtay, HGK, T. 16.05.2019, E. 2019/60, K. 2019/579; Yargıtay, HGK, T. 30.01.2013, E. 2012/671, K. 2013/151; Ankara BAM, 22. HD, T. 16.05.2022, E. 2019/2101, K. 2022/690; İstanbul BAM, 44. HD, T. 28.02.2022, E. 2020/901, K. 2022/733; İstanbul BAM, 3. HD, T. 19.01.2022, E. 2021/975, K. 2022/113 (Lexpera).

franchise sözleşmesinin hukukî niteliğinin karma sözleşme olduğunu ileri süren bir görüş olduğu gibi³¹, bu sözleşmeyi kendine özgü sözleşme biçiminde niteleyen yazarlar³² da bulunmaktadır. Bir grup yazara göre ise franchise sözleşmesi, somut olayın özelliklerine göre hem karma hem de kendine özgü sözleşme şeklinde nitelenebilir³³. Nihayet bir başka fikre göre ise, sözleşmeye uygulanacak hükümler belirlenirken kullanılacak kıyas ve yaratma teorisi dikkate alındığında, franchise sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin karma ya da kendine özgü sözleşme ayırımına gitmek esasen önemli sonuçlar doğurmamaktadır³⁴.

C. Uyuşmazlığa Uygulanacak Maddî Hukuk Hükümleri

Franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tespiti, uyuşmazlığa hangi maddî hukuk hükümlerinin uygulanacağını belirlenmesini gerektirmektedir. Yukarıda işaret edilen franchise sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin öğreti görüşleri, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara hangi maddî hukuk hükümlerinin uygulanacağını belirlenmesiyle yakından ilgilidir. Zira franchise sözleşmesinin hangi tür isimsiz sözleşme olduğu, uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerinin hangi yöntemle belirleneceğini etkilemektedir.

Franchise sözleşmesinin hukukî niteliğinin kendine özgü isimsiz sözleşme olduğu kabul edildiğinde, bu sözleşmelerden doğabilecek uyuşmazlıklara uygulanacak maddî hukuk hükümleri belirlenirken hâkimin şu sıralamayı dikkate alması gerektiği ileri sürülmektedir³⁵: Hâkim öncelikle sözleşmeyi ve tarafların iradelerini yorumlamalı, bu yorum faaliyeti neticesinde tarafların gerçek iradelerini belirlemelidir. Ardından TBK'nin genel hükümlerine başvurulmalıdır. Uyuşmazlığın bu şekilde çözümünü mümkün olmazsa hâkimin, uyuşmazlık konusunda bir örf ve âdet kuralının varlığını araştırması gerekir. Böyle bir kural bulunmadığı takdirde ise, Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri menfaatler durumuna uygun ölçüde kıyasen uygulanmalıdır. Nihayet bu sıralama neticesinde başvurulacak herhangi bir hüküm bulunmadığı takdirde, hâkimin kanun koyucuyumş gibi davranıp kanun boşluğunu doldurması gerekir (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 1).

Franchise sözleşmesinin hukukî niteliğinin karma isimsiz sözleşme olduğu kabul edildiğinde ise, bu sözleşmelere hangi maddî hukuk hükümlerinin uygulanacağı öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmalar farklı teorilerden yola çıkarak bir sonuca varmaktadır³⁶. Örneğin, çeşitli tiplerin birbirini götürmesi teorisi gereğince, karma sözleşmenin unsurunu taşıyan sözleşme tiplerine ilişkin özel hükümlerin hiçbiri kıyas yoluyla dahi uygulanamamakta, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar, borçlar hukukunun

³⁰ Öğretide bu görüş ayrılığının sebebinin karma sözleşme ve kendine özgü sözleşme kavramlarına ilişkin görüş birliğinin bulunmaması olduğu ileri sürülmektedir. YENİOCAK, s. 33; ALTINOK ORMANCI, s. 385.

³¹ ALTINOK ORMANCI, s. 386; GÜRZUMAR, s. 20; SKAUPY s. 2447; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 61; SCHULTHESS, s. 156; YENİOCAK, s. 33-34. Franchise sözleşmesini karma sözleşme olarak nitelendiren kararlar için bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 29.04.2015, E. 2015/847, K. 2015/6014; İstanbul BAM, 16. HD, T. 06.02.2024, E. 2023/174, K. 2024/236; Ankara BAM, 22. HD, T. 16.05.2022, E. 2019/21010, K. 2022/690; İstanbul BAM, 37. HD, T. 14.09.2020, E. 2020/631, K. 2020/1542; İstanbul BAM, 16. HD, T. 13.02.2020, E. 2020/246, K. 2020/331; İzmir BAM, 20. HD, T. 03.02.2022, E. 2022/168, K. 2022/207 (Lexpera).

³² AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 24, 30; EREN, s. 983; GÜMÜŞ, M. Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 9; KALE, s. 30; KRAMER, A. Ernst: *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, I. Teilband: Unterteilband 1a Inhalt des Vertrages Unterteilband 1a Art. 19-22 OR*, Stämpfli Verlag, Bern, 1991, s. 33; KUNTALP, s. 18. Franchise sözleşmesini kendine özgü sözleşme olarak nitelendiren Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı için bkz. Yargıtay, HGK, T. 16.05.2019, E. 2017/60, K. 2019/579; Yargıtay, 11. HD, T. 29.04.2014, E. 2014/5246, K. 2014/8038; İstanbul BAM, 44. HD, T. 28.04.2022, E. 2020/901, K. 2022/733; İstanbul BAM, 37. HD, T. 29.11.2018, E. 2018/1787, K. 2018/2123; İzmir BAM, 11. HD, T. 11.05.2023, E. 2020/1518, K. 2023/708 (Lexpera).

³³ SCHLUEP, s. 855. İzmir BAM, 20. HD, T. 16.04.2021, E. 2020/265, K. 2021/342 (Lexpera).

³⁴ GÜRZUMAR, s. 20, dn. 126.

³⁵ EREN, s. 965; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 54, 59; KRAMER, s. 34 vd.; SCHLUEP, s. 797 vd.; TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I, Vedat Kitapçılık*, İstanbul, 2008, s. 13; YAVUZ, Cevdet: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 35; YENİOCAK, s. 35. Ayrıca bkz. GÜMÜŞ, s. 11-12. Yargıtay, HGK, T. 16.05.2019, E. 2017/60, K. 2019/579; İstanbul BAM, 44. HD, T. 16.09.2021, E. 2020/372, K. 2021/935 (Lexpera).

³⁶ Uygulanacak teorilere yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 959 vd.; GÜMÜŞ, s. 12-13; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 54-60; KUNTALP, s. 227-234; OKTAY, Saibe: "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, Cilt 55, Sayı 1-2, s. 275 vd.; TANDOĞAN, s. 73-75; YAVUZ, s. 34.

genel hükümleri uygulanarak çözülmektedir. Ancak bu görüş, hâkimin karar verme özgürlüğünü aşırı derecede sınırlandırdığı gerekçesiyle terk edilmiştir. Soğurma teorisine göre, sözleşmede yer alan üstün veya önemli bir unsur bakımından kanunî tipin hükümleri, sözleşmenin tamamına doğrudan doğruya uygulanmakta iken bu sözleşmenin önemli olmayan unsurlarına ilişkin hükümleri dikkate alınmaz. Bu teori, taraflarca eşit önemde oldukları kabul edilen iki edimden bir tanesine üstünlük tanınmasının tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü yok sayması nedeniyle terk edilmiştir³⁷. Buna karşılık ileri sürülen birleştirme teorisine göre, karma sözleşmeler kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinin unsurlarından oluşmaktadır. Bu halde, franchise sözleşmesinin içerdiği sözleşme unsurları ayrılmalı, her bir unsura ilişkin uyumsuzlığa kendi hükümleri doğrudan doğruya uygulanmalıdır. Ancak bu teori de, karma sözleşmelerin bu sözleşmeyi oluşturan unsurların basit bir toplamı olmadığı, bir sentezi olduğu nedeniyle eleştirilmiştir. Bu halde çeşitli unsurların ait oldukları sözleşme tiplerine ilişkin hükümlerin birbirinden farklı ve hatta çelişkili olabileceği ileri sürülmektedir. Nihayet kıyasen uygulama ve yaratma teorisi gereğince de, kanunda düzenlenen sözleşme tiplerine ilişkin hükümler, doğrudan doğruya sözleşmeye uygulanamaz. Bu halde ancak bu sözleşme için geçerli olmaları şartıyla ve menfaatler durumu ile kanunun gayesi de dikkate alınarak kıyasen uygulanabilir. Bu halde hâkim, gerekirse bir tipe ait hükümleri kıyasen uygulayabileceği gibi, çeşitli unsurlara ait hükümleri bir tarafa bırakarak borçlar hukukunun genel esaslarına göre de bir sonuca varabilir. Bunun mümkün olmaması halinde, hâkimin örf ve âdet hukukuna başvurması; nihayetinde bir sonuç çıkmaz ise, kanun koyucu gibi davranarak bir kural koyması gerekir.

Uyumsuzlığa hangi maddî hukuk kuralının uygulanacağı, yukarıda işaret edilen her iki isimsiz sözleşme türünde de kıyas ve yaratma teorisi çerçevesinde tespit edilmektedir. Çalışma konumuz açısından franchise sözleşmesinden doğan uyumsuzlıklara uygulanacak maddî hukuk hükümlerinin belirlenmesi önemlidir. Zira franchise sözleşmesinden doğan uyumsuzlıklarda görevli mahkeme, uyumsuzlığa hangi maddî hukuk hükmünün uygulanacağına bağlı olarak değişebilmektedir. Geline bu noktada, kıyas ve yaratma teorisinin her iki isimsiz sözleşme türü için de kabul edildiği dikkate alındığında, görevli mahkeme tespitinde franchise sözleşmesine hangi sözleşme türüne ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını belirlemenin önemli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu halde, franchise sözleşmesinin hangi sözleşmelere ilişkin edimlerin bir araya gelerek kurulduğu tespit edilmelidir.

Öğretide söz konusu sözleşmenin iş görme ile kullanma ve yararlanma hakkı tanıyan sözleşmelere özgü edimlerin bir araya gelmesi ile oluştuğu ve bu sözleşmelerin objektif esaslı unsurlarını, “kullanımın devri” ve “iş görme” edimlerinin oluşturduğu kabul edilmektedir³⁸. Franchise sözleşmesinde kullanımın devri unsurunun varlığı, franchise verenin üretim, işletme veya pazarlama sistemine dahil bir sınaî mülkiyet hakkının kullanımını franchise alana devretmesi ile açıklanmaktadır³⁹. Gayrî maddî malların kullanımının devredilmesini konu edinen lisans sözleşmelerine ilişkin unsurların söz konusu sözleşmede yer alması, kullanımın devri edimine örnek olarak verilmektedir⁴⁰. Franchise sözleşmesinde iş görme unsurunun varlığı ise, franchise alanın sürümü yapma ve destekleme yükümlülüğünün mevcut olmasına bağlanmıştır⁴¹. Ancak franchise sözleşmesinde işaret edilen bu unsurlardan herhangi birinin diğerine nazaran üstün konumda olmadığı, bu nedenle de bu sözleşmelere lisans, vekalet ve hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmektedir⁴². Bunun yanında franchise sözleşmesine tek satıcılık, kira, adı ortaklık gibi sözleşmelere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışılmaktadır⁴³. Bu tartışmalar bakımından çalışma konu-

³⁷ TANDOĞAN, s. 74.

³⁸ ALTINOK ORMANCI, s. 386; GÜRZUMAR, s. 21; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 64 vd.

³⁹ ALTINOK ORMANCI, s. 386.

⁴⁰ ALTINOK ORMANCI, s. 386; GÜRZUMAR, s. 21.

⁴¹ ALTINOK ORMANCI, s. 386; GÜRZUMAR, s. 21; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 64.

⁴² ALTINOK ORMANCI, s. 386, 389; GÜRZUMAR, s. 22; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 76.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 386 vd.; GÜRZUMAR, s. 21 vd.; KIRCA, *Franchise Sözleşmesi*, s. 64 vd.

muz çerçevesinde özellik arz eden sözleşme, HMK m. 4 gereğince kira sözleşmesidir. Franchise sözleşmesi ile franchise veren çeşitli yerlerin kullanımını franchise alana bıraktığından kira sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulanabilirliği değerlendirilmektedir. Ancak ticari faaliyetin gerçekleştirilmesi amacıyla bir yerin kullanımının franchise alana devredilmesi, franchise sözleşmesinin objektif esaslı unsuru arasında görülmemektedir. Bu nedenle franchise sözleşmesine kira sözleşmelerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁴⁴.

III. FRANCHİSE SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİNDE DİKKATE ALINACAK KRİTERLER

A. Genel Olarak

Franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeye yönelik kanunî bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, çalışmanın bu bölümünde söz konusu uyuşmazlıklarda yukarıda işaret edilen görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkin kriterler üzerinden değerlendirme yapılacaktır. Aşağıda öncelikle uyuşmazlıkların özel mahkemelerin görev alanına girip girmediği tespit edilecektir. Bu tespit, uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükmüne, tarafların statüsüne ve/veya uyuşmazlığın konusuna göre yapılacaktır. Ardından genel mahkemelerin görev alanı, franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda sulh hukuk mahkemelerinin görevli olup olmadığı değerlendirilerek tespit edilecektir.

B. Özel Mahkemelerin Görev Alanı

1. Uyuşmazlığa Uygulanacak Maddî Hukuk Hükmüne Göre

a. Sinaî Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanması

aa. Öğreti Görüşleri

Öğretide franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeye dair ileri sürülen görüşler, özellikle asliye ticaret mahkemesi ile fikrî ve sinaî haklar hukuk mahkemesi arasındaki görev ayrımına ilişkindir. Aşağıda açıklanan bu görüşlerin ortak noktası, franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin, tarafların uyuşmazlık içerisinde bulunduğu sözleşme unsuru dikkate alınarak tespit edilmesidir.

Öğretide *Yasaman ve Yüksel*⁴⁵ tarafından, franchise sözleşmesine tescilli bir markanın konu edilmemesi halinde SMK'deki korumanın uygulanamayacağı ileri sürülmektedir. Tescilli bir markanın söz konusu olması halinde ise, aylık franchise ücret alacağına veya franchise sözleşmesinin feshi nedeniyle uğranılan zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıkların marka ile ilgili olmadığı ve bu nedenle bu tür uyuşmazlıklar bakımından FSHHM'nin görevli olmadığı savunulmaktadır.

Öğretide *Güneş* ise, franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tarafların ihtilaflı olduğu sözleşme unsuruna göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu kapsamda yazara göre, marka veya sair sinaî hakkın kullanım hakkının devredildiği sözleşmeler bakımından bedele ve kullanılan hakkın verilmesine ilişkin çekişmelerde FSHHM, sözleşmenin sair hükümlerine dair çekişme söz konusu olduğunda ise asliye ticaret mahkemesi görevli kabul edilmelidir⁴⁶.

Öğretide *Bozgeyik*'e göre⁴⁷, franchise sözleşmesinin bölgedeki marka değer ve potansiyelinin olumsuz etkilenmesi gibi performans kaynaklı gerekçelerle franchise veren tarafından feshedilmesi

⁴⁴ ALTINOK ORMANCI, s. 387, 397.

⁴⁵ YASAMAN, Hamdi / AYOĞLU, Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya / MEMİŞ KARTAL, Pınar / YÜKSEL, Sinan H. / YASAMAN, Zeynep: *Yasaman Sinaî Mülkiyet Kanunu Şerhi, 1. Cilt*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 3299.

⁴⁶ GÜNEŞ, İlhami: *Uygulamada Fikrî ve Sinaî Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 500. Yazar Yargıtay, 11. HD, T. 13.01.2016, E. 2015/14430, K. 2016/174 sayılı kararının emsal niteliği teşkil ettiğini ileri sürmektedir.

⁴⁷ BOZGEYİK, Hayri: *Marka Hakkının Korunması*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 208.

halinde açılacak olan cari hesap alacağının tahsili, kullanılan markanın değerinin, kalitesinin, müşteri sayısının artırılması amacıyla yapılan harcamanın tazmini davalarında genel mahkemeler görevlidir⁴⁸. Buna karşılık yazara göre, franchise verenin söz konusu sözleşme kapsamında yer alan marka lisans sözleşmesi ile kararlaştırılan yükümlülüklerin yerine getirilmediği ve ihlal edildiğinden bahisle cezai şart ve zararlarının tahsili amacıyla açtığı davanın FSHHM tarafından görülmesi gerekmektedir⁴⁹. Öte yandan yazar, taraflar arasındaki ihtilafın taraflardan birisinin bir markanın franchise alanı sıfatına sahip olup olmadığı; söz konusu sözleşmenin davacıya bu konumu getirip getirmediği, davalının bu sözleşmeyi imzalamaya yetkisi bulunup bulunmadığı konularına ilişkin olması halinde, görevli mahkemenin FSHHM olduğunu ileri sürmektedir⁵⁰.

Öğretide *Kale* ise⁵¹, franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların başlı başına marka hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar olmadığını ve bu uyuşmazlıkları çözme görevinin FSHHM'ye düşmediğini, bu uyuşmazlıklar bakımından genel mahkemelerin görevli olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre örneğin, sözleşmesinin aylık ücretinin ödenmemesi üzerine ortaya çıkacak uyuşmazlıkların marka hukukundan kaynaklanmaması nedeniyle açılacak davalara bakma görevi genel mahkemelerde olacaktır.

bb. Değerlendirme

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 156 gereğince, bu Kanun'da öngörülen davalarda fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevlidir. SMK'nin kapsamı m. 1/2'de, "*marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin başvuruları, tescil ve tescil sonrası işlemleri ve bu hakların ihlaline dair hukukî ve cezai yaptırımları kapsar.*" şeklinde açıklanmıştır. O halde franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların Kanun'da sayılan tescilli bir sınai mülkiyet hakkına dayanması veya bu hakların ihlaline ilişkin olması halinde, uyuşmazlığa SMK'nin ilgili hükümlerinin uygulanması gerekmekte ve davaya bakma görevi, FSHHM'ye ait olmaktadır.

Yukarıda işaret edildiği üzere, franchise sözleşmesinin bir unsurunun sınai mülkiyet hakkının kullanımının devredilmesini konu edinen lisans sözleşmelerine ilişkin olması mümkündür. Bu şekilde kurulmuş franchise sözleşmesinde, uyuşmazlık konusunun lisans sözleşmelerinden kaynaklandığı hallerde, uyuşmazlığa SMK'nin bir sınai mülkiyet hakkının kullanımının lisans yoluyla devredilmesine ilişkin hükümler (SMK m. 24, 75 ve 125) kıyasen uygulanmaktadır. Buna göre, lisans alan sözleşmede yer verilen şartlara uygun davranmak zorundadır. Aksi halde hak sahibi, tescilli sınai hakından kaynaklanan haklarını lisans alana karşı ileri sürebilmektedir. İşaret edilen hükümler birlikte değerlendirildiğinde, franchise sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümünün lisans sözleşmesine ilişkin hükümlerin değerlendirilmesini gerektirmesi halinde, görevli mahkemenin FSHHM olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu çerçevede örneğin, taraflar arasındaki ihtilafın franchise sözleşmesiyle kararlaştırılan bir markanın kullanımı sebebiyle belirlenen lisans ücretine ilişkin olması halinde, görevli mahkeme FSHHM'dir. Nitekim Yargıtayın 11. Hukuk Dairesinin (HD) kararına konu olan bir olayda⁵², dava franchise sözleşmesi ile belirlenen lisans ücretinin ödenmesi istemine ilişkin olarak FSHHM'de açılmıştır. İlk derece mahkemesince FSEK ve sınai mülkiyet haklarının ihlalinden kaynaklanan bir talep bulunmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Ancak üst derece mahkemesi, franchise sözleşmesinin kapsamında yer alan marka lisans sözleşmesi ile kararlaştırılan ve ödenmeyen lisans ücretinin tahsili amacıyla açılan davada, tescilli bir markanın lisans sözleşmesi ile kullanılarak 556 sayılı KHK'nin 20 vd. maddelerinde düzenlendiğine

⁴⁸ Yazar, bu değerlendirmesi için Yargıtay, 11. HD, T. 01.06.2016, E. 2016/6038, K. 2016/6035 sayılı kararına atıf yapmıştır.

⁴⁹ Yazar, bu değerlendirmesi için Yargıtay, 11. HD, T. 03.10.2016, E. 2016/7281, K. 2016/7687 sayılı kararına atıf yapmıştır.

⁵⁰ Yazar, bu değerlendirmesi için Yargıtay, 11. HD, T. 27.04.2015, E. 2015/4560, K. 2015/5839 sayılı kararına atıf yapmıştır.

⁵¹ KALE, s. 30, 31. Yazar, bu değerlendirmesi için Yargıtay, 20. HD, T. 26.1.2017, E. 2026/13541, K. 2017/512; Yargıtay, 11. HD, T. 20.01.2013, E. 2013/7608, K. 2013/20990 sayılı kararlarına atıf yapmıştır.

⁵² Yargıtay, 11. HD, T. 13.01.2016, E. 2015/14430, K. 2016/174 (Lexpera).

dikkat çekerek, KHK m. 21/9 gereğince, sözleşme lisans alan tarafından ihlali edildiği takdirde, markadan kaynaklanan hakların lisans alana karşı ileri sürülebileceği gerekçesiyle görevli mahkemenin FSHHM olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 11. HD'nin lisans bedelinin ödenmesi⁵³ yahut ödenen lisans bedelinin iadesi⁵⁴ talebine ilişkin aynı yönde verdiği başkaca kararları da bulunmaktadır. Öte yandan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. HD⁵⁵, talebin lisans bedelinin ödenmesi şeklinde ifade edilmediği, ancak isim ve logo bedeli, reklam marka geliştirme gelirleri adı altında istenen alacağa ilişkin dava bakımından da görevli mahkemenin FSHHM olduğuna hükmetmiştir. Aynı şekilde Yargıtay 11. HD ise⁵⁶, talebin franchise sözleşmesi kapsamında yer alan marka lisans sözleşmesi ile kararlaştırılan yükümlülüklerin yerine getirilmediği ve ihlal edildiğinden bahisle cezai şart ve zararların tahsiline ilişkin açılmış bir dava bakımından görevli mahkemenin FSHHM olduğuna karar vermiştir.

Franchise sözleşmesiyle devredilen markanın kullanım hakkının franchise alan tarafından sözleşmeye aykırı olarak “izinsiz genişletilmesi veya üçüncü kişilere devredilmesi”, sınaî mülkiyet hakkının ihlaline neden olmaktadır. Zira SMK'de bu hal (SMK m. 29/1-ç, 81/1-b ve 141/1-d), tecavüz fiilleri arasında düzenlenmiştir. Bu halde franchise veren, tecavüzden kaynaklanan talepleri (SMK m. 149) ileri sürme hakkına sahip olup söz konusu talepler bakımından görevli mahkeme, FSHHM olmaktadır. Nitekim franchise sözleşmesinin feshi kaynaklı cari hesap ve cezai şart alacağına ilişkin açılan bir davada, yargı yeri belirlenmesi için başvuru Yargıtay 20. HD, davaya bakma görevinin FSHHM olduğuna karar vermiştir. Üst derece mahkemesi kararında, sözleşmede davalının faaliyette bulunacağı bölgenin kararlaştırıldığına, ancak belirlenen yerden başka bir ilde davalının faaliyet gösterdiğine, sözleşmenin bu nedenle feshedildiğine ve fesih kaynaklı cari hesap ve cezai şart alacaklarının talep edildiğine dikkat çekerek; bu durumda markadan kaynaklanan bir uyuşmazlığın söz konusu olduğuna ve uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralının 556 sayılı KHK hükümleri olması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁷.

⁵³ Yargıtay, 11. HD, T. 25.01.2018, E. 2017/5311, K. 2018/690; Yargıtay, 11. HD, T. 13.01.2016, E. 2015/14404, K. 2016/222 (Lexpera).

⁵⁴ “Mahkemece, Dairemizin 24.09.2012 tarih ve 2012/10689-14149 sayılı ilamına da dayanılmak suretiyle uyuşmazlığın dayanağı olan franchise sözleşmesinin bir çerçeve sözleşme niteliğinde olması nedeniyle genel hükümlere tabi olup, uyuşmazlık konusu alacağın belirlenmesi için de 556 sayılı KHK'nın uygulanmasını gerektirir bir durum bulunmadığından bahisle görevsizlik kararı verilmiş ise de, mahkeme kararında belirtilen ve Dairemizin 24.09.2012 tarihli ilamına konu olan taraflar arasındaki uyuşmazlık aynı sözleşmeden kaynaklanmakla beraber aynı sözleşmenin farklı hukukî sonuçlar doğuran hükümleri içermesi ve bahsi geçen karara konu ihtilafın cari hesap mutabakatı ile ilgili olması nedeniyle görev bakımından işbu davada emsal olarak dikkate alınması mümkün bulunmamaktadır. Bu bakımdan işbu davaya konu somut uyuşmazlıkta haksız fesih iddiasına dayalı olarak, 30.10.2009 tarihli franchise sözleşmesi kapsamındaki marka hakkının kullanılmasına yönelik lisans sözleşmesinden kaynaklanan bedelin istirdadının istenildiği, söz konusu lisans sözleşmesinin 556 sayılı KHK'nın 20. vd. maddelerinde düzenlendiği hususu dikkate alınarak, uyuşmazlığın anılan KHK'dan kaynaklandığı gözönüne alınmak suretiyle işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı gerekçeyle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay, 11. HD, T. 12.12.2013, E. 2013/7911, K. 2013/22727 (Lexpera).

⁵⁵ “İtirazın iptali talepli davanın dayanağı, İstanbul İcra Müdürlüğü ... E. sayılı icra dosyasında, takip dayanağı faturaların “isim ve logo bedeli”, “reklam marka geliştirme gelirleri” açıklamalı olduğu TPMK'dan gelen kayıtlardan davacı adına tescilli ...ibareli markaların bulunduğu, davacı tarafın davalı ile arasında Franchise sözleşmesi bulunduğunu ve Türkiye çapında tüm bayilerinden KDV hariç %5 Franchise İsim Hakkı Bedeli ve %2 Marka Geliştirme, Koruma, Arge, Tanıtım ve Reklam Payı Bedeli uygulamakta ve Franchise bayilerinden tahsil etmekte olduğunu beyan ettiği, Franchise sözleşmelerinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin görevine girmediği, ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 01/06/2016 tarihli 2016/6098 Esas, 2016/6035 Karar sayılı, 18/03/2015 tarihli 2014/18160 Esas, 2015/3696 Karar sayılı emsal kararlarından da anlaşılacağı üzere: 556 sayılı KHK'dan (6769 sayılı SMK'dan) kaynaklanan tescilli bir sınaî hakka dayalı uyuşmazlık söz konusu olduğunda yada bu hakların lisans ile kullanılmasından kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ihtisas mahkemesi sıfatıyla FSHHM'nin görevli olduğu, dava konusu uyuşmazlığın da “isim ve logo bedeli, reklam marka geliştirme gelirleri” alacağından kaynaklandığı, davaya bakma görevinin FSHHM'ne ait olduğu kanaatiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne, mahkeme kararının kaldırılmasına, yargılamaya kaldığı yerden devam etmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.” İstanbul BAM, 16. HD, T. 30.05.2019, E. 2018/797, K. 2019/1243 (Lexpera).

⁵⁶ “Dava, taraflar arasında akdedilen 12.05.2008 tarihli sözleşme ile davacı tarafından verilen...markasının davalılarca sözleşmeye aykırı olarak kullanımından kaynaklı cezai şart, müspet ve menfi zararların tahsili istemine ilişkindir. Tescilli markanın lisans sözleşmesi ile kullanılması 556 sayılı KHK'nın 20. vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. KHK'nın 21/9. maddesine göre, sözleşme şartlarının lisans alan tarafından ihlali halinde, tescilli bir markadan doğan haklar, lisans alana karşı dava yoluyla ileri sürülebilir. Somut uyuşmazlıkta davacı taraf, davalılarca franchising kapsamında yer alan marka lisans sözleşmesi ile kararlaştırılan yükümlülüklerin yerine getirilmediği ve ihlal edildiğinden bahisle cezai şart ve zararlarının tahsili amacıyla işbu davayı açmış olduğuna göre, davaya bakma görevi 556 sayılı KHK'nın 63. madde uyarınca ... Haklar Hukuk Mahkemesi'ne ait olup, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş hükümün temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmektedir.” Yargıtay, 11. HD, T. 03.10.2016, E. 2016/7281, K. 2016/7687 (Lexpera).

⁵⁷ Yargıtay, 20. HD, T. 21.04.2016, E. 2016/2308, K. 2016/4908 (Lexpera).

İstanbul BAM 14. HD'nin kararına konu olan başka bir olayda ise⁵⁸, franchise sözleşmesinin haksız feshi kaynaklı cezai şart alacağına tahsili istemine ilişkin olarak asliye ticaret mahkemesinde dava açılmıştır. İlk derece mahkemesince esasa ilişkin bir karar verilmiş, kararın istinaf edilmesi üzerine İstanbul BAM 14. HD tarafından, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, tescilli bir markanın kullanımına yer verilen franchise sözleşmesinden kaynaklandığına, bu sözleşmede kararlaştırılan rekabet etme yasağının ihlaline ve sözleşme sonrasında tescilli markanın unsuru olduğu iddia edilen malzemelerin kullanıldığına ilişkin iddialara dayanıldığına ve anılan iddiaların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekilerek görevli mahkemenin FSHHM olduğuna karar verilmiştir.

Yukarıda işaret edilen yargı kararlarında, franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların konusu, lisans bedelinin ödenmemesi, ödenen lisans bedelinin iadesi yahut lisans sözleşmesine aykırı davranış nedeniyle uğranılan zararların tazmine ilişkindir. Bu hallerde uyuşmazlık, bir sınaî mülkiyet hakkının kullanımının devrinin konu edildiği lisans sözleşmelerinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla uyuşmazlık konusunun franchise sözleşmesinden kaynaklanması veya bu sözleşmenin bir unsurunun sınaî hakların kullanımının devredilmesine ilişkin olması, tek başına davanın FSHHM'de görülmesi için yeterli değildir. İşaret edilen kararlarda da, uyuşmazlığa SMK'nin lisans sözleşmesine ilişkin temel düzenlemelerinin yahut tecavüze ilişkin düzenlemelerin uygulanacak olduğu tespit edilmiştir. Bu tespit, uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerini etkilemektedir. Dolayısıyla yukarıda işaret edilen yargı kararında görevli mahkemenin, FSHHM olarak tespit edilmesi kanaatimizce yerindedir.

Franchise sözleşmesinden kaynaklanan ve Sınaî Mülkiyet Kanunu'nda yer alan diğer maddelerin uygulanmasını gerektiren uyuşmazlıklarda da görevli mahkeme yine FSHHM'dir. Nitekim Yargıtay 11. HD tarafından franchise sözleşmesinin hükümsüzlüğü nedeniyle verilenler iadesine ilişkin asliye ticaret mahkemesinde açılan davada, uyuşmazlığın davacının tanınmış bir markanın franchise alanı olup olmadığı, davalının davacı ile bu türden bir sözleşmeyi imzalamaya yetkisi bulunup bulunmadığına ilişkin olduğu, bu uyuşmazlıkların giderilmesinin 556 sayılı KHK düzenlemelerinin tartışılmasını gerektirdiği ve bu nedenle FSHHM'nin görevli olduğu gerekçesiyle verilen görevsizlik kararının yerinde olduğuna karar verilmiştir⁵⁹. Söz konusu kararda franchise sözleşmesinin hükümsüzlüğü talebi, bir marka üzerindeki hak sahipliğinin ve markanın tanınmış olup olmadığının tespitine bağlı olarak ileri sürülmüştür. Bir marka üzerindeki hak sahipliğinin ve markanın tanınmış olup olmadığının tespiti ancak SMK'nin ilgili hükümlerinin değerlendirilmesi ile yapılabilir. Bu hususlar dikkate alındığında söz konusu kararın yerinde olduğunu söylemek mümkündür.

b. TTK'nin veya TBK'nin İlgili Hükümlerinin Uygulanması

Franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara hangi maddî hukuk hükümlerinin uygulanacağına belirlenmesinin önemli olduğu bir başka özel mahkeme, asliye ticaret mahkemesidir. TTK m. 4 gereğince, franchise sözleşmesinin taraflarının tacir olup olmadığından bağımsız olarak uyuşmazlığa TTK'nin veya TBK'ye atıfla kabul edilen sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanacak olması, mutlak ticari davaya vücut vermektedir. TTK m. 5'te, bu kapsamda kalan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu düzenlenmiştir. Örneğin, franchise sözleşmesinden sonra veya sözleşme sırasında franchise alan tarafından haksız rekabet oluşturan faaliyetlerin ger-

⁵⁸ İstanbul BAM, 14. HD, T. 15.11.2018, E. 2018/776, K. 2018/1334 (Lexpera). Aynı yönde Yargıtay kararı şu şekildedir: "Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, taraflar arasında esas itibarıyla davacıya ait tescilli markanın davalı tarafından kullanımını da içeren 5 yıl süreli franchise sözleşmesi imzalanmış olmasına, uyuşmazlığın bu sözleşmede kararlaştırılan rekabet etme yasağının ihlali ile bakiye franchise bedelinin tahsili isteminden kaynaklanmasına, davacının sözleşme sonrasında tescilli markasının unsuru olduğunu iddia ettiği dekorasyonu ile konseptinin kullanıldığını iddia etmesine, anılan iddianın tescilli markayı da kapsar şekilde bir bütün olarak değerlendirilmesinin ihtisas mahkemesince yapılmasının gerekmesine, mahkemenin kendisini görevli kabul etmesinde bir yanlışlık bulunmamasına ... karar vermek gerekmiştir." Yargıtay, 11. HD, T. 04.02.2014, E. 2012/10309, K. 2014/1890 (Legalbank).

⁵⁹ Yargıtay, 11. HD, T. 27.04.2015, E. 2015/4560, K. 2015/5839 (Lexpera). Aynı yönde verilen karar için bkz. Yargıtay, 11. HD, 18.01.2016, E. 2015/15100, K. 2016/388 (Lexpera). Yargıtay 11. HD'nin kararına konu olan başka bir olayda, lisans sözleşmesinin geçerli şekilde kurulup kurulmadığının çekişmeli olduğu, davacının marka hakkı sahibi olup olmadığına değerlendirildiği bir davada görevli mahkemenin FSHHM olduğuna karar verilmiştir. Yargıtay, 11. HD, T. 25.01.2010, E. 2008/9088, K. 2010/661 (Lexpera).

çekleştirilmesi nedeniyle alacak taleplerine ilişkin açılan davalarda, uyuşmazlığa TTK'de düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu halde mutlak ticari dava söz konusudur. Mutlak ticari davalarda asliye ticaret mahkemesi görevlidir (TTK m. 5). Benzer bir değerlendirme, İstanbul BAM 13. HD tarafından yapılmıştır. Söz konusu karara konu olan olayda, mahkemece haksız rekabet teşkil eden eylemlerde bulunduğu yönündeki iddiaların haksız rekabetin TTK'de düzenlenmiş olması nedeniyle mutlak ticari dava niteliği taşıdığı ve bu nedenle de davaya bakma görevinin asliye ticaret mahkemesi olduğuna karar verilmiştir⁶⁰.

Yargı yeri belirlenmesi için başvuru Yargıtay 20. HD'nin kararına konu olan başka bir olayda ise⁶¹, franchise sözleşmesinin haksız feshi nedeniyle feshin kaldırılması aksi halde ortaya çıkan zararın tazmini istemine ilişkin olarak asliye ticaret mahkemesinde dava açılmıştır. Uyuşmazlığın franchise sözleşmesinden kaynaklandığı gerekçesiyle asliye ticaret mahkemesince; uyuşmazlığın sözleşmenin hangi kısmına ilişkin ise o alt ilişkiye uygulanacak kuralları konu alan hukuk dalı esas alınarak çözülmesi gerektiği ve söz konusu uyuşmazlığın 556 sayılı KHK'nin kapsamında olmadığı gerekçesiyle de FSHM'ce görevsizlik kararı verilmiştir. Yargıtay 20. HD tarafından taleplerin genel hükümlerden kaynaklandığına ve 556 sayılı KHK'nin kapsamında yer almayan bir uyuşmazlık olduğuna dikkat çekilerek davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar verilmiştir. Yargıtayın farklı daireleri nezdinde aynı yönde verilen birçok karar bulunmaktadır⁶². Bu kararlarda da franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara fikrî ve sınaî haklara ilişkin hükümlerin uygulanamayacağına tespit edilmesi halinde, genel hükümlerin uygulanacağı ve bunun neticesinde de asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu ifade edilmiştir.

Yukarıda işaret edilen kararlarda üst derece mahkemesi tarafından franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, asliye ticaret mahkemesinin görev alanı belirlenirken öncelikle söz konusu uyuşmazlığa sınaî mülkiyet haklarına ilişkin mevzuatın uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmekte, aksi halde uyuşmazlığa genel hükümlerin uygulanacağı belirtilerek görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğuna işaret edilmektedir. Ancak franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme belirlenirken sadece sınaî mülkiyet haklarına ilişkin mevzuatın değil, TTK ve TBK'nin ilgili düzenlemelerinin de uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmelidir. Genel hükümlerin uyuşmazlığa uygulanacak olması ise, tek başına uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi için yeterli görülmemelidir. Burada ifade edilen genel hükümler ile kastedilenin TBK düzenlemeleri olduğunu varsaydıığımızda, TTK m. 4'te sayılan TBK hükümlerinin dışında bir hükmün uyuşmazlığa uygulanacak olması halinde, görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olarak belirlenmesi, ancak tarafların tacir ve uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesiyle ilgili olmasına bağlıdır. Geline bu noktada, Yargıtayın söz konusu kararlarında görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkin değerlendirmelerinin sonuç itibarıyla yerinde olduğu söylenebilecek olsa da gerekçenin eksik kurulduğunu ve göreve dair değerlendirmenin yönetsel olarak isabetli olmadığını söylemek mümkündür.

Öte yandan uyuşmazlığa sadece sınaî mülkiyet haklarına ilişkin mevzuatın uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirildiği, aksi sonucun söz konusu olması nedeniyle asliye ticaret mahkemesinin

⁶⁰ İstanbul BAM, 13. HD, T. 16.06.2022, E. 2022/592, K. 2022/993 (Lexpera).

⁶¹ Yargıtay, 20. HD, T. 17.12.2015, E. 2015/12918, K. 2015/12735 (Lexpera).

⁶² Yargıtay, 20. HD, T. 22.06.2016, E. 2016/5598, K. 2016/7368; Yargıtay, 11. HD, T. 18.01.2016, E. 2015/14944, K. 2016/352; Yargıtay, 11. HD, T. 01.06.2016, E. 2016/6038, K. 2016/6035; Yargıtay, 17. HD, T. 16.10.2014, E. 2014/9969, K. 2914/13495; Yargıtay, 17. HD, T. 22.05.2014, E. 2014/4309, K. 2014/8143; Yargıtay, 17. HD, T. 13.03.2014, E. 2014/1170, K. 2014/3564 (Lexpera); Yargıtay, 17. HD, T. 07.03.2013, E. 2013/2637, K. 2013/3043; Yargıtay, 11. HD, T. 16.01.2015, E. 2014/17961, K. 2015/479; Yargıtay, 11. HD, T. 18.03.2015, E. 2014/18160, K. 2015/3696; Yargıtay, 11. HD, T. 23.06.2014, E. 2014/7225, K. 2014/11920; Yargıtay, 11. HD, T. 17.03.2013, E. 2013/7512, K. 2013/10247; Yargıtay, 17. HD, T. 05.12.2012, E. 2012/14123, K. 212/13593; Yargıtay, 17. HD, T. 28.12.2011, E. 2011/12239, K. 2011/12159 (Legalbank). Talebin franchise sözleşmesinden kaynaklanan bakiye franchise bedelinin ödenmesine ilişkin olması halinde açılan davalar bakımından benzer değerlendirmenin yapıldığı kararlar için bkz. Yargıtay, 17. HD, T. 13.11.2014, E. 2014/12122, K. 2014/15833; İstanbul BAM, 12. HD, T. 13.12.2020, E. 2019/2447, K. 2020/185 (Lexpera). Aynı yönde bkz. İstanbul BAM, 19. HD, T. 14.11.2023, E. 2023/2557, K. 2023/2320; İstanbul BAM, 37. HD, T. 14.09.2020, E. 2020/631, K. 2020/1542 (Lexpera); İstanbul BAM, 37. HD, T. 09.11.2020, E. 2020/1069, K. 2020/2106; İstanbul BAM, 16. HD, T. 13.02.2020, E. 2020/246, K. 2020/331; İstanbul BAM, 16. HD, T. 26.12.2019, E. 2019/2394, K. 2019/2819 (Legalbank).

görevli olduğuna hükmedilen kararlara da rastlanmaktadır. Bu yönde değerlendirme yapan İzmir BAM 20. HD'nin kararına konu olan bir olayda⁶³, franchise sözleşmesinin feshinden kaynaklanan alacak ve tazminat istemine ilişkin FSHHM'de dava açılmıştır. İlk derece mahkemesince uyuşmazlığın franchise sözleşmesinin feshinden kaynaklandığı, franchise sözleşmesi kapsamında franchise alana bir markanın lisans hakkının tanınmış olmasının uyuşmazlığı tek başına FSHHM'nin görev alanına sokmayacağı, zira somut uyuşmazlıkta SMK hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir durumun söz konusu olmadığı gerekçesiyle asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiştir. Kararın istinaf edilmesi üzerine İzmir BAM 20. HD tarafından yapılan değerlendirmede ilk derece mahkemesinin kararında isabetsizlik görülmemiştir. Benzer yönde bir kanaatin bulunduğu, franchise sözleşmesinin haksız feshedildiği iddiası ile alacak ve tazminat talebine ilişkin açılan başka bir davada, Yargıtay 11. HD tarafından taleplerin tescilli bir sınai hakka dayanmadığı, bu nedenle 556 sayılı KHK'dan kaynaklanan bir talebin ileri sürülmediği gerekçesiyle asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiştir⁶⁴. Yargı yeri belirlenmesi için başvuru İstanbul BAM 37. HD'nin kararına konu olan başka bir olayda ise⁶⁵ dava, franchise sözleşmesinin haklı nedenle feshi iddiasıyla ödenen franchise bedelinin iadesi talepli olarak asliye ticaret mahkemesinde açılmıştır. Davacının marka kullanım hakkına ilişkin itirazlarını da ileri sürdüğü ve bu uyuşmazlık bakımından davacının franchise sözleşmesi uyarınca hukukten hüküm ve sonuç doğurmaya elverişli bir marka hakkına ulaşmış olmadığı, bu konuda yanıtlanmışsa franchise sözleşmesinin geçerli olup olmadığı meselelerinin öncelikle incelenmesi gerektiği gerekçesiyle asliye ticaret mahkemesince; uyuşmazlıkta SMK hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağı gerekçesiyle FSHHM'ce görevsizlik kararı verilmiştir. İstanbul BAM 37. HD tarafından 5846 sayılı Kanun kapsamında marka haklarına ilişkin bir ihlalin ileri sürülmemesi nedeniyle görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğuna karar verilmiştir.

Yargıtayın söz konusu kararlarında görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkin değerlendirmelerinin sonuç itibarıyla yerinde olduğu söylenebilecek olsa da gerekçenin eksik kurulduğunu söylemek mümkündür. Zira göreve dair sadece SMK kapsamında değerlendirme yapılması, aksi halde asliye ticaret mahkemelerinin görevli kabul edilmesi, yönetsel olarak isabetli değildir. Bu halde asliye ticaret mahkemelerinin görevli mahkeme olarak kabul edilmesi için TTK m. 4'te yer alan diğer kanun hükümlerinin uyuşmazlığa uygulanıp uygulanmayacağına yahut tarafların tacir ve uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesiyle ilgili olup olmadığının araştırılması gerekir.

Uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk hükmüne bağlı olarak görevli mahkemenin belirlenmesi başlığı altında değerlendirilebilecek diğer düzenlemeler, rekabet yasağına yönelik TBK'nin 444-447. maddeleri ile TTK'nin 123. maddesidir. Öğretide franchise sözleşmesinde yer alan rekabet yasağına aykırılık söz konusu olduğunda ilgili düzenlemelerden hangisinin uygulanacağı tartışmalıdır⁶⁶. Ancak çalışma konumuz açısından bu tartışmalara girilmesine gerek görülmemiştir. İlgili düzenlemelerden ikisi bakımından da görevli mahkeme değişiklik göstermemektedir. Zira TTK m. 4 gereğince, işaret edilen düzenlemelerin uyuşmazlığa uygulanması halinde dava, mutlak ticari dava niteliği taşımakta ve davaya bakma görevi asliye ticaret mahkemesinde olmaktadır. Nitekim sözleşmedeki rekabet etmeme yasağının ihlal edildiğinden bahisle cezai şartın tazmininin talep edildiği bir uyuşmazlıkta, yargı yerinin belirlenmesi için başvuru İstanbul BAM 37. HD⁶⁷ tarafından davanın, asliye ticaret mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerektiğine hükmedilmiştir. Mahkemenin bu kanaate varmasının gerekçeleri arasında davanın, davalının sözleşmede yer verilen rekabet yasağı hükmünü ihlal ettiği, cezai

⁶³ İzmir BAM, 20 HD, T. 24.12.2020, E. 2020/2596, K. 2020/329 (Lexpera). Aynı yönde bkz. İstanbul BAM, 16. HD, T. 26.12.2019, E. 2019/2394, K. 2019/2819; İstanbul BAM, 16. HD, T. 09.09.2022, E. 2022/1281, K. 2022/1384 (Lexpera).

⁶⁴ Yargıtay, 11. HD, T. 11.01.2016, E. 2015/14146, K. 2016/78 (Lexpera).

⁶⁵ İstanbul BAM, 37. HD, T. 18.04.2023, E. 2022/2486, K. 2023/1220 (Legalbank). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 20. HD, T. 26.01.2017, E. 2016/13541, K. 2017/512; Yargıtay, 17. HD, T. 12.07.2013, E. 2013/8284, K. 2013/11290 (Legalbank).

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. CAN, Ozan: "Franchise Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Bağlamında Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, Sayı 1, s. 49-67; YENİOCAK, s. 128 vd.

⁶⁷ İstanbul BAM, 37. HD, T. 06.01.2020, E. 2019/1766, K. 2020/12 (Legalbank).

şart bedelinin tahsiline yönelik olduğu, uyuşmazlığın FSEK kapsamında olmaması nedeniyle FSHHM'nin görevli olmadığı ve uyuşmazlığın TBK hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği hususları yer almaktadır. İşaret edilen kararda rekabet yasağına ilişkin TBK hükümlerinin uygulanacak olması nedeniyle görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğuna karar verilmiştir. Nihayet, kararın sonucu bakımından yerinde, ancak markanın SMK kapsamında olması nedeniyle FSEK kapsamında yapılan değerlendirmenin eksik olduğunu söylemek mümkündür.

c. Birden Fazla Talebin Birlikte İleri Sürüldüğü Hallerde Uyuşmazlığa Uygulanacak Maddî Hukuk Hükümlerinin Farklılık Göstermesi

Franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda birden fazla talebin birlikte ileri sürülmesi mümkündür. Nitekim yukarıda işaret edilen birçok kararda franchise sözleşmesinden doğan birden fazla talep birlikte ileri sürülmüştür. Bu halde taleplerin ileri sürülüş şekline göre davaların türü, terditli dava veya davaların yığılması şeklinde ifade edilebilecektir. Taleplerin birlikte ileri sürülmesi, terditli davada HMK m. 111'de; davaların yığılmasında ise HMK m. 110'da birtakım şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar arasında talepler bakımından ortak görevli mahkemenin bulunmasına yönelik bir şart bulunmamaktadır. Ancak öğretilerde bu yönde görüşler ileri sürülmektedir⁶⁸. Davanın türünde meydana gelebilecek değişikliğin görevli mahkemenin belirlenmesine etkisi, ileri sürülen talepler bakımından uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerinin farklılık göstermesi halinde söz konusu olmaktadır. Franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda birden fazla talebin aynı anda ileri sürülmesi, talepler bakımından ortak görevli mahkeme şartına bağlandığı takdirde, uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerinin değişiklik göstermesi, taleplerin birlikte ileri sürülebilirliğini etkileyecektir.

Birlikte ileri sürülen taleplerin tamamı bakımından uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerinin aynı olması halinde, mahkemenin görevi bakımından bir sorun oluşmamaktadır. Bu yönde tespit yapıldığı Ankara BAM 20. HD'nin kararına konu olan bir olayda⁶⁹, lisans sözleşmesinden kaynaklanan bedelin ödenmesi ve lisans sözleşmesinin ihlalinin bir sınaî mülkiyet hakkına tecavüz oluşturması nedeniyle tazminat talebi asliye ticaret mahkemesinde terditli olarak ileri sürülmüştür. İlk derece mahkemesince davaların ayrılmasının mümkün olmadığı, bir bütün olarak değerlendirilmesi gereken taleplerin marka hakkına dayandığı ve bu nedenle FSHHM'nin görevli olduğu gerekçesiyle de görevsizlik kararı verilmiştir. İstinaf kanun yoluna başvurulması üzerine Ankara BAM 20. HD tarafından hem asli hem de fer'i talep bakımından 6769 sayılı SMK'nin uygulama alanı bulacağı ifade edilmiş ve bu nedenle ilk derece mahkemesinin kararı yerinde bulunmuştur. İşaret edilen kararda, birlikte ileri sürülen taleplerin her ikisi bakımından görevli mahkeme belirlenirken uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerine bağlı olarak değerlendirme yapılmıştır. Bu değerlendirme neticesinde talepler bakımından SMK'nin uygulanacağı sonucuna varılması, taleplerin terditli olarak ileri sürülmesini engellememiştir.

Birlikte ileri sürülen talepler bakımından uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerinin farklılık göstermesi halinde ise görevli mahkeme değişmektedir. Bu yönde tespit yapıldığı Ankara BAM 20. HD'nin kararına konu olan başka bir olayda ise, franchise sözleşmesinden kaynaklanan markaya tecavüzünün men'ine, durdurulmasına, sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, tecavüz nedeniyle uğradığı zararların tazminine, rekabet yasağı sözleşme maddesine aykırılık nedeniyle uğradığı zararın tazminine, davalının sözleşmeyi haksız feshetmesi nedeniyle cezai şart bedelinin ödenmesine ilişkin talepler birlikte davaların yığılması şeklinde ileri sürülmüştür. Dava, FSHHM sıfatıyla asliye hukuk mahkemesinde görülmüş; mahkemece nispi ticari davanın söz konusu olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Kararın istinaf edilmesi üzerine üst derece mahkemesince söz konusu talepler

⁶⁸ Terditli dava ve davaların yığılmasında görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkin öğretilerde kabul edilen görüşler için bkz. ASLAN, s. 474 vd.

⁶⁹ Ankara BAM, 20. HD, T. 27.10.2021, E. 2021/1548, K. 2021/1365 (Lexpera).

bakımından iddiaların birlikte görülmesinin yasal bir zorunluluk olduğu gerekçesiyle daha özel bir mahkeme olan FSHHM'nin tüm talepler bakımından görevli olduğuna karar verilmiştir⁷⁰. Öncelikle belirtmek gerekir ki işaret edilen kararda, değerlendirme eksik yapılmıştır. Zira görevli mahkeme belirlenirken taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürüldüğü ve bu dava türünde taleplerin birlikte ileri sürülmesinin görevli mahkemenin belirlenmesini ne şekilde etkileyeceği meselelerine yer verilmemiştir. Davaların yığılması şeklinde ileri sürülen rekabet yasağına aykırı davranış nedeniyle uğranılan zararların tazminine ilişkin talep bakımından uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk hükmüne göre değerlendirme yapıldığında, yukarıda açıklanan gerekçelerle asliye ticaret mahkemeleri görevlidir. Tecavüze ilişkin diğer talepler bakımından ise SMK'nın uygulanacak olması nedeniyle görevli mahkeme FSHHM'dir. Söz konusu taleplerin birlikte ileri sürülmeleri halinde ise, görevli mahkeme belirlenirken HMK m. 110'da yer alan davaların yığılması şartlarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Davaların yığılmasının düzenlendiği HMK m. 110'da göreve ilişkin ayrıca bir düzenlemeye yer verilmiş, sadece taleplerin birbirinden bağımsız olarak ileri sürülmesi ortak yetkili mahkeme şartına bağlanmıştır. Öğretide bu şartın, geniş anlamda görevli mahkemeyi de ifade eder şekilde kullanıldığı ileri sürülmektedir⁷¹. Bu kabul, birden fazla talebin davaların yığılması şeklinde ileri sürülebilmesi için, talepler bakımından ortak görevli mahkemenin FSHHM olmasını gerektirir. Dolayısıyla SMK'dan kaynaklanan taleplerle birlikte SMK kapsamında yer almayan bir talebin FSHHM'nde ileri sürülmesi mümkün görülmemektedir. Zira görev kurallarının kanunla belirlenecek olması, farklı mahkemelerin görev alanında bulunan bu taleplerin birlikte FSHHM'de ileri sürülmesine engel teşkil edecektir. Ancak hem talepler arasındaki bağlantı hem de ihtisas mahkemelerinin her ilde kurulmamış olması ve bu nedenle nihayetinde asliye hukuk mahkemesinde özel mahkeme sıfatıyla yargılamanın yürütülmesi dikkate alındığında, ortak görevli mahkeme şartının aranmasının hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı sonucuna ulaşılmaktadır.

2. Tarafların Statülerine ve Uyuşmazlığın Konusuna Göre

a. Her İki Tarafın Tacir ve Uyuşmazlığın Her İki Tarafın Ticari İşletmesi ile İlgili Olması Halinde

Türk Ticaret Kanunu m. 4/1'e göre, tarafların tacir ve uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması halinde, franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda nispi ticari dava söz konusu olmaktadır. TTK m. 5'e göre, nispi ticari davalarda asliye ticaret mahkemesi, görevli mahkemedir. Nispi ticari davanın şartlarının bulunmadığı hallerde, uyuşmazlık konusunun ticari iş niteliğinde olması veya ticari iş karinesi sebebiyle diğer taraf için de ticari iş sayılması, görevli mahkemenin tespitinde dikkate alınmaz. Bu halde mahkemece franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme tespit edilirken tarafların tacir olup olmadığı ve bir ticari işletmesinin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Yapılan araştırma neticesinde, franchise alanın da tacir olduğu sonucuna ulaşılması ve uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesi ile ilgili olduğunun tespit edilmesi halinde, franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemesi görevlidir (TTK m. 5).

Franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda sözleşmenin feshine bağlı talepler (cari hesap alacağı, bakiye hesap alacağı, menfi ve müspet zararlar gibi) bakımından franchise verenin tacir olduğu ve uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesiyle ilgili olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık, ticari faaliyetlerine belki de söz konusu franchise sözleşmesi ile henüz başlayacak olan franchise alanın tacir olduğu sonucuna doğrudan ulaşılamamaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, franchise alan franchise sistemine ilişkin faaliyetini kendi ad ve hesabına yürütmektedir. Başka bir ifadeyle franchise alan, franchise yönetimine ilişkin faaliyetlerini yürütürken franchise verenden hukuken bağımsız olarak hareket etmektedir. Ancak franchise alanın tacir olarak ifade edilebilmesi, aynı

⁷⁰ Ankara BAM, 20. HD, T. 11.12.2020, E. 2020/1587, K. 2020/1157 (Lexpera).

⁷¹ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 327; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 344; BULUT, Uğur: *Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 193; PEKCANİTEZ, *Pekcanitez Usul*, s. 1095; TANNER, s. 689-690; KALE, s. 22; YILMAZ, s. 2521.

zamanda faaliyetlerinin esnaf sınırını aşan düzeyde olmasını gerektirir. Zira hem uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesiyle ilgili olması hem de dolayısıyla tarafların tacir olması buna bağlıdır. Bu çerçevede mahkemece tarafların tacir olup olmadığı araştırılmalıdır.

Franchise sözleşmesinin haksız nedenle feshedildiği iddiası ile açılan alacak ve tazminat talebine ilişkin bir davada İstanbul BAM 16. HD yukarıda işaret edilen hususlarla benzer değerlendirmelerde bulunarak bir karar vermiştir⁷². Dava, asliye ticaret mahkemesinde açılmış, mahkemece franchise sözleşmesinin mutlaka tacirler arasında yapılmasına gerek bulunmadığı; gerçek şahıslar arasında da yapılabileceği, franchise sözleşmesindeki işin ticari iş olduğu, ancak her ticari işin ticari davayı gerektirmeyeceği, davalıya ilişkin herhangi bir şirketin ortaklığı veya şahsi kaydın tespit edilemediği ve bu nedenle davalının tacir olmadığı, davanın TTK m. 4'te düzenlenen davalardan olmadığı, uyuşmazlığa BK'nin genel hükümlerinin uygulanması gerektiği gerekçeleriyle davaya bakma görevinin asliye hukuk mahkemesinde olduğuna karar verilmiştir. Kararın istinaf edilmesi üzerine, İstanbul BAM 16. HD tarafından franchise sözleşmesinin konusu ve tarafların faaliyet alanı dikkate alındığında davalının da tacir olduğuna, yapılan işin ticari iş olduğuna ve bu nedenle de uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Yargı yeri belirlenmesi için başvuru İstanbul BAM 37. HD'nin kararına⁷³ konu olan benzer bir olayda da, franchise sözleşmesinin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle haklı nedenle feshi sonrası ödenen sözleşme bedelinin iadesi talebiyle asliye ticaret mahkemesinde dava açılmıştır. Franchise alanın tacir olmadığı gerekçesiyle asliye ticaret mahkemesince; davacının anılan sözleşmeyi şirket yetkilisi sıfatıyla değil, kişisel olarak imzaladığı, davacının tacir olduğu ve uyuşmazlığın da tarafların ticari işletmesinden kaynaklanması nedeniyle nispi ticari davanın söz konusu olduğu gerekçesiyle de asliye hukuk mahkemesince görevsizlik kararı verilmiştir. Olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesi için başvuru İstanbul BAM 37. HD ise, bir uyuşmazlığın ticari nitelikte olması için her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili ya da bu kuralın istisnalarından birinin söz konusu olması gerektiği, dosya kapsamında davalı ile davacı şirket arasında franchise sözleşmesi düzenlendiği, davalı tarafından sözleşmenin gereklerinin yerine getirilmemesi nedeniyle davacının ödemiş olduğu sözleşme bedelinin iadesinin talep edildiği, davacı ve davalının tacir olduğu ve uyuşmazlığın ticari nitelikte bulunduğu gerekçeleriyle asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmiştir.

Yukarıda işaret edilen kararlardan da görüldüğü üzere, mahkemece taraflara ilişkin yapılan araştırma neticesinde her iki tarafın da tacir olduğuna ilişkin varılan sonuç, franchise sözleşmesinin haklı nedenle veya haksız feshedildiği iddiası ile açılan alacak ve tazminat davalarında asliye ticaret mahkemesi görevli olarak belirlenmesini gerektirmiştir. İşaret edilen yargı kararlarında asliye ticaret mahkemelerinin görev alanına ilişkin karıştırılan husus, ticari iş karinesinin ticari davalar bakımından uygulanmamasıdır. TTK m 19/2'de düzenlenen ticari iş karinesi, taraflardan biri için ticari iş sayılan bir işin, diğeri için de ticari iş sayılmasını ifade etmekte olup, davanın niteliğini etkilememektedir. Bu nedenle ticari nitelikte bir işin varlığı, davanın niteliğini ticari davaya çevirmez. Geline bu noktada, üst mahkemece görevli mahkemeye ilişkin tespitin yerinde olduğunu, ancak görevli mahkeme tespit edilirken ticari iş karinesine göre değerlendirme yapılmasının TTK m. 4'e açıkça aykırılık teşkil ettiği söylenebilir.

b. Tarafların İşçi ve İşveren Olması Halinde

İş Mahkemeleri Kanunu m. 5'te, tarafların işçi, işveren veya işveren vekili olması ve uyuşmazlık konusunun ilgili düzenlemede işaret edilen kanunlardan doğan bir iş ilişkisine dayanması halin-

⁷² İstanbul BAM, 16. HD, T. 12.07.2021, E. 2021/1282, K. 2021/1432 (Lexpera).

⁷³ İstanbul BAM, 37. HD, T. 11.06.2020, E. 2020/494, K. 2020/1326 (Lexpera). Franchise sözleşmesinin feshi nedeniyle cezai şart bedeli ile bakiye cari hesap alacağının tahsil edildiği bir davada, davalının tacir olmadığı ve davanın ticari dava olarak kabul edilmesini gerektirecek bir hususun mevcut olmadığı gerekçesiyle asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiştir. İstanbul BAM, 44. HD, T. 25.11.2021, E. 2021/1450, K. 2021/1444 (Lexpera). Aynı yönde bkz. İstanbul BAM, 44. HD, T. 01.11.2021, E. 2021/1325, K. 2021/1275 (Lexpera).

de, iş mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiştir. İlgili hükümde, TBK’de düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçi ve işverenler arasında kurulan iş ilişkisine de işaret edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu ilişkiden doğan ve tarafların işçi ve işveren olduğu davalarda görevli mahkeme iş mahkemeleridir. Meseleyi çalışma konumuz açısından değerlendirdiğimizde, franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli kabul edilmesinin mümkün olmadığını söylemek mümkündür.

Franchise alanın sürümü yapma ve destekleme yükümlülüğü, franchise sözleşmesinin “iş görme” unsurunu teşkil etmektedir. Bu unsur, hizmet sözleşmesine ilişkin olup ve franchise sözleşmesinin esaslı unsurunu teşkil etmektedir. Bu nedenle hizmet sözleşmesi ile ilgili düzenlemelerin franchise sözleşmesine kıyasen uygulanabileceği ileri sürülebilir. O halde denilebilir ki, franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hizmet sözleşmesine özgü bir unsurdan kaynaklanması halinde, TBK’nin ilgili düzenlemelerinin franchise sözleşmesine uygulanması mümkündür. Ancak bu uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olması, ayrıca franchise alan ve franchise verenin bu ilişkide işçi ve işveren statüsünde bulunmasını gerektirir. Yukarıda işaret edilen benzer gerekçelerle, franchise alanın ve franchise verenin bu ilişkide işçi ve işveren statüsünde bulunmadığı kabul edilmelidir. Tüm bu nedenlerle franchise sözleşmesinden kaynaklanan ve iş mahkemelerinin görevli olduğu bir uyuşmazlığın söz konusu olamayacağını söylemek mümkündür.

İstanbul BAM 13. HD tarafından bu konuda önemli bir karar verilmiştir⁷⁴. Söz konusu karara konu olayda, uyuşmazlık franchise sözleşmesinin feshinden kaynaklanan alacak ve haksız rekabet teşkil ettiği ileri sürülen eylemlerin önlenmesi ve durdurulması istemine ilişkin olarak asliye ticaret mahkemesinde açılmıştır. İlk derece mahkemesi verdiği kararda, franchise sözleşmesinin Yargıtayın 19. HD. E. 2001/819, K. 2001/4917 sayılı ilamında “*Franchising bir ürün veya hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın belirli bir süre şart ve sınırlamalar dahilinde işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz hakkına konu ticari işleri yürütmek üzere ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun süreli bir iş ilişkileri bütünü olup, birbirinden bağımsız iki tarafı bir araya getiren sözleşmesel ilişki*” şeklinde tanımlandığına öncelikle dikkat çekmiştir. Gerekçeli kararın devamında, davaya konu ilişkinin taraflar arasındaki iş ilişkisi kapsamında olduğuna, iş sözleşmesinden sonraki döneme ilişkin rekabet etmeme yasağının TBK m. 444 vd. düzenlendiğine ve İMK gereğince de TBK’de düzenlenen hizmet sözleşmesine tabi işçiler ile işveren arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukukî uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi gerektiğine, ayrıca davanın her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olmaması nedeni ile ticari dava olmayacağına ve taraflardan yalnızca birinin ticari işletmesi ile ilgili olması halinde de ticari dava sayılmayacağı gerekçeleriyle görevsizlik kararı verilmiştir. Kararın istinaf edilmesi üzerine İstanbul BAM 13. HD ise, taraflar arasındaki sözleşmenin konusunun, davalının sözleşmede yazılı işyeri adresinde, davacıya ait markanın kullanımı ile hizmet sağlamak olduğuna, davalının tacir olarak hareket ettiğine franchise sözleşmesinin konusunun ve taraflarının faaliyet alanı dikkate alındığında, sözleşmenin iş veya hizmet sözleşmesi niteliğinde olmadığına, zira tarafların tacir, yapılan işin ticari iş mahiyetinde bir iş ve dolayısıyla davanın ticari dava olduğuna karar verilmiştir. Öte yandan üst derece mahkemesine göre, haksız rekabet teşkil eden eylemlerde bulunduğu yönündeki iddialar, haksız rekabetin TTK’de düzenlenmiş olması nedeniyle mutlak ticari dava niteliği taşımaktadır. Tüm bu nedenler dikkate alınarak verilen kararda asliye ticaret mahkemeleri bu davada görevli mahkeme olarak kabul edilmektedir.

Söz konusu kararda işaret edildiği üzere, franchise sözleşmesinin taraflarının birbirinden hukuken bağımsız tacir olarak hareket etmeleri bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin iş mahkemeleri olarak belirlenmesini engellemektedir. Bu nedenle kararın hukuken yerinde olduğu kanaatindeyiz.

⁷⁴ İstanbul BAM, 13. HD, T. 16.06.2022, E. 2022/592, K. 2022/993 (Lexpera).

C. Genel Mahkemelerin Görev Alanı

Franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından genel mahkemelerin görevli olması da mümkündür. Yukarıda işaret edildiği üzere uyuşmazlığa SMK, FSEK, TTK veya TBK'nin ilgili hükümlerinin uygulanmaması ve tarafların tacir ve uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesiyle ilgili olmaması halinde, asliye hukuk mahkemesi görevlidir.

Yargı yerinin belirlenmesi için başvuru İstanbul BAM 37. HD kararına konu olan bir olayda⁷⁵, franchise sözleşmesinden doğan bedelin ödenmemesi nedeniyle asliye ticaret mahkemesinde alacak davası açılmıştır. Uyuşmazlığın taraflarının tacir ve uyuşmazlığın TTK'de düzenlenen veya TTK'de sayılan hususlara ilişkin olmaması nedeniyle ticari dava niteliğinde olmadığı gerekçesiyle asliye ticaret mahkemesince görevsizlik kararı verilmiştir. Kararın gerekçesinde, uyuşmazlık konusunu oluşturan franchise sözleşmesinin ticari faaliyetler sebebiyle imzalandığı; faturanın düzenlendiği tarih itibarıyla davalının da tacir olduğu konusunda tereddüt bulunmadığı, TTK'nin 4/1 maddesine göre davanın niteliğinin ticari olduğu hususlarına vurgu yapılmıştır. İstanbul BAM 37. HD, dosyada yer alan belgelere göre davalının tacir olmadığına ve uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesinden kaynaklanmadığına ve bu nedenle asliye hukuk mahkemesince genel hükümler çerçevesinde giderilmesi gerektiğine karar vermiştir. Benzer olarak nitelendirilebilecek ve franchise sözleşmesinin imzalanacağı düşüncesiyle ödenen bedelin iadesi talebiyle açılan davada, yargı yerinin belirlenmesi için başvuru İstanbul BAM 37. HD, uyuşmazlığın genel hükümler çerçevesinde asliye hukuk mahkemesince görüleceğine hükmetmiştir⁷⁶.

İstanbul BAM 16. HD'nin yakın tarihli başka bir kararında da⁷⁷ franchise sözleşmesinin feshi nedeniyle ödenen bedelin iadesine ilişkin açılan davada tarafların tacir ve uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesiyle ilgili olması nedeniyle asliye ticaret mahkemesi görevli olarak belirlenmiştir. Buna karşılık Yargıtay 11. HD'nin kararına konu olan franchise sözleşmesinin feshi halinde ödenen bedelin iadesinin asliye ticaret mahkemesinde ileri sürüldüğü başka bir davada ise⁷⁸, ilk derece mahkemesince uyuşmazlığın tescilli markaya ilişkin imzalanan franchise sözleşmesinden kaynaklanması nedeniyle FSHM'nin görevli olduğuna hükmedilmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. HD tarafından temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

İşaret edilen kararlarda dava, franchise bedelinin ödenmemesi yahut ödenen bedelin iadesi istemi-ne ilişkin olarak açılmıştır. Bu halde uyuşmazlık, franchise sözleşmesinin lisans sözleşmesine ilişkin unsurundan kaynaklanmamakta ve uyuşmazlığa bu nedenle SMK hükümleri uygulanmamaktadır. SMK hükümlerinin uygulanmadığı uyuşmazlıklar bakımından asliye ticaret mahkemelerinin görevli kabul edilmesi, üst derece mahkemesince verilen kararlarda olduğu gibi TTK m. 4 gereğince tarafların tacir ve uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesiyle ilgili olup olmadığının değerlendirilmesini gerektirir. Değerlendirme neticesinde kararlarda, görevli mahkemenin taraflar tacir ise asliye ticaret mahkemesi, aksi takdirde asliye hukuk mahkemesi olarak belirlenmesi kanaatimizce yerindedir. Buna karşı-

⁷⁵ İstanbul BAM, 37. HD, T. 12.03.2024, E. 2023/3121, K. 2024/891 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Konya BAM, 6. HD, T. 24.03.2023, E. 2021/1577, K. 2023/669; İzmir BAM, 17. HD, T. 28.12.2021, E. 2021/2405, K. 2021/1873 (Lexpera).

⁷⁶ İstanbul BAM, 37. HD, T. 27.09.2022, E. 2022/91, K. 2022/2282 (Lexpera). Aynı yönde bkz. İstanbul BAM, 37. HD, T. 29.11.2018, E. 2018/1787, K. 2018/2123; İstanbul BAM, 45. HD, T. 07.02.2024, E. 2021/146, K. 2024/156; İstanbul BAM 12. HD, T. 12.02.2020, E. 2019/2310, K. 2020/196 (Lexpera).

⁷⁷ “Davaya konu uyuşmazlığın Franchise Sözleşmesi’nden kaynaklandığı anlaşılıyorsa da, bu husus davanın Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde görülmesi için yeterli değildir. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 156/1 maddesinde; “Bu Kanunda öngörülen davalarda görevli mahkeme Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi ve Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesidir” hükmü düzenlenmişse de, Franchise Sözleşmeleri SMK’da düzenlenmiş değildir. Somut uyuşmazlıkta, davacının talebi sözleşmenin feshi nedeniyle davalıya ödenen bedelin iadesine ilişki olduğu, davada herhangi bir sınai mülkiyet hakkına dayanılmadığı gibi, bu hakların ihlalden bahsedilmediği, ticari nitelikteki franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde Borçlar Kanunu ve TTK hükümleri uygulanacağı ve Ticaret Mahkemesinde görülmesi gerektiği, mahkemenin yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı vermesinin yerinde olmadığı kanaatiyle, davalı vekilinin istinaf başvurusunun kısmen kabulüne kısmen reddine, mahkeme kararının kaldırılarak, dosyanın yargılamaya devam edilmek üzere kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verilmiştir.” İstanbul BAM, 16. HD, T. 02.06.2022, E. 2022/517, K. 2022/1008, (Lexpera).

⁷⁸ Yargıtay, 11. HD, T. 28.09.2015, E. 2015/8750, K. 2015/9565 (Lexpera).

lık Yargıtay 11. HD'nin yukarıda işaret edilen kararına ise taraflar arasındaki uyuşmazlığın lisans sözleşmesine yönelik olmaması nedeniyle katılmamaktayız.

Franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından asliye hukuk mahkemesinin görevli olması, uyuşmazlığın sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girmemesine bağlıdır. Sulh hukuk mahkemesinin görevi, HMK m. 4'te düzenlenmiş olup ve bu düzenlemede konumuz açısından özellik arz eden husus, kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Zira kanun koyucu kira sözleşmesinden doğan tüm uyuşmazlıklarda görevli mahkemeyi sulh hukuk mahkemesi olarak kabul etmiştir. Meseleyi bu açıdan ele aldığımızda, franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, kira sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulup bulmadığı değerlendirilmelidir. Yukarıda belirtildiği üzere franchise sözleşmesi, isimsiz sözleşme olması nedeniyle birden çok sözleşmeye ait unsuru içerisinde barındırmakta olup, bu unsurlardan birini de kira sözleşmesinin aslı edimi oluşturmaktadır. Zira söz konusu sözleşme ile franchise veren tarafından franchise sisteminin işletilmesi için gerekli araçların veya hizmetlerin sürdürüleceği çatılı işyerinin kullanımı devredilebilir. Ancak bu hallerde yukarıda ifade edildiği üzere, franchise sözleşmesine kira sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu değildir. Geline bu noktada, franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda sözleşme kira sözleşmesinin unsurlarını taşısa dahi sulh hukuk mahkemesinin görevli olamayacağını söylemek mümkündür.

Franchise sözleşmesinin çerçeve sözleşme niteliği taşıması, franchise sisteminin uygulanması aşamasında birçok ayrı sözleşme yapılmasını da gerektirmektedir. Örneğin, franchise veren franchise sözleşmesi ile kendi belirlediği bir yerde sözleşme konusu faaliyetin yürütülmesini talep edebilir. Bu durumda, franchise verenin üçüncü bir kişiden kiraladığı taşınmazın kullanım hakkını franchise alana devretmesi ile bir alt kira sözleşmesi kurulmaktadır. Alt kira sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ise, uyuşmazlığın franchise sözleşmesinden değil, kira sözleşmesinden kaynaklandığı ve kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin bu uyuşmazlığa doğrudan uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Bu halde görevli mahkeme HMK m. 4 gereğince, sulh hukuk mahkemesidir.

İşaret edilen konuda önem arz eden bir karar, yargı yeri belirlenmesine ilişkin hususlarda görevli olan Yargıtay 20. HD tarafından verilmiştir⁷⁹. Söz konusu olayda, franchise sözleşmesi ile taraflar, davalının davacı şirkete ait marka adı altında ve davacı şirket tarafından uygun bulunan yerde faaliyet göstereceği hususunda anlaşmıştır. Faaliyetin yürütüleceği yer, davacı şirket tarafından kiralanmış ve davalı şirketle alt kira sözleşmesi imzalanmıştır. Dava, taraflar arasında ödenmeyen kira bedeline ilişkin olarak asliye ticaret mahkemesinde açılmıştır. Uyuşmazlığın kira sözleşmesinden kaynaklandığı gerekçesiyle asliye ticaret mahkemesince; uyuşmazlığın taraflar arasındaki ticari ilişkiden kaynaklandığı gerekçesiyle sulh hukuk mahkemesince görevsizlik kararı vermiştir. Yargıtay 20. HD ise, davacının talep ettiği alacağın kira alacağı olması nedeniyle uyuşmazlığın sulh hukuk mahkemesince görülmesi gerektiğine hükmetmiştir. Benzer bir değerlendirmenin yapıldığı İstanbul BAM 37. HD kararında da⁸⁰, franchise sözleşmesi gereğince kurulan kira sözleşmesinde, kira ilişkisinin feshi nedeniyle ödemeye ilişkin uyuşmazlık bakımından sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu ifade edilmiştir. Buna karşılık, Ankara BAM 22. HD kararına konu olan ve kiracılık sıfatının tespiti istemiyle sulh hukuk mahkemesinde açılan davada⁸¹, tarafların tacir olduğu; uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesinden kaynaklandığı, bu nedenle davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Karara karşı, uyuşmazlığın taraflar arasındaki kira ilişkisinden kaynaklandığı, HMK m. 4 gereğince kira ilişkisinden kaynaklı tüm davaların sulh hukuk mah-

⁷⁹ Yargıtay, 20. HD, T. 25.11.2016, E. 2016/11772, K. 2016/11186 (Legalbank). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 6. HD, T. 30.06.2015, 2014/10993, K. 2015/6672 (Legalbank).

⁸⁰ "Somut olayımızda; dava konusu uyuşmazlık, davacı ile davalı arasındaki yapılan kira ilişkisinin feshi nedeni ile fazladan haciz baskısı altında ödenen kira ve aidat bedelinin istirdadına yönelik olduğu; alt kira ilişkisinin taraflarından kaynaklanmadığı gibi franchising ve marka lisans sözleşmesinde kaynaklanmadığı, uyuşmazlık kira ilişkisinden kaynaklanmakla davanın İstanbul Anadolu 6. Sulh Hukuk Mahkemesince görülüp sonuçlandırılması gerekir." İstanbul BAM, 37. HD, T. 30.12.2021, E. 2021/984, K. 2021/2210 (Lexpera).

⁸¹ Ankara BAM, 22. HD, T. 6.11.2020, E. 2020/1169, K. 2020/1342 (Lexpera).

kemesinin görev alanında olduğu, bu nedenle görevsizlik kararı verilmesinin hatalı olduğu gerekçeyle istinaf yoluna başvurulmuş, ancak bölge adliye mahkemesince ilk derece mahkemesinin kararı yasaya aykırı bulunmamıştır.

Yukarıda işaret edilen kararlarda görüldüğü üzere, her ne kadar taraflar arasında franchise sözleşmesi bulunsa da uyuşmazlık bu sözleşmeden değil⁸², taraflar arasında franchise sözleşmesi gereği kurulan ayrı bir kira sözleşmesinden doğmaktadır. O halde, kira ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda (kira bedelinin ödenmesi, kiracılık sıfatının tespiti, kira ilişkisinin feshi nedeniyle ödeme gibi) görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olarak belirlenmesi yerindedir. Buna karşılık, Ankara BAM 22. HD'nin vermiş olduğu kararda ise kiracılık sıfatının tespitine ilişkin olarak açılan davada, franchise sözleşmesinin taraflarının tacir olması nedeniyle asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmesine HMK m. 4'ün açık düzenlemesi doğrultusunda katılmamaktayız.

SONUÇ

Franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, davaların hangi mahkemede açılacağı bu çalışmada tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda sözleşmenin feshi halinde feshin haklı veya haksız nedenle yapılmasına veya davanın franchise alan yahut veren tarafından açılmasına veyahut talebin cari hesap alacağı, bakiye hesap alacağı, franchise bedeli, müspet ve menfi zararların tazmini istemlerine ilişkin olmasına bağlı kalınmamıştır. Zira franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda hangi mahkemenin görevli olduğuna ilişkin kanunî bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle görevli mahkemenin tespitinde, genel kriterler üzerinden değerlendirme yapılmalıdır. Hukuk sistemimizde görevli mahkeme, uyuşmazlığın konusu ve/veya tarafların statüleri yahut uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerine göre belirlenmektedir.

Franchise sözleşmesinin hukukî niteliği isimsiz sözleşmedir. İsimli sözleşmelere uygulanacak maddî hukuk hükümleri, tartışmalı olan türlerin (karma ve kendine özgür sözleşme) her ikisinde de kıyas ve yaratma teorisi çerçevesinde tespit edilmektedir. Franchise sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığa sözleşmede kararlaştırılan hükümlerin yanı sıra, SMK, TTK ve TBK'nin ilgili hükümleri uygulanabilmektedir. Franchise alan ve franchise veren, bu sözleşmede birbirinden bağımsız tacir konumunda olabilmekte ve uyuşmazlık tarafların ticari işletmesinden doğabilmektedir. Franchise sözleşmesinin işaret edilen özellikleri bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme tespit edilirken dikkate alınacak kriterler bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle görevli mahkeme tespit edilirken bu hususlar araştırılarak değerlendirme yapılmalıdır.

Franchise sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık için görevli mahkeme belirlenirken ilk olarak o uyuşmazlığın çözümünde özel mahkemelerin görevli olup olmadığı tespit edilmelidir. Uyuşmazlığın özel bir mahkemenin görev alanında olmaması halinde, genel mahkemeler görevli kabul edilmelidir. Bu çerçevede, ilk olarak franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak maddî hukuk hükümlerine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Ancak franchise sözleşmesinin hukukî niteliğinin isimsiz sözleşme olması uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerinin tespitinde birtakım tereddütlere neden olmaktadır. Zira franchise sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş birçok sözleşme unsurunu içerisinde barındırmaktadır. Bu noktada, isimsiz sözleşmelere uygu-

⁸² Uyuşmazlığın franchise sözleşmesinden değil, taraflar arasındaki haksız fiil ilişkisinden doğduğu tespit edilen başka bir davada asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiştir. Söz konusu karar şu şekildedir: "Yukarıda da belirtildiği gibi davacı kurum, davalıların sebebiyet vermiş olduğu zararını haksız fiil hükümleri çerçevesinde davalılardan tahsilini istemektedir. Davalılardan ... dava dışı şirketin müdürüdür. Diğer davalılar ise davacı kurumun memur çalışanlarıdır. Davacı tarafın, davacı kurum ile dava dışı şirket arasında imzalanan franchising sözleşmesine dayanarak ortaya çıkan kurum zararını, dava dışı şirketin yetkilisi olan ... ve davacı kurum çalışanı olan diğer davalıların eylem birliği halinde hareket etmesinin sonucunda meydana geldiğini belirterek haksız fiil hükümlerine dayanarak alacak talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu haliyle taraflar arasındaki uyuşmazlık TTK'nun 4. maddesinde belirtildiği şekilde mutlak ya da nispi nitelikte ticari dava niteliğinde değildir. Dolayısıyla asliye ticaret mahkemesinde uyuşmazlığın çözümünde görevli mahkeme olmayacaktır. Açıklanan bu nedenlerle tarafların istinaf itirazları incelenmeksizin HMK'nun 355. maddesi gereğince görev kamu düzenine ilişkin olduğu gözetilerek, Dairemizce resen istinaf incelemesi yapılmış, mahkemece verilen karar kaldırılarak, görev konusunda bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmiştir." Ankara BAM, 22. HD, T. 28.12.2021, E. 2021/582, K. 2021/2198 (Lexpera).

lanacak maddî hukuk hükümleri tespit edilirken kullanılacak kıyas ve yaratma teorisi esas alınmalı ve bunun neticesinde uyuşmazlığa hangi sözleşme unsurunun kıyasen uygulanacağı tespit edilmelidir. Franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda SMK'nin uygulama alanı bulması halinde görevli mahkeme FSHHM'dir. TTK'nin veya TBK'nin uygulama alanı bulması halinde ise, ilgili hükmün TTK m. 4'te yer alan mutlak ticari davaya vücut veren düzenlemelerden biri olması halinde, asliye ticaret mahkemesi görevlidir. Öte yandan franchise sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerinin değişiklik göstermesi, taleplerin birlikte ileri sürülebilirliğini de etkilemektedir. Zira hukuk sistemimizde taleplerin davaların yığılması veya terditli dava şeklinde birlikte ileri sürülmesini ortak görevli mahkeme şartına bağlayan görüşler bulunmaktadır.

Franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığa uygulanacak maddî hukuk hükümlerine göre görevli mahkemenin belirlenemediği hallerde ise, sözleşmenin taraflarının tacir ve uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesiyle ilgili olup olmadığı tespit edilmelidir. Zira bu şartlar birlikte gerçekleştiğinde, nispi ticari dava söz konusu olup ve bu husus, görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olarak belirlenmesini etkilemektedir. Aksi halde, franchise sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren bir uyuşmazlığa rastlamak mümkün görülmediğinden asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu sonucuna ulaşılmalıdır.

KAYNAKÇA

- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, M. Kâmil / DEREN YILDIRIM, Nevhis: *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- ALTINOK ORMANCI, Pinar: “Franchise Sözleşmesinin Haklı Sebep Feshinde Hizmet ve Adi Ortaklık Sözleşmelerine İlişkin Hükümlerden Yararlanılıp Yararlanılamayacağı Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2013, Cilt 4, Sayı 13, s. 377-402.
- ANSAY, Sabri Şakir: *Hukukta Yargılama Usûlleri*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medeni Usûl Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- ASLAN, Ali Çetin: *Medeni Usûl Hukukunda Görev*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- ATALI, Murat: “Hukuk Yargılamamızda Genel Mahkemeler, Görev Kavramı ve Görevsizlik Kararı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı Özel Sayısı, s. 525-551.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medeni Usûl Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- BERKİN, Necmettin Mehmet: *Tatbikatçılara Medeni Usûl Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981.
- BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun: *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- BOZGEYİK, Hayri: *Marka Hakkının Korunması*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- BUDAK, A. Cem: “Yargıtay’ın 2000-2003 Yılları Arasında Yayımlanan Medeni Usûl Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı II-III*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007, s.75-138.
- BUDAK, A. Cem / KARAASLAN, Varol: *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2023.
- BULUT, Uğur: *Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- CAN, Ozan: “Franchise Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Bağlamında Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, Sayı 1, s.49-67.
- ERDÖNMEZ, Güray: *İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılama Usûlü*, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 1998.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- GÖKSU, Mustafa: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tadili İhtiyacı ve Bu Konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2017, Sayı 32, s. 61-93.
- GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medeni Usûl Hukuku*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- GÜMÜŞ, M. Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- GÜNEŞ, İlhami: *Uygulamada Fikrî ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- GÜRZUMAR, Osman Berat: *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1995.
- KALE, Serdar: *Marka Davalarında Yargılama Usûlü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- KARAFAKİH, İ. Hakkı: *Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esaslar*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1952.
- KARSLI, Abdurrahim: *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. Baskı, Alternatif, İstanbul, 2014.
- KIRCA, Çiğdem: *Franchise Sözleşmesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1997 (Franchise Sözleşmesi).
- KIRCA, İsmail: “Nispi Ticari Davaya Dair”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2017, Cilt 33, Sayı 1, s. 55-61.

- KRAMER, A. Ernst: *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Unterteilband 1a Inhalt des Vertrages Unterteilband 1a Art. 19-22 OR*, Stämpfli Verlag, Bern, 1991.
- KUNTALP, Erden: *Karışık Muhtevalı Akit*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013.
- KURU, Baki / AYDIN, Burak: *Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, Cilt I*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- OKTAY, Saibe: “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, Cilt 55, Sayı 1-2, s. 263-296.
- PEKCANITEZ, Hakan: “Medenî Usûl Hukuku’nda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 4, Sayı 2, s. 163-192.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Ed.): *Pekcanitez Usûl, Medeni Usûl Hukuku, Cilt I*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usûl).
- PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Ed.): *Pekcanitez Usûl, Medeni Usûl Hukuku, Cilt II*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usûl).
- POSTACIOĞLU, İlhan / ALTAY, Sümer: *Medeni Usûl Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- SCHLUEP, R. Walter: *Innominatverträge, Separatdruck aus “schweizerisches Privatrecht”, Bd.VIII/1/2. OR-Besondere Verhältnisse*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel-Stuttgart, 1979.
- SCHULTHESS, Victor: *Der Franchise-vertrag nach schweizerischem Recht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1975.
- SKAUPY, Walther: “Das ‘Franchising’ als zeitgerechte Vertriebskonzeption”, *Der Betrieb*, 1982, Sayı 47, s. 2446-2450.
- TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- TANRIVER, Süha: *Medeni Usûl Hukuku, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- TOPÇUOĞLU, Metin: “Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2003, Cilt 22, Sayı 1, s. 113-154.
- TURGUT, Oya: *İş Yargılaması Usûl Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ULUKAPI, Ömer: *Medeni Usûl Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- UMAR, Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: *Medeni Yargılama Hukuku*, Yazarın Kendi Yayını, İstanbul, 2000.
- YASAMAN, Hamdi / AYOĞLU, Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya / MEMİŞ KARTAL, Pınar / YÜKSEL, Sinan H. / YASAMAN, Zeynep: *Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, I. Cilt*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YAVUZ, Cevdet: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- YENİOCAK, Umut: *Franchise Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyetin Enflasyondan Korunması^(*)



Protection of Property from Inflation in the European Convention on Human Rights and Judgments of the European Court of Human Rights

Uğur KAYNAKÇIOĞLU



Araştırma Görevlisi Doktor
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*İnsan Hakları,
Mülkiyetin Korunması,
Enflasyon,
Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesi,
Avrupa İnsan Hakları
Mahkemesi.*

Öz

Bu makale ekonomi alanında farklı dönemlerde gündem olan enflasyon konusunun uluslararası insan hakları hukuku açısından Avrupa bölgesi özelindeki karşılığının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları kapsamında nasıl ele alındığı sorusundan hareketle yazılmıştır. Makale içerisinde, öncelikle enflasyon kavramı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında enflasyondan devletlerin sorumluluğu konuları ele alınmıştır. Enflasyonun para ve fiyat istikrarı ile ilişkisi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesindeki mülkiyetin korunmasıyla bağlantısı bulunmaktadır. Bu bağlantı ortaya koyulduktan sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin enflasyonu ele alış biçimini açıklığa kavuşturabilmek için, bir hak olarak mülkiyetin korunması ve enflasyonun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına konu olmuş çeşitli olayların hangi konular bağlamında ele alındığı sınıflandırılarak incelenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi her ne kadar enflasyonun etkisini dikkate alarak bu etkiye karşı bir miktar koruma sağlamış olsa bile enflasyonun etkisini tam olarak ele almamış veya bu etkinin mülkiyet hakları üzerindeki sonuçlarını değerlendirmek için açık ve net kriterler oluşturmamıştır.

Keywords

*Human Rights,
Protection of Property,
Inflation,
European Convention
on Human Rights,
European Court of
Human Rights.*

Abstract

This article was written based on the question of how the issue of inflation, which has been on the agenda in different periods in the field of economics, is addressed in the European region in terms of international human rights law within the scope of the European Convention on Human Rights and the judgments of the European Court of Human Rights. In the article, firstly, the concept of inflation and the responsibility of states for inflation within the scope of the European Convention on Human Rights are discussed. Due to its relationship with money and price stability, inflation has a connection with the protection of property in Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights. After this connection was revealed, to clarify the way the European Court of Human Rights handles inflation, the protection of property as a right and inflation were examined by classifying the context in which the various cases that were the subject of the judgments of the European Court of Human Rights were discussed. Although the European Court of Human Rights has taken into account the impact of inflation and provided some protection against this impact, it has not fully addressed the impact of inflation or established clear criteria for assessing the consequences of this impact on property rights.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 15.05.2024, Kabul Tarihi: 25.07.2024.

GİRİŞ

Enflasyon, günlük yaşamdaki parasal ilişkileri etkileyen, mallarda ve hizmetlerde sürekli fiyat değişimleri yoluyla ekonomik gündemin değişmez parçası olan bir konudur. Kişilerin sahip oldukları paranın değer kaybına neden olan ve ekonomik gündemin bu kadar odağındaki bir konunun hukuki ilişkileri nasıl etkilediği sorusu her zaman dikkate değer bir hal almaktadır. Nitekim para biriminin değer kaybından hukuki ilişkiler olumsuz etkilenebilmekte; hukuki ilişkinin tarafları arasında ilişkinin kurulmasını veya sonuçlanmasını sağlayan denge bozulabilmektedir.

Enflasyonun tanımı ve içeriği incelendiğinde insan hakları konusunda devletlerin sorumluluğu açısından özellikle mülkiyetin korunmasıyla ilişkilendirilebilir olduğu görülmektedir. Mülkiyetin korunmasının yer bulduğu hukuki düzenlerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹ kapsamında doğrudan enflasyonu içeren hukuki uyuşmazlıkların nasıl çözümlendiğinin incelenmesi günlük yaşamda ve Türkiye’de enflasyon nedeniyle ortaya çıkan veya çıkabilecek sorunlarda hak temelli çözüme nasıl ulaşılabileceğini tespit edebilmek açısından yol gösterici niteliktedir. AİHS’nin uyuşmazlık çözüm organı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)² önünde çeşitli konularda enflasyonla ilgili değerlendirmeler içeren kararlar vermiştir³. Bu kararları incelemek enflasyonun AİHS açısından değerlendirildiği konumu görmeyi kolaylaştıracaktır. Böylece AİHS uyarınca devletlerin kişilerin sahip oldukları paranın değer kaybından sorumlu tutulup tutulamayacağı ve kişilerin mülkiyet haklarına bu yönden müdahale edildiğinde enflasyonun etkisinin devletler tarafından ne derecede dikkate alınacağı gibi hususlar açıklığa kavuşmuş olacaktır. Bu kapsamda öncelikle enflasyon kavramı ve AİHS kapsamında enflasyondan devletlerin sorumluluğu konuları ele alınacak; daha sonra AİHS kapsamındaki mülkiyet hakkı ve AİHM kararları kapsamında enflasyonun nasıl bir yere sahip olduğu incelenecektir.

I. ENFLASYON KAVRAMI – AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ENFLASYONDAN DEVLETLERİN SORUMLULUĞU

Enflasyon [*inflation* (fr.)/*inflation* (ing.)], Latince şişkinlik, kabarma ve artış anlamına gelen “*inflatio*” sözcüğünden türemiş bir iktisadi kavramdır⁴. Enflasyonun “*Dolanımdaki para miktarıyla, malların ve satın alınabilir hizmetlerin toplamı arasındaki açığın büyümesinden ortaya çıkan ve fiyatların toplam yükselişi, paranın değerinin düşmesi biçiminde kendini gösteren ekonomik parasal süreç; para şişkinliği, parasal şişkinlik.*” yönündeki iktisadi anlamının yanı sıra “*Gereğinden fazla artış; şişkinlik*” anlamına gelen mecazi bir kullanım ve “*pahalılık*” anlamına gelen günlük dil kullanımı da

¹ Asıl ismi İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi [*Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales* (fr.)/*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (ing.)] olan AİHS için bkz. UNITED NATIONS: *Treaty Series*, Sayı 213, s. 221 vd. ve COUNCIL OF EUROPE: *ETS No. 005*. AİHS, 19.03.1954 tarihli ve 8662 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 10.03.1954 tarih 6366 sayılı Kanun ile tasdik edilmiştir. Türkiye, AİHS’yi 4.11.1950 tarihinde imzalamış; AİHS onayını 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi etmiş; bu tarihten sonra AİHS Türkiye için yürürlüğe girmiştir. Bkz. UNITED NATIONS: *Treaty Collection, Status of Treaties* (<https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028014a40b>, ET: 10.12.2023) ve COUNCIL OF EUROPE: *Chart of signatures and ratifications of Treaty 005* (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=005>, ET: 10.12.2023). AİHS Avrupa Konseyi’nin 46 üyesinden hepsi tarafından onaylanmıştır.

² Bu makalede ele alınan AİHM kavramı AİHS’nin özgün biçiminde yer alan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ayırımındaki iki organı da kapsayacak şekilde ele alınmaya çalışılmıştır. Bu nedenle çalışma içerisinde bu yönde bir ayırım yapılmayacaktır. AİHM’ne bireysel başvurunun tarihsel süreci hakkında bilgi için bkz. AYBAY, Rona: *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 156-157.

³ Örneğin, 2024 yılının Haziran ayının sonu itibarıyla AİHM karar arama veri tabanında (HUDOC) enflasyonun Fransızca ve İngilizce karşılığı olan “*inflation*” sözcüğü yazılıp metin içerişi için arandığında 57 adet Büyük Daire, 775 adet Daire ve 120 adet Komite kararı olmak üzere toplam 952 adet karar görülmekte; bunlardan 254 tanesinin Türkiye aleyhine yapılmış başvurular olduğu dikkat çekmektedir. İlgili kararlar incelendiği zaman bu kararlardan bazılarının enflasyon kavramının mecazi anlamına başka bağlamlarda yer verdiği görülebilir de [Hapishanelerdeki nüfus enflasyonu konusundaki bir karar için bkz. AİHM, *Muršić/Hrvatistan*, B. No: 7334/13, T. 20.10.2016 (HUDOC)] kararların çoğunluğunun “enflasyon” sözcüğüne ekonomideki karşılığı olarak ve bu çalışmada ele alındığı anlamıyla yer verdiği ifade edilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki içeriğinde ekonomideki enflasyon sözcüğüne yer veren ancak enflasyonun hak üzerindeki etkilerinin tartışılmadığı kararlar da bulunabilir.

⁴ ERDOĞMUŞ, Belgin: *Hukukta Latince: Teknik Terimler – Özlü Sözlük*, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 65; ÖZGÜVEN, Ali: *İktisat Ders Notları*, Mentuş Matbaası, İstanbul, 1970, s. 353.

mevcuttur⁵. Halk tarafından kullanılan günlük dil karşılığı olan hayat pahalılığının enflasyon kavramının özünü oluşturduğu belirtilmektedir⁶. Teknik bir kavram olarak ise enflasyon, ekonomik hayattaki istikrarsızlık olarak bir ülkede fiyatlar genel düzeyinin sürekli artması ve bu nedenle paranın satın alma gücünün düşmesidir⁷. Ekonomide enflasyon bulunduğu malların büyük çoğunluğu eskisine göre ancak daha çok para birimiyle alınabilir hale gelmekte; malların fiyatları artmaktadır.

Enflasyonun nedenleri talep ve arz enflasyonu olmak üzere ikiye ayrılmakta; bu iki neden birbiriyle bağlantılı olarak da ortaya çıkabilmektedir. Talep enflasyonu üretilen malların ve hizmetlerin toplam talebi karşılayamaması ile ilgiliyken; arz enflasyonu ise üretim maliyet artışı nedeniyle malların ve hizmetlerin üretiminin azalması (maliyet enflasyonu), dışa bağımlı ekonomilerde veya ülke parasının değer kaybettiği durumlarda ithal girdi fiyatlarının yükselmesi (ithal enflasyon) ve piyasa rekabetinin aksaması nedeniyle fiyatların anlaşmalı şekilde yapay yükselmesi (fiyat enflasyonu) ile ilgilidir⁸.

Enflasyon, tarımsal üretimi azaltan ya da artıran yağmur miktarı gibi doğal sebeplerden veya devlet harcamalarının artırılması, faiz oranlarının düşürülmesi ya da fazladan para basılması gibi paranın değerini düşüren hükümet politikaları gibi sebeplerden de kaynaklanabilir. Dolayısıyla enflasyon ya doğal sebepler ya da siyasi müdahaleler olarak da adlandırılabilir antropolojik sebeplerle, kişilerin sahip olduğu para miktarını ortadan kaldırmaya bile, ellerinde bulunan paranın değerini düşürür. Ortaya çıkan bu durum, paranın mülkiyet niteliğine sahip olduğu düşünüldüğünde, ilk bakışta mülkiyet hakkının ihlali olarak görülebilecek bir durumdur⁹. Aksi yönden düşünüldüğünde ise malların ve hizmetlerin parasal karşılığının artması yoluyla kişilerin sahipliğinde bulunan diğer mülkiyetin ve ekonomi araçlarının değerleri ise artmaktadır.

Enflasyon, aslında, varlığı devletler tarafından istenen bir ekonomik durumdur. İlimli olarak da adlandırılan ve halkın paraya güvenini sarsmayan düşük oranlı enflasyonun (yıllık %2 ila %4'lük) talep üzerindeki etkileri göz önüne alındığında yararlı olarak görüldüğü belirtilmektedir¹⁰. Bazen ılımlı olarak görülen düşük enflasyondan daha yüksek yıllık oranlara isabet eden oranlar ortaya çıksa bile "tam olarak öngörülen" enflasyonun gerçekleşmesi halinde hem devletin vergi gelirlerinin dengelenmesi hem de kişilerin tercihleri yoluyla olası mağduriyetlerinin önüne geçebilmesi mümkün olabilmektedir¹¹. Nitekim enflasyonun olmaması veya enflasyonun tersini niteleyen deflasyonun ortaya çıkması hallerinde ilgili devletin ekonomisi zarar görmekte; yatırımların azalmasıyla bireyler işsizlikle sınılanabilmektedir¹². Ayrıca başka bir olasılıkta düşük enflasyondan doğan birikimlerin yatırım ve dolayısıyla arza dönüşmekte başarısız olması halinde öngörülen enflasyondan sapılarak yüksek oranlı enflasyon tetiklenmekte¹³; yüksek veya hiper enflasyon¹⁴ ihtimalleri ortaya çıkmaktadır. Yüksek enflasyonun da fazlasını niteleyen hiper enflasyon ihtimalinde paranın artık kıymet ölçüsü olma niteliğini kaybettiği, para biriktirme isteğinin ortadan kalktığı ve mal fiyatlarının hızla yükseldiği bir duruma

⁵ TÜRK DİL KURUMU, *Güncel Türkçe Sözlük*, "enflasyon" (<https://sozluk.gov.tr/>, ET: 18.2.2024).

⁶ KAFAOĞLU, Arslan Başer: *Enflasyon: Gelişmiş ve Az Gelişmiş Ülkelerde*, 3. Baskı, Günay Matbaası, 1995, s. 11.

⁷ DİNLER, Zeynel: *İktisada Giriş*, 11. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005, s. 427-428.

⁸ DİNLER, s. 429-434.

⁹ MOOIJ, Anne Marieke / ARNI, Shahrina Tanjin Arni: "Can inflationary policy violate human rights?", *WhiteBoard Magazine*, 2021 (<https://whiteboardmagazine.com/2527/can-inflationary-policy-violate-human-rights/>, ET: 11.12.2023). Mooij/Arni'ye göre bu yöndeki değerlendirmenin doğru olup olmadığını tespit etmek için öncelikle paranın mülkiyet niteliğini dikkate almak gerekir.

¹⁰ DİNLER, s. 436. Başka bir çalışmada yıllık %2-3 civarı enflasyon sürünen; yıllık %3-20 oranındaki enflasyon ise ılımlı olarak adlandırılmıştır. Bkz. YETER, Fatih / EROĞLU, İlhan: *Küresel Enflasyon Eğilimleri Teori ve Uygulama*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2023, s. 11-12.

¹¹ DİNLER, s. 438-440.

¹² ÖZGÜVEN, s. 358.

¹³ DİNLER, s. 436.

¹⁴ Yüksek ve hiper enflasyonun sınırları ülkeden ülkeye, iktisatçıdan iktisatçıya değişebilse bile ortalama olarak çift haneli olan yıllık %10 üzeri yüksek enflasyona, yıllık %200 üzeri hiper enflasyona işaret etmektedir. [EĞİLMEZ, Mahfi: "Hiperenflasyon", *Kendime Yazılar*, 2023 (<https://www.mahfiegilmez.com/2023/11/hiperenflasyon.html>, ET: 11.12.2023)]. Başka bir çalışmada yıllık %20-%1000 aralığındaki enflasyon yüksek; %1000 üzeri enflasyon ise hiper enflasyon olarak tanımlanmıştır (Bkz. YETER / EROĞLU, s. 12-15).

işaret etmektedir¹⁵. Tüm bu yönleriyle enflasyon, varlığı beklenen ve istenen ancak kişilerin ekonomik durumunu olumsuz etkilememek adına hükümetler tarafından ekonomi politikalarıyla ılımlı dengede tutulması gereken bir iktisadi durum halini almaktadır.

Enflasyonun ekonomi politikalarıyla ılımlı dengede tutulması gereken bir iktisadi durum halini alması bu dengeyi sağlama yükümlülüğüne sahip olduğu belirtilebilecek devletlere enflasyondan doğan sorumluluğun atfedilebilmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Enflasyon hayat gerçekliğinde her ne kadar devletler için belirli olgular üzerinden hedeflenen fiyat değerleri ortalaması üzerinden hesaplanan ve tamamen devletin kontrolündeki bir olgu olarak görülse de enflasyona göreve gelen hükümetler tarafından yapılan hesaplamalar dahilinde iktidarın yerine getirmeyi vaat ettiği hedef olarak da yaklaşılabilir. Enflasyonun yalnızca hükümet politikalarıyla bağlantılandığı bu durumda devletler aynı anda hem hedeflenen enflasyonu isteyen taraf hem de hedeflenenin dışında kalan değerleri istemeyen taraf olarak aynı anda iki karşıt konumda da kalabilmektedir. Ancak devletlerde genellikle enflasyonu önleyecek ve fiyat istikrarını sağlayacak para politikasına ilişkin bağımsız kurumlar olarak kendilerine hukuki düzenlemelerle yükümlülükler verilen merkez bankaları bulunmaktadır¹⁶. Merkez bankalarının bu kapsamda fiyat istikrarı hedefleri bulunduğu düşünüldüğünde enflasyonun hedeflenenden yüksek gelmesi aynı zamanda fiyat istikrarı hedefine ulaşamaması demektir¹⁷.

Enflasyon, tüm bu özellikleri göz önüne alındığında kişilerin haklarına müdahale açısından devletlere atfedilebilmelidir. Çünkü ekonomi politikalarıyla ılımlı dengede tutulması gereken bu iktisadi durum aynı zamanda devletlerin egemenlik alameti olan para basma tekeli ile bağlantılıdır. Siyasi tercihler konusunda zaten devletin gözlemlenebilir bir davranışı söz konusu olsa da devletin kontrolünde olmayan etkenler ve doğal olaylar kaynaklı sonuçlar açısından ise kişilerin haklarının korunması açısından devletin bir tedbir alma yükümlülüğünden bahsedilebilir. Ayrıca bu konudaki temel ilişki devletin mali kaynakları ölçüsünde ekonomik ödevlerini yerine getirirken kişilerin ekonomik değer içeren bir hakkı olan mülkiyet hakkına ne derecede müdahale ettiği üzerinden tartışılabilecek bir sorundur. Nitekim AİHS'nin içerdiği hak türleri düşünüldüğünde enflasyonun doğrudan bağlantılı olduğu temel hak mülkiyet hakkı olacaktır. Çoban'a göre AİHS kapsamında devletlerin enflasyondan sorumluluğu iki bağlamda ele alınabilir: 1) Devlet, enflasyonun ortaya çıkmasında doğrudan sorumluyorsa kişilerin paralarının değerinin düşmesine neden olup olmadığı değerlendirilmeli; 2) devlet, enflasyonun ortaya çıkmasında doğrudan sorumlu değilse o zaman devletin enflasyonun etkilerine tepki vermemekten sorumlu tutulup tutulamayacağı değerlendirilmelidir¹⁸. Yani enflasyonun doğuşu ve enflasyonun sonuçları açısından AİHS kapsamında devletin sorumluluğu gündeme gelebilir. Enflasyonun doğuşu bağlamındaki sorumluluk hükümetlerin enflasyonu isteme durumunu -veya başka bir şekilde ifade edilecekse hedeflerini- siyasi kararlar yoluyla enflasyon sonucuna dönüştürebilme imkanlarını kişilerin parasal varlıklarına zarar verecek şekilde kullandığı durumları tasvir ederken enflasyonun ortaya çıkmasından sonra etkileriyle mücadelede yetersiz kalmak, enflasyonun oluşumunda ilgili devletin rolü bulunsun veya bulunmasın, devletin kişilerin parasal varlıklarını korumaya yönelik yükümlülüğünü yerine getirmedeki başarısızlığı olarak tasvir edilebilir. Her iki durumda da alım gücü düşen bir para birimi karşısında devletin nasıl bir karşı davranışta bulunduğu hususu önem kazanmaktadır. Özellikle insan hakları konusu kapsamında düşünüldüğünde, bu husus, her ne kadar toplumsal olarak yararlı sonuçlar doğuracak olsa dahi, kişilerin ekonomik durumlarını ve dolayısıyla sosyal yaşantılarını etkilediği için hak ihlali sonucunu doğurabilmektedir. Nitekim AİHM, devletlerin sosyal ve ekono-

¹⁵ ÖZGÜVEN, s. 356.

¹⁶ Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 166. maddesinde fiyatlarla istikrar sağlayıcı tedbirlerin kalkınma planında yer alacağı belirtilmişken 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu'nun 4. maddesinde "Bankanın temel amacı fiyat istikrarını sağlamaktır. Banka, fiyat istikrarını sağlamak için uygulayacağı para politikasını ve kullanacağı para politikası araçlarını doğrudan kendisi belirler. Banka, fiyat istikrarını sağlama amacı ile çalışmamak kaydıyla Hükümetin büyüme ve istihdam politikalarını destekler." hükmü yer almaktadır.

¹⁷ Tabii ki tüm bu durumun bazı doğa olayları gibi ekonomiyi etkileyen olağanüstü olayların olmamasına da bağlı olduğu unutulmamalıdır.

¹⁸ ÇOBAN, Ali Rıza: "Inflation and Human Rights: Protection of Property Rights against Inflation under the European Convention on Human Rights", *Essex Human Rights Review*, 2005, Cilt 2, Sayı 1, s. 66.

mik politikalar uygulamasında geniş bir takdir yetkisine sahip olması nedeniyle, devletler tarafından neyin kamunun yararına olduğunun belirlenmesinde geniş bir takdir marjının bulunduğunu belirtse de bu takdir yetkisinin kullanılmasının sınırsız olmadığını ve mülkiyetin korunması konusunda AİHS kurumlarının incelemesine tabi olduğunu belirtmiştir¹⁹. Dolayısıyla enflasyonun kişiler ve kişilerin parasal varlıkları üzerinde belirtilen etkileri nedeniyle tüm bu ilişkilerin, konuları göz önüne alındığında, temel olarak ve öncelikle²⁰ AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü'nün 1. maddesinde yer alan ve mülkiyetin korunmasını içeren, mülkiyet hakkı bağlamında nasıl dengeleneceğinin tespit edilmesi gerekecektir²¹. Bu yolla soyut kuralın neyi içerdiği görüldükten sonra enflasyona ilişkin AİHM kararlar incelenerek somut olaylarda kural uygulamasının ne şekilde meydana geldiği görülecektir. Böylece konuya ilişkin son derece yerinde soruları içeren *Viterbo* tarafından sorulmuş şu sorular AİHS sistemi çerçevesinde cevaplanabilecektir:

“*Kişilerin mevduat hesapları ve nakit paraları üzerinde mülkiyet hakları var mıdır? Enflasyon mülkiyet hakkına bir müdahale nedeni midir? Enflasyon ne tür bir müdahaleye yol açabilir? Hiper enflasyon devletler için bir tür kazanç elde etme şekline yol açar mı? Kamu yararına olduğunu düşünseler bile hükümetler ve merkez bankaları para biriminin nominal değerini belirlerken ve düşürürken ne kadar ileri gidebilirler? Devletler kişilerin enflasyon nedeniyle oluşan kayıplarından sorumlu tutulabilirler mi? Bir devlet, kişilere enflasyonu dengelemek için hukuki bir teknik sağlamamaktan ne ölçüde sorumlu tutulabilir?*”²².

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyetin korunmasına ilişkin hak 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB)²³ 17. maddesinde yer almasına²⁴ rağmen AİHS'nin ilk metninde yer almamıştır. Kaldı ki İHEB'de yer alan mülkiyet hakkının uluslararası insan hakları hukukundaki diğer temel evrensel kapsamlı uluslararası andlaşmaların parçası olması da kabul görmemiştir denilebilir. Mülkiyet hakkı, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (MSHS)²⁵ yer almamış; AİHS düzeyine ise, durumundaki ve kesin bir şekilde ifade edilmesindeki tereddüt nedeniyle²⁶, kısa bir zaman

¹⁹ AİHM, *Lithgow ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 ve 9405/81, T. 8.7.1986, § 121-122 (HUDOC).

²⁰ Mülkiyet hakkı dışında AİHM'nin kararlarında enflasyonun yer alabileceği durumlar parasal nitelik taşıdığı için AİHS'nin 41. maddesine dayanan hakkaniyete uygun tatmini sağlayacak zararlara ilişkin tazminatlar konusunda olacaktır.

²¹ Yine de bu durum AİHS'de yer alan diğer hakların mülkiyet hakkı ile ilişkilendirilebileceği gerçeğini unutturmamalıdır. Olayın içeriğine göre diğer maddelere yönelik incelemeler de söz konusu olabilir. AİHM tarafından mülkiyet hakkıyla ilişkilendirilebilecek maddelere yaşam hakkı (m. 2), işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağı (m. 3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m. 4), adil yargılanma hakkı (m. 6), kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi (m. 7), özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (m. 8), toplanma ve örgütlenme özgürlüğü (m. 11), etkili başvuru hakkı (m. 13) ve ayrımcılık yasağı (m. 14) örnek olarak verilmiştir. Bkz. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR): *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: Protection of property*, 2022 (https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG, ET: 19.12.2023), s. 46-56.

²² VITERBO, Annamaria: “The ECHR's Protection of Property Rights against Inflation vs. EC Price Stability Principle”, *EC Working Paper RSCAS No. 2006/38*, European University Institute, Italy, 2006, s. 3.

²³ İHEB [Déclaration universelle des droits de l'homme (fr.)/Universal Declaration of Human Rights (ing.)] için bkz. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY (UNGA): *Charte internationale des droits de l'homme (fr.)/International Bill of Human Rights (ing.) [A/RES/217(III)-A]*, New York, 1948, s. 71-79 [Türkiye, İHEB'i 27.05.1949 tarihli ve 7217 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 3/9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile eğitimde ve iletişimde kullanılmak üzere çevirmiştir]. İHEB hakkında *Rona Aybay* tarafından verilen bilgileri ve *Münci Kapani* tarafından yapılan çeviriyi içeren bir eser için bkz. AYBAY, Rona: *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006.

²⁴ İlgili madde çevirisinin içeriği şu şekildedir: “1 - Her şahıs tek başına veya başkalarıyla birlikte mal ve mülk sahibi olmak hakkını haizdir. 2 - Hiç kimse keyfi olarak mal ve mülkünden mahrum edilemez.”

²⁵ MSHS için bkz. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY (UNGA): *International Covenant on Civil and Political Rights [A/RES/2200(XXI)-A]*, New York, 1966, s. 49-60 [Türkiye, MSHS'yi 18.06.2003 tarihli ve 25142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 04.06.2003 tarihli ve 4868 sayılı Medeni ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun; 21.07.2003 tarihli ve 25175 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7.7.2003 tarih 2003/5851 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla onaylamıştır].

²⁶ VAN RIJN, Arjen: “Right to the Peaceful Enjoyment of One's Possessions (Article 1 of Protocol No. 1)”, (Ed.) VAN DIJK, Pieter / VAN HOOFF, Fried / VAN RIJN, Arjen / ZWAAK, Leo: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, s. 864.

da olsa sonradan yapılan gözden geçirme sonucunda AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü²⁷ 1. maddesi ile getirilmiştir²⁸:

“Her hakikî veya hükmi şahıs mallarının masuniyetine riayet edilmesi hakkına maliktir. Herhangi bir kimse ancak âmme menfaati icabı olarak ve kanunun derpiş eylediği şartlar ve devletler hukukunun umumi prensipleri dâhilinde mülkünden mahrum edilebilir.

Yukardaki hükümler, devletlerin, emvalin umumi menfaate uygun olarak istimalini tanzim veya vergilerin veyahut sair mükellefiyetlerin veyahut da para cezalarının tahsili için zaruri gördükleri kanunları yürürlüğe koymak hususunda malik buldukları hukuka hâlel getirmez.”²⁹

Hepsi Arapça kökenli olan “Bir kimsenin, bir tüzel kişinin mülkiyeti altında bulunan, taşınır veya taşınmaz varlıkların bütünü.” olarak tanımlanan mal sözcüğü ve “Ev, dükkân, arazi vb. taşınmaz mal.” ile “Vakıf olmayıp doğrudan doğruya birinin malı olan yer veya yapı.” olarak tanımlanan mülk sözcüğünden türeyerek “sahiplik” anlamına gelen mülkiyet [*propriété* (fr.)/*property* (ing.)] sözcüğü incelendiğinde³⁰ madde başlığında yer alan mülkiyet sözcüğünün kullanımı ile madde içeriğinde yer alan mallar/mal ve mülk kavramlarının karşılığının toplamda “her türlü taşınır veya taşınmaz varlığın sahipliği”ni içerdiği belirtilebilir³¹. Nitekim zaman açısından kişilerin mülkiyet hakkını kullanabilmesi için ulusal hukuk düzeninde mülkiyete yani malvarlığı değerine sahip olması gerekmektedir³².

Hakka konu olan mülkiyetin kapsamının ise dar ve teknik yorum yerine geniş ve kapsayıcı yorumla değerlendirilmesi yerinde olmakta; herhangi bir ekonomik değere sahip kişisel menfaatler bu kapsama girmektedir³³. Burada değeri belli olmasa bile gerçek ekonomik değeri olan bir menfaatin ispat edilmesi ilgili menfaatin AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü 1. maddesi kapsamında bir mülk olarak değerlendirilmesi için yeterlidir³⁴. AİHM kararlarına bakıldığında da mülkiyetin ulusal sınırlamalardan özerk ve bağımsız şekilde ele alınabileceği; mülke ve sahipliğe ilişkin hakların yanı sıra insan genetik materyalinden vücut parçalarına, radyo dalgası frekanslarından bir işin veya mesleğin itibarına kadar geniş bir yelpazede değerlendirildiği görüldüğünden sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz

²⁷ COUNCIL OF EUROPE, *ETS No. 009*. AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü 19.3.1954 tarih 8662 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 10.3.1954 tarih 6366 sayılı Kanun ile tasdik edilmiştir. Türkiye, AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü’nü 20.03.1952 tarihinde imzalamış; AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü onayını 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi etmiş; bu tarihten sonra AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü Türkiye için yürürlüğe girmiştir. Bkz. COUNCIL OF EUROPE, *Chart of signatures and ratifications of Treaty 009* (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=009>, ET: 10.12.2023). AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü Avrupa Konseyi’nin 46 üyesinden yalnızca İsviçre ve Monako tarafından onaylanmamıştır.

²⁸ Madde metni AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü’nde yer alsada da maddenin başlığı olan “Mülkiyetin korunması” ibaresi AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü’ne AİHS 11 Numaralı Ek Protokolü ile eklenmiştir (COUNCIL OF EUROPE, *CETS No. 155*, m. 2/4 ve Appendix). AİHS 11 Numaralı Ek Protokolü 22.05.1997 tarihli ve 22996 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 14.5.1997 tarih 4255 sayılı Kanun ile kabul edildikten sonra 20.06.1997 tarihli ve 23025 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 30.05.1997 tarihli ve 97/9506 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilmiştir. Türkiye, AİHS 11 Numaralı Ek Protokolü’nü 11.05.1994 tarihinde imzalamış; AİHS 11 Numaralı Ek Protokolü onayını 11.07.1997 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi etmiş; 01.11.1998 tarihinde AİHS 11 Numaralı Ek Protokolü Türkiye için yürürlüğe girmiştir. Bkz. COUNCIL OF EUROPE, *Chart of signatures and ratifications of Treaty 155* (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=155>, ET: 10.12.2023). AİHS 11 Numaralı Ek Protokolü Avrupa Konseyi’nin 46 üyesinin tamamı tarafından onaylanmıştır.

²⁹ AİHM internet sitesinde [COUNCIL OF EUROPE, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* (https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur, ET: 2.3.2024)] yer alan resmi olmayan çeviri ise şu şekildedir: “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.”

³⁰ Mal, mülk ve mülkiyet sözcüklerinin anlamları için bkz. TÜRK DİL KURUMU: *Güncel Türkçe Sözlük*, “mal, “mülk” ve “mülkiyet” (<https://sozluk.gov.tr/>, ET: 18.2.2024).

³¹ Benzer bir yorumu malları belirten “*biens*(fr.)/*possessions* (ing.)” açısından da yapmak mümkündür. Ayrıca bkz. VAN RIJN, s. 865-866.

³² Bu durum “zaman duvarı” olarak adlandırılmıştır. Bkz. GEMALMAZ, H. Burak: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009 (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), s. 137.

³³ GEMALMAZ, H. Burak: *Anayasa Mahkemesi Mülkiyet Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018 (Anayasa Mahkemesi), s. 33-35.

³⁴ BOYAR, Oya: “Mülkiyet Hakkı”, (Ed.) İNCEOĞLU, Sibel: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 499.

zenginleşmenin yanı sıra kamuyla olan ilişkilerden doğan tazminat gibi parasal iddiaların da mülkiyet kapsamına girdiği belirtilmektedir³⁵. Dolayısıyla bireylerin mevduat hesapları ve nakit paraları üzerinde mülkiyet hakları bulunmaktadır. Bu durumda enflasyona konu olan “para”nın ve paraya konu olan malların fiyatlarının değişiminin mülkiyetin korunması açısından mülkiyet hakkının bir parçası olması gerekmediği; konusu parasal eder üzerine uyuşmazlıklar da mülkiyet hakkına diğer açılardan müdahil olduğu ölçüde hak ihlali açısından incelenebilmelidir. Kaldı ki mülkiyet hakkında ihlalin incelenmesindeki temel hareket noktasının ve sorumluluğun söz konusu olmasının devlet tedbirlerinin bir hakkın veya menfaatin ekonomik değerini etkileyerek azaltması üzerinden şekillendiği görüldüğünden³⁶ enflasyon kaynaklı paradaki ekonomik değer azalmasının da bu kapsama girebileceği yönünde bir yorum yapılabilir.

Resmî Gazete’de “malların masuniyetine riayet edilmesi” veya AİHS internet sitesinde resmi olmayan çeviride “mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme” olarak tercüme edilen mülkiyet korunmasından yararlanmanın içeriği AİHS metninin resmi dilleri olan Fransızca da “*le respect de ses biens*”; İngilizcede “*peaceful enjoyment of his possessions*” olarak ifade edilmiştir. Anlam bakımından Türkçe çeviriler Fransızca metinle daha yakın görünmektedir. İngilizce metindeki kullanım ise kişilerin mallarından huzurlu yararlanması üzerinedir. Maddenin üç cümleden oluşan içeriğinde mülkiyetin masuniyetine/dokunulmazlığına riayet/saygı gösterme veya mülkiyetten huzurlu yararlanma hakkının ve hakka yapılacak müdahalelerin *Sporrong ve Lönnroth/İsveç* davasından³⁷ beri üç kural altında ele alındığı görülmektedir³⁸:

- Mülkiyetin dokunulmazlığı (AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü 1. madde 1. paragraf 1. cümle);
- Mülkiyetten yoksun bırakılma (AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü 1. madde 1. paragraf 2. cümle);
- Mülkiyetin kullanılmasının kontrolü (AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü 1. madde 2. paragraf).

İkinci kural olan mülkiyetten yoksun bırakılma, mülk sahibinin haklarının kanun gereği veya hukuki bir yetkinin kullanılmasıyla ortadan kalkması ve bunun sonucunda mülkün elden alınması, devredilmesi veya tahrip edilmesiyle ortaya çıkmaktadır³⁹. Mülkiyetten yoksun bırakılma, bireylerin mülkiyetinde bulunan malların kamu kurumlarına ya da üçüncü kişilere geçirilmesi olgusunun yanı sıra bu olgunun fiili olarak uygulanmadığı veya olgudan doğan tazminatın (örneğin kamulaştırma bedelinin) geç ödenmesi sonucu (özellikle yüksek enflasyon nedeniyle) değer kaybetmesi durumlarını da içermektedir⁴⁰. Burada kesin ve tam mülksüzleştirme olarak ortaya çıkacak sonucun zilyetliğin bertaraf edilmesini değil; mülkiyet hakkının kullanma [*usus (lat.)*], semere elde etme [*fructus (lat.)*] ve tüketme ya da üzerinde tasarruf etme [*abusus (lat.)*] unsurlarının ortadan kaldırılmasını işaret ettiği söylenebilir⁴¹. AİHS metni içeriğine bakıldığında ikinci kural kapsamında mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesi “*amme menfaati icabı [utilité publique (fr.)/public interest (ing.)]*” ve “*kanunun derpiş eylediği şart-*

³⁵ VITERBO, s. 2.

³⁶ VAN RIJN, s. 866.

³⁷ AİHM, *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, B. No: 7151/75 ve 7152/75, T. 23.09.1982, § 61 (HUDOC).

³⁸ Üç kural hakkında ayrıca bkz. BAŞPINAR, Veysel: *Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 192-196; DİNÇ, Güney: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007, s. 38-45; DOĞRU, Osman / NALBANT, Atilla: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt*, Avrupa Konseyi-Yargıtay, Ankara, 2013, s. 659-678; ETGÜ, Mehmet Akif: *Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 216-224; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR): *Guide on Article 1 of Protocol No. 1*, s. 19-25; GEMALMAZ, *Anayasa Mahkemesi*, s. 100-116; ÖZEL, Sadullah: *Mülkiyet, Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 89-91; SARI, H. Gürbüz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 55-57; ŞİMŞEK, Suat: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi”, *Sayıştay Dergisi*, 2013, Sayı 88, s. 27-47. Üç kurala genel rejim çatısı oluşturabilecek dördüncü bir kural daha eklenebileceği hakkındaki yorum için bkz. GEMALMAZ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 18-23.

³⁹ VITERBO, s. 2.

⁴⁰ ŞİMŞEK, s. 30-34.

⁴¹ BOYAR, s. 513. Mülkiyet hakkının Roma hukukundan gelen bu üç unsuru için ayrıca bkz. GEMALMAZ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 411.

lar ve devletler hukukunun umumi prensipleri dâhilinde [*dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international (fr.)/subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law (ing.)*] olmak üzere iki unsura bağlanmıştır. Kanunda yer almaya ve uluslararası hukukun genel ilkelerine bağlanan hukukilik [*lawfulness (ing.)*] unsurunun yerine getirilmesi için devletin mülkiyet hakkına müdahalesinin uygun yani elverişli, yeterince erişilebilir, kesin, açık yani belirli ve öngörülebilir bir hukuki temele dayandırılması gerekir⁴². Mülkiyet hakkına müdahaledeki meşru amacı temsil eden amme menfaati kavramının karşılığı olan kamu yararı ise her ne kadar geniş içerikli ve devletlere takdir payı tanınan bir kavram olsa bile devletin mülkiyete müdahalesinde kamu otoritelerinin yetkilerini kötüye kullanmalarını ve keyfi tedbirler almalarını önlemek içindir⁴³. Devletlere neyin kamu yararına olduğunun belirlenmesinde geniş bir takdir payı tanınmış olsa da AİHM bazı durumlarda ulusal makamların kararlarının açıkça makul dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir⁴⁴. AİHM tarafından kamu yararı ölçütü çerçevesinde sosyal ve ekonomik politikalar, çevrenin korunması ve şehir planlaması, ahlakın korunması ve suçla mücadele edilmesi, vergi tahsili, diplomatik bağışıklıklar, kamu güvenliği ile ulusal güvenliğin sağlanması ve ekonomik hayatın korunması adına mülkiyet hakkının sınırlanabileceği kabul edilmektedir⁴⁵.

Üçüncü kural olan mülkiyetin kullanılmasının kontrolü mülkiyetten yoksun bırakılma olmadan mülkiyetin kullanımını veya tasarrufunu düzenleyen hukuki veya idari tedbirleri içermektedir⁴⁶. Böylece mülkiyetten yoksun bırakılma kapsamı dışında devletlerin mülkiyet hakkının kullanımını kontrol edebileceği bazı durumların bulunduğu hüküm altına alınmıştır. Devletlerin egemenlik hakları bakımından sahip olduğu kamusal erklerin ayrıcalıklı konumunu belirtmek amacıyla koyulan bu kural⁴⁷ kapsamında mülkiyetin kullanılmasının kontrolünün ancak “emvalin umumi menfaate uygun olarak istimalini tanzim [*pour régler l’usage des biens conformément à l’intérêt général (fr.)/to control the use of property in accordance with the general interest (ing.)*]” veya “vergilerin veyahut sair mükellefiyetlerin veyahut da para cezalarının tahsili için [*pour assurer le paiement des impôts ou d’autres contributions ou des amendes (fr.)/to secure the payment of taxes or other contributions or penalties (ing.)*]” amaçlarıyla zaruri görülen kanunları yürürlüğe koymak [*de mettre en vigueur les lois qu’ils jugent nécessaires (fr.)/to enforce such laws as it deems necessary (ing.)*] yoluyla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Öncelikle üçüncü kural kapsamında kullanılan umumi menfaat yani genel yarar kavramı mülkiyetten yoksun bırakılmada yer alan kamu yararına göre farklı bir kavramsal kullanım olarak dikkat çekmektedir. AİHM kamu yararı veya genel yarar kavramları arasında anlamsal bir farklılık olduğunu belirtse dahi bu kavramları aynı yerde veya aynı cümle içerisinde kullanabilmekte; öğretide AİHM’nin duruşunun iki kavram arasında pek bir fark bulunmadığı yönünde olduğu ifade edilmektedir⁴⁸. O zaman ikinci kural gibi üçüncü kural da kamu yararına işaret etmekte; malların kamu yararına yönelik kullanımları kapsamında düzenlemeler yapılabileceğini belirtmektedir. Hukukilik açısından AİHS metni bu ilk şartın yanı sıra vergilerin, katkıların, mükellefiyetlerin ya da para cezalarının vs. tahsili konularını da kanunda yer alma açısından ayrıca saymıştır. Dolayısıyla her ne kadar ikinci ve üçüncü kural açısından yazılma şekilleri farklı olsa da mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında hukukilik ve kamu yararına uygunluk aranan iki unsur olmaktadır.

Mülkiyetin dokunulmazlığının ise mülkiyetten yoksun bırakılmayı ve mülkiyetin kullanılmasının kontrolünü öngören ikinci ve üçüncü kurallar kapsamında incelenemeyecek müdahalelerin toparlandı-

⁴² VITERBO, s. 3.

⁴³ VITERBO, s. 3.

⁴⁴ AİHM, *James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 8793/79, T. 21.02.1986, § 46 (HUDOC).

⁴⁵ GEMALMAZ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 481-518.

⁴⁶ VITERBO, s. 3.

⁴⁷ DİNÇ, s. 123.

⁴⁸ BAŞPINAR, s. 254-255; GEMALMAZ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 477.

ğı bir tür torba kural niteliğinde olduğu ifade edilmektedir⁴⁹. Dolayısıyla burada mülkiyetin özüne müdahale aranmakta; mülkiyet hakkının kamu otoritesine devredilmediği, otorite tarafından sınırlandırılmadığı veya kontrol edilmediği ancak yine de özünün bir kısmını kaybettiği durumlarda ortaya çıkan bir durum olduğu belirtilmektedir⁵⁰. Bu nedenle ikinci ve üçüncü kural açısından yapılan hukukilik ve meşru amaç testi burada da geçerli olacaktır.

Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale hukukilik ve meşru amaç testlerini geçtiğinde, sınırlama rejiminin son evresine geçilir ve söz konusu sınırlamanın nereye kadar yapılabileceğini ifade eden “sınırlamanın sınırı” olarak müdahalenin ölçülü olup olmadığı incelenir⁵¹. Ölçülülük meşru amaç olan kamu yararı ile kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması arasında adil bir denge kurulması üzerine olup⁵² mülkiyete müdahalenin uygun (elverişli), gerekli ve orantılı araçlarla uygulanması gereğini ifade etmektedir⁵³. Mülkiyet hakkı müdahalesiyle başvurucunun olağan dışı ve aşırı bir külfet altına sokulması halinde adil denge bozulacaktır⁵⁴. Adil dengenin kurulmasında birinci ve ikinci kural açısından genellikle hakka müdahale karşılığında tazminat verilmesi gerektiği söylenmektedir⁵⁵. Mülkiyet hakkına ilişkin AİHS metni hakka müdahale edildiğinde tazminat ödenmesini açıkça güvence altına almasa da özel mülkiyetin kamu kullanımı için alınmasına ya da dokunulmazlığına müdahale edilmesine ilişkin tazminatın mülkiyet hakkının doğasında olan bir özellik olduğu tespit edilmiştir⁵⁶. Diğer durumlarda tazminat ödenmesine gerek yoktur ki özellikle üçüncü kural kapsamındaki müdahaleler bakımından başta usuli güvenceler olmak üzere iyi yönetim ilkesi, müdahale süresinin makullüğü, başvurucunun özeni, zararın miktarı ve müdahalenin ayrımcı karakteri gibi unsurların dikkate alındığı belirtilmektedir⁵⁷.

Özetle, mülkiyetin masuniyetine/dokunulmazlığına riayet/saygı gösterme veya mülkiyetten huzurlu yararlanmanın sınırlandırılması konusundaki müdahalelerde üç unsura dikkat çekilmiştir. Bunlar sınırlandırmanın hukukilik [*lawfulness (ing.)*], kamu yararı veya genel yarar [*public or general interest (ing.)*] ve ölçülülük kapsamındaki orantılılık ve adil denge [*proportionality and fair balance (ing.)*] unsurlarıdır⁵⁸. Mülkiyete müdahale ve mülkiyetin sınırlandırılması taslak bir şablon olarak bu kurallar ve unsurlar içerisinde değerlendirilse de konuya olay temelli bakmak enflasyonun etki ettiği hangi durumlarda AİHM önüne başvuru geldiğini görmek için daha yerinde olacak; AİHM'nin çeşitli olaylara göre müdahaleyi ve sınırlandırmayı enflasyon kapsamında nasıl değerlendirdiği görülecektir.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA ENFLASYON

A. Yüksek veya Hiper Enflasyon Durumları

AİHM'nin enflasyonu konu aldığı kararlarında ilk ele alınabilecek durum yüksek veya hiper enflasyon durumlarıdır. Enflasyon belli bir oranı aştığında kişiler parasal varlıklarının makul bir ekonomik kullanımından veya değerinden yoksun bırakıldığı ve ilgili devlet vatandaşlarına çok büyük bir ekonomik yük getirdiği için enflasyonun kamu yararına aykırı bir hal aldığı düşünülebilir⁵⁹. Öte yandan yüksek veya hiper enflasyonla birlikte devletin giderleri artsa da devletin para basabilmesi bu giderleri kar-

⁴⁹ DOĞRU / NALBANT, s. 660.

⁵⁰ ETGÜ, s. 219-221; VITERBO, s. 3.

⁵¹ GEMALMAZ, *Anayasa Mahkemesi*, s. 139.

⁵² GEMALMAZ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 520.

⁵³ VITERBO, s. 3.

⁵⁴ AİHM, *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, § 69 ve 73; GEMALMAZ, *Anayasa Mahkemesi*, s. 140.

⁵⁵ GEMALMAZ, *Anayasa Mahkemesi*, s. 142.

⁵⁶ ÇOBAN, s. 65.

⁵⁷ GEMALMAZ, *Anayasa Mahkemesi*, s. 142.

⁵⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR): *Guide on Article 1 of Protocol No. 1*, s. 25-38.

⁵⁹ VITERBO, s. 4.

şileyebilmesini sağlamakta; devletin gelirleri ise enflasyona göre uyarlanarak artırılmaktadır. Devletin gelirlerini bu şekilde artırması ve kazanç sağlaması *de facto* vergilendirme olarak da adlandırılabilir ki AİHM bazı durumlarda vergilendirmeyi mülkiyetten yoksun bırakma veya mülkiyetin kullanımı üzerinde bir kontrol biçimi olarak değerlendirmiştir⁶⁰. Ancak belirtmek gerekir ki enflasyonla ilgili kararlara bakıldığında hiper enflasyon dahi, AİHM tarafından, AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü'nün 1. maddesini başlı başına ihlal eden bir durum olarak kabul edilmemiştir⁶¹. Bu durumda yüksek enflasyon durumları da evleviyetle kendiliğinden başlı başına bir ihlal şekli olarak kabul görmemektedir denilebilir. Yüksek enflasyonun AİHM kararlarına konu olması yüksek olmayan enflasyonun AİHM kararlarına konu olmasına benzer şekilde gerçekleşmiştir. Dolayısıyla değerlendirmelerde enflasyon oranının yüksekliği değil enflasyonun düşük de olsa ekonomik menfaati zedeleyip zedelediği ön plana çıkmıştır.

B. Bankalardaki veya Finansal Kurumlardaki Birikimler

Enflasyonun para ve fiyat istikrarı ile ilişkisini göz önüne alınca AİHM'nin kararlarında enflasyona ilişkin olarak dikkat çeken diğer temel konu finansal kurumlar veya bankacılıkla alakalı birikimleri içeren davalar üzerinedir⁶².

Bu konuda eski tarihli bir karar olsa bile vergi-enflasyon ilişkisiyle ve kişilerin mevduat hesaplarıyla bağlantılı bir karar olan *X/Almanya* davasında⁶³ başvuru 1974 yılında enflasyonun birikim hesabından elde ettiği faizden yüksek olması nedeniyle elde ettiği faiz gelirinden kesilen gelir vergisi hakkındaki şikâyetinde enflasyona (%7,5) göre düşük kalan faiz (%6,5) nedeniyle anaparasının faizle artmış haldeki halinin enflasyona karşı erimesine rağmen kendisinden gelir vergisi kesilmesinin mülkiyetin korunması hakkının ihlali olduğu yönünde iddiada bulunmuş olsa da AİHM, kamu giderlerinin finanse edilebilmesi için her devletin vergi kanunlarını yayımlama konusunda egemen yetkiye sahip olduğunu belirtmiş; devletlerin bankalarda ya da finans kuruluşlarında bulunan birikim hesaplarını enflasyona endeksleme -yani fiyat artışlarıyla doğru orantılı olarak ayarlama konusunda pozitif bir yükümlülüğü bulunmadığından başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur⁶⁴.

Gayduk ve diğerleri/Ukrayna davasında⁶⁵ AİHM, başvuruçuların mülkiyetine sahip olduklarında tereddüt bulunmayan tasarruf hesaplarındaki paralarında enflasyon ve uygun olmayan dönüşüm oranıyla yeni bir para biriminin kullanılmaya başlanmasıyla yaşanan değer kaybının mülkiyetin korunması açısından değerlendirilmesinde başvuranların paralarını diledikleri zaman faiziyle birlikte geri çekme seçeneğine sahip olmaları nedeniyle mülkiyet haklarına yönelik bir ihlal tespit etmemiştir. AİHM, ilgili hesaplar konusunda devlet tarafından endekslemeyi sağlayacak olan kademeli geri ödeme planı yoluyla kişilere ödenecek tazminat tutarlarının ise başvuranlara ait "mevcut mülklerden" oluşmadığını teyit edip mülkiyetin korunmasının mülk edinme hakkını ve dolayısıyla gelecekte oluşabilecek mülkiyeti güvence altına almadığını vurgulayarak, devletin kişilerin tasarruflarını endekslemeye karşı koruma yükümlülüğünün bulunmadığına karar vermiştir.

Appolonov/Rusya davasında⁶⁶ bankaya yatırılan kişisel tasarrufların değerinin enflasyona karşı korunmasının kanunla ve ulusal para biriminin satın alma gücüne eşdeğer bir satın alma gücünü garanti

⁶⁰ AİHM, *Hentrich/Fransa*, B. No: 13616/88, T. 22.09.1994 (HUDOC).

⁶¹ 1990'lı yıllarda hiper enflasyon seviyesinde veya o seviyeye yakın enflasyonun görüldüğü Yugoslavya'ya ve Türkiye'ye ilişkin bazı uyuşmazlıklarda değinilen hiper enflasyonun, hak ihlali tartışmalarında, doğrudan varlığı üzerinden değil, mülkiyet hakkı bağlamında ekonomik menfaat zedeleyip zedelediği üzerinden ele alındığı belirtilebilir. Örneğin bkz. AİHM, *Kovačić ve diğerleri/Slovenya*, B. No: 44574/98, 45133/98 ve 48316/96, T. 03.10.2008 (HUDOC); AİHM, *Krstić/Sırbistan*, B. No: 45394/06, T. 10.12.2013 (final 10.03.2014) (HUDOC).

⁶² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR), *Guide on Article 1 of Protocol No. 1*, s. 64, § 339.

⁶³ AİHM, *X/Almanya*, B. No: 8724/79, T. 06.03.1980 (HUDOC).

⁶⁴ Bu bulguda faiz ile enflasyon arasındaki farkın %1 olmasının etkisi olabilir. (GEMALMAZ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 157.)

⁶⁵ AİHM, *Gayduk ve diğerleri/Ukrayna*, B. No: 45526/99, 46099/99, 47088/99, 47176/99, 47177/99, 48018/99, 48043/99, 48071/99, 48580/99, 48624/99, 49426/99, 50354/99, 51934/99, 51938/99, 53423/99, 53424/99, 54120/00, 54124/00, 54136/00, 55542/00, 56019/00, T. 02.07.2002 (HUDOC).

⁶⁶ AİHM, *Appolonov/Rusya*, B. No: 67578/01, T. 29.08.2002 (HUDOC).

eden özel devlet tahvillerine dönüştürülmesiyle korunmasını sağlayan alt mevzuat konusundaki başvuruda AİHM, ulusal mahkemelerle aynı yönde bir karar vererek, alt mevzuatın halen beklemede olduğunu belirterek devletin enflasyonun yol açtığı kayıpları tazmin etme konusunda uygulanabilir bir yükümlülüğünün bulunmadığına ve kanunda öngörülen tam kapsamlı yeniden değerlendirme işlemi derhal gerçekleştirilmedeki başarısızlığının başvuranın mülkiyet hakkını ihlal ettiği anlamına geleceğine ve başvurunun kabul edilemezliğine hükmetmiştir. Başvurucunun yine ekonomik reformların bir sonucu olarak kişisel tasarruflarının değerinin düştüğü ve devletin yatırılan tutarları kanunun gerektirdiği şekilde yeniden değerlendirmede ıddiasını içeren *Ryabykh/Rusya* davasında⁶⁷ ise AİHM mülkiyet hakkının devleti finansal kurumlara yatırılan meblağların satın alma gücünü koruma yükümlülüğü altına sokmadığını teyit ederek *Appolonov/Rusya* kararındaki duruşunu devam ettirip⁶⁸ içtihat bozmasa da nihai kararın denetim incelemesi sonucunda bozulması nedeniyle AİHS 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararlar dışında pek çok farklı kararda da AİHM, kişilerin tasarruflarının sistematik bir şekilde endekslenmesi yoluyla finans kurumlarına veya bankalara yatırılan meblağların satın alma gücünün korunması ya da enflasyonun neden olduğu kayıpların telafi edilmesi yönünde devletlere yönelik genel bir yükümlülüğün mülkiyetin korunmasına ilişkin hakka yönelik AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü 1. maddesinden türetilmeyeceğine hükmetmiştir⁶⁹.

C. Devlet Ekonomisine Büyük Etkide Bulunan Haller

AİHM'nin kararlarında enflasyona ilişkin olarak dikkat çeken bir diğer durum verilecek kararlarla ilgili devletin ekonomisinin büyük bir etkiye uğrayıp uğramayacağı üzerinedir. Eğer verilecek karar ilgili devletin ekonomisine büyük bir olumsuz etkide bulunacaksa AİHM tarafından başvurular hakkında kabul edilemezlik kararı verildiği görülmektedir.

*Kuczynska/Polonya*⁷⁰ ve *Rudzinska/Polonya* davalarında⁷¹ özel olarak sahiplerine bir daire veya ev satın almalarında yardımcı olmak için tasarlanmış kamuya ait bir kurumda açılan konut tasarruf hesaplarıyla ilgili kararlarda devlet, yatırılan paralara özel faiz oranı uygulanacağını ve satın alma gücünün korunması için yeniden değerlendirileceğini garanti etmesine rağmen yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve başvuranların tasarrufları ihmal edilebilir bir miktara inmiş; başvuruçular bu nedenle mülkiyetten yoksun bırakıldıklarını iddia etmiş olsa da AİHM, konut ödülü almaya hak kazanamayan kişiler olarak başvuranlara birikimlerini diledikleri zaman faiziyle birlikte konut hesabından geri çekme seçeneğinin tanınması nedeniyle mülkiyetten yoksunluğun bulunmadığını ve ayrıca devletlerin finansal kurumlara yatırılan meblağların satın alma gücünü garanti etme yükümlülüğünün de bulunmadığını belirterek konunun yaklaşık beş milyon vatandaşı ilgilendirmesi nedeniyle ilgili tüm kişilere yönelik konut ödüllerinin devlet hazinesi tarafından yeniden değerlendirilmesinin ekonomik açıdan mümkün olmayacağından yapılan başvuruları kabul edilemez ilan etmiştir. Belirtmek gerekir ki olaylarda Polonya hükümeti planın getirdiği yükümlülükleri tek taraflı olarak devlet lehine değiştirmesine rağmen devletlerin finans kuruluşlarında bulunan birikim hesaplarını enflasyona endeksleme, yani fiyat artışlarıyla doğru orantılı olarak ayarlama, konusunda pozitif bir yükümlülüğü bulunmadığı yönündeki içtihat devam etmiştir.

D. Kamulaştırma Bedeli Ödemeleri

Enflasyonun AİHM kararlarına konu olduğu diğer bir durum kamulaştırma nedeniyle devletin yapacağı bedel ödemelerinde, devletin ödemeyi başvuruçuya vermeyip kendi üzerinde tuttuğu ancak

⁶⁷ AİHM, *Ryabykh/Rusya*, B. No: 52854/99, T. 24.07.2003 (final 03.12.2003) (HUDOC).

⁶⁸ AİHM, *Ryabykh/Rusya*, § 63.

⁶⁹ Bkz. AİHM, *Todorov/Bulgaristan*, B. No: 65850/01, T. 13.05.2008 (HUDOC); AİHM, *Poltorachenko/Ukrayna*, B. No: 77317/01, T. 18.01.2005 (final 18.04.2005), § 38 (HUDOC); AİHM, *Zbaranskaya/Ukrayna*, B. No: 43496/02, T. 11.10.2005 (HUDOC); AİHM, *Sherstyuk/Ukrayna*, B. No: 37658/03, T. 18.09.2006 (HUDOC); AİHM, *Boyajyan/Ermenistan*, B. No: 38003/04, T. 22.03.2011 (final 22.06.2011), § 54 (HUDOC); AİHM, *Dolneanu/Moldova*, B. No: 17211/03, T. 13.11.2007 (final 13.02.2008), § 31 (HUDOC).

⁷⁰ AİHM, *Kuczynska/Polonya*, B. No: 25696/94, T. 10.09.1997 (HUDOC).

⁷¹ AİHM, *Rudzinska/Polonya*, B. No: 45223/99, T. 07.09.1999 (HUDOC).

kişiyi belirsizliğe iten anormal derecede uzun süreli gecikmelerde, enflasyon nedeniyle oluşan kayıplarla ilgili olmuştur⁷².

Örneğin, *Scordino/İtalya* davasında⁷³ devlet tarafından yapılacak tazminat ödemesinin kamulaştırma tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen sürede oluşan enflasyon sebebiyle uğrayacağı kaybı telafi edecek düzeydeki bir faiz ödemesiyle yapılması gerektiğine⁷⁴ ve kamulaştırmadan doğan tazminatın yetersizliği nedeniyle AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü 1. maddesinin ihlaline hükmedilmiştir. *Guiso-Gallisay/İtalya* davasında⁷⁵ da, kamulaştırma hukuka aykırı olmasına rağmen benzer şekilde uzun süre önce kamulaştırılan taşınmazın değeri karşılığında enflasyondan kaynaklanan kayıpları telafi edecek miktarda faiz ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir.⁷⁶ Belirtmek gerekir ki bu konudaki başka bir dava olan *Vistiņš ve Perepjolkins/Letonya* davasında⁷⁷ da başvuruca aşırı menfaat sağlandığına yönelik karşı görüşlere rağmen sürenin uzunluğuyla birlikte enflasyon kaybının üzerine faiz de eklenerek tazminat hesaplamasının yapıldığı görülmekte; AİHM, hukuka aykırı bir kamulaştırmanın bulunduğu *Guiso-Gallisay/İtalya* davasından farklı olarak, tespit edilen ihlalin kökeninin taşınmazın resmi kadastro değeri ve başvuruca verilen tazminat arasındaki aşırı orantısızlık olduğunu tespit etmektedir⁷⁸.

Taşınmazı kamulaştırma veya taşınmaza el atma meseleleri hakkında AİHM önünde Türkiye'ye karşı pek çok başvuru bulunmaktadır⁷⁹. *Akkuş/Türkiye*⁸⁰, *Aka/Türkiye*⁸¹ ve *Yetiş ve diğerleri/Türkiye*⁸² gibi davalarda faiz uygulamasının gerekçesinin enflasyon nedeniyle oluşan kaybın önlenmesi olduğundan hareketle enflasyon kaybını önlemeye yetmeyen düşük faiz oranları ile yapılan ödemelerin orantılı olmadığına karar verilmiştir⁸³. Buna enflasyonun süre geçtikçe parasal kayba neden olan yapısı nedeniyle aşkın/munzam zarar olarak adlandırılan faizi aşan zararların AİHM tarafından borçlu olan devletin sorumluluğunda tutulması denilebilir⁸⁴. *Akkuş/Türkiye* ve *Aka/Türkiye* davalarında başvuruca baraj yapılmak üzere 1987 yılında kamulaştırılan taşınmazları için yapılan bedel tespitine göre daha az miktarda ödenen kamulaştırma bedeline ek olarak talepte buldukları eksik ödemelerin enflasyon oranı da dikkate alınarak yapılması yönündeki taleplerine ulusal mahkemeler tarafından %30 oranında yıllık faiz oranı üzerinden hesaplama yapılarak hüküm verilmesinin uyuşmazlığa konu tarihlerde Türkiye'de enflasyon oranlarının ortalama %70 civarı olmasından ve ilgili eksik ödemelerin 1992 ve 1993 yıllarında yapılması nedeniyle eksik bedelin geç ödenmesinden ötürü⁸⁵ mülkiyet haklarını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. Bu noktada *Akkuş/Türkiye* davasında verilen bir karşı görüşe dikkat çekmek gerekir. İlgili karşı görüşe göre özetle

⁷² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR), *Guide on Article 1 of Protocol No. 1*, s. 37, § 182.

⁷³ AİHM, *Scordino/İtalya (No.1)*, B. No: 36813/97, T. 29.03.2006 (HUDOC).

⁷⁴ AİHM, *Scordino/İtalya (No.1)*, § 258.

⁷⁵ AİHM, *Guiso-Gallisay/İtalya*, B. No. 58858/00, T. 22.12.2009 (HUDOC).

⁷⁶ AİHM, *Guiso-Gallisay/İtalya*, § 105. Ayrıca bkz. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR): *Guide on Article 1 of Protocol No. 1*, s. 38, § 189.

⁷⁷ AİHM, *Vistiņš ve Perepjolkins/Letonya*, B. No: 71243/01, T. 25.03.2014 (HUDOC).

⁷⁸ AİHM, *Vistiņš ve Perepjolkins/Letonya*, B. No: 71243/01, T. 25.03.2014, § 35 ve 41-42 (HUDOC).

⁷⁹ İlgili başvurular hakkında ayrıca bkz. DUMAN, Özgür: "Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 12, s. 426-434.

⁸⁰ AİHM, *Akkuş/Türkiye*, B. No: 19263/92, T. 09.07.1997 (HUDOC).

⁸¹ AİHM, *Aka/Türkiye*, B. No: 19639/92, 23.12.1998 (HUDOC).

⁸² AİHM, *Yetiş ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 40349/05, 06.07.2010 (HUDOC).

⁸³ AİHM, *Aka/Türkiye*, § 48-50; AİHM, *Akkuş/Türkiye*, § 28- 31; AİHM, *Yetiş ve diğerleri/Türkiye*, § 57-60.

⁸⁴ Borçlunun alacağını zamanında tahsil edememesinden doğan zararı anılan faiz oranından daha fazla ise borçlu bu aradaki farktan da sorumlu tutulabilmektedir. Buna, faizi aşan yani aşkın/munzam zarar denilmektedir. Türkiye'de bu konudaki hüküm 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 122. maddesi ile mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu 105. maddesinde bulunmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. ANTALYA, O. Gökhan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 9.7.1997 T. ve 60/1996/679/869 Numaralı 'Akkuş v. Türkiye' Kararı Karşısında Kamulaştırma Bedelinde Temerrüt Faizi ile Karşılanamayan Munzam Zararın Tazmini", *Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 2002, Cilt 10, Sayı 2, s. 1-13.

⁸⁵ AİHM, *Akkuş/Türkiye*, § 30, 33-36; AİHM, *Aka/Türkiye*, § 55-57.

enflasyonla mücadelenin insan hakları vasıtasıyla değil ekonomi politikalarıyla yapılması gerekmektedir⁸⁶. *Yetiş ve diğerleri/Türkiye* davasında ise otoyol inşaatı için 2000 yılında yapılan kamulaştırmada 2002 yılında ilk yargılamada başvuranlara ödenecek kamulaştırma bedelinin belirlendiği tarihte kamulaştırma arasında geçen süredeki ortalama yıllık %31,5 enflasyon oranının dikkate alınmadan hesaplandığının tespit edildiği ve bu nedenle başvuru sahiplerinin tazminatının %14,68 oranında değer kaybına uğradığından⁸⁷; kamulaştırma bedelinin yetersizliği nedeniyle yapılan teyiz sonrası 2004 yılındaki ikinci yargılamada ise davanın açıldığı tarih ile ikinci kararın ilan edildiği tarih arasında geçen dönemde yıllık enflasyon oranı %15 olduğu halde başvuru sahiplerinin gecikme faizlerinden yoksun bırakılması ve iki yıl yedi ay kadar süren bu dönemde ek kamulaştırma bedelinin yaklaşık %43 oranında değer kaybına uğramasından⁸⁸ hareketle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü 1. madde 1. paragraf 2. cümlesinde yer alan mülkiyetten yoksun bırakılma çerçevesindeki müdahaleyi içeren tüm bu başvurularda AİHM tarafından mülkiyetin sınırlandırılması açısından gerek bedellerin ödenmesindeki süre gerekse taşınmazın gerçek değeri ile eski maliklere ödenen bedellerinin enflasyondan arındırılmış hali karşılaştırarak başvuru sahiplerinin üzerine orantısız ve aşırı bir yük binip binmediğinin araştırılması yoluyla adil dengenin bozulduğuna karar verilmiştir. AİHM ilgili olaylarda kamu yararı bulunduğunu kabul etmekte ancak kamu yararıyla kişilerin mülkiyet masuniyetine/dokunulmazlığına riayet/saygı gösterme veya mülkiyetten huzurlu yararlanma hakları arasındaki dengenin bozulması kaynaklı olarak adil dengenin bozulduğu sonucuna varmaktadır. Ancak AİHM, *Güleç ve Armut/Türkiye*⁸⁹ ve *Bucak ve diğerleri/Türkiye*⁹⁰ davalarındaki somut olaylarda başvuru sahiplerine ödenen kamulaştırma bedellerinin sırasıyla %10,74 ve %7,31 olan değer kayıplarının, söz konusu dönem boyunca gözlenen enflasyon da dikkate alındığında *Yetiş ve diğerleri/Türkiye* davasındaki %14,68 oranından farklı olarak belirgin bir değer kaybına tekabül etmediğini ve *Yetiş ve diğerleri/Türkiye* davasından farklı olarak kamulaştırılan taşınmazların yargılama sürecince sahipleri tarafından kullanılmaya devam edildiğini ortaya koyarak ilgili başvuruları iki yönden ayırmış; iki başvuruyu da kabul edilemez bulmuştur⁹¹. Ayrıca taşınmazın el atma nedeniyle başvuru sahipleri tarafından kullanılmadığı *Arabacı/Türkiye*⁹², *Kurtuluş/Türkiye*⁹³, *Alan/Türkiye*⁹⁴, *Tuna/Türkiye*⁹⁵ ve *Şahiner/Türkiye*⁹⁶ davalarında genel olarak %5'in altındaki ve olaylar özelinde sırasıyla %5'in altındaki, %3,67, %3,4, %4 ve %0,76 oranlarındaki değer kayıplarının başvuru sahiplerine orantısız bir yük getirmedeği yönünde karara varmıştır. Bu durumda kamulaştırma bedelleri açısından taşınmazın başvuru sahipleri tarafından kullanılmadığı ve %5'in üzerindeki değer kayıplarını içeren olaylarda adil dengeyi bozan orantısız yük mevcuttur denilebilir. Bu bağlamda başvuru sahibinin mülkiyetinin %7,7 oranında değer kaybına uğradığı ve adil dengenin bozulduğuna karar verilen *Dökmeci/Türkiye* davası⁹⁷ da bir örnek olarak gösterilebilir.

⁸⁶ AİHM, *Akkuş/Türkiye*, Hâkim *Misfud Bonnici*'nin Katıldığı Hâkim *Thor Vilhjalmsson*'un Karşı Görüşü, § 1. Gerçeklik payı bulunduğu belirtilen bu karşı görüşün "bir ülkenin yazgısında enflasyon varsa, bireyler bu olguyu doya doya yaşamak durumundadırlar" anlamına geldiği ifade edilmektedir (DİNÇ, s. 84).

⁸⁷ AİHM, *Yetiş ve diğerleri/Türkiye*, § 47-52.

⁸⁸ AİHM, *Yetiş ve diğerleri/Türkiye*, § 57-58.

⁸⁹ AİHM, *Güleç ve Armut/Türkiye*, B. No: 25969/09, T. 16.11.2010 (HUDOC).

⁹⁰ AİHM, *Bucak ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 44019/09, 44019/09, 44020/09, 45862/09, 46048/09, 47980/09, 47981/09, 47983/09, 47984/09, 47986/09, 48052/09, 66224/09, T. 18.01.2011 (HUDOC).

⁹¹ AİHM'nin *Bucak ve diğerleri/Türkiye* davasında *Yetiş ve diğerleri/Türkiye* davasından farklı bir karar vermesinin temel nedeni, *Bucak ve diğerleri/Türkiye* davasında yargılamanın kısa sürede sonuçlanması ve söz konusu dönemde enflasyonun görece düşük olması olarak nitelendirilmiştir (DOĞRU / NALBANT, s. 666).

⁹² AİHM, *Arabacı/Türkiye*, B. No: 65714/01, T. 07.03.2002 (HUDOC).

⁹³ AİHM, *Kurtuluş/Türkiye*, B. No: 24689/06, T. 28.09.2010 (HUDOC).

⁹⁴ AİHM, *Alan/Türkiye*, B. No: 77964/14, T. 02.07.2019 (HUDOC).

⁹⁵ AİHM, *Tuna/Türkiye*, B. No: 2423/15, T. 02.07.2019 (HUDOC).

⁹⁶ AİHM, *Şahiner/Türkiye*, B. No: 42166/15, T. 11.02.2020 (HUDOC).

⁹⁷ AİHM, *Dökmeci/Türkiye*, B. No: 74155/14, T. 24.04.2017 (HUDOC).

E. Haksız Toplanan Vergilerin İadesi

Enflasyonun AİHM kararlarına konu olduğu diğer bir durum haksız toplanan vergilerin iadesi nedeniyle devletin yapacağı geri ödemelerde, ilgili alacağı başvurucuya vermeyip kendi üzerinde tuttuğu gecikmelerde, enflasyon nedeniyle oluşan kayıplarla ilgili olmuştur.

Bu konuda bir örnek olan *Eko-Elda Avee/Yunanistan* davasında⁹⁸ başvurucu şirketin vergilendirme döneminde vergi borcunu aşan bir miktarı geçici olarak ödedikten sonra oluşan fazla ödemenin yaklaşık beş yıl beş ayı bulan uzun bir süre boyunca iadesinin yapılmamasının başvurucunun mali durumunda önemli ve kesin zararlara yol açtığı ve genel yarar ile kişinin yararı arasındaki adil dengeyi sarstığı tespitleriyle AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır⁹⁹. İadenin geç yapılması dışında yapılacak iade için enflasyondan oluşan kayıpların giderilmesinde adil dengeyi sağlayacak ölçüde bir faiz ödemesinin de yapılması gerekmektedir¹⁰⁰.

F. Devletin Özel Hukuk Kişileriyle Borç İlişkileri

Enflasyonun AİHM kararlarına konu olduğu bir diğer durum devletin gerçek kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan borç ilişkisi veya haksız fiillerden doğan tazminat kapsamındaki ödemeleri konusundadır.

Başvurucunun bir tüzel kişi olduğu *Molin İnşaat/Türkiye* davasında¹⁰¹ ise başvuran şirket ile Toplu Konut İdaresi arasında lojman inşaatı için yapılan inşaat sözleşmesinin icrası çerçevesinde meydana gelen uyuşmazlık dönem içerisinde Türkiye’de mevcut enflasyona göre çalışma ücretlerinin ve çalışma süresinin artması hususunda olsa bile mülkiyet hakkı ihlaline karar verilmemiş; yalnızca 1991-2002 yılları arasında süren yargı sürecinin makul sürede sonuçlanmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlaline karar verilmiştir. Başka bir tüzel kişiyle olan uyuşmazlık olan *Ünal Akpınar İnşaat İmalat Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Akpınar Yapı Sanayi A.Ş./Türkiye* davasında¹⁰² ise baraj yapımı ihalesiyle devletle hukuki ilişkiye giren şirketin alacaklarının süreç içerisinde enflasyon farkının yanı sıra döviz karşılığı bağlamında da kayba uğradığı ve ödeme sürecinde yaşanan makul olmayan gecikmeler nedeniyle başvurucunun alacağının değerinin %1’inden daha azına gerileyerek esaslı miktarda azaldığı belirtilerek mülkiyet hakkı ihlaline karar verilmiştir. *Fedorenko/Ukrayna* davasında¹⁰³ bir gerçek kişinin Ukrayna devletiyle Ukrayna para birimi grivna üzerinden yaptığı gayrimenkul satım sözleşmesinin uygulanmasının gecikmesi nedeniyle taraflar arasındaki sözleşmede yer alan maddeye aykırı ve daha düşük değerde bir ödeme yapıldığı iddiasıyla bir ihlal başvurusu yapılmıştır. Olayda başvurucu taraflar arasındaki sözleşmede yer alan “Grivnanın değişim kurunun düşmesi halinde bile toplam ödenecek tutarın karşılığı 17.000 Amerikan dolarından az olamaz.” maddesine rağmen kendisine 10.457,50 Amerikan dolarının karşılığının ödendiğini belirtmiştir¹⁰⁴. AİHM başvurucunun şikayetini dikkate alarak olayda mülkiyetten huzurlu yararlanmaya orantısız bir müdahalenin bulunduğunu ve bu nedenle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹⁰⁵.

⁹⁸ AİHM, *Eko-Elda Avee/Yunanistan*, B. No: 10162/02, T. 09.03.2006 (final 9.6.2006) (HUDOC).

⁹⁹ Haksız/hatalı olarak alınan vergilerin iadesine AİHM yaklaşımı hakkında bilgi için ayrıca bkz. GÜMÜŞKAYA, Gamze: *Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 156-161.

¹⁰⁰ AİHM, *Tasfiye halindeki Buffalo S.r.l./İtalya*, B. No: 38746/97, T. 03.07.2003, § 37 (HUDOC).

¹⁰¹ AİHM, *Molin İnşaat/Türkiye*, B. No: 38424/97, T. 11.01.2005 (HUDOC). AİHM’nin bu olayda, bir bölümü Türkiye’de gerçekten yüksek enflasyonun yaşandığı dönemde kalan sekiz buçuk yıllık alacak davasını mülkiyet hakkı yönünden değerlendirmemesinin nedeninin anlaşamadığı belirtilmiştir (DİNÇ, s. 374).

¹⁰² AİHM, *Ünal Akpınar İnşaat İmalat Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Akpınar Yapı Sanayi A.Ş./Türkiye*, B. No: 41246/98, T. 08.09.2015 (final 1.2.2016) (HUDOC).

¹⁰³ AİHM, *Fedorenko/Ukrayna*, B. No: 25921/02, T. 01.06.2006 (final 01.09.2006) (HUDOC).

¹⁰⁴ AİHM, *Fedorenko/Ukrayna*, § 22.

¹⁰⁵ AİHM, *Fedorenko/Ukrayna*, § 34.

Angelov/Bulgaristan davasında¹⁰⁶ gerçek kişi olan başvuranın haksız tutukluluğu nedeniyle maruz kaldığı zarardan doğan tazminatın yargı kararına rağmen geç ödenmesinde enflasyonun neden olduğu değer kaybının mülkiyet hakkına orantısız müdahaleye sebebiyet verdiği yönünde karar verilmiştir¹⁰⁷. Benzer konulu bir dava olan *Kur/Türkiye* davasında¹⁰⁸ ise tutukluluk dönemindeki gelir kaybı hakkında -ilgili dönemde Türkiye'deki enflasyon yıllık %82,8 iken başvuranın alacaklarına uygulanan gecikme faiz oranının bir dönem yıllık %30 ve bir dönem yıllık %50 olması nedeniyle- verilen karar başvuranın davada aşırı bir yük altında kaldığına ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine yönelik olmuştur. Başka bir dava olan *Timurlenk/Türkiye* davasında¹⁰⁹ başvurucu, tıbbi ihmal nedeniyle bacağına kesilmesi nedeniyle aldığı tazminatın, ödenecek gecikme faizinin Türkiye'deki çok yüksek enflasyon oranına ayak uyduramaması nedeniyle, değerinin düştüğünden şikâyetçi olmuştur¹¹⁰. 1996 yılında gerçekleşen olay ile 2008 yılında ödenen tazminat arasındaki döneme ait ekonomik veriler dikkate alındığında, özellikle 1996 ile 1999 yılları arasında uygulanan yasal faiz oranlarının sırasıyla %30, %50 ve %60 olduğu, oysa fiili enflasyon oranının %60 ile %99 arasında değiştiğini belirten AİHM, mevcut davada tazminat tutarına uygulanan yasal faiz oranları ile fiili enflasyon oranı arasındaki farkın, başvuranın zarara uğramasına neden olduğunu tespit etmiş; kamu yararı ile kişinin mülkiyetten huzurlu yararlanma hakkının korunması arasındaki adil dengeyi bozan bir yüke katlanmak zorunda kalan başvurunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹¹¹. *Alp/Türkiye* davasında¹¹² da trafik kazası sonrasında idari yargı organında iddialarının ileri sürülmesinde tazminatı artıran değişikliğin engellendiğinden ve mahkeme tarafından hükmedilen tazminatın yüksek enflasyon nedeniyle kayba uğradığından bahisle olayda hem mülkiyet hakkı hem de adil yargılanma hakkı ihlali bulunduğu karar verilmiştir. Ayrıca AİHM, *Burdov/Rusya*¹¹³ ve *Moroko/Rusya*¹¹⁴ davalarında da yasa ve uygulama açısından ne kadar erişilebilir ve etkili olursa olsun, tek başına enflasyon kayıplarına ilişkin tazminatın, AİHM'nin gerektirdiği yeterli telafiyi oluşturmadığı sonucuna varmıştır¹¹⁵. *Burdov/Rusya* davasında devletin Çernobil olayına yardımından dolayı sağlığı bozulan başvurucuya sağladığı destek konusundaki yargı kararlarına uymayarak, başvuranın makul olarak almayı bekleyebileceği parayı almasını engellemesinde fon eksikliğinin gerekçe gösterilmesi mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir¹¹⁶; *Moroko/Rusya* davasında ise tazminatın başvuranın ana gelir kaynağıyla ilgili olmadığı, geçmişteki bir hukuka aykırılığa ilişkin olarak yalnızca sınırlı miktarda tazminat teşkil ettiği gerekçesiyle mülkiyet hakkı ihlalinin bulunmadığı yönünde karar verilmiştir¹¹⁷.

G. Devletin Maaş Ödemeleri

Enflasyonun AİHM kararlarına konu olduğu bir diğer durum devletin yapacağı maaş ödemelerinde gecikmesi sonucunda enflasyon nedeniyle oluşan kayıplarla ilgili olmuştur. Enflasyonun etkileri göz önüne alındığında, enflasyonun, tek geçim kaynağı sabit gelire dayalı olanlara (emekliler ve küçük tasarruf sahipleri gibi) enflasyona ayak uydurma olanağı daha mümkün olan değişken gelirlilere göre daha büyük bir yük getirdiğinin altını çizmek gerekir¹¹⁸.

¹⁰⁶ AİHM, *Angelov/Bulgaristan*, B. No: 44076/98, T. 22.04.2004 (final 22.07.2004) (HUDOC).

¹⁰⁷ AİHM, *Angelov/Bulgaristan*, § 34-40 ve 48.

¹⁰⁸ AİHM, *Kur/Türkiye*, B. No: 43389/98, T. 23.3.2006 (HUDOC).

¹⁰⁹ AİHM, *Timurlenk/Türkiye*, B. No: 37758/08, T. 28.01.2020 (final 22.06.2020) (HUDOC).

¹¹⁰ AİHM, *Timurlenk/Türkiye*, § 21.

¹¹¹ AİHM, *Timurlenk/Türkiye*, § 30.

¹¹² AİHM, *Alp/Türkiye*, B. No: 8469/12 ve 14040/12, 07.07.2020 (HUDOC).

¹¹³ AİHM, *Burdov/Rusya* (No. 2), B. No: 33509/04, 15.01.2009 (final 04.05.2009) (HUDOC).

¹¹⁴ AİHM, *Moroko/Rusya*, B. No: 20937/07, 12.06.2008 (HUDOC).

¹¹⁵ AİHM, *Burdov/Rusya* (No. 2), § 59; AİHM, *Moroko/Rusya*, § 27.

¹¹⁶ AİHM, *Burdov/Rusya* (No. 2), § 40-42.

¹¹⁷ AİHM, *Moroko/Rusya*, § 45.

¹¹⁸ VITERBO, s. 4.

Bu konudaki davalardan biri olan *Solodyuk/Rusya* davasında¹¹⁹ aylık emeklilik maaşında tekrarlayan ödeme gecikmelerinin enflasyon nedeniyle değer kaybına uğradığı üzerine bir ihlal başvurusu yapılmış; başvurucunun mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmiştir. Emeklilik maaşının “mülkiyet” oluşturduğunu tespit eden AİHM, bu mülkiyetin enflasyon oranlarının %2,7 ila %37,3 arası seyrettiği 11 ay boyunca herhangi bir haklı sebebe dayanmadan geç yatırılmasının esaslı bir kayba neden olduğunu belirtmiştir¹²⁰. *Carson ve diğerleri/Birleşik Krallık* davasında¹²¹ ise başvurucular, mülkiyet hakkına ilişkin AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü 1. madde ihlaline tek başına ve ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddeyle birlikte olmak üzere, Birleşik Krallık yetkililerinin emekli maaşlarını enflasyona uygun şekilde artırmayı reddetmesi nedeniyle şikâyetçi olmuşlardır¹²². Olayda başvurucular 2000 yılında haftalık 67,5 sterlin tutarında olan maaşlarının enflasyona uygun bir artıştan yararlanmış olsaydı haftalık 95,25 sterline ulaşacağından hareketle Birleşik Krallık tarafından verilen emekli maaşı artış hakkının yalnızca Birleşik Krallık ile mütakabiliyet anlaşması yapmış olan bir ülkede oturan emeklilerin yararlanmalarını öngören kurallara bağlanmasının ayrımcı olduğunu iddia etmişler; AİHM, başvurucuların Birleşik Krallık'ta veya mütakabiliyet anlaşmalarına taraf diğer ülkelerde oturan emeklilerle benzer bir durumda olmadıklarından hareketle, bu yöndeki uygulamanın mülkiyet hakkı ile birlikte başvuru ayrımcılık yasağı kapsamında ayrımcı nitelikte olmadığı yönünde karar vermiştir¹²³. Başvuruda Birleşik Krallık ile karşılıklı bir anlaşma yapmamış bir ülkede oturanların ulusal hukuka göre emekli maaşını Birleşik Krallık'taki enflasyona paralel şekilde yıllık olarak artırma hakkı bulunmadığından hareketle tek başına mülkiyet hakkı ihlaline yönelik şikâyetin de kabul edilemez olduğu belirtilmiştir¹²⁴. Ancak *Carson ve diğerleri* davasında kararın on bire karşı altı oyla alındığı ve aralarında farklılık bulunduğu iddia edilen emeklilerin emeklilik sistemine yönelik prim katkılarının farklılaştırılmadığı durumda Birleşik Krallık hükümetinin yalnızca oturan yer üzerinden yaptığı eşitsiz uygulamanın neden olduğu orantısız sonucun ikna edici bir gerekçesi olmadığını ileri süren ortak karşı görüşün bulunduğu görülmektedir¹²⁵.

H. Özel Hukuk Kişilerinin Kendi Aralarındaki Borç İlişkileri

Özel hukuk kişilerinin kendi aralarındaki borç ilişkileri konusunda devletin enflasyondan sorumluluğu ise nispeten daha kısıtlı olarak görülmüştür. Her ne kadar devletin başvuranın lehine infaz edilebilir bir kararın infaz edilmesine veya bu karara uyulmamasına yol açması halinde başvuranın hakkı olan parayı almasını engelleyerek enflasyonun etkilerine katlanmasına neden olmasının adil yargılanma hakkını içeren AİHS 6. maddesinin ve mülkiyet hakkına ilişkin AİHS 1 Numaralı Ek Protokol 1. maddesinin ihlal edildiğinin tespit edilmesine yol açması mümkün olsa bile hukuki uyumsuzluklara ilişkin ulusal mahkeme kararlarında enflasyonun dikkate alınmaması nedeniyle oluşan sebepsiz zenginleşme durumlarından ilgili devletin sorumlu tutulamayacağı belirtilmektedir¹²⁶.

O.N./Bulgaristan davasında¹²⁷ başvurucu, ulusal mahkemelerin uzun süren işlemlere bağlı olarak enflasyon oranlarının dikkate alınması yönündeki talepleri reddettiğini ve nihayetinde itiraz ettiği sözleşmede öngörülen miktarın gerçek değerinden çok daha azına hükmedildiği gerekçesiyle şikâyetçi olmuş; AİHM, adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı uyarınca yapılan şikâyetler hakkında kabul edilemezlik kararı vermiştir. Benzer şekilde *Köksal/Türkiye*¹²⁸ ve *Grozeva/Bulgaristan*¹²⁹ davalarında

¹¹⁹ AİHM, *Solodyuk/Rusya*, B. No: 67099/01, T. 12.07.2005 (final 30.11.2005) (HUDOC).

¹²⁰ AİHM, *Solodyuk/Rusya*, § 26, 28 ve 31.

¹²¹ AİHM, *Carson ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 42184/05, T. 16.03.2010 (HUDOC).

¹²² AİHM, *Carson ve diğerleri*, § 3.

¹²³ AİHM, *Carson ve diğerleri*.

¹²⁴ AİHM, *Carson ve diğerleri*, § 57.

¹²⁵ AİHM, *Carson ve diğerleri*, Hâkim *Tulkens, Vajić, Spielmann, Jaeger, Jočienė* ve *López*'in Ortak Karşı Görüşü, § 1-12.

¹²⁶ VITERBO, s. 8.

¹²⁷ AİHM, *O.N./Bulgaristan*, B. No: 35221/97, T. 06.04.2000 (HUDOC).

¹²⁸ AİHM, *Köksal/Türkiye*, B. No: 30253/06, T. 26.11.2013 (HUDOC).

¹²⁹ AİHM, *Grozeva/Bulgaristan*, B. No: 52788/99, T. 03.11.2005 (HUDOC).

da mahkeme işlemlerinin aşırı uzun bir süre boyunca gerçekleşmesi sonucunda enflasyonun etkileri nedeniyle başvurucuların taleplerinin gerçek değerinin önemli ölçüde azaldığını iddia ettikleri davalarda, devletin sorumluluğunun devreye girmediği tespit edilmiş ve şikayetler hakkında kabul edilemezliğe hükmedilmiştir¹³⁰. Nitekim AİHS, devletlere, özel hukuk ilişkileri açısından enflasyonun ve diğer ekonomik olayların etkileriyle başa çıkmada izleyecekleri ekonomi politikalarına ilişkin yükümlülükler getirmemekte veya devletlerden bu tür durumları mevzuat veya yargı kararı yoluyla düzeltmelerini talep etmemektedir¹³¹. AİHS 1 Numaralı Ek Protokol 1. maddesinin ilke olarak devletleri enflasyonun etkilerini dengelemek ve özel hukuk kişilerinin kendi aralarındaki borç ilişkileri açısından alacakların veya diğer varlıkların değerini korumak için tedbirler almaya zorunlu kıldığı şeklinde yorumlanamayacağı hususu bazı kabul edilemezlik verilmiş kararlarda da dikkat çekmiştir¹³².

Bu durum devletin özel hukuk kişilerinin kendi aralarındaki borç ilişkileri açısından tamamen sorumluluktan arınmış olduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin, *El/Türkiye* davasında başvuran, 2003 yılında satın aldığı paylı mülkiyete sahip bir arazide ortak maliklerinden biri 2005 yılında önalım hakkını kullanırken ve 2009 yılında dava sonucunda önalım bedelinin belirlenmesi sırasında enflasyon ve emlak piyasasındaki fiyatların yükselişi gibi diğer somut sebeplerle taşınmazın değerinde meydana gelen değer artışının dikkate alınmamış olması nedeniyle, mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir¹³³. AİHM, olayı ele alırken yaptığı incelemenin devletin enflasyon karşısında genel yükümlülüklerin belirlenmesi olmadığını; bu incelemenin başvuran tarafından nihai olarak elde edilen miktarın, yasal önalım hakkının başkası tarafından kullanımı sebebiyle maruz kalınan mülkiyet kaybını telafi etmek için yeterli olup olmadığını belirlemesi olduğunu belirterek farklı menfaatler arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğundan hareketle AİHS 1 Numaralı Ek Protokol 1. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir¹³⁴. Olayda başvurana ödenecek miktarın faizlerle birlikte hesaplanmadığı ve hesaplamada merkez bankasının verilerine göre söz konusu dönemde %70'in üzerinde olan enflasyonun hiçbir şekilde dikkate alınmadığı üzerinde durulmuştur¹³⁵.

I. Hakkaniyete Uygun Tatmin Hesaplamaları

AİHM'nin kararlarında enflasyonun yer aldığı son durum AİHS'nin 41. maddesine dayanan hakkaniyete uygun tatmini sağlayacak zararlara ilişkin tazminat hesaplamalarında¹³⁶. AİHM tarafından verilen kararlarda hakkaniyete uygun tatminin sağlanmasında enflasyonun ve devletlerin ekonomik özelliklerinin yeri bulunmaktadır. AİHM tazminata karar verdiğinde genellikle daha istikrarlı bir para birimi olarak görülen ve Avrupa Konseyi üyesi bazı devletlerin resmi para birimi olan avro (*euro*) üzerinden hesaplama yapmaktadır¹³⁷. Ayrıca tazminata konu olan ödemenin yapılmadığı süreler için ilgili para birimi üzerinden enflasyon kayıplarını karşılayacak şekilde faize de hükmedilmektedir. AİHM maddi tazminata konu faiz oranını belirlerken paranın sağlayacağı kazançtan yoksun kalınmasını (*lucrum cessans*) içerecek ve başvuru sahibinin zararını enflasyonu dikkate alacak şekilde iç hukukun herhangi bir hükmüyle bağlı olmadan ve herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadan değerlendirmektedir¹³⁸.

¹³⁰ AİHM, *Köksal/Türkiye*, § 38; AİHM, *Grozeva/Bulgaristan*.

¹³¹ AİHM, *O.N./Bulgaristan*.

¹³² AİHM, *Todorov/Bulgaristan*, B. No: 65850/01, T. 13.05.2008 (HUDOC); AİHM, *Cular/Hrvatistan*, B. No: 55213/07, T. 22.04.2010 (HUDOC).

¹³³ AİHM, *El/Türkiye*, B. No: 35952/10, T. 16.11.2021, § 1-13 (HUDOC).

¹³⁴ AİHM, *El/Türkiye*, § 23-25.

¹³⁵ AİHM, *El/Türkiye*, § 21.

¹³⁶ 41. maddedeki hakkaniyete uygun tatmine yönelik tazminatların hesaplanmasında tatmin kapsamındaki zararlar olarak maddi zarar, manevi zarar ile başvurucu tarafından yapılan masraflar ve giderler göz önüne alınmaktadır. (ERGE, Recep Ersel: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakkaniyete Uygun Tatmin*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 105-112.)

¹³⁷ Ancak geçmişte AİHM'nin farklı para birimleri üzerinden hesaplama yaptığı kararlar da mevcuttur. Örneğin dolar ve frank için bkz. AİHM, *Akkuş/Türkiye*; AİHM, *Aka/Türkiye*; AİHM, *Fedorenko/Ukrayna*.

¹³⁸ ICHIM, Octavian: *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s. 108-109.

Bu konuda özellikle Ukrayna aleyhine verilen pek çok karara rastlanmaktadır. Bunlardan *Skaloukhov* ve diğerleri/Ukrayna davasında¹³⁹ kamu işletmesinde çalışan beş kişinin ücretlerinin eksik hesaplanması nedeniyle açtıkları davalarda, ücret hesabına ilişkin yargılamayı ve icra yargılamasında borçlu değiştirmenin reddedilmesine karşı yapılan temyiz başvurularını içeren iç hukuk yollarının uzun sürmesi ve alınan kararların uygulanmaması konulu başvurularında uzun sürme açısından olmasa da kararların uygulanmaması açısından adil yargılanma hakkının ihlali ile enflasyon nedeniyle yaşadıkları para kaybının ve manevi zararlarının tazminine karar verilmiştir. Enflasyon kayıplarına ilişkin taleple ilgili olarak AİHM, Ukrayna hükümetinin yalnızca hesaplama yöntemine katılmadığını, başvuruların enflasyon kayıplarına uğradıkları gerçeğinin inkar edilmediğini ve söz konusu kayıplara ilişkin alternatif bir hesaplama sunulmadığını belirterek başvuruların iddiaları da enflasyon oranlarına ilişkin resmi verilere dayanan ayrıntılı hesaplamalarla desteklediği için başvurulara enflasyon kayıpları kapsamında talep ettikleri meblağların ödenmesini makul bulmuştur¹⁴⁰. Bir diğer örnek olarak hakkaniyete uygun tatmin hesaplamasında *Osokin ve Osokina/Ukrayna davasında*¹⁴¹ da *Skaloukhov* ve diğerleri/Ukrayna davasındakine benzer gerekçelerle başvurulara enflasyon kayıpları kapsamında talep ettikleri meblağların ödenmesine karar verilmiştir. *Kopylovich* ve diğerleri/Ukrayna davasında¹⁴² ise kamu işletmesinde çalışan yirmi kişinin ödenmemiş ücretleri ve diğer tazminatlarının ödenmesine hükmedilen nihai kararların icrasının gerçekleştirilmemesinin adil yargılanma hakkının ve mülkiyet hakkının ihlaline neden olduğu belirtilerek ve benzer şekilde enflasyon nedeniyle yaşadıkları para kaybının ve manevi zararlarının tazminine karar verilmiştir. Ancak olayda dokuz başvuranın resmi tablolara dayanarak ayrıntılı hesaplamalar sundukları ve Ukrayna hükümetinin başvuruların iddialarına veya hesaplama yöntemine herhangi bir itirazda bulunmadığı dikkate alındığında sekiz başvuru sahibine enflasyon kayıpları için talep edilen tutarların ödenmesi makul bulunmuşken bir başvuranın enflasyon kaybı talebi, ödenmesi gereken tutarın değer kaybı tazminatının kendisine ödenmesi gereken karar borcunun bir parçası olması nedeniyle, reddedilmiştir¹⁴³. Benzer şekilde hükmedilen nihai kararların icrasının gerçekleştirilmemesinin adil yargılanma hakkının ve mülkiyet hakkının ihlaline neden olduğu *Maksimikha/Ukrayna*, *Tamara Vasilyevna Len ve Grigoriy Kuzmich Len/Ukrayna*, *Garashchenko/Ukrayna* ve *Ramus* ve diğerleri/Ukrayna davalarında¹⁴⁴ da enflasyon nedeniyle yaşanan para kaybının ve manevi zararlarının tazminine karar verilmiştir. Yine *Lisnyy/Ukrayna davasında*¹⁴⁵ haksız şekilde 11 yıl hüküm giyen başvuru sahibinin gelirinden yoksun kalmasından ve el koyulan altınlarından doğan tazminat istemine yönelik lehine kararların uygulanmaması konusu mevcut olup mülkiyet hakkı ihlali nedeniyle enflasyon kayıplarını da içerecek şekilde tazminat ödenmesine hükümlenmiştir.

Görüldüğü üzere Ukrayna'ya ilişkin davalarda sunulan resmi verilere dayanan ayrıntılı hesaplamalar enflasyonun hakkaniyete uygun tatmin hesapları açısından maddi tazminat taleplerine konu olmasını sağlamıştır. Ancak ileri sürülen iddianın teyit edilmesine olanak sağlayacak resmi verilere dayanan belgelerin veya bilirkişi raporunun AİHM'ye sunulmadığı haller ispat açısından sorun doğurmaktadır; AİHM'nin enflasyon hesabını maddi tazminata konu etmemesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, *Narbutas/Litvanya davası*¹⁴⁶ COVID-19 döneminde bir İspanyol şirketten Litvanya hükümeti adına test satın alımında kendisi için satın alınan test başına 1 avro komisyon bedeli talep

¹³⁹ AİHM, *Skaloukhov ve diğerleri/Ukrayna*, B. No: 8107/06, 8473/06, 8475/06, 15941/06 ve 32116/06, T. 19.11.2009 (final 19.02.2010) (HUDOC).

¹⁴⁰ AİHM, *Skaloukhov ve diğerleri/Ukrayna*, § 37.

¹⁴¹ AİHM, *Osokin ve Osokina/Ukrayna*, B. No: 8437/06 ve 8470/06, T. 10.12.2009 (final 10.03.2010), § 33 (HUDOC).

¹⁴² AİHM, *Kopylovich ve diğerleri/Ukrayna*, B. No: 1421/03, 11915/06, 11922/06 ve 11924/06, T. 17.01.2008 (final 17.04.2008) (HUDOC).

¹⁴³ AİHM, *Kopylovich ve diğerleri/Ukrayna*, § 31.

¹⁴⁴ AİHM, *Maksimikha/Ukrayna*, B. No: 43483/02, T. 14.12.2006 (final 14.03.2007) (HUDOC); AİHM, *Tamara Vasilyevna Len ve Grigoriy Kuzmich Len/Ukrayna*, B. No: 852/05, T. 10.12.2009 (final 10.03.2010) (HUDOC); AİHM, *Garashchenko/Ukrayna*, B. No: 26873/05, T. 16.04.2009 (final 16.07.2009) (HUDOC); AİHM, *Ramus ve diğerleri/Ukrayna*, B. No: 11867/08, 11868/08, 28969/08, 28971/08, 28979/08 ve 37484/08, T. 10.12.2009 (final 10.03.2010) (HUDOC).

¹⁴⁵ AİHM, *Lisnyy/Ukrayna*, B. No: 4204/03, T. 25.10.2007 (final 25.01.2008) (HUDOC).

¹⁴⁶ AİHM, *Narbutas/Litvanya*, B. No: 14139/21, T. 19.12.2023 (final 19.03.2024) (HUDOC).

eden başvuruçunun aleyhine rüşvet nedeniyle açılan ceza davası sürecinde mülkiyetten yoksun bırakılma nedeniyle uğranan hak ihlallerinden doğan tazminat talebindeki enflasyon hesaplamasına ilişkindir. *Narbutas*, duruşma öncesi soruşturma sırasında haksız yere 77.000 avro parasına el koyulduğunu ve Litvanya İstatistik Dairesi tarafından sağlanan resmi enflasyon endeksini kullandığı ve internet sitesine eklediği hesap makinesi bağlantısına göre Temmuz 2020'den Mart 2022'ye kadar bu varlıkların değerinin %17,8 oranında değer kaybettiğini belirtip el koyulan mülkün amortismanı olarak 13.706 avro ile süreç sırasında kazanabileceği 34.542 avro ve ödemekte geciktiği 768,94 avro vergi borcunun tazminini talep etmiştir¹⁴⁷. Hükümet başvuranın ceza yargılaması sırasında hizmet vermesinin yasaklanmadığını ve bu nedenle iddia edilen gelir kaybının tespit edilebilecek herhangi bir ihlalden kaynaklanamayacağını; enflasyon kaybı hakkında ise 2019'daki yıllık enflasyon ile 2020'deki yıllık enflasyon arasındaki farkın %0,2 olduğunu ve 2021'deki enflasyon oranının 2020'ye göre %4,7 daha yüksek olduğunu, dolayısıyla başvuranın talep ettiği %17,8 oranının haksız olduğunu ileri sürmüştür¹⁴⁸. AİHM, duruşma öncesi soruşturma sırasında mülküne el koyulması nedeniyle başvuranın vergilerini zamanında ödemekten alıkoyması ve dolayısıyla ücretlerin geç ödenmesine yol açılmasının AİHS 1 Numaralı Ek Protokol 1. maddesinin ihlaline neden olduğunu belirterek ihlal ile başvuranın talep ettiği 768,94 avro tutarındaki maddi tazminat arasında açık bir illiyet bağı olduğunu tespit etse bile süreç sırasında kazanılabilecek 34.542 avro paranın maddi kaybında böyle bir illiyet bağı kurulamadığını; yine ilgili dönemdeki enflasyon seviyesinin belirlenmesine ve ileri sürülen iddianın doğruluğunun teyit edilmesine olanak sağlayacak herhangi bir resmî belge veya bilirkişi raporu sunulmamasının başvuranın varlıkların amortismanına ilişkin talebinin asılsız kabul edilmesine neden olduğunu ifade ederek bu yönden ihlal iddiasını ve maddi tazminat talebini reddetmiştir¹⁴⁹.

SONUÇ

Sonuç olarak, enflasyonun hukuki ilişkiler üzerindeki etkileri ve özellikle AİHS 1 Numaralı Ek Protokolü 1. maddesi kapsamında bir devletin bu etkilerden ne ölçüde sorumlu tutulabileceği hakkında AİHM kararları incelenerek bazı çıkarımlarda bulunmak mümkün olmaktadır. İnceleme sonucunda enflasyonun mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğu çeşitli şekillerin bulunduğu görülmektedir.

Hiper enflasyon veya yüksek enflasyon devletler için bir kazanç kaynağına dönüşse bile herhangi bir alacağa bağlı olmadan bizatihi yüksek enflasyonun kendisi hakkında mülkiyet hakkı ihlali yönünde karar verilmediği söylenebilir. Enflasyonu dengelemek konusunda hukuki bir tedbir olarak fiyat istikrarına yönelik kanun gibi düzenlemelerin ele alınması yoluyla devletin sorumlu tutulması mümkün olsa da AİHM, şu ana kadar devletin piyasa faktörlerinden kaynaklanan değer kaybını önlemek veya para birimini enflasyonun etkilerinden korumak amacıyla harekete geçmek zorunda olmadığı yönünde bir eğilime daha yakın görünen bir yaklaşım içerisindedir.

AİHM'ye göre bireylerin mevduat hesapları ve nakit paraları üzerinde mülkiyet hakları bulunsa da geleceğe dönük edimler konusunda veya finans kurumları ve bankalardaki birikim hesaplarını enflasyona endeksleme konusunda devletlerin pozitif bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Üstelik verilecek karar sonucunda ilgili devletin ekonomisi büyük bir olumsuz etkiye uğrayacaksa AİHM tarafından mülkiyet hakkı ihlali açısından başvurunun kabul edilemezliği yönünde bazı kararlar verilmiştir.

Hükümetlerin ve merkez bankalarının para biriminin nominal değerini belirlemesi ve düşürmesi konusunda devletlere takdir payı bırakılmıştır. Bu noktada ilgili devlet uyguladığı politikanın kamu yararına olduğunu düşünse bile adil bir dengeyi koruyarak özellikle alacağı olan kesimleri zarara uğratmamalıdır. Nitekim devletin yapacağı kamulaştırma bedeli, vergi iadesi ve maaş gibi ödemelerde alacaklı tarafı esaslı zarara uğratması halinde mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde kararlar veril-

¹⁴⁷ AİHM, *Narbutas/Litvanya*, § 334.

¹⁴⁸ AİHM, *Narbutas/Litvanya*, § 336-337.

¹⁴⁹ AİHM, *Narbutas/Litvanya*, § 339-341.

diği görülmektedir. Ancak kamulaştırmaya ilişkin davalardaki %5 sınırını içeren kararlar ile *Carson* ve diğerleri/Birleşik Krallık davasındaki karar göstermektedir ki bu tür davalarda her zaman ihlal kararı verilmemektedir. Böylece devletin yapacağı ödemelerin enflasyonla ilişkisi açısından benzer konulardaki uyuşmazlıklar için AİHM'nin kendisine rehber olarak çeşitli değerlendirme eşikleri belirlemeye çalıştığı söylenebilir.

Yine özel hukuk kişilerinin kendi aralarındaki borç ilişkileri konusunda devletin enflasyondan sorumluluğunun kısıtlılığı göz önüne alındığında devletlerin kişilerin enflasyon nedeniyle oluşan kayıplarından sorumlu tutulabilecekleri ancak bu kapsamın açık ve net olarak belirlenmediği görülmektedir. Aslında özetle AİHM olaydan olaya ekonomik menfaatler yönünden adil dengenin kurulup kurulmadığı yönünde bir değerlendirme yapmaktadır. AİHS'nin 41. maddesine dayanan hakkaniyete uygun tatmini sağlayacak zararlara ilişkin tazminat hesaplamalarında da enflasyonun etkilerinin bu kapsamda dikkate alındığı görülmektedir.

Görüldüğü üzere mülkiyet hakkının enflasyonla ilişkisi açısından AİHM, kişiler için zarara yol açacak ve kişilerin haklarını orantısız bir biçimde etkileyecek durumlarda devletin parasal egemenliğini sınırlandırma açısından büyük müdahalelerde bulunmamakta; devletin para biriminin değerini belirlemesi konusundaki mutlak hakkını kullanmasında mülkiyetin korunmasına yönelik dengenin bozulmamasını gözetmeye çalışmaktadır. AİHM bu konudaki değerlendirmelerinde resmi istatistiki bilgileri kullanmakta; kararlarını bu istatistiki bilgilere göre vermektedir. Ancak resmi istatistiki bilgilerin doğruluğu üzerine sorgulayıcı ek bir araştırma yapmamaktadır.

Her ne kadar enflasyon meselesini AİHS açısından ayrı bir konu olarak ayırıştırıp özel inceleme yapan çalışmalar çok az olsa bile enflasyonun küresel ölçekte artışa geçtiğinin gözlemlendiği günümüzde fiyat istikrarının sağlanmasına yönelik yasal yükümlülüklerle dayalı talep ve beklentilerin artacağı, buna paralel olarak da enflasyondan kaynaklı zararların tazmini talebiyle iç hukuk yollarının tüketilmesi sonrasında AİHM'ye yapılan başvuru sayısının ve dolayısıyla bu konudaki özgü çalışmalara olan ihtiyacın artacağı öngörülebilir.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, O. Gökhan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 9.7.1997 T. ve 60/1996/679/869 Numaralı ‘Akkuş v. Türkiye’ Kararı karşısında Kamulaştırma Bedelinde Temerrüt Faizi ile Karşılanamayan Munzam Zaranın Tazmini”, *Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 2002, Cilt 10, Sayı 2, s. 1-13.
- AYBAY, Rona: *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006.
- AYBAY, Rona: *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.
- BAŞPINAR, Veysel: *Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- BOYAR, Oya: “Mülkiyet Hakkı”, (Ed.) İNCEOĞLU, Sibel: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ÇOBAN, Ali Rıza: “Inflation and Human Rights: Protection of Property Rights against Inflation under the European Convention on Human Rights”, *Essex Human Rights Review*, 2005, Cilt 2, Sayı 1, s. 62-78.
- DİNÇ, Güney: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007.
- DİNLER, Zeynel: *İktisada Giriş*, 11. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005.
- DOĞRU, Osman / NALBANT, Atilla: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt*, Avrupa Konseyi-Yargıtay, Ankara, 2013.
- DUMAN, Özgür: “Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 12, s. 401-462.
- EĞİLMEZ, Mahfi: “Hiperenflasyon”, *Kendime Yazılar*, 2023 (<https://www.mahfiegilmez.com/2023/11/hiperenflasyon.html>, ET: 11.12.2023).
- ERDOĞMUŞ, Belgin: *Hukukta Latince: Teknik Terimler – Özlü Sözler*, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.
- ERGE, Recep Ersel: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakkaniyete Uygun Tatmin*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ETGÜ, Mehmet Akif: *Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR): *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: Protection of property*, 2022 (https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG, ET: 19.12.2023).
- GEMALMAZ, H. Burak: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009 (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi).
- GEMALMAZ, H. Burak: *Mülkiyet Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018 (Anayasa Mahkemesi).
- GÜMÜŞKAYA, Gamze: *Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ICHIM, Octavian: *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- KAFAOĞLU, Arslan Başer: *Enflasyon: Gelişmiş ve Az Gelişmiş Ülkelerde*, 3. Baskı, Günay Matbaası, 1995.
- MOOIJ, Anne Marieke / ARNI, Shahrina Tanjin: “Can inflationary policy violate human rights?”, *WhiteBoard Magazine*, 2021 (<https://whiteboardmagazine.com/2527/can-inflationary-policy-violate-human-rights/>, ET: 11.12.2023).
- ÖZEL, Sadullah: *Mülkiyet, Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ÖZGÜVEN, Ali: *İktisat Ders Notları*, Mentesh Matbaası, İstanbul, 1970.
- SARI, H. Gürbüz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ŞİMŞEK, Suat: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi”, *Sayıştay Dergisi*, 2013, Sayı 88, s. 27-47.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY (UNGA): *Charte internationale des droits de l'homme (fr.)/International Bill of Human Rights (ing.) [A/RES/217(III)-A]*, New York, 1948, s. 71-79.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY (UNGA): *International Covenant on Civil and Political Rights [A/RES/2200(XXI)-A]*, New York, 1966, s. 49-60.

VAN RIJN, Arjen: “Right to the Peaceful Enjoyment of One’s Possessions (Article 1 of Protocol No. 1)”, (Ed.) VAN DIJK, Pieter / VAN HOOF, Fried / VAN RIJN, Arjen / ZWAAK, Leo: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, s. 863-894.

VITERBO, Annamaria: “The ECHR’s Protection of Property Rights against Inflation vs. EC Price Stability Principle”, *EC Working Paper RSCAS No. 2006/38*, European University Institute, Italy, 2006, s. 1-15.

YETER, Fatih / EROĞLU, İlhan: *Küresel Enflasyon Eğilimleri Teori ve Uygulama*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2023.

Sınıf Egemenliği, Hukuk ve Sovyet Hukuku^(*)*Class Hegemony, Law and The Soviet Law***Ozan Giray ŞAHİN**Araştırma Görevlisi Doktor
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı**Anahtar Kelimeler***Burjuva Hukuku,
Hukuksal Biçim,
Hukuk İdeolojisi,
Sınıf Egemenliği,
Sovyet Hukuku.***Öz**

Normatif pratiklerin sınıflı toplum koşullarında verili sınıf egemenliğini korumaya özgülenmiş örgütlü birliği, hukuk adını verdiğimiz yapısal ilişki setlerini ortaya çıkarır. Dolayısıyla da hukuk, sınıf egemenliğinin bir sonucu ve ürünüdür. Hukukun anılan niteliği burjuva hukuk ideolojisi tarafından görmezden gelinmekte ve hukuk, ekonomik ve sınıfsal içeriği görmezden gelinen burjuva üretim ve bölüşüm ilişkileri içerisinde keşfedilmiş ama tarafsız birer değer olarak kabul edilen bir ilkeler manzumesi etrafında toplumsal sorunları çözen ve bu esnada da toplumsal ilişki ve sınıflardan bağımsız olan bir entite olarak kabul edilmektedir. Burjuva hukuk ideolojisinin anılan kabulü burjuva hukuk ideolojisi içerisindeki ilkeler demeti ile çelişen her toplumu hukuksuz olarak nitelermeye olanak vermektedir. Söz konusu olanak özellikle çok kutupluluğun etkilerini hissettiğimiz günümüzde Batı'nın iktisadi, siyasi ve ideolojik egemenliği ile bir şekilde çelişen toplumlara karşı kullanılmaktadır. Çalışmamız bu bağlamda çok kutuplu dünya koşullarında Batı merkezli burjuva toplumsallığı ve hukuku dışında bir hukukun var olduğu ve gelecekte de olanaklı olduğu iddiasına dayanak olarak Sovyet hukukunu ele almaktadır. Sovyet hukuku, hukuk ile sınıf egemenliği arasındaki ilişkinin kabul edildiği bir ideolojik düzleme yaslandığı ve üretim araçları üzerinde kamusal mülkiyete dayalı bir toplum içinde geliştiği için burjuva hukuk ideolojisinin sınırlarını aşmakta ve burjuva hukuku içinde olanaksız kabul edilen keşifleri bünyesinde taşımaktadır. Söz konusu farklılığın temelinde ise Sovyet toplumunun özgün sınıfsal karakteri yatmaktadır.

Keywords*Bourgeois Law,
Class Hegemony,
Legal Form,
Legal Ideology,
Soviet Law.***Abstract**

The organized unity of normative practices dedicated to protecting the given class hegemony under the conditions of class-based societies creates the sets of structural relations that is called law. Therefore, law is a result and product of class rule. The aforementioned characteristic of law is ignored by the bourgeois legal ideology, and law is accepted as an entity that solves social problems around a set of principles are discovered within the bourgeois relations of production and distribution, but their economic and class content is ignored. Those principles are defined as neutral values and independent from the effects of social relations and classes. The said principle of bourgeois legal ideology makes it possible to characterize any society that contradicts the principles of the bourgeois legal ideology as lawless entities. Especially today, when we feel the effects of emerging multipolarity, this ability has been used against societies that somehow contradict the economic, political and ideological domination of the West. In this context, our study focuses on Soviet law as a basis for the claim that a law outside of the scope of western-centered bourgeois ideology existed and is possible in the future under multipolar world conditions. Since Soviet law rests on an ideological basis in which the relationship between law and class rule is recognized and it developed in a society based on public ownership of the means of production; it transcends the limits of bourgeois legal ideology and embodies discoveries that are considered impossible within bourgeois law. The basis of this difference lies in the unique class character of Soviet society.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 27.03.2024, Kabul Tarihi: 25.04.2024.

GİRİŞ

Sovyet hukukuna ilişkin tartışmalar büyük ölçüde Sovyet hukukunun, burjuva hukuk düzeninin ilkeleri ile olan ilişkisi bağlamında ele alınmaktadır. Söz konusu eğilim batıda mukim burjuva hukuk düzenini toplumsal normların meşru tek biçimi saymaktadır¹. Anılan koşullar altında tartışmanın ufku -ister Sovyet sisteminden istersek de batılı burjuva hukuk sistemi ile çelişen herhangi bir başka toplumsal formasyondan bahsedelim- kapitalizmin batıda işleyen biçimi altında biçimlenmiş olan batı-burjuva hukukunun ilkeleri, pratikleri, kavramları ve kurumlarının incelenen toplumda mevcut olup olmadığının kontrol edilmesinden öteye gidememektedir. Hâkim söylem Batı kapitalizmine özgü burjuva düzenini verili ve norm kabul edip, diğer toplumları söz konusu normlar dizgesine uyumlu olmakla yükümlü olarak nitelemektedir. Söz konusu nitelemeye bağlı olarak bir toplumsal formasyonda etkin olan normların hukuk statüsünü edinmesi ve bu bağlamda belirli bir toplumsal formasyonun uluslararası iş bölümünde hak ve yetke sahibi bir entite olarak kabul edilmesi onun mevcut uluslararası sınıf egemenliğine mündemiç hukuk ideolojisi ve düzenine uyum sağlama kapasitesine bağlanmaktadır.

Burjuva hukuk ideolojisi ve dolayısıyla serbest pazar ekonomisine bağlanma koşulunun kabul edilmediği yahut şartların sağlanmasında isteyerek ya da istemeyerek geri kalındığı hâllerde, yukarıda betimlenen mekanizma bu kez burjuva talepleri karşılamayan/karşılayamayan toplumsal formasyonlara bir yaptırım demeti olarak geri dönmektedir. Batı'da mukim sermaye bloklarının değerlendirme taleplerine uygun hukuki biçim ve pratikleri ihdas etmeyen yahut edemeyen toplumsal formasyonlar Batı merkezli kolektif emperyalist² bloğun avadanlığında olan çeşitli yaptırımlara maruz kalmakta, uluslararası kapitalist meta mübadelesi ve iş bölümü ilişkilerinin dışına atılmakla ve son kertede *failed state* ya da *rogue state* ilan edilmek suretiyle egemenlik sahibi bir entite olma statüsünden yoksun bırakılmakla tehdit edilmektedirler. Sürecin aşırı ucunda ise ilgili ülkenin bir istekliler koalisyonu öncülüğünde işgal edilmesi vardır. Tüm bu sayılanların ortak keseni ise burjuva hukuk düzeninin bilhassa Batı'da mukim sermaye bloklarının değerlendirme süreçlerine bağlı ilke, kurum ve pratiklerinin zor yoluyla ilgili topluma dayatılmasıdır³.

Hâkim söylemin yukarıda tarif edilen pozisyonu, 1990 sonrasında uzunca bir süre entelektüel üretim süreçlerinden uluslararası ilişkilere uzanan bir düzlemde kuvvetli bir etki göstermiştir. 2008 Krizi'nin ardından tek kutuplu dünyanın iktisadi ve siyasi olarak yeniden üretilmesinin her geçen gün daha da zorlaşması ile söz konusu kapasite ve temsil ettiği emperyalist bloğun uluslararası iş bölümü ilişkileri üzerindeki tek yanlı hâkimiyeti gerileme eğilimine girmiştir. Petro-dolar tekelinin kırılmaya başladığı, uluslararası meta mübadelesinde Amerikan Doları'nın temel mübadele aygıtı olarak kullanılmadığı örneklerin sayısının arttığı ve yeni bir uluslararası iş bölümü ilişkileri düzleminin tebarüz etmeye başladığı günümüzde; Batı'nın ideolojik hâkimiyeti ve dolayısıyla hukukun ne olduğu yahut olmadığına ilişkin teorik gelenek, burjuva hukukunun kerameti kendinden menkul değerine ve kadir-i mutlaklığına ilişkin iddiaları taşıma yeterliliğini kaybetmektedir.

Gelinen noktada çok kutupluluğun açtığı çatlaklardan sızan ve egemenlik ilkesini yeniden gündeme taşıyan toplumsal ilişkiler ve küreselci burjuva hukuk ideolojisi arasındaki uyumsuzluk, kendisini yapısal hukuk krizleri biçiminde göstermektedir. Kriz uluslararası düzlemde uluslararası hukukun işlev ve etkinliğinin gerilemesi biçiminde tebarüz etmekteyken ulusal-ülkesel formasyonlar bağlamında 1990 sonrasında Batı merkezli burjuva hukuk düzenine bağlılığın terk edilmesi ve genel olarak burjuva karakteri haiz olmakla beraber Batı merkezli birikim rejimi dayatmaları dışında hukuki yordamların keşfinde somut biçimleri ile karşımıza çıkmaktadır.

¹ LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Volume 8 (January-July 1905)*, Progress, Moskova, 1977 (Collected Works Vol. 8), s. 23.

² ÖZDEMİR, Ali Murat: "Kolektif Emperyalizm", (Ed.) ÖZDEMİR, Ali Murat: *Kolektif Emperyalizm Mağribden Maşrika Dönüşümün Ekonomi Politigi*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014.

³ ÖZDEMİR, Ali Murat: *Güç Buyruk ve Düzen*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2011.

Küreselci burjuva egemenliğine dayalı tek kutuplu dünyanın krizi karşısında Batı kapitalizmi, birikim rejiminin temel dayanaklarını hem daha agresif bir biçimde savunmakta hem de periferisinde yer almakla beraber değişen uluslararası iş bölümü düzeninin sağladığı yeni olanakları keşfetmeye “kalkışan” toplumlara daha şiddetli bir biçimde dayatmaktadır. Küreselci burjuva hukuk ideolojisinin, kurum ve pratiklerinin etkisini kaybetmesi ile çelişen bir biçimde dünyanın geri kalanına dayatılması sürecinin giderek artan bir biçimde verili normatif pratikler düzleminin sınırlarını zorlayıp tahrip etmesi ve şiddetinin artması, özellikle hukuk ideolojisi aracılığıyla menfaatleri temsil edilen egemen sınıf ve tarihsel blokun siyasal iktidara erişiminin tehdit altına girmeye başladığına ilişkin bir göstergedir. Verili sınıf egemenliği biçiminin dönüşme ve değişmesine yönelik eğilimlerin kuvvetlenmesi ve beraberinde getirdikleri yapısal krizler karşısında egemen sınıf unsurları daha agresif yordamlara sarılmaktadırlar⁴. Sermaye düzeninin egemen sınıf unsurları, krizin yüzeye ittiği çelişkileri baskılamak adına kapitalist Batı'nın normatif düzenini dünyaya artan bir şiddette dayatırken; onun meşru ve mümkün tek normatif pratik seti olduğu iddiası ideolojik üretim süreçlerinin her yerinde karşımıza çıkmaktadır.

Burjuva hukukunun tek meşru normatif pratik seti olduğu iddiası 2008 krizini takiben kapitalist Batı'da mukim sermaye bloğunun karşı karşıya olduğu değerlenme krizinin çözümü sürecinde önemli bir işlev üstlenmektedir. Meşru tek normlar dizgesinin kapitalist Batı'nın merkezinde olduğu bir değerlenme ağını besleme ön koşulunu sağlayan burjuva hukuku olduğu iddiası; kapitalist değerlenme süreçlerinin, kapitalist Batı'nın doğrudan hâkimiyetinde bulunmayan ve başka ulusal formasyonlara ait olan kaynak, artı değer ve değerlenme alanlarına yönelmesi sürecinde kendisini entegrasyon, uyumlaştırma ve yapısal uyum mekanizmaları biçiminde göstermektedir. Söz konusu mekanizmalar ilgili toplumsal formasyonların kaynak, emek gücü ve birikmiş yahut birikmesi beklenen kolektif artı emeklerini kapitalist Batı'da mukim değerlenme süreçlerine aktarma işlevini yerine getirebildikleri ölçüde ilgili toplumların hukuk düzenleri meşruiyet niteliğini kazanmaktadır. Anılan niteliğin kazanılması ile birlikte bahsi geçen toplumlar uluslararası bölüşüm ilişkilerine dâhil olabilmekte ve onların egemen sınıf unsurları (bağlaşıkları ile birlikte) uluslararası değerlenme süreçlerinden pay koparabilmektedirler. Böylece uluslararası iş bölümü düzeninde hukuksal bir kişiliğe sahip olunduğunun kabulü ve öznellik statüsünün tanınması, kaynaklarını ve kolektif emeğini pazara Batı'da mukim sermaye bloklarının değerlenme taleplerine uygun koşullarda ve kolektif Batı'nın krizdeki sermaye düzenini yeniden üretecek bir biçimde sürme ön şartına bağlanmaktadır. Küresel burjuva hukuk düzenine uyumlu bir hukuk ideolojisi de anılan koşulun sağlanması için gerekli olan yapısal ve ideolojik işlevleri, diğer toplumlara dayatma sürecinde istihdam edilmektedir.

Hukukun uluslararası bölüşüm ilişkilerinde sermayeye yeni değerlenme alanları açmak amacıyla kullanılması temelde hukukun inşai bir işlev üstlenebileceğine dair ön kabulün emperyalist değer aktarım ve sömürü ilişkilerinin üstüne giydirilmesi anlamına gelmektedir. Burjuva hukukunun toplumsallığın gerçek kaynağı olduğu, toplumsal ilişkilerin bizzat hukuk tarafından düzenlendiği⁵ ve hukukun toplumsal ilişkilerden ziyade zaman, mekân ve tarihten münezze bir dizi değerden türediği inancında⁶ temellerini bulan yaklaşımın ardında ise emek gücünün meta olarak alınıp satılması, artı değer sömürüsü ve burjuva sınıfının egemenliği üzerine kurulan burjuva ideolojisi ve burjuva sınıfının kâr arayışı yatmaktadır⁷.

⁴ BODENHEIMER, Edgar: “Some Recent Trends in European Legal Thought. West and East”, *The Western Political Quarterly*, 1949, Cilt 2, Sayı 1, s. 45-46.

⁵ COLLINS, Hugh: *Marksizm ve Hukuk*, (Çev.) TUNA, Umre Deniz, Dipnot Yayınları, Ankara, 2013, s. 22-23.

⁶ LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Volume 1 (1893-1894)*, Progress, Moskova, 1977, s. 139-140.

⁷ KARAHANOĞULLARI, ONUR: *Marksizm ve Hukuk – Diyalektik Hukuk Bilimi*, Yordam Kitap, İstanbul, 2018, s. 32; LENİN, Vladimir İlyiç: *Devlet ve Devrim*, (Çev.) KAYA, Mehmet, Emek Yayınları, İstanbul, 1976 (Devlet ve Devrim), s. 23-24; LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Volume 9 (June-November 1905)*, Progress, Moskova, 1977, s. 170-171; ÖZDEMİR, Ali Murat: *Sözün Mülkiyeti: Hukukun Ekonomi Politikası*, Dipnot, Ankara, 2008 (Sözün Mülkiyeti); VYSHINSKY, Andrey Ya: *Revolutsionnaya Zakonnost' I Zadachi Sovetskoy Zashchity*, Redakcionno-izdatel'skij Sektor Mosoblispolkoma, Moskva, 1934 (Revolutsionnaya Zakonnost').

Küreselci-tek kutuplu dünyanın alacakaranlığında burjuva-küresel hukuk ideolojisi dışında bir hukuk alanının olanaklı olduğu toplumlarca keşfedilmektedir. Çalışmamız söz konusu keşif sürecinde mevcut küreselci-burjuva hukuk ideoloji ve düzeni dışındaki bir olanağa dair birikime dönmeyi ve bu bağlamda ne burjuva ne de pre-kapitalist nitelikler taşıyan bir hukuk düzenini ele almayı amaçlamaktadır. Anılan amaca bağlı olarak burjuva olmayan bir hukuksal yapının hâkim olduğu Sovyet Rusya ve orada işleyen hukuk düzeni ile ideolojisi ele alınacaktır. Bu bağlamda ilk olarak hukukun sınıf egemenliği olgusu ile ilişkisi incelenecektir. Ardından ise kapitalist sınıf egemenliğinin tasfiye edildiği ama sınıflı bir dünyada en azından uluslararası düzlemde sınıflı bir toplum niteliğini taşımak zorunda olan Sovyet toplumunun sınıflı toplum koşullarında verili sınıf egemenliğini yeniden üretme sürecinde istihdam edilen normatif pratikler ve bağlaşıklarından müteşekkil bir aygıt olarak tanımladığı⁸ ve sınıflı toplum koşullarında bir aygıt olarak kullandığı⁹ biçimiyle Sovyet hukuku ele alınacaktır.

I. SINIF EGEMENLİĞİ VE HUKUK

Hukuk, sınıflı toplumlarda, verili sınıf egemenliğinin iktisadi koşullarının korunması ve ideolojik yeniden üretim süreçlerinin sınıf egemenliğinin genel çerçevesini koruyacak biçimde toplumsal ilişkileri koşullandırması sürecinde istihdam edilen ve münhasıran normatif pratiklerle işleyen bir baskı ve ideolojik yeniden üretim aygıtıdır. Hukukun anılan niteliği, hukuktan bahsetmek için sınıflı bir toplumdan bahsetmenin zorunlu olduğunu gösterir. Hukuk, sınıflı toplum koşullarında verili sınıf egemenliğinin yeniden üretilmesine özgülendiği için, öncelikle egemen sınıfın, bir sınıf olmaktan türeyen kolektif-sınıfsal menfaatlerini temsil eder. Dolayısıyla kapitalist bir toplumsallıktan ve burjuva sınıf egemenliğinden bahsettiğimizde, ilgili toplumsal formasyonda işleyen ve “hukuk” kategorisi içerisinde değerlendirilebileceğimiz normatif pratikler ile bağlı ilişkilerin kapitalist egemen sınıfın menfaatlerini temsil edeceğini ve hatta etmek zorunda olduğunu söylemekte bir yanlışlık olmayacaktır.

Hukukun sınıf egemenliğinden türemesi, sınıf egemenliğinin üzerinde kurulduğu üretim tarzına içrek iktisadi ilişkilerin doğrudan normlara yansımaları biçiminde gerçekleşmez¹⁰. Yani egemen sınıfın iktisadi niteliği ağır basan talep ve menfaatleri her zaman doğrudan normlar düzenine yansımaz. Hukuk burada normatif pratikler yoluyla toplumsal ilişkileri sınıf egemenliğinin genel çerçevesi içerisinde tutacak sınırları çizer. Anılan ilişkiler bağlamında hukuk, doğrudan üretim/bölüşüm ilişkilerinden değil üretim ve bölüşüm ilişkilerinin belirleyiciliği altında biçimlenen sınıf egemenliğinden türer¹¹. Üretim ve bölüşüm ilişkilerinin zorunlulukları etrafında biçimlenen normatif pratikler varsa da bunların hukuk biçimini edinmesi; verili sınıf egemenliğinin genel çerçevesini temsil eden normatif pratiklerin örgütlü birliğine bağlanmakla söz konusu olacaktır.

Devlet ve Hukuk, kapitalist sınıf egemenliğinin yeniden üretilme sürecinde istihdam edilen baskı ve ideolojik yeniden üretim aygıtları olarak sınıf egemenliğinin ürünleridir¹². Üretim ilişkilerinin bir yansımaları değil de sınıf egemenliğinin bir üretimi olarak hukuk, öncelikle verili sınıf egemenliği biçimini ve bu sınıf egemenliği biçimine bağlı olan birikim rejimini koruma ve düzenli işleyişini güvence altına alma işlevini üstlenir¹³. Temeli sınıf egemenliğinde olduğu için sınıf egemenliği ve egemen sınıf unsurları arasındaki çelişkilerde de sınıf egemenliğinden yana bir basınç üretmesi beklenen hukuksal pratikler;

⁸ HAZARD, John N: “Reflections on Thirty-Five Years of Research in Soviet Law”, *Columbia Law Review*, 1970, Cilt 70, Sayı 2, s. 192.

⁹ LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Vol 32 (December 1920-August 1921)*, Progress, Moskova, 1973, s. 469.

¹⁰ KARAHANOĞULLARI, s. 45-46; SCHLESINGER, Rudolf: *Marksizm ve Sovyet Hukuk Teorisi*, (Çev.) AKTAN, M., Sinan Yayınları, İstanbul, 1974 (Marksizm ve Sovyet), s. 27.

¹¹ QUIGLEY, John: *Soviet Legal Innovation an the Law of the Western World*, Cambridge University Press, NewYork, 2007, s. 6; VYSHİNSKY, *Revolutsionnaya Zakonnost'*.

¹² SHARLET, Robert / MAGGS, Peter B. / BEIRNE, Piers: “P. I. Stuchka and Soviet Law”, (Ed.) BEIRNE, Piers: *Contributions and Development of Soviet Legal Theory*, Routledge, New York, 2015, s. 56.

¹³ BEIRNE, Piers: “Empiricism and the Critique of Marxism on Law and Crime”, *Social Problems*, 1979, Cilt 26, Sayı 4, s. 379-380; PASUKANİS, Evgeny B.: *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, (Çev.) KARAHANOĞULLARI, Onur, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 39; SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 29.

anılan beklenti bağlamında öncelikle sınıf egemenliğine bağlıdırlar ve bu bağlamda görelî özerk¹⁴ bir nitelik taşırlar. Hukukun görelî özerkliği verili sınıf egemenliği biçiminin korunması gerekliliği çerçevesinde biçimlenen ideolojik formasyonların gerekliliğinden türemekte ve aynı ideolojik formasyonlar ile sınırlanmaktadır¹⁵. Fakat bu demek değildir ki hukuk iktisadi olandan kopuktur. Örneğin, emek gücünün meta olarak alınıp satılmasının ve artı değer temellükünün sözleşme formu içerisinde düzenlendiği¹⁶ burjuva toplumu, üretim ilişkilerine mündemiç sömürüyü boşluğa (*absence*) bırakma amacıyla kapitalist iş ilişkilerini salt hukuki bir form altında tasavvur etmektedir¹⁷. Örnekler çoğaltılabilecek olsa da sözleşme formunun temel niteliği bize hukuksal biçimler ile üretim ilişkileri arasındaki sürekli ilişkiyi göstermek bağlamında önemlidir.

A. Burjuva Sınıf Egemenliği ve Hukuk

Kapitalist sınıf egemenliği, kapitalist üretim tarzının bağrında büyüyen çelişkilere karşı, kapitalist üretim tarzının ve üretim tarzı içerisinde kaldığı hâliyle verili sınıf egemenliğinin genel koşullarının korunması ve genişletilmesi için seferber edilmiş¹⁸ pratiklerin kütleli etkinliğidir. Söz konusu kütleli etkinlik, zordan ideolojiye uzanan bir düzleme yayılan çeşitli unsurları içerisinde barındırır¹⁹. Devlet aygıtından hukuka ve oradan da ideolojik pratiklere uzanan unsurlar genel olarak yapıyı oluştururken; sınıf egemenliği, anılan yapının toplumsal formasyonun yeniden üretim koşullarını belirleme biçiminde, söz konusu koşulların egemen sınıfın genel menfaatleri ile olan ilişkisinde ve biçimlenme hâlinin etkinliğinin sürekliliğinde yatmaktadır. Sınıf egemenliği altında, başta devlet olmak üzere karşımıza çıkan yapısal ilişki setleri, ideolojik aygıtlar ve söylemler son kertede kapitalist sınıfın üretim araç ve ilişkileri üzerindeki hâkimiyetini ve artı değer temellükünün genel çerçevesini güvenceye alacak bir biçimde²⁰ toplumsal formasyonun yeniden üretimine katılırlar. Hukuk da anılan yapısal ilişki setlerinden biri olarak sınıf egemenliğinin yeniden üretilmesi süreci ile doğrudan ilişkilidir²¹.

Kapitalist sınıf egemenliği sadece iktisadi bir ilişki değil, iktisadi ilişkilerin belirleyici etkisi altında olmakla birlikte siyasi de bir ilişkidir²². Bu bağlamda üretim araçları üzerindeki özel mülkiyet ve artı değer temellükünün genel koşullarından türemesine²³ rağmen, altyapı karşısında görelî özerk formlara ihtiyaç duyar. Söz konusu görelî özerklik talebi özellikle tikel kapitalistlerin sınıf egemenliğinin genel çerçevesini tehlikeye atacak bir etkinlik içerisine girdikleri örnekler bağlamında önemlidir. İşçi sınıfının bastırılması noktasında tikel kapitalistlerin menfaatleri ile bir sınıf olarak kapitalistlerin kolektif-sınıfsal menfaatleri çelişmezken üretim tarzının genel çerçevesinin, artı değer temellükünün, üretim araçları üzerinde özel mülkiyetin ve bir bütün olarak kapitalist sınıf egemenliğinin yeniden üretiminin işçi sınıfı tarafından değil de tikel kapitalistler tarafından tehlikeye düşürüldüğü durumlarda tikel kapitalistler ile bir sınıf olarak kapitalistlerin menfaatleri çelişir. Anılan çelişkinin yeri geldiğinde bazı kapitalistleri feda ederek ekonomi ve toplumun kapitalist karakterini koruyacak biçimde çözümlenmesi gerekliliği, kapitalist toplumlarda anılan işlevi üstlenen devlet aygıtı ve hukukun görelî özerk bir yapı edinmesini dayatır ve kapitalist sınıfın bir sınıf olmaktan türeyen kolektif menfaatleri arasına ekler.

¹⁴ POULANTZAS, Nicos: *Political Power and Social Classes*, New Left Books, Londra, 1973.

¹⁵ KARAHANOGULLARI, s. 80.

¹⁶ PASUKANİS, s. 83.

¹⁷ SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 51.

¹⁸ STUÇKA, Pyotr: "Burzhuznoe Pravo", (Ed.) STUÇKA, Pyotr: *Èntsiklopediya Gosudarstva i Pravo I*, Izdatel'stvo Kommunisticheskoy Akademii, Moskva, 1929, s. 217-218.

¹⁹ GUINS, George C.: "Law Does not Wither Away in the Soviet Union", *The Russian Review*, 1950, Cilt 9, Sayı 3 (Law Does Not Wither), s. 187; LENİN, *Devlet ve Devrim*, s. 12-16.

²⁰ STALİN, Josef V.: *Eserler Cilt 1*, (Çev.) YARKIN, İsmail, İnter Yayınları, İstanbul, 1989, s. 251; PASUKANİS, s. 87; SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 25-26.

²¹ SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 27-28.

²² LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Volume 4 (1898-April 1901)*, Progress, Moskova, 1977, s. 174-175.

²³ PASUKANİS, s. 90.

Burjuva-kapitalist toplumlarda hukuk; sözleşme ideolojisi, bireysel hak söylemi gibi kapitalist üretim tarzının genel çerçevesini çizen toplumsal ilişkileri normatif pratikler yoluyla düzenler. Anılan düzenleme sonucunda ilgili toplumsal formasyonda artı emeğe kapitalist üretim ilişkileri içerisinde el konulmasının koşulları güvence altına alınmış olur. Söz konusu süreç dâhilinde hukuk, toplumsal formasyonun yeniden üretim sürecinin sınırlarını ve yönelimini belirler²⁴. Hukukun yeniden ürettiği ve pratikler aracılığıyla somuttaki gerçeğe dayattığı ideoloji; söz konusu toplumda faal olan ilişkilerin hangilerinin toplumsal formasyonun yeniden üretimine katılabileceğinin; hangilerinin ise katılamayacağına (yaptırıma tabi tutulacağına yahut yoklukla malul olacağına) sınırlarını çizer²⁵. Böylece toplumsal formasyonun yeniden üretim sürecinin kapitalist sınıf egemenliğinin genel çerçevesi içinde kalması amaçlanır²⁶.

Burjuva ideolojisi, içerisinde hukukun; toplumsal sınıfların, çelişkilerin, üretim ve bölüşüm ilişkilerinin üzerinde bağımsızca salınan ve adaleti gerçekleştirebilmek adına tarafsız bir konumda bulunan bir şey olduğu temel önermesini barındırır²⁷. Temelde iktisadi ve siyasi ilişkilerin birbirinden ayrı ve politik toplum ile sivil toplumun birbirinden bağımsız olduğuna duyulan inancın türevi olan bu tutum, ilk başta basit bir yanlış bilinç pratiği olarak görülebilecekse de esasında artı değer sözleşme formu içerisinde temellük edilmesi sürecinde önemli bir işleve sahiptir. Hukuk biçiminin sınıf egemenliğinden bağımsız bir ilkeler düzleminden türediği fikri, işçinin artı emeğine sözleşme dolayısıyla el konulması sürecinin sınıf egemenliği ile olan ilişkisini gizler. Kurulan kapalı söylem içerisinde artı değer temellükü işçinin üretim araçlarından yoksun bırakılmasına bağlı bir sömürü edimi değil, sınıf egemenliğinin etkilerinden ve bizzat politik olandan bağımsız bir hukuk düzeni içerisinde biçimlenmiş sözleşme ilişkisinin hukuki ve bu bağlamda kategorik olarak meşru sonucu biçimini edinir. Söz konusu ideolojik aktarımın sonucunda ise sömürü yerini rızaya bırakır ve yoksulluk basitçe yoksul olanın kendi sorunu olarak politik alanın dışına atılır.

Unutulmamalıdır ki burjuva hukukunun toplumsal ilişkiler üzerindeki hâkimiyeti yani üstünlüğü, beraberinde sözleşme formu, ücret ilişkisi ve artı değer sömürüsünü getirdiği için üretim ve bölüşüm ilişkileri ile sınıf egemenliği ortada değilmişçesine değerlendirilemeyecektir. Hukuk biçimden sözleşme formuna ve oradan da artı değer hukuksal pratikler dolayısıyla sömürülmesine uzanan bu hat, burjuva hukukunun kendine biçtiği değer ardında bekleyen nesnelliktir.

B. İnşai Etki ve Tutarlılık Sorunu

Burjuva ideolojisinin hukukla olan ilişkisindeki en önemli unsurlardan biri, hukukun toplumsal ilişkileri düzenleme yoluyla toplumsallığın inşasına birinci dereceden katıldığı iddiasıdır²⁸. Söz konusu iddia hukukun üretim ve bölüşüm ilişkilerinden, toplumsal sınıflar ve onların mücadelelerinden ve kapitalist üretim tarzına bağlı olarak sömürü olgusundan bağımsız, sayılanların üzerinde salınan evrensel ve kendisine biçilen sınırlar içinde kaldığı müddetçe de adil bir düzenleyici olduğuna ilişkin önerme bağlamında önemli bir işleve sahiptir. Şayet hukuk; üretim, sınıf ve sömürü üçlüsünden bağımsızsa ve onların belirleyici etkilerinin erişemeyeceği bir noktadaysa o zaman sayılan alanlardaki sorunların hukuk dolayısıyla çözümlenmesi mümkün olacaktır. Hukuk, sorunlardan ve sorunun kaynağından gelen etkilere karşı bağımsız olabildiği ölçüde sorunu çözmek için kullanılabilecektir. Söz konusu bağımsızlık hukuk pratiklerinin burjuva ideolojisiince belirlenmiş sınırlar içerisinde kalmasını ön gerektirdiği için de sınıflar arasındaki çelişkilerin çözümü burjuva ideolojisinin norm olarak kabulünü zorunlu kılmaktadır. Hukukun anılan etkisi, toplumsal sorunlara karşı burjuva ideolojisi ve hukuk düzeni dışında bir çözüm aramayı olanaksız ve talep edilemez kılmaya yönelmektedir. Böyle bir yö-

²⁴ COLLINS, s. 120-121.

²⁵ COLLINS, s. 133.

²⁶ LENİN, Vladimir İlyiç; *Collected Works Volume 6 (January 1902-August 1903)*, Progress, Moskova, 1977, s. 216-217.

²⁷ COLLINS, s. 25; PASUKANİS, s. 152.

²⁸ KARAHANOGULLARI, s. 32; PASUKANİS, s. 87.

nelme hâlinin kapitalist sınıf egemenliğinin yeniden üretilme sürecinde çelişkileri sınıf egemenliğinin yedeğine alan etkisi, burjuva hukukuna inşai bir etki tanınmasını zorunlu kılmaktadır.

Burjuva ideolojisinin içinden bakıldığında hukuk, toplumsal ilişkileri düzenleme yoluyla biçimlendirmekte ve hatta bizzat ortaya çıkarmaktadır²⁹. Burjuva hukuk ideolojisi, hukuku toplumsal ilişkilerin kurucu unsuru hâline getirmekle artı değer temellükünün hukuk biçim dışında kalan sebeplerini (emek gücü taşıyıcıların üretim araçları ve geçim imkanlarından yoksun bırakılması, hukuk biçimin gücünü kapitalist sınıfın baskı aygıtı olan kapitalist devlette bulması gibi) hukuk biçimi içinde eritmektedir³⁰.

Hukuk, toplumsal ilişkilerin kurucu unsuru olarak kavrandığında, toplumsal ilişkiler hukuksallaşmaktadır. Toplumsal ilişkiler hukuksallaşırken özellikle artı değere sözleşme formuyla el konulması örneğinde görülebileceği üzere somut ilişkilere etki eden zorunluluklar hukukun diline tercüme edilmekte ve bu esnada ücret ilişkisine içrek sınıf egemenliği, üretim araçları üzerindeki hâkimiyet ve sömürü olguları sözleşme formunun dışında bırakılmak suretiyle yok sayılmaktadır. Hukuksallaşma ile işçilerin üretim araçları üzerindeki özel mülkiyet ve kapitalist sınıf egemenliği altında emek güçlerini, ürettikleri artı değere el konulmasını kabullenerek satmak zorunda olmaları, yerini “hür” irade ile sözleşme imzalayan ve hukuk önünde “eşit” olan bir birey olma hâli ve bireyliğin sonuçlarına bırakmaktadır. Böylece esasında politik bir sorun olan artı değer temellükü üretim araçlarına sahip ya da yoksun olmaya bağlı sınıf ilişkisinin değil; sözleşme ilişkisinin, politik değil de iradi bir sonucu olmakta ve yoksulluk yoksul olanın kabahati olarak nitelenmektedir.

Hukukun toplumsal ilişkilerin kurucusu olarak kabul edilmesiyle toplumsal alana hâkim olan çelişkilere ilişkin çözüm arayışı hukuk biçimi içerisinde kalmaya zorlanabilir hâle gelir. Burada hukuk biçim içerisinde kalmak basitçe legal-illegal tartışmasının ötesinde, toplumsal sorunların çözümüne ilişkin keşiflerin mevcut burjuva hukuk ideolojisini ön varsayma zorunluluğu olarak anlaşıldığında sorun daha anlaşılabilir hâle gelecektir. Şayet toplumsal alana hâkim olan çelişkilere ilişkin çözüm arayışları burjuva hukuk biçimi ve ideolojisini verili ve kategorik biçimde olumlu olarak kabul etmek zorundaysa o zaman keşifler artı değerın sözleşme formu içinde temellük edilmesi etrafında çizilmiş sınırların dışına çıkamayacaktır. Anılan sınırlılık içerisinde toplumsal sorunlara ilişkin keşiflerin burjuva karakteri ve kapitalist üretim tarzının genel çerçevesi ile uyumu güvence altına alınmış olacaktır.

Hukukun üretim ilişkilerinden ayrı bir varlığı varmışçasına toplumun temeline yerleştirilmesi, burjuva ideolojisi içinden bakıldığında bir toplumun kendini yeniden üretme kabiliyetinin, hukukun tüm toplumsal ilişkilerden üstün ve onlara hâkim olabilmesine orantılı olarak kavranması sonucunu doğurmaktadır. Hukuksal bakış açısının hâkim olduğu böyle bir düzlemde sınıflar, sömürü ve çelişkiler kaybolmakta, tüm sorunlarımız aslen hukuk sorunu olarak kavranmaktadır³¹. Kapitalist üretim ilişkilerine mündemiç sömürü ve buna eşlik eden burjuva sınıfı egemenliğinin söylemin açıklama alanının gerisinde yokluğa maruz bırakılabilmesi için hukukun sınıflardan bağımsız, tüm toplumun menfaatinin gözetilen bir form olarak sunulabilmesi burjuva ideolojisi için bir zorunluluktur³². Böyle bir düşünme pratiği içerisinde ise üretim araçları üzerindeki hâkimiyet rejimi ve sınıf egemenliğinin el değiştirmesinin bir talep olarak değerli olma imkânı yoktur. Hatta çoğu durumda anılan talepler hukuk ideolojisinin sınırlarına, “yeterince hukuki olmadıkları” için takılırlar³³.

²⁹ PASUKANİS, s. 91.

³⁰ FULLER, Lon L.: “Pashukanis and Vyshinsky: A Study in the Development of Marxian Legal Theory”, *Michigan Law Review*, 1949, Cilt 47, Sayı 8, s. 1160-1161.

³¹ COLLINS, s. 94-97; KARAHANOGULLARI, s. 35; PASUKANİS, s. 83.

³² BEIRNE, Piers / SHARLET, Robert: “Toward a General Theory of Law and Marxism: E. B. Pashukanis”, (Ed.) BEIRNE, Piers: *Contributions and Development of Soviet Legal Theory*, Routledge, New York, 2015, s. 20; COLLINS, s. 26.

³³ AVCIOĞLU, Doğan: *Devrim ve Demokrasi Üzerine*, Tekin Yayınları, İstanbul, 2001; ENGELS, Friedrich: *Anti-Dühring: Bay Eugen Dühring'in Bilimi Altüst Edişi*, (Çev.) YARKIN, İsmail H., İnter Yayınları, İstanbul, 2000; KIVILCIMLI, Hikmet: *Oportünizm Nedir?; Halk Savaşının Planları, Devrim Zorlaması Demokratik Zorlama*, Derleniş Yayınları, Ankara, 1978; ÖZDEMİR, *Sözün Mülkiyeti*.

Hukukun inşai etkisi sorunu meta mübadelesinin ve ücretli emeğin hâkimiyetini gereksindiği ölçüde kapitalizme ve burjuva sınıf egemenliğine özgüdür. Çünkü diğer toplum modellerinden farklı olarak kapitalist toplumlar, toplumsal ilişkileri neredeyse bütünüyle hukuksallaşmış formlar altında tasavvur ederler³⁴. Burjuva toplumlarında hukukun üstünlüğünün somut karakteri, burjuva toplumlarında üretim ve bölüşüm ilişkileri ile bu ilişkilerde ortaya çıkan sömürünün hukuksal biçimler altında yürütülmesinde/yürütülebiliyor olmasında yatar³⁵. Burjuva toplumu toplumsal ilişkileri ve özellikle de sözleşme formu altında toparlanabilecek olan üretim-bölüşüm-sömürü ilişkilerini büyük ölçüde hukuksal biçimler altında işletir. Üretim ilişkileri, bölüşüm ilişkileri ve sömürü pratiklerinin hukuksal biçimler altında ifade edilmesi, hukuk pratikleri dolayısıyla burjuva ideolojisinin tüm toplumun menfaati kisvesi altında topluma aktarılabilmesi³⁶ imkanını bünyesinde taşımaktadır.

Artı değer temellükünün büyük ölçüde hukuk biçimi içerisinde tamamlanması; artı değer temellükünün ardında yatan ve salt hukuksal olmayan üretim araçlarından yoksunluk ve sahiplik hâllerini, hukuk biçimi içerisinde sorumluluğun sözleşmenin “özgür” taraflarına ait olduğu bir forma dönüştürülür. Tarif edilen dönüşüm ile birlikte mülkiyet, iktisadi ve siyasinin bir arada bulunduğu sınıfsal bir mefhum olmaktan çıkarak hukuksal bir mefhum hâline dönüşür. Anılan dönüşüm özellikle ilkel birikimin mülkiyet formuna taşınması bağlamında önemlidir. Daha önce burjuva mülkiyetine konu olmamış şeylerin siyasi olarak elde edilerek burjuva mülkiyetine aktarıldığı sömürgecilik sürecinin anlaşılması burada anahtar niteliktedir. Sömürgecilik sürecinde Afrika ve Amerika kıtaları başta olmak üzere kapitalistleşmemiş dünyanın emek gücü ve kaynaklarının sözleşme formu dışında el konularak kapitalist piyasalara aktarılması sürecinde ilkel birikime tabi servet sonradan hukuk biçimi içine taşınmış ve ancak burjuva üretim ilişkilerine dâhil olduğu noktada mülkiyet hakkına ilişkin burjuva koruma mekanizmalarına tabi hâle gelmiştir. Sömürgeleştirilen dünyanın kendisinden çalınan serveti burjuva hukuk ideolojisi içerisinde geri istemesinin önüne geçen bu kopukluk, ancak hukuka inşai bir rol vermekle mümkündür. Mülkiyeti münhasıran burjuva hukuk içerisinde anlamlı ve dolayısıyla da ancak burjuva üretim ilişkileri içerisine dâhil olan şeylerin, söz konusu dahil etme hâlinde sonra taşıyabilecekleri bir nitelik olarak tanımlamak için burjuva hukukuna bir şey üzerindeki sahiplik hakkını inşa edebilecek bir nitelik tanımlanması gerekmektedir.

Sınıf egemenliğinin söz konusu olduğu bir düzlemde hukuk, verili sınıf egemenliğinin bir türevi olarak iş görecektir. Ne var ki bir toplumda hukukun mevcut ve işler hâlde olduğundan bahsetmenin sınıf egemenliği yanında gelen diğer koşulu da toplumsal formasyonun sınıf egemenliği çerçevesinde yeniden üretilmesi süreçlerinin içsel olarak görece bir tutarlılık arz etmesidir³⁷. Burjuva sınıf egemenliği bağlamında tutarlılık, toplumsal formasyonun yeniden üretiminin sınıf egemenliği doğrultusunda düzenlenmesi-sınırlanması-yönlendirilmesi süreçlerinde kapitalist üretim tarzının genel çerçevesini teşkil eden normatif düzenin tikel kapitalistlere karşı dahi korunması örneğinde görülebildiği şekliyle sınıf egemenliğinin genel ilkelerinin ve gereksinimlerinin normlarda içerilmesi ve gerektiğinde egemen sınıfın tikel unsurlarına karşı dahi işletilmesidir³⁸. Yani emek gücünün meta olarak alınıp satılabilmesi sürecinde ortaya çıkmış olan bir kurum olarak burjuva hukukundaki sözleşme kurumu ve bu kurumun düzenlediği iş ilişkilerinde asgari bir tutarlılığın gözetilmesi, sözleşmeye ilişkin soyut hukuksal biçimin taraflara, biçimsel eşitlik sınırları dâhilinde tutarlı bir biçimde uygulanmasıdır.

Burjuva hukuk ideolojisinin en önemli dayanaklarından biri olan hukuk önünde biçimsel eşitlik ilkesi de anılan tutarlılık gereksinimi ve görece özerkliğin bir sonucu olarak öne çıkar. Artı değere el konulması başta olmak üzere toplumsal formasyonun yeniden üretim süreçlerinin sürdürülebilmesi için gerekli olan tutarlılık ve görece özerkliğin dayanaklarından biri olduğu ölçüde hukuk önünde bi-

³⁴ SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 185; VYSHİNSKY, *Revolüsyonnaya Zakonnost'*.

³⁵ STUÇKA.

³⁶ PASUKANİS, s. 119.

³⁷ COLLINS, s. 103.

³⁸ SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 188.

çimsel eşitlik, artı değer temellükünün hukuk biçimi içerisinde sürdürülebilmesi için temel gerekliliklerden biri hâline gelmiştir ve anılan amaçla sınırlıdır³⁹. Hukuk önünde biçimsel olarak eşit olmak, üretilen maldan emek gücüne kadar her türlü metanın piyasa koşullarında değiştirilebilmesi adına emek gücünün meta olarak satılmasını zorunluluğa dönmekten alı koyan koşulların ve meta mübadelecilerini birbirlerinden ayıran ve düzenli-sürekli mübadeleyi olanaksız kılan farklı hukuk düzenlerinin, bütünleşmiş pazar içerisinde tasfiye edilmesi anlamına gelmektedir⁴⁰.

Feodal ayrıcalıkların kaldırılması ve bütünleşmiş pazar içinde meta mübadelesinin tekdüzeleştirilmiş bir düzlemde gerçekleştirilmesi bağlamında hukuk önünde eşitlik, burjuva kapitalist uygarlığın temelindedir. Burjuva hukuk ideolojisinin temel dayanaklarından biri olan sözleşme ilişkisinin tarafları, hukuk karşısında biçimsel olarak eşit meta mübadelecileri olarak çıkmakta oldukları⁴¹ için sömürü olsa olsa sözleşme ilişkisinin bir sonucu ve *öznenin* kendi sorunu olmaktadır⁴².

Hukukun iç tutarlılığına sahip olma zorunluluğunun ikinci dayanağı ise burjuvazi ile proletarya arasındaki çelişkilerin baskılanmasının/ertelenmesinin burjuva sınıf egemenliği nezdindeki gerekliliğidir. Burjuva-kapitalist toplumun üretim ilişkilerinden türeyen çelişkilere dayanan varlığı bu çelişkilerin çözümlenmesini imkânsız hâle getirdiği⁴³ ölçüde hukuk, söz konusu çelişkilerin baskılanması/ertelenmesine yönelik keşifleri de ihtiva etmek durumundadır⁴⁴. Burjuva hukukunun etkinliği, toplumsal formasyonun yeniden üretiminin verili sınıf egemenliğinin genel çerçevesi içinde tutulması sürecinin aslen hukuksal biçimler aracılığıyla yerine getirilebiliyor olmasına denk düştüğü için, söz konusu tutarlılık son kertede sınıf egemenliğinin verili biçimi içinde tutarlı olmaya tekabül etmektedir. Bu bağlamda topluma biçimsel olarak eşit düzlemde uygulanacak olan hukuksal biçimlerin düzenlediği ilişkilere içkin eşitsizliği-sömürüyü-şiddeti ortadan kaldırmadığını⁴⁵ bilakis biçimsel eşitliğin sınıf egemenliğinin sayılan unsurlarının korunmasının bir unsuru olduğunu hatırlamak gerekmektedir.

II. SINIF EGEMENLİĞİ VE SOVYET HUKUKU

Sovyet devlet ve hukuk sistemi 1917 Ekim Devrimi'nin ardından kurulmuştur. Devrim, sınıf egemenliğinin el değiştirmesi ile neticelendiği için sınıf egemenliğinin el değiştirmedeği ama yalnızca biçim değiştirdiği reform dönemlerine nazaran daha radikal toplumsal değişimleri bünyesinde taşımaktadır. Söz konusu değişimler burjuva toplumsallığa özgü ve burjuva söylemsel pozisyonları içerisinde olağan sayılan pek çok kurum, yordam ve yapısal formasyonun tasfiyesini gerektirdiği kadar, burjuva ideolojisi içerisinde tahayyül dahi edilemeyen yahut tahayyül edilmesi dahi kabul edilmeyen pek çok kurum, yordam ve yapısal formasyonun da keşfini kapsamaktadır⁴⁶. Bir proletarya diktatörlüğü olan Sovyet Devleti ise proletaryanın toplumsal iktidarı ele geçirmesi ile sınıflı toplumun ortadan kaldırılması arasında ihtiyaç duyduğu üstyapı kurumlarının bir bütünlüğüne tekabül etmektedir⁴⁷. Söz konusu üstyapı kurumları, bir yandan proletaryanın henüz tasfiye edilmemiş olan sınıflar ve ilişkileri, proletaryanın sınıf egemenliği içerisinde tasfiye etmesine yönelik aygıtlara tekabül etmekte ama eş zamanlı olarak proletaryanın toplumsal iktidarını savunmak için kullanacağı aygıtları da bünyesinde barındırmak durumundadırlar⁴⁸.

³⁹ PASUKANİS, s. 129.

⁴⁰ PASUKANİS, s. 120-122.

⁴¹ PASUKANİS, s. 110-113.

⁴² PASUKANİS, s. 84-85.

⁴³ LENİN, *Devlet ve Devrim*, s. 9-10.

⁴⁴ KARAHANOĞULLARI, s. 118.

⁴⁵ VYSHİNSKY, *Revolütsionnaya Zakonnost'*.

⁴⁶ STALİN, Josef V.: *Eserler Cilt 5*, (Çev.) YARKIN, İsmail, İnter Yayınları, İstanbul, 1990, s. 95; STALİN, Josef V.: *Eserler Cilt VI*, (Çev.) YARKIN, İsmail, İnter Yayınları, İstanbul, 1990 (Cilt VI), s. 114-115.

⁴⁷ LENİN, *Devlet ve Devrim*; SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 57; VOYTINSKY, Josef C.: "Administratsiy", (Ed.) STUÇKA, Pyotr: *Éntsiklopediya Gosudarstva i Pravo I*, Izdatel'stvo Kommunisticheskoy Akademii, Moskva, 1929, s. 56.

⁴⁸ TREVASKES, Sue: *Afterlives of Chinese Communism: Political Concepts from Mao to Xi*, Australian National University Press / VER-SO, Acton, 2019, s. 251; VISHNIAK, Mark: "Sovereignty in Soviet Law", *Soviet Studies*, 1949, Cilt 8, Sayı 1, s. 35.

Sovyet Devrimi işçi sınıfının siyasal iktidara öncü organları dolayısıyla sahip olduğu, siyasal iktidarın münhasıran işçi sınıfının tarihsel ve sınıfsal menfaatlerini temsil ettiği bir siyasal yapıyı ortaya çıkarmayı amaçlamaktadır. Söz konusu sürecin en önemli aşamalarından biri de üretim ve bölüşüm ilişkilerinin burjuva karakterinin tasfiyesidir. Söz konusu tasfiye sürecinde üretim araçları kamusallaştırılacak, serbest piyasa ekonomisi yerine planlı ekonomi modeline geçilecek ve ücret ilişkileri artı değer temellükü ve kar oranlarını artırma eğilimine göre değil proleter sınıf egemenliğinin yeniden üretilmesi süreçlerine, toplumsal faydaya ve işçi sınıfının refahının tikel olanı aşan bir kolektiflik düzleminde artırılması eğilimine bağlı olarak yeniden düzenlenecektir.

Üretim araçları, toprak, doğal kaynaklar ve konutlar üzerindeki özel mülkiyete son veren; ticareti ve kredi-bankacılık sistemini doğrudan devlet denetimine alan; toplumsal gereksinimleri bireysel bir haktan çok kamusal bir ödev ve yükümlülük olarak yeniden tanımlayan bir dönüşüm süreci⁴⁹ toplumsal ilişkileri düzenlerken burjuva hukuk ideolojisinin söylem ve kavramlarını daha “halkçı” bir donda dönüştürerek dahi olsa kullanamayacaktır. Üretim araçları ve emek ile ilişkisi burjuva ideolojisinin tahayyül sınırlarının ötesinde bir yerde kurulacaksa eğer normatif pratiklerin de anılan sınırların dışında aranması gerekmektedir. Aksi, burjuva hukukunu istihdam ederek, hukuk biçimi tarafından taşınan ve kökleri burjuva toplumsallığı ve ideolojisinde bulunan ve burjuva karakteri haiz tortuları toplumsal ilişkiler düzlemine taşımak anlamına gelecektir ki bu, burjuva ilişkileri toplumdan zaman içerisinde bile olsa ayıklamayı düşünen bir toplumsal proje için kendisi ile çelişmek ve amacını aygıtın yapısal özelliklerine feda etmek anlamına gelmektedir.

A. Proletarya Diktatörlüğü

Sovyet Devleti, bir proletarya diktatörlüğü olması bağlamında burjuva hukuk ideolojisine mün-demiç teorik kabuller ile doğrudan doğruya bağlı değildir. Burjuva hukuk düzeni yahut burjuva haklar kataloğu gibi teorik kabuller, üretim araçları üzerindeki özel mülkiyet ve artı değerün ücret ilişkisi dolayısıyla sermaye elinde birikmesi gereklilikleri etrafında biçimlendikleri için Sovyet Devleti ve hukuk düzeni için ilkesel normlar olarak kabul edilemez; Sovyet hukuk sisteminin varlığını, yokluğu yahut işlerliğini denetlemek için bir kriter olarak kullanılamazlar. Proletarya diktatörlüğünün hukuk karşısındaki konumu, verili hukuk sisteminin iktidardan uzaklaştırılan egemen sınıfların hukuku olduğu ve bu bağlamda da burjuva hukukuna bağlı kalmanın beraberinde burjuva sınıf egemenliğine özgü yapısal formasyon ve ilişkilerinin korunmasına tekabül edeceği yönündedir⁵⁰.

Devrimin ertesinde sınıflı toplum bir anda ortadan kalkmayacağı için, proletaryanın artık egemen sınıf olmaya soyunduğu toplumda, toplumsal formasyonu yeni sınıf egemenliği içerisinde yeniden üretecek aygıtlara ihtiyacı vardır⁵¹. Anılan aygıtların bütünsel örgütlenmesi, egemen sınıf olarak proletaryanın devleti olan proletarya diktatörlüğüdür⁵². Proletaryanın, en sonunda kendisi de sönmelenmek durumunda baskı aygıtı olarak ortaya çıkacak olan diktatoryasının en önemli görevi ise burjuva toplumu ve burjuvazinin toplumsal formasyonun her veçhesinde bastırılması, yenilgiye uğratılmasıdır⁵³. Devlet aygıtı, hukuk ve proletarya diktatoryasının tüm diğer üst yapısal/ideolojik/politik unsurları bu uğurda kullanılması gereken aygıtlara tekabül etmektedirler.

⁴⁹ KARAHANOGULLARI, s. 146; QUIGLEY, s. 11.

⁵⁰ SCHLESINGER, *Marksiizm ve Sovyet*, s. 75; ÈNŞİKLOPEDIYA GOSUDARSTVA İ PRAVA: “Absolyutnoe Pravo”, (Ed.) STUÇKA, Pyotr: *Ènşiklopediya Gosudarstva i Pravo I*, Izdatel'stvo Kommunisticheskoy Akademii, Moskva, 1929, s. 14.

⁵¹ LENİN, *Devlet ve Devrim*, s. 33; STALİN, *Cilt VI*, s. 109-118; SCHLESINGER, *Marksiizm ve Sovyet*, s. 32-33.

⁵² LENİN, *Devlet ve Devrim*, s. 36; STALİN, Josef V.: *Eserler Cilt 8*, (Çev.) KAYA, Saliha N. / YARKIN, İsmail, İnter Yayınları, İstanbul, 1991, s. 40-63.

⁵³ STALİN, Josef V.: *Eserler Cilt 4*, (Çev.) YARKIN, İsmail, İnter Yayınları, İstanbul, 1990, s. 136; STALİN, *Cilt VI*, s. 110.

Söz konusu aygıtlar, burjuva-liberal bir kuvvetler ayrılığı rejimi içerisinde birbirlerinden görüntüde bağımsız olarak örgütlenemezler⁵⁴. Devrim, siyasal iktidarda hâkimiyet kurarak toplumsal ilişkileri dönüştürmeyi hedeflemektedir ve böyle bir hedef siyasal iktidarın tüm veçhelerinin, aralarında çelişki üretmeyecek bir mekanizma etrafında birleştirilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla siyasal iktidarın veçheleri olarak erkler birbirlerini sınırlayacak bir formda değil de tanımlı politik amaca yönelik bir etkinlik içinde çalışır ve yapı kuvvetler birliği etrafında teşkilatlanır⁵⁵. Tarif edilen bu durum esasında münhasıran Sovyet Devrimi'ne de özgü değildir. İçeriğinden bağımsız bir biçimde; biçimsel olarak devrimsel niteliklere sahip tüm toplumsal hareketler siyasal iktidarı elde ettiklerinde sınıfsal yönelimlerine göre ya sürekli bir biçimde ya da en azından yapıyı stabilize edene kadar erklerin birbirleri ile ilişkisinde benzer bir tutum alırlar.

Proletarya diktatörlükleri sınıflı toplumlarda işçi sınıfı için kazanılmış mevziler olduğu ölçüde devlet aygıtı ve hukuk, egemenliği elinde bulunduran sınıfın, bir zamanlar egemen olan sınıflar ve onların kalıntılarına karşı kendi sınıf menfaatlerini koruyacağı, toplumu proletaryanın ideolojik hegemonyası altında biçimlendirecek olan baskı aygıtlarıdır⁵⁶. Bu bağlamda *Krylenko*, *Goikhbarg* ve *Pashukanis* gibi Sovyet hukukçuları, kendi içinde ton farklılıkları taşımakla birlikte hukuku, kurulmuş olan proletarya diktatörlüğünün sosyalizmi gerçekleştirme yolunda gerek kendini savunmak gerekse de sosyalizmin inşasının önündeki engelleri aşmak amacıyla kullanacağı ve en nihayetinde sönmülmesi gereken bir aygıt olarak görmektedirler⁵⁷.

Proletarya diktatörlüğü dönemindeki normatif pratikler, işçi sınıfının egemen sınıf olduğu koşullar altında toplumsal ilişkileri düzenleyen ve işçi sınıfının egemen sınıf konumunu koruyup tarihsel menfaatlerini gerçekleştirmeye yönelik bir nitelik arz ederler. Anılan niteliklerinden ötürü proletarya diktatörlüğü döneminde işleyen normatif pratikler hukuksal bir niteliğe sahiptirler. Daha da önemlisi proletarya diktatörlüğü sınıflı toplum koşullarında işçi sınıfının egemen olduğu bir sınıf egemenliği paradigmasının devlet biçimi olduğu için işçi sınıfının egemen olduğu sınıf egemenliği düzeninin yeniden üretilmesi ve ilerletilmesi sürecinde bir zorunluluktur ve beraberinde yine zorunlu olarak proletarya diktatörlüğünün hukukunu gereksinir. Devrim sürecinde siyasal iktidar aygıtları ve onlar üzerindeki hâkimiyeti ile proletarya, karşılaştığı sorunları öncelikle bizzat çözecek ve zaman içinde bu çözümler bir araya gelerek belirli düzenliliklere dönüşeceklerdir. Anılan düzenlilikler ise proletarya diktatörlüğünün hukukuna dönüşecektir⁵⁸.

Sovyet Devleti'nin kurulması ile artık Çarlık ve *Kerenski* döneminden kalan hukuk sistem ve ideolojisi ile devam etme imkânı kaybolmuştur. Anılan nedenden ötürü yeni Sovyet iktidarı, işe mevcut hukuk sistemini tasfiye ederek başlamıştır⁵⁹. Burjuva hukuk düzeni kademeli olarak tasfiye edilirken, hukukun bir baskı aygıtı olması bağlamında hukuk aygıtı ve pratikleri, bu kez, yeni kurulan işçi sınıfı diktatörlüğünü korumak ve burjuvazi, feodal aristokrasi ve diğer sınıflar üzerinde baskı kullanmak amacıyla kullanılacaktır. Hukukun bir baskı aygıtı olarak açık bir biçimde kullanılması, burjuva hukuk ideolojisine hâkim olan hukuk fikrinin terk edilmesi ile neticelenecektir.

Hukukun toplumsal ilişkilerin üzerinde tarafsız bir biçimde salınan ve münhasıran üretim-sömürü ilişkilerinden münezzeh bir adaleti arayan bir işleyiş olarak kabul edildiği burjuva teorik kabulleri

⁵⁴ SUKHOPLYUEV, İvan: "Administrativnaya Yustitsiya", (Ed.) STUÇKA, Pyotr: *Èntsiklopediya Gosudarstva i Pravo I*, Izdatel'stvo Kommunisticheskoy Akademii, Moskva, 1929, s. 45.

⁵⁵ SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 74, 86, 144; VOYTINSKY, Josef C.: "Administrativny Akt", (Ed.) STUÇKA, Pyotr: *Èntsiklopediya Gosudarstva i Pravo I*, Izdatel'stvo Kommunisticheskoy Akademii, Moskva, 1929, s. 55.

⁵⁶ CHAMBRE, Henri: "Soviet Ideology", *Soviet Studies*, 1967, Cilt 18, Sayı 3, s. 324; MARKOVITS, Inga S: "Civil Law in East Germany. Its Development and Relation to Soviet Legal History and Ideology", *The Yale Law Journal*, 1968, Cilt 78, Sayı 1, s. 13-14; QUIGLEY, s. 54.

⁵⁷ LENİN, *Devlet ve Devrim*, s. 83-84; MARKOVITS, s. 14; SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 57.

⁵⁸ SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 285; SHARLET, Robert / BEIRNE, Piers: "In Search of Vyshinsky: The Paradox of Law and Terror", (Ed.) BEIRNE, Piers: *Contributions and Development of Soviet Legal Theory*, Routledge, New York, 2015, s. 143.

⁵⁹ RENDLE, Matthew: "Making Sense of 1917", *Slavic Review*, Cilt 76, Sayı 3 (Making Sense), s. 617.

Sovyet hukukçuları tarafından rafa kaldırılmıştır. Sovyet hukuk düşüncesi biçimsel bir düzlemde her hukuk sisteminin içinden neşet ettiği sınıflı toplumun sınıfsal yapısı tarafından biçimlendirilen bir baskı aygıtı olduğunu kabul etmekte ve Sovyet hukukuna da anılan kabul çerçevesinde yaklaşmaktadır. Onlar için hukuk, burjuvazinin sınıf egemenliğinin lağvedildiği fakat sınıflı toplum koşullarının varlığının koruduğu bir düzlemde, toplumsal ilişkileri proleter sınıf egemenliğinin genel çerçevesi içerisinde tutmak ve diğer toplumsal sınıfları baskılamak için kullanılacak bir aygıttan ibarettir. Anılan nitelikleri ile değerlendirildiğinde Sovyet hukukçularının hukuku reddetmediğini söylemekte bir yanlışlık olmayacaktır⁶⁰. Buradaki fark Sovyet hukukçularının hukuktan bahsederken burjuva hukuk ideolojisi ve bağlı söylemsel düzeni kabul etmemeleridir.

Sovyet hukuku sınıflı toplum koşullarından türeyen biçimsel gerekliliklerin bir sonucudur. Ama hukuk biçiminin verili toplum sınıflı olduğu için gerekli olması, hukukun ideolojik içeriğinin burjuva hukukuna bağlı olması anlamına gelmemektedir. Sovyet hukukçuları toplum üzerinde salınan, tarafsız bir hukukun varlığını yahut var olabilme ihtimalini kabul etmezler⁶¹. Sovyet hukuku da bu bağlamda egemen bir sınıfın baskı aygıtı olarak hukuktur⁶².

B. Sovyet Hukuk İdeolojisi

Sovyet Devrimi'nin ilk yılları dönemin politik niteliğine de bağlı olarak hukukun biçimsel bir tasfiyeye uğraması ile karakterize olmaktadır. Devrimin henüz kurumsallaşma aşamasına gelemediği koşullarda hukukun biçimsel sınırları bağlamında hukuksal etkinlik, yerini büyük ölçüde doğrudan siyasi etkinliğe bırakmıştır. Tasfiye, klasik hukuk işleyişine özgü pratiklerin işlerliğini pek çok alanda kaybetmesi ile somutlaşsa da hukuk biçiminin tam anlamı ile terk edildiği anlamına gelmemektedir. Söz konusu olan hukukun ortadan kalkmasından ziyade siyasi etkinliğe nazaran geri plana çekilmesidir.

Yukarıda tarif edilen dönem bağlamında karşımıza çıkan önemli isimlerden biri *Stuçka*'dır. *Stuçka* Sovyet Devleti'nin oluştuğu dönemde, Sovyet hukukunu Çarlık Dönemi'nin burjuva-feodal hukukunun tortularından ayıklama misyonunu üstlenmiştir. Anılan amaç doğrultusunda *Stuçka* tarafından önerilen ilk formül, hukuk pratiğinin mümkün olduğunca basitleştirilmesi ve halka açılmasıdır⁶³. Devrimin ilk yıllarına tekabül eden bu dönemde burjuva hukuku terk edilmektedir. *Stuçka*, hukuk burjuva sınıfının egemenlik aygıtı değil de işçi sınıfının egemenlik aygıtı olacaksa hukukun burjuva sınıfının egemenliği altında biçimlenen ve hukuk pratiklerinin geniş kitlelerin erişiminden uzakta, küçük burjuva ve burjuva uzmanlara hasredilmiş bir alanda tutan pratiklerin terk edilmesi gerektiğine inanmaktadır. Dolayısıyla da profesyonel hukuk yordam ve pratiklerine karşı kitlelerin hukuksal işleyişe doğrudan katıldığı yeni bir yordamlar bütününi yani hukukun halka açılmasını önerir.

Hukukun halka açılması sürecinde amaç, mesleki uzmanlığa hasredilmiş pratikleri işçi sınıfına açmak; burjuva hukuk ideolojisine bağlı bir düzende yetişmiş hukuk mesleği uzmanları dışında, söz konusu bağımlılığı aynı şiddette tecrübe etmeyen halk kitlelerine de hukuksal sonuç üretmelerine imkân verecek bir etkinlik alanı oluşturmaktır. Böylece hukuk sistemine içrek burjuva ideolojisine meslekten hukukçular kadar bağlı olmayan kitleler dolayısıyla hukuk sistemi içerisindeki burjuva unsur ver tortuların ayıklanması ve burjuva olmayan yordamların keşfi hedeflenmektedir. Hukukun halka açılması amacıyla girişilen ve geleneksel hukuk kurumlarının tasfiye edilip halkın etkin bir unsur olarak tanımlandığı yordamların benimsendiği bu dönemde, toplumsal sınıflar ve onların mücadelelerinden bağımsız hareket edebileceğine inanılan meslekten hukukçular ve onların istihdam edildiği

⁶⁰ BUTLER, William E.: "The Rule of Law and Soviet Legal Transformations: [Commentary]", *Law & Social Inquiry*, 1990, Cilt 15, Sayı 3, s. 528.

⁶¹ QUIGLEY, s. 53; VYSHINSKY, *Revolyutsionnaya Zakonnost'*.

⁶² SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 50.

⁶³ SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 50.

burjuva hukuk mekanizması yerini halk mahkemeleri, yönetsel organlar olarak Sovyetler ve halk komiserleri aracılığıyla yerine getirilen esnek bir hukuk pratikleri bütününe bırakmıştır⁶⁴.

Hukuk pratiklerinin yukarıda sayılan unsurlar ve dolayısıyla geniş halk kitlelerinin etkinliği dolayısıyla işlemesi burjuva hukukunun toplumsal ilişkileri düzenleme bağlamında, hukuk alanına özgülenmiş yapısal formlara dayanan geleneğinin terk edilmesinin amaçlandığını göstermektedir. Böylesine bir hukuk pratiğinde, siyasal etkinlik ile hukuksal etkinlik arasındaki biçimsel sınırlar silinmektedir. Burjuva hukuk ideolojisi içerisinden Sovyet hukukuna yöneltilen eleştirilerin temel dayanaklarından biri olan bu silinme ise esasında münhasıran Sovyet deneyimine özgü değildir. Benzer bir süreç 18. yüzyılın burjuva demokratik devrimlerinde de karşımıza çıkmaktadır. Mesele esasında köklü bir toplumsal dönüşüm yürütmenin biçimsel gerekliliklerinden türemektedir. Toplumsal yapının köklü bir biçimde değiştiği koşullarda siyasal etkinlik toplumsal devrimin merkezine yerleşir. Böyle bir ortamda bırakın hukuku, yemek yeme alışkanlıklarından estetik tasavvura kadar her şey siyasal olanın belirleyiciliği altına girer. Dolayısıyla iktisadi ve siyasi alanlar arasındaki biçimsel sınır başta olmak üzere toplumu oluşturan veçheler arasındaki biçimsel sınırlar toplumsal yapı kendisini görece çatışmasız süreçler dolayısıyla yeniden üretme kabiliyetini geri kazanana yani belirli sınıf egemenliği paradigması hasımları karşısında hâkim paradigma konumunu elde edene kadar silikleşirler.

Yukarıda tarif edilen gereklilikler bağlamında Sovyet hukukunda da hukuk ile siyasal olan arasındaki sınırlar silikleşmiştir. Anılan dönemde hukuk pratiği, verili normlara dayandığı kadar toplumsal dönüşüm sürecinin siyasi mahiyetine de dayanmaktadır. Bu bağlamda örneğin, mahkemeler kararlarını verirken toplumsal dönüşümde etkin ve hukuk normu biçimini edinmemişse de normatif nitelik taşıyan unsurları da dikkate almaya teşvik edilmişlerdir⁶⁵. Fakat söz konusu durum mahkemelerin kararlarının tamamen denetimden azade olduğunu da göstermemektedir. Son kertede bir sınıflı toplum örneği olan proletarya diktatörlüğü de asgari bir hukuksal tutarlılığı gereksindiği ölçüde mahkeme kararlarına karşı temyiz yolları tanımıştır. Kurulan temyiz mekanizması *Stalin* Dönemi ile başlayan Sovyet hukukunun kurumsallaşması sürecinde ilk derece mahkemelerinin kararlarını bağlayıcı özelliğiyle önemli bir yer edinecektir⁶⁶.

Sovyet siyasal sistemi altında hukuk pratikleri artık burjuva sınıf egemenliğini yeniden üretmenin değil burjuva ve aristokrasi sınıflarına özgü talep ve yordamlar ile bunların taşıdıkları çelişkilerin basılanmasının bir aygıtıdır⁶⁷. Hukukun yeniden üretmekle yükümlü olduğu şey de merkezinde üretim araçları üzerinde kamu mülkiyeti ve planlı ekonominin olduğu ve işçi sınıfının tarihsel taleplerini temsil yani işçi sınıfının egemenliğini tesis eden bir sınıf egemenliği biçimidir. Ama sınıflı toplumlarda hukukun tarif edilen işlevlerini yerine getirebilmesi içsel bir tutarlılığa ve toplumsal ilişkileri görece zordan uzakta düzenleyebilme kapasitesine dayandığı için Sovyet hukukuna savaş komünizmi döneminde tanınan yönetsel esneklik düzenli olarak sınırlandırılmıştır.

Sovyet egemenliğinin kurumsal ve yerleşik bir nitelik elde etmediği ve özellikle I. Paylaşım Savaşı'nın galibi olan İngiltere, Fransa, ABD ve Japonya'nın Sovyet Rusya'ya karşı açık ve örtülü bir savaş yürüttüğü savaş komünizmi döneminde dahi söz konusu tutarlılık arayışı Sovyet hukuk otoritelerince korunmuştur. Bir yandan ülkesini savunurken diğer yandan içeride düzenli toplumsal ilişkiler kurmak zorunda olan Sovyet yönetimi yereldeki unsurlarına gerek duydukları koşullar altında af ilan edebilmeleri için ihtiyaç duydukları inisiyatifini tanımak gibi yollara da başvurmaktan geri durmamıştır⁶⁸.

⁶⁴ HUSKEY, Eugene: "A Framework for the Analysis of Soviet Law", *The Russian Review*, 1991, Cilt 50, Sayı 1, s. 58-59; MARKOVITS, s. 22.

⁶⁵ SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 95.

⁶⁶ GUINS, George C.: "Towards an Understanding of Soviet Law", *Soviet Studies*, 1955, Cilt 7, Sayı 1 (Towards an Understanding), s. 15.

⁶⁷ TAYLOR, Pauline B.: "Treason, Espionage, and Other Soviet State Crimes", *The Russian Review*, 1964, Cilt 23, Sayı 3, s. 247.

⁶⁸ RENDLE, Matthew: "Mercy amid Terror? The Role of Amnesties during Russia's Civil War", *The Slavonic and East European Review*, 2014, Cilt 92, Sayı 3 (Mercy).

Proletarya diktatörlüğü koşullarında henüz devlet aygıtının hukukun bir baskı aygıtı olma işlevini kaybetme bağlamında sönümlenmemiş olması devrimci dönüşümlere eş zamanlı bir biçimde ilerleyen ve proletaryanın egemenliğinde olsa da henüz sınıflı, devletli ve hukuklu bir toplum olan Sovyet toplumuna yasalara uygun hareket etmek bağlamında bir hukuksal tutarlılığı dayatmaktadır⁶⁹. Anılan gerekliklik *Kurski* ve *Stuçka* gibi adalet komiserleri döneminde devrimci dönüşümleri takip eden bir hukuksal tutarlılığın inşası için yargı kararlarında tutarlılık sağlama yönünde arayışları ve temel yasalar çıkarılması yönünde çabaları beraberinde getirmiştir⁷⁰. Fakat proletarya diktatörlüğünün hukuku burjuva üretim ilişkilerinin tasfiye edilmeye çalışıldığı, kamu mülkiyetinin esas olduğu bir alanda kullanma yükümlülüğü; inşa edilmeye çalışılan Sovyet hukuk sisteminin, burjuva hukuk sisteminden farklı olarak, toplumsal mücadelelerden ve sınıflardan ayırık kabul edilen bir konumun güvencesi ve “üstünlüğüne” yaslanmayacağı anlamına gelmektedir⁷¹. Dolayısıyla Sovyet hukukçularının gözünde tutarlılık kriteri burjuva hukuk ideolojisinde gördüğümüz “tarafsız” ve “üstün” hukuk tasavvuruna dönüşmez. Onlar için tutarlılık yapılan ile yapılması normatif pratikler dolayısıyla vaat edilmiş olan arasındaki bir ilişkidir ve hukukun sınıf egemenliği ile olan ilişkisi bağlamında sınıf içeriğinden bağımsız olarak ele alınamayacaktır.

Sovyet hukuk ideolojisinin anılan etkisi, yargılama süreçleri bağlamında, mahkemelere hüküm verirken sanığın sınıfsal pozisyonunu dikkate almayı salık veren eğilimde kaşımıza somut bir biçimde çıkar⁷². Devrimin hemen ertesinde ortaya çıkan bu eğilim, verili normları uygulayan mahkemeleri söz konusu normların burjuva niteliğini tespiti ve ilgili normun uygulanışını, proleter sınıf egemenliğine uygun bir biçimde tesis etmeye yöneltmeyi amaçlamaktadır. Öyle ki devrim sonrası mahkemeler, Çarlık Dönemi’nden kalan bir norm ile proleter sınıf egemenliğinin genel çerçevesi çeliştiği takdirde politik gerekçesini belirtip normu “boş ve burjuva” olması gerekçesi ile uygulamamak gibi yetkilere dahi sahiptirler⁷³. Esasında burada karşımızda olan şey, hukukun sınıf egemenliği ile ilişkisinin ikrarıdır. Hukuk pratikleri sınıflı toplum koşullarında verili bir sınıf egemenliğinin genel çerçevesini korumaya özgülenmiş normatif pratiklerse o zaman hukuk pratikleri ve bunların işleyişinin sınıf egemenliğinin verili biçimi ile çelişmiyor olması gerekmektedir. Aynı dönemde *Stuçka*’nın hukukun halka açılması yaklaşımını takiben devrimin erken yıllarında mahkemelere Sovyetler tarafından seçilen üyeler atanmıştır. Burada amaç burjuva hukuk ideolojisi içerisinde biçimlenmiş profesyonel hukuk pratiğinin proleter sınıf egemenliğinin siyasal sınırları içerisinde tutulmasıdır⁷⁴.

Yargılama pratiğinde hukukun sınıf egemenliğine bağlı bir aygıt olduğunun ikrarı olarak Sovyet hukukunun ihlali salt bireysel olgu olarak kabul edilmemektedir. İhlal ya eğitim gerektiren bir araz ya da proleter sınıf egemenliği ile sınıfsal bir çelişkiden türeyen toplumsal/sınıfsal kökenli bir fiil olarak kabul edilmekte ve bireysel ve yalıtık bir fenomen değil, politik bir olgu olarak ele alınmaktadır⁷⁵. Hukukun ihlalinin bireysel değil de toplumsal bir olgu olarak ele alınması Sovyet hukukçularının hukuk ile sınıf egemenliği ve proleter sınıf egemenliği biçimi arasında doğrudan bir ilişki kurduğunu göstermektedir.

Hukuk sisteminin tutarlı hâle getirilmesine yönelik düzenlemelerin siyasal yapı ve etkinlik karşısında sınırlı etkiye sahip bir yol göstericiye tekabül ettiği Sovyet hukukçularınca kabul edilmektedir. Söz konusu olan şey hukukun hükümlerliliği değildir. Çünkü burjuva hukuk ideolojisi içerisinde kutsanan

⁶⁹ HUSKEY, s. 61.

⁷⁰ BEIRNE / SHARLET, s. 24; KARAHANOGULLARI, s. 156; SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 53.

⁷¹ SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 54; VYSHINSKY, *Revolutsionnaya Zakonnost’*.

⁷² RENDLE, *Making Sense*, s. 617.

⁷³ SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 78-84.

⁷⁴ SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 80-81.

⁷⁵ BONGER, Willem A: *Criminality and Economic Conditions*, Little, Brown and Company, Boston, 1916; SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 275-277; SCHLESINGER, Rudolf: “Theoretical Problems of Legality”, *Soviet Studies*, 1957, Cilt 8, Sayı 3, s. 317; RENDLE, *Mercy*, s. 450.

biçimiyle hukukun hükümlerliliği, iktisadi ve siyasi arasındaki biçimsel ayrımın ontolojik bir nitelikmiş-çesine sahiplenildiği ve söz konusu ayrım dolayısıyla sözleşme formu üzerinden gerçekleşen artı değer sömürüsünün de-politize edildiği burjuva sınıf egemenliğinin, dönüşme yahut ortada kalkma tehlikesi ile yüzleşmediği koşullara özgüdür. Hukukun hükümlerliliğini anılan koşulları hesaba katmadan bir değer olarak kutsamak ise burjuva ideolojisinin hâkimiyeti altında biçimlenmiş bir yanlış bilinç formudur. Erken dönem Sovyet hukukçuları, hukukun toplumsal ilişkilere sınıf egemenliği olgusundan bağımsız bir biçimde egemen olamayacağını hukuk biçiminin her zaman belirli bir sınıf egemenliği dolayımında anlamlı ve etkin olduğunu kabul etmeleri ile burjuva hukuk ideolojisinin sınırları dışına çıkmaktadırlar. Sovyet hukuk tasavvurunun burada üstlendiği işlev, proletarya diktatörlüğünü sınırlamak değil, proletarya diktatörlüğünün ihtiyacı olan tutarlılığı sağlamaktır⁷⁶. Bu bağlamda hukuk, iktidarı sınırlayacak bir unsur olarak değil, iktidarı tutarlı pratiklere sevk edecek bir unsur olarak kabul edilmektedir⁷⁷. Sovyet hukuk sistemi, Sovyet yurttaşları arasındaki ilişkileri düzenlemekte, çalışma ilişkilerinin sınırlarını çizmekte yani genel olarak hukuk biçiminin işlevlerini üstlenmektedir⁷⁸. Fark, söz konusu düzenlemenin burjuva ideolojisi içinden değil, bir proletarya diktatörlüğü perspektifinden gerçekleşmesidir⁷⁹.

Sovyet hukuk sisteminin, sadece bir yasalar yığına olduğu iddiasının temelinde de Sovyet hukuk pratiklerinin burjuva ideolojisinin temel normları ile çelişmesi, tutarlılığa norm ile edim arasındaki içsel bir ilişki olarak bakması ve burjuva hukukunun ilkelerini bir tutarlılık kriteri olarak bünyesinde barındırmaması yatmaktadır⁸⁰. Söz konusu çelişmeye ilişkin en temel örneklerden biri çalışma ilişkilerindedir. Burjuva toplumu emek gücünün bir meta olarak “özgürce” alınıp satılabilmesi üzerinde kurulduğu ölçüde çalışma bir hak, iş ilişkileri ise özel hukuk sorunu olarak gözükmektedir. Hâlbuki Sovyet hukuku içerisinde çalışmak bir ödev, kamusal bir yükümlülük ve bu bağlamda çalışma ilişkileri de kamu hukukunun bir nesnesidir. Söz konusu farklılık, burjuva ideolojisinin diline burjuva haklar kataloğunun ihlali olarak tercüme edilmektedir ve yanlış da değildir; sadece eksiktir. Çünkü Sovyetler söz konusu olduğunda burjuva haklar kataloğunun ihlali, esasında burjuva üretim ilişkilerinin reddedilmesinin bir sonucundan ibarettir. Sovyet hukuk sistemi emek gücü üzerinde özgürce tasarrufta bulunabilecek, mülk sahibi ve tasarruf ehliyetine sahip ve dolayısıyla karşılığı ödenmeyen emek-zamandan kendi özgür iradesi ile vazgeçmiş ve sömürünün değil kendi kararlarının muhatabı olduğuna inanılan “özgür bireyler” üzerine kurulmamıştır. Sovyet sisteminde esas olan birey ve mülkiyeti değil kamusal mülkiyetin ve kamusal bir bütünlük olarak halkın kolektif emeğinin özel mülkiyet, kar arayışı ve bireysel olan karşısında savunulmasıdır⁸¹.

Sovyet hukuk sisteminde birey ve mülkiyetinin yerini kamu mülkiyeti ve kamusalı almıştır. Dolayısıyla hukuk sistemi içinde burjuva ideolojisinde içerildiği biçimiyle bir bireysel haklar kataloğunun gelişmesi olanaksızdır⁸². Haklar kamusal mülkiyet etrafında biçimlendiği ölçüde bireysellik burjuva ideolojisindeki gibi hakkın sahipliği ve gerçekleşmesinin bir koşulu olmaktan çıkmıştır. Burjuva hak kataloğu bireyin kamu ile çeliştiği yerde mülkiyetin öznesi olmasından ötürü bireyi korumayı merkeze alırken Sovyet hukuk sisteminde hakkın kolektif niteliği bireyselliğin, kamusal menfaat ile çeliştiği koşullarda hakkın öznesinin birey değil kamu olmasından dolayı, kamuyla çelişen bir bireylik hâlinin koruma dışı bırakılması ile neticelenmiştir. Sovyet hukuk sisteminin birey karşısında kamusalı savunma yönündeki keşifleri burjuva söylemlerin ifade ettiği biçimiyle hoyrat bir “otorite arzusunun” değil üretim araçları üzerinde kamu mülkiyeti ve kolektif menfaatin bireysel menfaatin önünde tutulduğu bir ekonomik-sınıfsal pozisyonun sonucudur.

⁷⁶ BENVENUTI, Francesco: “The ‘Reform’ of the NKVD, 1934”, *Europe-Asia Studies*, 1997, Cilt 49, Sayı 6, s. 1038.

⁷⁷ SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 54.

⁷⁸ BERMAN, Harold J.: “The Law of the Soviet State”, *Soviet Studies*, 1955, Cilt 6, Sayı 3, s. 231-232.

⁷⁹ TIMASHEFF, Nicholas S.: “Soviet Law”, *Virginia Law Review*, 1952, Cilt 38, Sayı 7, s. 872-873.

⁸⁰ TIMASHEFF, s. 885.

⁸¹ BENVENUTI, s. 1039-1040; HUSKEY, s. 66-67.

⁸² GUINS, *Towards an Understanding*, s. 18-19.

Sovyet hukukunun gelişim sürecinin erken dönemlerinde ortaya çıkan devrimci keşifler, iç savaşın ve karşı devrimci kuşatma ve saldırının zorlaması altında tarımsal üretimi güvence altına almak ve kentlerin iâşesini sağlayabilmek için uygulamaya sokulan⁸³ ve ekonomide sınırlı da olsa özel girişime tekrardan kapı açan⁸⁴; buna bağlı olarak da burjuva hukuk ideolojisinin tortularını içerikte olmasa da en azından biçimsel düzeyde yeniden Sovyet hukuk pratiklerine çağırın⁸⁵ NEP (Yeni Ekonomik Politika) döneminde yerini burjuva üretim ilişkilerine sınırlı da olsa kapı açılmasına bağlı bir biçimde daha geleneksel bir hukuk düzenine bırakmıştır. NEP döneminde özel girişimlere ve serbest mübadeleye sınırlı da olsa kapı açılması⁸⁶ anılan ilişkileri düzenleyecek hukuksal biçimlere gereksinim duyulmasını beraberinde getirmiştir. Söz konusu gereksinim doğrultusunda devlet aygıtında bir genişleme ve hukuk sisteminde daha geleneksel burjuva hukuk biçimlerine yakınsayan bir kurumsallaşma kaçınılmaz hâle gelecektir⁸⁷. Fakat NEP dönemi içerisinde sınırlı da olsa serbest bırakılan burjuva üretim ilişkilerinin son kertede Sovyet Devleti'nin sınıfsal yapısı ve planlı bir ekonominin gerekleri ile çatışması kaçınılmazdır. Örneğin *Vişinski* "Devlet ve Hukuk Ansiklopedisi"nde müdafilik ile yazdığı maddede, aslen bir burjuva kurumu olduğu için lağvedilen⁸⁸ fakat NEP ile birlikte sınırlı da olsa önü açılan burjuva ilişkileri paralelinde hukuk sistemine dâhil edilen⁸⁹ avukatlığı bir olgu olarak kabul etmektedir. Ama aynı metinde hukuk pratiğinin Sovyet sınıf egemenliği düzenine uyumlu olmak zorunda olduğunun altını çizmekte ve proleter sınıf egemenliği ile burjuva hukuk kurumları arasındaki çelişkiye vurgu yaparak sınıf egemenliğinden bağımsız bir hukuk ve buna bağlı olarak adalet kurgusu olamayacağını da ifade etmektedir⁹⁰.

NEP, Sovyet Devleti'nin kırsaldaki tarımsal ürünü kentlere aktarma ve sanayileşmek için gerekli toplumsal artığı üretme amacı doğrultusunda işlevini zaman içinde tamamlamıştır. NEP'in kendisinden beklenen işlevi tamamlaması ile birlikte Sovyet otoriteleri burjuva nitelikli üretim ve mübadele ilişkilerine açılan alanın kapatılmasına karar verirler. 15. Parti Kongresi'nde (1927) alınan karar uyarınca Sovyet Devleti, NEP'i sonlandırma ve NEP döneminde müsaade edilmiş olup Sovyetler Birliği'nin sanayileşmesinin önünde bir engel hâline gelmiş olan burjuva ilişkileri tasfiye etmeye yönelmiştir⁹¹. NEP döneminde burjuva üretim ve mübadele ilişkilerinin işleyişini düzenleyen hukuk sistemi bu kez proleter sınıf egemenliğini korumak üzere NEP'in tasfiyesi ve gelişen burjuva mülkiyeti karşısında kamusal mülkiyeti savunma işlevini üstlenecektir. Durumun en açık ifadesi *Stalin*'dedir:

*"Günümüzün devrimci yasallığı, mızrağın sivri ucunu, artık çoktan beri var olmayan savaş komünizminin aşırılıklarına değil, toplumsal ekonomi içindeki hırsızlara ve bozgunculara, kabadayılara ve toplumsal mülkiyete zarar veren kişilere yönelmiştir. Dolayısıyla günümüzde devrimci yasallığın en büyük kaygısı toplumsal mülkiyetin korunmasına yöneliktir, başka bir şey değil."*⁹².

Stuçka, NEP'in tasfiye döneminde Sovyet yargıcının görevini NEP döneminde ortaya çıkan burjuva ilişkilerin aşılması ve bu burjuva ilişkileri de sınırlayacak olan bir Sovyet hukuk kültürünün inşası olarak tanımlamıştır⁹³. Bu doğrultuda gerek devlet aygıtı gerekse de hukuk pratikleri düzleminde kitle-

⁸³ BEIRNE / SHARLET, s. 25-26; SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 104-105.

⁸⁴ SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 109.

⁸⁵ SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 50; STALİN, Josef V.: *Eserler Cilt 7*, (Çev.) YARKIN, İsmail, İnter Yayınları, İstanbul, 1991 (Cilt 7), s. 140.

⁸⁶ STALİN, *Cilt 7*, s. 291.

⁸⁷ HUSKEY, s. 56-57; KARAHANOĞULLARI, s. 157-158; STALİN, *Cilt 7*, s. 144-145.

⁸⁸ KARAHANOĞULLARI; SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*.

⁸⁹ KARAHANOĞULLARI.

⁹⁰ VYSHİNSKY, Andrey Ya.: "Advokatura", (Ed.) STUÇKA, Pyotr: *Èntsiklopediya Gosudarstva i Pravo I*, Izdatel'stvo Kommunisticheskoy Akademii, Moskva, 1929.

⁹¹ SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 56-57.

⁹² STALİN Josef V.: *Eserler Cilt 13*, (Çev.) KAYA, Saliha N., İnter Yayınları, İstanbul, 1992, s. 189.

⁹³ SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 57.

lerin ve özellikle de yerel Sovyetlerin⁹⁴ katılımının gerektiğini belirtmiştir⁹⁵. *Stalin*'in 1930 tarihli konuşmasındaki paralel biçimde *Stuçka*, 1929'da başlayan ve temellerini *Preobrajenski*'nin "sosyalist ilkel birikim" tezinde bulan⁹⁶ zorunlu kolektifleştirme döneminde siyasal iktidarın iktisadi alanda mülkiyetin el değiştirmesi için aktif bir biçimde kullanılması⁹⁷ ile Sovyet hukuku arasında bir denge kurulması adına sahadaki nihilist esintili pratiklerin kontrol altına alınması çağrısında bulunmuştur. *Stuçka*'ya göre devrim ile uyumlu bir hukuksal formasyon sosyalist inşanın temelindedir⁹⁸. Sovyet hukukunun burjuva hukukuna özgü nitelikleri yeniden üretmesi ve hukuksal biçimlerde içerilmiş burjuva tortuların, hukukun üstünlüğü aracılığıyla Sovyet Devrimi'ne müdahale etmesi engellenirken buna paralel bir biçimde proletarya diktatörlüğünün uygulamalarının da tutarlı bir zeminde yürütülmesi gerekmektedir. Bu ise Sovyet hukuk ideolojisinin iki boyutunu gözler önüne sermektedir: bir yandan burjuva toplumunun tasfiyesi ve proletarya diktatörlüğünün savunulması yönünde hukukun bir baskı aygıtı olarak kullanılması, diğer yanda proletarya diktatörlüğü içinde disiplinli bir toplumsal örgütlenmenin sağlanması⁹⁹.

Stuçka tutarlılığı öne alırken *Vişinski* NEP sonrasında burjuva ilişkilerin tasfiyesi ve zorunlu kolektifleştirme bağlamında hukuka daha aktif bir rol biçmektedir. *Vişinski*'ye göre Sovyet hukukunun burjuva hukukundan farkı; verili bir düzenin korunması ile sınırlı olmaması, aynı zamanda proletarya diktatörlüğünün çıkarlarının gerçekleştirilmesi uğruna toplumu belirli bir yönde harekete zorlamaya da imkân vermesidir¹⁰⁰. Söz konusu aktif etki bağlamında *Vişinski*, hukuk biçiminin siyasal etkinliğin ardından gelen, ikincil nitelikli bir etkinlik ürettiğini savunmaktadır.

Vişinski'nin kastettiği hukuk, hukuksal biçimlerin toplumsal ilişkileri tarafsız bir zeminden belirlediği ve düzenlediği bir kurgu içinde tasavvur edilmemektedir ve sınıf egemenliğinin yeniden üretilmesi ve ilerletilmesine özgü siyasal gereklilik ile sınırlanmıştır¹⁰¹. *Vişinski* siyasal etkinliğin birincil niteliğini sınıf egemenliğinin yeniden üretiminin görece çatışmasız koşullarda olanaklı olmadığı dönemler için tanımlar. Sınıf egemenliğinin görece çatışmasız koşullarda yeniden üretilebildiği koşullar hasıl olduğunda hukuk, sosyalist bir kurumsallığın inşasının bir uğrağı olacaktır.¹⁰² *Vişinski*'nin *Stuçka*'dan ayrıldığı en önemli nokta ise hukukun *Stuçka*'daki gibi bir kitlelere yayılma üzerinden değil Sovyet Devleti'nin kesin otoritesi üzerinden tanımlanmasıdır¹⁰³.

1936 Anayasası ardından Sovyet Devleti'nin yapısal olarak istikrarlı bir evreye girmesi ile birlikte hukuk pratikleri içerisinde esneklik niteliğini haiz olanlar yerlerini tutarlılığa yönelmiş pratiklere bırakmaya başlamışlardır. Böylece devrimden sonra tutarlı bir normatif sistemin kurulmasının önü açılmıştır. Bu bağlamda hukuksal tutarlılığın, burjuva hukukun üstünlüğü tasavvuruna tekabül etmeyecek biçimi ile ele alınmak kaydıyla, Sovyet geleneğinden bir sapma değil, Sovyet hukuk politikasında belirleyici etkileri olan bir geleneğin, Sovyet toplumunun içsel tutarlılığının sağlandığı bir dönemde devamı olduğu söylenebilecektir¹⁰⁴.

⁹⁴ ANWEILER, Oskar: (Çev) KEŞOĞLU, Temel: *Rusya'da Sovyetler 1905-1921*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1990.

⁹⁵ SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 57.

⁹⁶ PREOBRAZHENSKY, Evgeny A.: *The New Economics*. Clarendon Press, Oxford, 1967.

⁹⁷ MILLAR, James R.: "A Note on Primitive Accumulation in Marx and Preobrazhensky", *Soviet Studies*, 1978, Cilt 30, Sayı 3, s. 389-390; MORAVCIK, Ivo: "The Priority of Heavy Industry as an Objective of Soviet Economic Policy", *Soviet Studies*, 1965, Cilt 17, Sayı 2, s. 245-246.

⁹⁸ SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 57.

⁹⁹ SHARLET / MAGGS / BEIRNE, s. 57.

¹⁰⁰ SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 236; VYSHINSKY, *Revolüsyonnaya Zakonnost'*.

¹⁰¹ TARACOUZIO, Timothy Andrew: "The Soviet Citizenship Law of 1938", *The American Journal of International Law*, 1939, Cilt 33, Sayı 1; VYSHINSKY, *Revolüsyonnaya Zakonnost'*.

¹⁰² GUINS, *Law Does Not Wither*, s. 189; VYSHINSKY, *Revolüsyonnaya Zakonnost'*.

¹⁰³ SHARLET / BEIRNE; SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*.

¹⁰⁴ HAZARD, John N: "Understanding Soviet Law without the Cases", *Soviet Studies*, 1955, Cilt 7, Sayı, 2, s. 122-123; SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 257.

SONUÇ YERİNE

Burjuva hukuku burjuva sınıf egemenliğinin, Sovyet hukuku da proletaryanın sınıf egemenliğinin hukukudur. Burada sınıf egemenliğinden bağımsız ve kategorik olarak evrensel bir hukukun varlığına ve bir değerlendirme kriteri olduğuna inanmak, esasında, hukukun tarihsiz bir şey olarak kavramsallaştırılmasına tekabül etmekte ve son kertede burjuva hukuk ideolojisi ile burjuva sınıf egemenliği arasındaki ilişkiyi gerek her ülke bağlamında ülkesel gerekse de emperyalizm bağlamında uluslararası düzeyde görünmez kılma etkisini üretmektedir.

Petro-dolar ekonomisine dayalı tek kutuplu dünyanın yerini çok kutuplu bir dünyaya bırakma eğilimlerinin kuvvetlenmesi ile birlikte burjuva hukuk ideolojisinin kapitalist Batı merkezli yorum ve uygulamalarına karşı direnme olanakları artmıştır. 1990 sonrasında küresel uyumlaştırma süreçleri içinde biçimlenmiş olan ulusal formasyonlar, küreselleşmeci ideolojik hâkimiyeti olanaklı kılan nesnel iktisadi temelin yani petro-dolar ekonomisinin tam hâkimiyet koşullarının tasfiye eğilimine girmesi ile birlikte ortaya çıkmakta olan yeni bloklaşmada aldıkları/almak zorunda kaldıkları yeni pozisyonlara göre şiddeti değişen bir kriz sürecine girmişlerdir. Küresel sınıf mücadelesi, oluşmakta olan yeni bloklara bağlı olarak şiddetini artırdığı için toplumsal formasyonların yeniden üretim süreçlerinde 1990 sonrasında küreselleşmeci-burjuva hukuk ideolojisine mündemiç yordamlar dışında yeni olanaklar keşfedilmektedir. Artık toplumsal formasyonlar kapitalist Batı'nın normatif hâkimiyet alanının dışına çıkabilmektedirler. Hukuk krizi sadece kolektif Batı eksenine karşı çelişki içerisindeki hukuk sistemlerinde de görülmekte, sınıf mücadelelerinin artan şiddeti kapitalist merkezdeki siyasal iktidar bloğunu kendi normatif pratiklerini ihlale de zorlamaktadır. Söz konusu hukuk krizleri 1990 sonrasında burjuva-küreselci sınıf egemenliği paradigması içinde biçimlenen hukuk normativitesi ve söyleminin bloklaşmanın güncel hâle gelmesi ile keşfedilmek durumunda kalınan pratiklerin gerisinde kalmasından türemektedir.

Burjuva sınıfının öncüleri yukarıda tarif edilen sürecin farkında olsalar da (çünkü gerçeklik kendini her zaman bilince dayatır) krizi açıkla(ya)mamaktadırlar. Krizi anlamlandırmanın, verili sınıf egemenliğinin karşı karşıya olduğu çelişkilerin nesnellliğini söylem alanına taşımayı gerektirmesi ve 1990 sonrasında Batı'da siyasal elitin yerini bir rantiyeye sınıfına bırakmış olmasına bağlı olarak krizin tanımlanmasından kaçınılmakta yahut tanımlamada başarısız olunmaktadır. Batı burjuvazisinin ideolojik “öncüleri” krizi tanımlamak yerine Batı'nın iktisadi, siyasi ve dolayısıyla hukuksal hegemonyasından çıkma eğilimi gösteren toplumsal formasyonları kategorik sapmalar olarak nitelemekte ve yaptırımlarla tehdit ederek tekrar küreselci burjuva ideolojisinin rayına oturtmaya yönelmektedirler. Söz konusu yaklaşımda neo-liberal birikim rejimleri ve kolektif emperyalizmin tarihsel alanında biçimlenmiş hâliyle batı-burjuva hukuku sınıf içeriğinden koparılarak¹⁰⁵ tarih dışı, kerameti kendinden menkul bir değerler manzumesi kabul edilmekte ve insanlığın bir bütün olarak her gün yeniden üretilmesinde mümkün olan tek çıkar yol olarak karşımıza çıkarılmaktadır. Böylece burjuva ideolojisinin kendine ait anlatısı, emperyalizmin mağdurlarına ödettikleri başta olmak üzere, çoğulcu-küreselci söylemin temsil ettiği sınıf egemenliğinin bedellerinden bağımsız bir biçimde “değer” hâline getirilmektedir. Söz konusu süreç hukuk bağlamında da burjuva hukuk düzeninin meşru tek normlar ve normatif pratikler dizgesi olduğunun ilanına varmaktadır.

Hukukun; üretim ilişkilerinden, içinde işlediği toplumun sınıflı yapısından, bu yapıya eşlik eden sınıf egemenliğinden bağımsız bir değer olarak kabul edilmesi, burjuva hukukunun burjuva sınıf egemenliğinin bir türevi olması bağlamında esasında burjuva sınıf egemenliğini tarih dışı bir mutlaklık olarak kabul etmeye tekabül etmektedir.¹⁰⁶ Verili sınıf egemenliği içerisinde biçimlenen hukukun, sınıf egemenliği ile olan ilişkisini görmezden gelmek, son kertede hukuk pratikleri dolayısıyla toplumsal

¹⁰⁵ LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Volume 7 (September 1903-December 1904)*, Progress, Moskova, 1977, s. 108-109; LENİN, *Collected Works Vol. 8*, s. 75.

¹⁰⁶ PASUKANİS, s. 84; VYSHİNSKY, *Revolutsionnaya Zakonnost'*.

formasyonun yeniden üretimi olgusunu es geçmektir. Söz konusu gör(e)meme hâli, toplumsal formasyonun niteliğine ilişkin sorunların burjuva sınıf egemenliğinin genel çerçevesi içerisinde kavranılması ile neticelenmektedir.

Toplumun sınıflı yapısı ve sınıf egemenliği, hukuk adını verdiğimiz yapısal formasyon aracılığı ile korunan, biçimlenen ve işlenen şeyin/şeylerin ta kendisidir. Hukukun sınıf egemenliğinin bir türevi, gerçekliğin belirli bir sınıf egemenliği düzleminde, hukuksal bir ideoloji içerisinde yeniden tercümesi olduğu hatırlandığında anılan çabanın sınıf içeriği açıkça görülebilecektir¹⁰⁷. Söz konusu yaklaşımın tarihsel rotası ise sermayenin genişletilmiş yeniden üretiminin, artı değer temellükünün ve tüm bunları çevreleyen burjuva sınıf egemenliği ve sermayenin genişletilmiş yeniden üretim koşullarının güvence altına alınmasına denk düşmektedir¹⁰⁸. Söz konusu belirleyici etki, kapitalist merkezin çevreyi sermayenin genişleme eğilimlerinin koşulları içerisinde kontrol etme teşebbüslerinde açıkça kendini göstermektedir. Herhangi bir ulusal formasyon sermayenin genişleme eğilimlerine içkin ve uluslararası meta dolaşımı içerisinde belirli düzeyde uygulama bulmuş olan pratik setlerinden birini tasfiye etmeye yahut kısıtlamaya kalksa ulusal ve uluslararası düzeyde keşfedilen normlar ve yordamlarla karşılaşmakta, hem ona mündemiç olan hem de piyasa ekonomisi ile sıkı sıkıya bağlı olan burjuva hukuk ideolojisi ve ondan devşirilen ilkeler kendisine hatırlatılmakta ve mümkünse ülkesinin, insanların ve emeğinin son kertede merkez kapitalist coğrafyada realize olacak olan bir döngüye açılmasına engel olma çabası hukuk düzeyinde mahkum edilmektedir¹⁰⁹.

Burjuva sınıf egemenliğinin yörüngesinde biçimlenen¹¹⁰ ve temelde verili sınıf egemenliğinin iktisadi ve siyasi koşulları ile genel çerçevesini korumak üzere sahaya sürülen hukukun¹¹¹ ve ona mündemiç burjuva hukuk ideolojisinin hâkimiyetini olanaklı kılan koşulların gerileme eğilimine girmesi ile birlikte Batı'nın hukuk dolayımıyla ulusal formasyonları sermayenin genişletilmiş yeniden üretim gereksinimlerine ve değer Batı'da birikmesine zorlama olanakları daralmaktadır. Toplumsal formasyonlar, kapitalist Batı'nın tasavvuru dışında bir dünyayı talep edebilme olanaklarına kavuşmaktadırlar. Söz konusu olanaklar hukuk biçim ve ideolojisini de kapsamaktadır. İşte bu noktada Batı'da geçerli olan biçimi ile hukukun dışında bir hukuk tasavvur edebilmek için burjuva ideolojisi ve bağlı söylemlerce biçimlendirilmiş söylemsel alanın çıkılması gerekmektedir. Sovyet hukukunun bilgisi işte bu dışarının bilgisinin bir parçasıdır ve mevcut burjuva hukuk hegemonyası dışında ve üstüne üstlük pre-kapitalist nitelik taşımayan bir üretim ve bölüşüm düzeni içinde gelişmesine bağlı olarak modern ekonomik toplumsal yapılar içerisinde işleyebilecek bir hukuk pratiğine ilişkin temel bir örnek teşkil etmektedir.

Hukukun belirli bir sınıf egemenliği biçiminin yeniden üretimine hasredilmiş ve siyasal iktidar dolayımıyla işleyen normatif pratiklerin örgütlü bütünlüğü olması bağlamında Sovyet hukukçuları, hukuku proleter sınıf egemenliğinin korunması ve yeniden üretilmesi sürecinde bir aygıt olarak görmektedirler. Sovyet hukukunun, proleter sınıf egemenliğinin bir aygıtı olarak geçmiş sınıf egemenliği düzenine özgü yapısal formasyonların tasfiyesi ve verili sınıf egemenliği biçiminin yeniden üretilmesine özgülenmiş bir baskı aygıtı olarak kullanılması, geri kalan alanlarda ise genel bir tutarlılık-düzenlilik ölçütü olarak kullanılması¹¹² anılan bakış açısının doğrudan sonucudur. Sovyet hukuk ideolojisi yukarıda tarif edilen mekanizma üzerine kurulmuştur. Anılan kuruluşu dolayımıyla Sovyet hu-

¹⁰⁷ VYSHİNSKY, *Revolyutsionnaya Zakonnost'*.

¹⁰⁸ LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Volume 2 (1895-1897)*. Progress, Moskova, 1972, s. 35; PASUKANİS, s. 99.

¹⁰⁹ ABEL, Richard. L.: "Capitalism and the Rule of Law: Precondition or Contradiction?: [Commentary]", *Law & Social Inquiry*. 1990, Cilt 15, Sayı 4, s. 687-688.

¹¹⁰ PASUKANİS, s. 169; SCHLESINGER, *Marksizm ve Sovyet*, s. 26.

¹¹¹ CHAMBLISS, William J.: "Toward a Political Economy of Crime", *Theory and Society*, 1975, Cilt 2, Sayı 2, s. 151; COLLINS, s. 193; ÖZDEMİR, Ali Murat / SAYGILI, Abdurrahman / ZABUNOĞLU, Hamdi Gökçe / DEMİRLİ, Aynur / AYKUT, Ebubekir / TÜRKÖĞ-LU KARACAÖVA Ezgi Nur / UĞURLU, Göksu / ŞAHİN Ozan Giray: *Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2018, s. 40-41.

¹¹² BENVENUTI, s. 1037-1038.

kuk ideolojisi, hukukun sınıf egemenliğinin bir türevi olmasına bağlı olarak verili sınıf egemenliğinin dayandığı üretim, bölüşüm ve üretim araçları üzerindeki hâkimiyet rejiminin belirleyiciliği altındadır. Söz konusu belirleyicilik nedeniyle de burjuva hukuk ideolojisine bağlı değildir ve burjuva hukuk ideolojisi içerisinde üretim araçları üzerinde özel mülkiyet, sözleşme formu ve artı değer temellüküne bağlı olarak doğallaşmış-ilkeselleşmiş söylemsel formları bünyesinde barındırmaz.

Burjuva-liberal ideoloji içerisinde Sovyet toplumunun *Batı uygarlığının antitezi* (şayet batı uygarlığının sömürgeci-emperyalist-kapitalist niteliği üzerinde duracaksa aslında bu doğrudur; ama burjuva ideolojisinin ilan ettiği biçimiyle değil) olduğu iddiasına¹¹³ dayanak olarak kullanılan özellikleri aslında hukuk ve sınıf egemenliği arasındaki ilişkinin, Sovyet örneğinde sınıf egemenliğinin burjuva karakter taşımasından türeyen doğal sonucudur. Esasında ilgili toplumsal formasyonun sınıfsal yapısının niteliğinden bağımsız bir biçimde zorunlu olarak sınıf egemenliğini takip etmek ve onun tarafından belirlenmek zorunda olan hukuk pratiği, Sovyet örneğinde sınıf egemenliğinin burjuva nitelikleri bünyesinde taşıması nedeniyle ve taşımanın ölçüsünce burjuva hukuk ideolojisinden uzaklaşmak zorundadır. Bu, basit bir tercih yahut otoriterlik arzusu değil, toplumların tabi olduğu eğilimsel yasalardan türeyen bir tarihsel sonuçtur.

¹¹³ COMAROFF, John: “Re-Marx on Repression and the Rule of Law: [Commentary]”, *Law & Social Inquiry*, 1990, Cilt 15, Sayı 4; KRYGIER, Martin: “Marxism, Communism, and Narcissism: [Rejoinder]”, *Law & Social Inquiry*, 1990, Cilt 15, Sayı 4, s. 708; VAN ALSTEIN, Maarten: “From Enigma to Enemy”, *Journal of Cold War Studies*, 2011, Cilt 13, Sayı 3, s. 134-135.

KAYNAKÇA

- ABEL, Richard L.: “Capitalism and the Rule of Law: Precondition or Contradiction?: [Commentary]”, *Law & Social Inquiry*, 1990, Cilt 15, Sayı 4, s. 685-697.
- ANWEILER, Oskar: *Rusya’da Sovyetler 1905-1921*, (Çev.) KEŞOĞLU, Temel, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1990.
- AVCIOĞLU, Doğan: *Devrim ve Demokrasi Üzerine*, Tekin Yayınları, İstanbul, 2001.
- BEIRNE, Piers / SHARLET, Robert: “Toward a General Theory of Law and Marxism: E. B. Pashukanis”, (Ed.) BEIRNE, Piers: *Contributions and Development of Soviet Legal Theory*, Routledge, New York, 2015, s. 17-44.
- BEIRNE, Piers: “Empiricism and the Critique of Marxism on Law and Crime”, *Social Problems*, 1979, Cilt 26, Sayı 4, s. 373-385.
- BENVENUTI, Francesco: “The ‘Reform’ of the NKVD, 1934”, *Europe-Asia Studies*, 1997, Cilt 49, Sayı 6, s. 1037-1056.
- BERMAN, Harold J.: “The Law of the Soviet State”, *Soviet Studies*, 1955, Cilt 6, Sayı 3, s. 225-237.
- BODENHEIMER, Edgar: “Some Recent Trends in European Legal Thought. West and East”, *The Western Political Quarterly*, 1949, Cilt 2, Sayı 1, s. 45-58.
- BONGER, Willem A: *Criminality and Economic Conditions*, Little, Brown and Company, Boston, 1916.
- BUTLER, William E.: “The Rule of Law and Soviet Legal Transformations: [Commentary]”, *Law & Social Inquiry*, 1990, Cilt 15, Sayı 3, s. 527-533.
- CHAMBLISS, William J.: “Toward a Political Economy of Crime”, *Theory and Society*, 1975, Cilt 2, Sayı 2, s. 149-170.
- CHAMBRE, Henri: “Soviet Ideology”, *Soviet Studies*, 1967, Cilt 18, Sayı 3, s. 314-327.
- COLLINS, Hugh: *Marksizm ve Hukuk*, (Çev.) TUNA, Umre Deniz, Dipnot Yayınları, Ankara, 2013.
- COMAROFF, John: “Re-Marx on Repression and the Rule of Law: [Commentary]”, *Law & Social Inquiry*, 1990, Cilt 15, Sayı 4, s. 671-678.
- ENGELS, Friedrich: *Anti-Dühring: Bay Eugen Dühring’in Bilimi Altüst Edişi*, (Çev.) YARKIN, İsmail H., İnter Yayınları, İstanbul, 2000.
- ÈNTSİKLOPEDIYA GOSUDARSTVA İ PRAVA: “Absolyutnoe Pravo”, (Ed.) STUÇKA, Pyotr: *Èntsiklopediya Gosudarstva i Pravo I*, Izdatel’stvo Kommunisticheskoy Akademii, Moskva, 1929, s. 14.
- FULLER, Lon L.: “Pashukanis and Vyshinsky: A Study in the Development of Marxian Legal Theory”, *Michigan Law Review*, 1949, Cilt 47, Sayı 8, s. 1157-1166.
- GUINS, George C.: “Law Does not Wither Away in the Soviet Union”, *The Russian Review*, 1950, Cilt 9, Sayı 3, s. 187-204 (Law Does Not Wither).
- GUINS, George C.: “Towards an Understanding of Soviet Law”, *Soviet Studies*, 1955, Cilt 7, Sayı 1, s. 14-30 (Towards an Understanding).
- HAZARD, John N.: “Reflections on Thirty-Five Years of Research in Soviet Law”, *Columbia Law Review*, 1970, Cilt 70, Sayı 2, s. 188-193.
- HAZARD, John N.: “Understanding Soviet Law without the Cases”, *Soviet Studies*, 1955, Cilt 7, Sayı 2, s. 121-127.
- HUSKEY, Eugene: “A Framework for the Analysis of Soviet Law”, *The Russian Review*, 1991, Cilt 50, Sayı 1, s. 53-70.
- KARAHANOGULLARI, ONUR: *Marksizm ve Hukuk – Diyalektik Hukuk Bilimi*, Yordam Kitap, İstanbul, 2018.
- KIVILCIMLI, Hikmet: *Oportünizm Nedir?, Halk Savaşının Planları, Devrim Zorlaması Demokratik Zortlama*, Derleniş Yayınları, Ankara, 1978.
- KRYGIER, Martin: “Marxism, Communism, and Narcissism: [Rejoinder]”, *Law & Social Inquiry*, 1990, Cilt 15, Sayı 4, s. 707-730.
- LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Vol 32 (December 1920-August 1921)*, Progress, Moskova, 1973.

- LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Volume 1 (1893-1894)*, Progress, Moskova, 1977.
- LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Volume 2 (1895-1897)*, Progress, Moskova, 1972.
- LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Volume 4 (1898-April 1901)*, Progress, Moskova, 1977.
- LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Volume 6 (January 1902-August 1903)*, Progress, Moskova, 1977.
- LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Volume 7 (September 1903-December 1904)*, Progress, Moskova, 1977.
- LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Volume 8 (January-July 1905)*, Progress, Moskova, 1977 (Collected Works Vol. 8).
- LENİN, Vladimir İlyiç: *Collected Works Volume 9 (June-November 1905)*, Progress, Moskova, 1977.
- LENİN, Vladimir İlyiç: *Devlet ve Devrim*, (Çev.) KAYA, Mehmet, Emek Yayınları, İstanbul, 1976 (Devlet ve Devrim).
- MARKOVITS, Inga S: "Civil Law in East Germany. Its Development and Relation to Soviet Legal History and Ideology", *The Yale Law Journal*, 1968, Cilt 78, Sayı 1, s. 1-51.
- MILLAR, James R.: "A Note on Primitive Accumulation in Marx and Preobrazhensky", *Soviet Studies*, 1978, Cilt 30, Sayı 3, s. 384-393.
- MORAVCIK, Ivo: "The Priority of Heavy Industry as an Objective of Soviet Economic Policy", *Soviet Studies*, 1965, Cilt 17, Sayı 2, s. 245-251.
- ÖZDEMİR, Ali Murat / SAYGILI, Abdurrahman / ZABUNOĞLU, Hamdi Gökçe / DEMİRLİ, Aynur / AYKUT, Ebubekir / TÜRKOĞLU KARACAOVA, Ezgi Nur / UĞURLU, Göksu / ŞAHİN, Ozan Giray: *Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2018.
- ÖZDEMİR, Ali Murat: "Kolektif Emperyalizm", (Ed.) ÖZDEMİR, Ali Murat: *Kolektif Emperyalizm Mağribden Masrıka Dönüşümün Ekonomi Politikası*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, s. 29-91.
- ÖZDEMİR, Ali Murat: *Güç Buyruk ve Düzen*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2011.
- ÖZDEMİR, Ali Murat: *Sözün Mülkiyeti: Hukukun Ekonomi Politikası*, Dipnot, Ankara, 2008 (Sözün Mülkiyeti).
- PASUKANİS, Evgeny B.: *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, (Çev.) KARAHANOGULLARI, Onur, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002.
- POULANTZAS, Nicos: *Political Power and Social Classes*, New Left Books, Londra, 1973.
- PREOBRAZHENSKY, Evgeny A.: *The New Economics*, Clarendon Press, Oxford, 1967.
- QUIGLEY, John: *Soviet Legal Innovation an the Law of the Western World*, Cambridge University Press, New York, 2007.
- RENDLE, Matthew: "Making Sense of 1917", *Slavic Review*, Cilt 76, Sayı 3, s. 610-618 (Making Sense).
- RENDLE, Matthew: "Mercy amid Terror? The Role of Amnesties during Russia's Civil War", *The Slavonic and East European Review*, 2014, Cilt 92, Sayı 3, s. 449-478 (Mercy).
- SCHLESINGER, Rudolf: "Theoretical Problems of Legality", *Soviet Studies*, 1957, Cilt 8, Sayı 3, s. 316-320.
- SCHLESINGER, Rudolf: *Marksizm ve Sovyet Hukuk Teorisi*, (Çev.) AKTAN, M., Sinan Yayınları, İstanbul, 1974 (Marksizm ve Sovyet).
- SHARLET, Robert / BEIRNE, Piers: "In Search of Vyshinsky: The Paradox of Law and Terror", (Ed.) BEIRNE, Piers: *Contributions and Development of Soviet Legal Theory*, Routledge, New York, 2015, s. 136-156.
- SHARLET, Robert / MAGGS, Peter B. / BEIRNE, Piers: "P. I. STUCHKA and Soviet Law", (Ed.) BEIRNE, Piers: *Contributions and Development of Soviet Legal Theory*, Routledge, New York, 2015, s. 45-60.
- STALİN Josef V.: *Eserler Cilt 13*, (Çev.) KAYA, Saliha N., İnter Yayınları, İstanbul, 1992.
- STALİN, Josef V.: *Eserler Cilt 1*, (Çev.) YARKIN, İsmail, İnter Yayınları, İstanbul, 1989.
- STALİN, Josef V.: *Eserler Cilt 4*, (Çev.) YARKIN, İsmail, İnter Yayınları, İstanbul, 1990.
- STALİN, Josef V.: *Eserler Cilt 5*, (Çev.) YARKIN, İsmail, İnter Yayınları, İstanbul, 1990.
- STALİN, Josef V.: *Eserler Cilt 7*, (Çev.) YARKIN, İsmail, İnter Yayınları, İstanbul, 1991 (Cilt 7).
- STALİN, Josef V.: *Eserler Cilt 8*, (Çev.) KAYA, Saliha N. / YARKIN, İsmail, İnter Yayınları, İstanbul, 1991.

- STALİN, Josef V.: *Eserler Cilt VI*, (Çev.) YARKIN, İsmail, İnter Yayınları, İstanbul, 1990 (Cilt VI).
- STUÇKA, Pyotr.: “Burzhuaaznoe Pravo”, (Ed.) STUÇKA, Pyotr.: *Èntsiklopediya Gosudarstva i Pravo I*, Izdatel’stvo Kommunisticheskoy Akademii, Moskva, 1929, s. 216-219.
- SUKHOPLYUEV, İvan: “Administrativnaya Yustitsiya”, (Ed.) STUÇKA, Pyotr.: *Èntsiklopediya Gosudarstva i Pravo I*, Izdatel’stvo Kommunisticheskoy Akademii, Moskva, 1929, s. 45-50.
- TARACOUZIO, Timothy Andrew: “The Soviet Citizenship Law of 1938”, *The American Journal of International Law*, 1939, Cilt 33, Sayı 1, s. 157-160.
- TAYLOR, Pauline B.: “Treason, Espionage, and Other Soviet State Crimes”, *The Russian Review*, 1964, Cilt 23, Sayı 3, s. 247-258.
- TIMASHEFF, Nicholas S.: “Soviet Law”, *Virginia Law Review*, 1952, Cilt 38, Sayı 7, s. 871-885.
- TREVASKES, Sue: *Afterlives of Chinese Communism: Political Concepts from Mao to Xi*, Australian National University Press / VERSO, Acton, 2019.
- VAN ALSTEIN, Maarten: “From Enigma to Enemy”, *Journal of Cold War Studies*, 2011, Cilt 13, Sayı 3, s. 126-148.
- VISHNIAK, Mark: “Sovereignty in Soviet Law”, *Soviet Studies*, 1949, Cilt 8, Sayı 1, s. 34-45.
- VOYTINSKY, Josef C.: “Administrativny Akt”, (Ed.) STUÇKA, Pyotr.: *Èntsiklopediya Gosudarstva i Pravo I*, Izdatel’stvo Kommunisticheskoy Akademii, Moskva, 1929, s. 53-56.
- VOYTINSKY, Josef C.: “Administratsiye”, (Ed.) STUÇKA, Pyotr.: *Èntsiklopediya Gosudarstva i Pravo I*, Izdatel’stvo Kommunisticheskoy Akademii, Moskva, 1929, s. 56.
- VYSHİNSKY, Andrey Ya: *Revolyutsionnaya Zakonnost’ İ Zadachi Sovetskoy Zashchity*, Redakcionno-izdatel’skiy Sektor Mosoblispolkoma, Moskva, 1934 (Revolyutsionnaya Zakonnost’).
- VYSHİNSKY, Andrey. Ya.: “Advokatura”, (Ed.) STUÇKA, Pyotr.: *Èntsiklopediya Gosudarstva i Pravo I*, Izdatel’stvo Kommunisticheskoy Akademii, Moskva, 1929, s. 40-45.



1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu^(*)



The Crime of Sexual Abuse of Children in the 1858 Penal Code

Funda ÖZTÜRK



Araştırmacı Doktor

Anahtar Kelimeler

*Osmanlı Hukuku,
1858 Ceza
Kanunname-i
Hümayunu,
Tanzimat,
Çocuk,
Cinsel İstismar.*

Öz

İslam dini ve hukuku metinlerinde kadın ve çocukların önemine dair pek çok ifade bulunmaktadır. İslam hukukunu benimsemiş olan Osmanlı Devleti açısından da tabii olarak kadın ve çocuklar hususen değerlidir. Buna mukabil Tanzimat'ın ilanı Osmanlı hukukunda önemli değişikliklere yol açmış ve ilk kez 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda "çocuk" kavramına yer verilmiştir. Bu hukuki düzenlemeyi önemli kılan diğer husus ise çocuğa karşı işlenen cinsel istismar suçunun açıkça ifade edilmesi ve çocuğun hukuki bağlamda koruma altına alınmasıdır. Böylece ceza kanunuyla birlikte toplumsal sınıflandırmada hukuki boyutta çocuğun varlığı görünür kılınmıştır. Bu çalışma ile Osmanlı toplumunda çocuğa karşı işlenmiş cinsel istismar suçu ele alınarak toplumun çocuğa bakış açısı ve çocuğun 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu ile değişen konumu anlatılmaktadır. Bu bağlamda mahkemelere yansıyan ve şikâyet konusu olan çocuk istismarı vakaları arşiv belgeleri doğrultusunda ortaya konmaya çalışılacaktır.

Keywords

*Ottoman Law,
1858 Penal Code,
Tanzimat,
Child,
Sexual Abuse.*

Abstract

There are many statements about the importance of woman and children in Islamic religious and legal texts. Naturally, women and children are especially valuable for the Ottoman Empire, which adopted Islamic law. On the other hand, the proclamation of Tanzimat led to important changes in Ottoman law and the concept of "child" was included for the first time in the 1858 Penal Code. Another issue that makes this legal regulation important is that the crime of sexual abuse committed against the child is clearly stated and the child is protected within the legal context. Thus, with the penal code, the existence of the child in the legal dimension in social classification has been made visible. In this study, the crime of sexual abuse committed against a child in the Ottoman society will be discussed and the society's perspective on the child and the changing position of the child with the 1858 Penal Code will be explained. In this context, child abuse cases that are reflected in the courts and are the subject of complaints will be tried to be revealed in line with archival documents.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 01.03.2024, Kabul Tarihi: 19.04.2024.

Bu makale yazarın "Tanzimat Dönemi'nde Osmanlı Toplumunda Suç" adlı doktora tezinden üretilmiştir.

GİRİŞ

Osmanlı Devleti'nin hukuk yapısı şer'î ve örfî hukuk sistemine dayanmakla birlikte Tanzimat Dönemi'nde İslam hukukundan ayrılma başlamış ve modern hukukun temelleri atılmaya başlanmıştır. 3 Kasım 1839'da ilan edilen Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nda Osmanlı Devleti'nde artık yeni kanunların yapılmasının gerekli ve mühim olduğunun¹ söylenmesi Tanzimat'la birlikte kanunlar hususunda önemli adımlar atılacağı ve değişimlerin yaşanacağını işaretlemiştir. Bu değişimin ilk adımı da 1840 Ceza Kanunu ile atılmış ve daha sonra çıkarılan ceza kanunlarıyla hukuki yapıda birbirini tamamlayan nitelikte ilerleme kaydedilmiştir. 1840 Ceza Kanunu ile kamu hukuku alanında şer'î hukuktan ayrılma başlamış ve kanun hazırlanırken çeşitli kaynaklardan, özellikle Batı'da hazırlanmış kanunlardan yararlanılmıştır². Ancak esas olarak şeriatın ceza hukuku çerçevesinde kalınmıştır. Bununla birlikte Osmanlı tebaasının tümünün eşit olması ve Kanunname'nin, bu işle görevlendirilmiş bir kurul tarafından hazırlanarak ilan edilmesi Osmanlı Devleti'nde yasama ilkesinin ve yasama kuruluşunun ilk görünür denemesi olmuştur³. Kanun'da pek çok suç düzenlenmezken suçlar ve cezaları da ilkel bir şekilde kaleme alınmış ve bazı suçlarda “terbiyeleri icra oluna”, “takibine bakıla” gibi ifadelerle süresi belirtilmeyen cezalara yer verilmiştir. Kanun'da genel suç teorisine ait hüküm olmaması nedeniyle Osmanlı'nın eski kanunlarından pek farklı olmadığı⁴ ve İslam ceza hukukunun genel hükümlerini teyit eder nitelikte olduğu söylenebilir. Kanunname'nin bir diğer eksikliği ise kamu güvenliği olgusuna yer verilmemesidir. Tüm bu eksikliklerine rağmen suçların kanuniliği, kanun önünde eşitlik, keyfi ceza vermenin engellenmesi ve can, mal ile namusun kutsal şahsi haklar olarak kabul edilerek güvence altına alınması Kanun'u değerli kılmaktadır⁵.

1851 tarihli “Kanun-ı Cedid” ise Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye tarafından ve daha ayrıntılı olarak hazırlanmıştır⁶. Her ne kadar kamu hukuku alanında şer'î hukuktan ayrılma 1840 Ceza Kanunu ile başlamışsa da sınıf, mezhep ve din farkı gözetilmeksizin uygulanması 1851 Ceza Kanunu ile olmuştur. Böylece ceza hükümleri ve yargılama usulü laik denilebilecek kurallara göre hazırlanmıştır⁷. Bu Kanun'la birlikte ilk kez suçun tekrarlanması ve suça ortak olmaya dair hükümler yer alırken kamu davası da yine bu kanunla Türk hukuk sistemine girmiştir⁸. Devletin, mirasçılar affetse bile suçluyu cezalandırma yetkisine sahip olması, İslam hukukuna aykırı olmakla birlikte modern ceza için önemli bir adımdır⁹. Kanun-ı Cedid'in, 1840 Ceza Kanunu'ndan üslup ve içerik bakımından çok farklı olmadığı lakin daha önce düzenlenmeyen suç ve cezaların düzenlendiği, sabit cezalar yerine hâkimin takdir yetkisini mümkün kılan alt ve üst sınır cezaların belirtildiği¹⁰ de görülmektedir.

¹ KİLİ, Suna / GÖZÜBÜYÜK, Şeref: *Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifaktan Günümüze)*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2000, s. 21.

² LEWIS, Bernard: *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2007, s. 109; ŞENTOP, Mustafa: *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku*, Yayılcık Matbaası, İstanbul, 2004 (Ceza Hukuku), s. 28.

³ LEWIS, s. 110.

⁴ DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 1*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 125.

⁵ APAYDIN, Bahadır: *Kapitülasyonların Osmanlı-Türk Adli ve İdari Modernleşmesine Etkisi*, Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 113.

⁶ OTACI, Cengiz: *Hukukun Laikleşme Serüveni*, Birey Yayın, Ankara, 2004, s. 215; BOZKURT, Gülnihal: “Tanzimat ve Hukuk”, *Tanzimat'ın 150. Yılında Uluslararası Sempozyumu (31 Ekim-3 Kasım 1989)*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1994, s. 273.

⁷ ORTAYLI, İlber: *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2008, s. 208; ORTAYLI, İlber: *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Cedid Neşriyat, Ankara, 2012, s. 416.

⁸ Fakat müddeiummülük/savcılık kurumu halihazırda Osmanlı hukukunda yer almadığı için bu yetkiyi devlet adına kimin üstleneceği bilinmemektedir. Müdde-i umumilerle ilgili ilk hüküm 1864 Vilayet Nizamnamesi'nde yer alırken nizamnamede bu memurların görev ve yetkileri açıklanmamıştır. “Müdde-i umumilik” tabiri ise ilk kez 1870 tarihli “Dersaadet ve Mülhakat-ı İdare-i Zabita ve Mülkiyye ve Mehakim-i Nizamiyesine Dair Nizamname”sinde kullanılmıştır. Ancak bu kurumun kuruluşu ve görevlerinin belirlenmesi 1879 yılında Teşkilat-ı Mehakim Kanunu ile gerçekleşmiştir. DEMİREL, Fatmagül: *Adliye Nezareti Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914)*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 244-245; ÜÇÖK, Coşkun / MUMCU, Ahmet / BOZKURT, Gülnihal: *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 344; TAHİROĞLU, Bülent: “Tanzimat'tan Sonra Kanunlaştırma Hareketleri”, *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1985, s. 593; BOZKURT, s. 273; ŞENTOP, *Ceza Hukuku*, s. 88.

⁹ OTACI, s. 216.

¹⁰ AKGÜNDÜZ, Said Nuri: *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulanması*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 56.

1858 Ceza Kanunnâme-i Hümayunu'nun¹¹ İslam hukukuna uygunluğu hususu hakkında kimi hukukçular, Kanun'un, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununa dayandığını söylerken kimileri de İslam hukukuna açıkça aykırı hükümler içermediğini savunmaktadır. Daha ılımlı yaklaşanlar ise Kanun'un Fransa'dan alındığını ancak büyük değişiklik ve ilavelerle kanunlaştırıldığını ifade etmektedir¹². 1858 Ceza Kanunnâmesi'nde cezası gösterilmeyen bir eylemden kimsenin cezalandırılmayacağı, suçlarda da sadece suçu işleyen kişinin mesul olduğu belirtilmiştir. Ancak halkın tepkisini çekmemek için bu durumla çelişen İslam hukuku ceza kuralları ile kısas ve diyet kuralları da varlığını sürdürmeye devam etmiştir¹³. Bu gelişmeler doğrultusunda ceza kanunları hazırlanırken toplumun yapısına dikkat edildiği bununla birlikte dönemin şartlarına da uyum sağlanmaya çalışıldığı ve ilerleme kaydederek adımlar atıldığı söylenebilir. Bu adımlardan biri de bu çalışmanın konusunu oluşturan çocuk istismarı hakkındadır. Çocuklar artık yetişkinlerden ayrı tutularak istismarlarının varlığı kabul edilmiştir. Özellikle Tanzimat Dönemi'nde çocuk istismarı konusunda literatürde önemli boşluk bulunmaktadır. Bu nedenle arşiv belgeleri doğrultusunda Tanzimat Dönemi'nde yaşanmış çocuk istismarı vakaları 1858 Ceza Kanunnâme-i Hümayunu çerçevesinde incelenerek hem hukuki hem de toplumsal boyutu anlatılacaktır.

I. TANZİMAT DÖNEMİ CEZA KANUNLARINDA ÇOCUK İSTİSMARI

Irza geçme/tecavüz suçu bir erkeğin zor kullanarak bir başka insanla cinsel ilişkiye girmesi olarak açıklanabilir. Irza geçme suçu, Osmanlı Devleti'nin mahkeme kayıtlarında “fi'l-i şeni”¹⁴, “hetk-i ırz”¹⁵, “izale-i biki”¹⁶ gibi kavramlarla ifade edilmektedir.¹⁷

Tanzimat'la birlikte ilk kez can, mal ve namusun korunması siyasi taahhüt altına alınırken ceza kanunları ile de bu taahhüt eyleme geçirilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda 1840 ve 1851 Ceza Kanunlarında¹⁸ can, mal ve namusa yönelik adımlar atılırken 1858 Ceza Kanunu'nda daha radikal düzenlemeler yapılmıştır.

1840 Ceza Kanunu'nda “Onur ve haysiyet de ırz gibi önemlidir.” denilerek hakaret, sövme gibi fiiller namus suçu kapsamında ifade edilirken 1851 Ceza Kanunu'nda bu suçlara kız kaçırma ve sarhoşlukla birlikte sarkıntılık da eklenir. Sarkıntılık suçunun odak noktası ve cezalandırılan husus sarhoşken kız kaçırma vakalarında fiilin ne suretle işlendiğine dikkat çekilmektedir. Örneğin “Kız evlenmek için mi kaçırıldı?”, “Kızın rızası var mı?”, “Kıza karşı cinsel istismar gerçekleştirildi mi?” gibi soruların cevaplarına göre suç derecelendirilip suçlu cezalandırılır. 1858 Ceza Kanunu'nu¹⁹ daha radikal yapan

¹¹ Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında Meclis-i Âli-i Tanzimat'ın sekiz üyesinden oluşturulan bir komisyon tarafından eski ceza kanunları ile Tanzimat Dönemi ceza kanunları, 1855 tarihli Men'-i İrtikab Kanunnâmesi, şeyhülislamlığın eklediği maddeler ve diğer kaynaklardan faydalanılarak hazırlanmıştır. AKGÜNDÜZ, Ahmet: “1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnâmesinin Hukukî Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men-i İrtikab Kanunnâmesi”, *Bellekten*, 1987, Cilt 51, Sayı 199, s. 156-157; CİN, Halil / AKGÜNDÜZ, Ahmet: *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2017, s. 327.

¹² ŞENTOP, Mustafa: “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, 2005, Cilt 3, Sayı 5, s. 658.

¹³ BERKES, Niyazi: *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, (Çev.) KUYAŞ, Ahmet, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002, s. 223.

¹⁴ Fi'l-i şeni (kötü fiil): “Irza geçme [mutlaka “ırza geçme” manasına gelmez]. Bu çalışmada fi'l-i şeni irza geçme vakaları için kullanılmıştır. DEVELLİOĞLU, Ferit: *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Aydın Kitabevi, Ankara, 2006, s. 267.

¹⁵ Hetk-i ırz, “namus perdesini yırtma” demektir. DEVELLİOĞLU, s. 396.

¹⁶ İzale-i biki, “kızlığı bozma” demektir. DEVELLİOĞLU, s. 472.

¹⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel istismar deyiminden; a. “15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış” b. “Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılır”, denilmektedir. MERAN, Necati: *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 532. Tanzimat Dönemi ceza kanunları incelendiğinde çocuklara yönelik gerçekleştirilen bu fiilin tanımlaması yapılmamış sadece fi'l-i şeni ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla bu çalışmada ifade edilen cinsel istismar deyimini kavramsal anlamda kullanılmıştır. Türk Dil Kurumu'na göre cinsel istismar, “çocuklara karşı bedensel temasta bulunma yoluyla cinsel amaçla işlenen bir fiil” olarak ifade edilmektedir.

¹⁸ Bkz. Ahmed Lütfi: *Mirât-ı 'Adâlet yahud Tarihçe-i 'Adliyye-i Devlet-i 'Aliyye*, 1304; Ahmet Lütfi: *Osmanlı Adalet Düzeni*, (Çev.) BEYLEM, Erdiç, Marifet Yayınları, İstanbul, 1997.

¹⁹ Bkz. AKGÜNDÜZ, Ahmet: *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku*, Cilt 1, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011; KARAKOÇ, Serkiz: *Ceza Kanunu-Tahşiyeli*, Sanat Matbaası, 1331.

ise doğrudan “hetk-i ırz edenlerin mücazâtı beyanındadır” başlığı altında namusa yönelik suçların ele alınması ve bu başlık altında cinsel saldırıyı ifade eden meselelere değinilmesidir. Örtük beyanlar yerine artık açıkça namusa yönelik saldırılar ifade edilirken, çocuk istismarının cezai yaptırımını da yine bu başlık altında açıklanır. Tanzimat Dönemi ceza kanunlarında ilk kez *çocuk* kavramı kullanılarak 11 yaşından küçükler çocuk olarak kabul edilir. 1858 Ceza Kanunu’nda cinsel saldırının bu şekilde ifade edilmesine etki eden hususlardan biri Kanun’un *Code Penal*’den faydalanılarak hazırlanmasıdır. Bu doğrultuda *Code Penal*’de yer alan *kamusal ahlaksızlık*’a dair maddelere yer verilmezken *cinsel taciz* ve *ırza saldırı* ile ilgili bölümlerden uyarılama yapılır²⁰.

II. OSMANLI HUKUKUNDA ÇOCUK KİMDİR?

Bu çalışmanın konusu Tanzimat Dönemi’nde çocuk istismarı olduğundan Osmanlı hukukunda dolayısıyla da İslam hukukunda kime çocuk denildiğinin iyi anlaşılması gerekmektedir. Buna göre, İslam hukukçuları ehliyet bakımından insan hayatını beş aşamaya ayırır. İlk aşama *cenin dönemidir* ve ana rahminde başlayıp doğumla sona erer. Ceninin eksik hak ehliyeti bulunurken eda ehliyeti yoktur. İkinci aşama *çocukluk dönemidir* ve doğumdan temyiz dönemine kadar olan süreçtir. Bu dönemdeki çocuğa *gayrı mümeyyiz küçük* denilir. Hak ehliyeti olmakla birlikte eda ehliyeti yoktur. Üçüncü aşama olan *temyiz dönemi* ise henüz buluğa ermemeyle birlikte iyiyi kötüden, kârı zarardan ayırabilme gücüne sahip çocukları ifade eder. Bu dönemdeki çocuğa *mümeyyiz küçük* denilir. İslam hukukçuları genel olarak 7 yaşının bitimi ile bu çağın başladığını söyler. Bu dönemde çocuklar eksik eda ehliyetine de sahiptirler. Dördüncü aşama *buluğ dönemidir* ve biyolojik olgunluğa erişim ile başlar. Kişi bu dönemde reşit olmamışsa tam eda ehliyetine sahip değildir. Son aşama ise *rüşt dönemidir*, bu dönem genellikle buluğ ile birlikte gerçekleşse de bu zorunluluk değildir ve tespiti gerekmektedir. Genel olarak rüşt için bir yaş belirtilmemiştir. Baliğ olan kişi reşit de olmuşsa tam ehliyete sahiptir²¹.

İslam hukukçuları ve Osmanlılar, 9 ile 15 yaş arası çocukluktan yetişkinliğe geçiş ve birbirini tamamlayan çeşitli aşamaların gerçekleştiği dönem olarak görmüştür. Genel olarak fiziksel olgunluğa ulaşan, adet görmeye başlayan bir kız çocuğu 9 yaşını bitirdiğinde *bâliğa*, alt sınır olarak 12 yaşını tamamlayan erkek çocukları ise *bâliğ* kabul edilir. Buluğa ermenin üst sınırı ise her iki cinsiyet için 15 yaşın tamamlanmasıdır. Toplumsal yaşam içerisinde kız çocuklarının genellikle 12-14 yaşlarında, erkek çocuklarının ise 14-15 yaşlarında buluğa eriştikleri anlaşılmaktadır²². Bu sayılar bireyin evlenmesi, borçlanması, alım-satım yapması gibi pek çok yetkiye sahip olup olmadığının göstergesidir ancak bu standartlaştırma toplum açısından bireysel gelişimin arka planda kalmasına neden olmaktadır. Örneğin buluğa girmiş her kız ya da erkeğin evlenmeye hem fiziksel hem de ruhsal açıdan uygun olduğuna dair bir algı oluşmaktadır. Halbuki gerek İslam hukukunda gerekse Osmanlı hukukunda bireyin gelişimine göre bu yaşların değişebileceği söylenmektedir. Bu doğrultuda mahkeme kayıtlarında, şer’iyye sicillerinde genellikle çocuğun küçük olduğunu belirtmek için *sagîr/sagîre*, *sabi/sabiyye* ve *na-bâliğa* gibi kavramlar kullanılmıştır.

1868-1876 yılları arasında yürürlüğe giren Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin²³ 986. maddesinde erkeklerde buluğ yaşı 12, kızlarda 9 iken her iki cinsiyet için buluğ yaşının üst sınırı 15 olarak kabul edilmiştir. Bu yaşa kadar buluğ belirtileri göstermeyen erkeklere mürâhik, kızlara ise mürâhika denilmektedir.²⁴ Esas değişim ise 1917 tarihli Hukuk-ı Âile Kararnamesi’yle yaşanmış ve erkeklerde buluğ yaşının üst sınırı 18, kızlarda 17 olarak belirlenmiştir.²⁵

²⁰ TUĞ ONARAN, Başak: “1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu’nda Irz ve Namus Kavramlarının Kodifikasyonu ve Toplumsal Cinsiyet”, *Akdeniz Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Dergisi*, 2022, Cilt 5, Sayı 2, s. 227.

²¹ CİN, Halil / AKYILMAZ, Gül: *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2020, s. 293-295.

²² ARAZ, Yahya: “Osmanlı İstanbul’unda Çocuk Olmak”, (Ed.) YILMAZ, Coşkun: *Antik Çağ’dan XXI. Yüzyıla Büyük İstanbul Tarihi Toplum*, İBB Kültür Yayınları, İstanbul, 2015, s. 476.

²³ AKGÜNDÜZ, Ahmet: *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1990, s. 297.

²⁴ Ali Haydar Efendi: *Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, Cilt 3, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2017, s. 1826.

²⁵ AYDIN, M. Akif: “Hukuk-ı Âile Kararnamesi”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1998, Cilt 18, s. 316.

Hem kavramsal hem de nitelik bakımından 1858 Ceza Kanunu'ndaki değişimin görülebilmesi için 1840 ve 1851 Ceza Kanunları çerçevesinde çocuk istismarının nasıl ele alındığı birkaç örnekle açıklanabilir. Örneğin, 1845 yılında Karahisâr-ı Şarkî sancağı İskefsir kazası müdürü Hacı İbrahim Ağa, Bodurcuoğlu İbrahim'in *sagire* üvey kızının bekâretini bozmaya cesaret ettiği ve şikâyet üzerine mahkeme yapılmadan İstanbul'a kaçtığı haber alınmıştır. Fakat İbrahim'in kaçması tecavüz olayını işlediği anlamına gelmediğinden önce araştırılıp bulunması ve sonrasında yargılanarak gerekli cezanın verilmesine karar verilmiştir²⁶. Bir başka vakada ise 1850 yılında Karahisâr-ı Şarkî sancağında Gürze köyüne yerleşmiş olan zimmi Nikola'nın *10 yaşındaki* bakire kızı Mariya aynı köyden zimmi Kırz tarafından kaçırılır. Babanın şikâyeti üzerine kız bulunur ve kaçırılan kişi de olayı kabul eder fakat ifadesinde olayın zorla değil isteyerek olduğunu belirtince dava şer'an hadd-i zina olarak açılır. Bu doğrultuda Kırz'ın ceza kanunu gereğince mahalinde altı ay müddetle hapsedilmesine karar verilir²⁷. İlk olayda *sagire* denilerek kızın küçük olduğu belirtilmiş fakat yaşı açıkça belirtilmemiştir. Zanlı kaçtığından cezai yaptırımın nasıl uygulandığı bilinmemekle birlikte olayın çocuğa karşı yapılmış bir istismar kapsamında ifade edilmemesi mümkün olabilir. Ayrıca istismarcının çocuğa yakınlığı hususuna dair de farklı bir cezai yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir. İkinci vakada ise kızın 10 yaşında olduğu açıklanmış olduğu halde rıza esas alınarak cezai yaptırım uygulanmış ve mesele çocuğa karşı cinsel saldırı olarak değil şer'an hadd-i zina kapsamında değerlendirilmiştir. Muhtemeldir ki kız adet gördüğü için artık *sagire* değil buluşa erişmiş biri olarak değerlendirilmiş ve sadece adet görmüş olduğu için mağdur değil fail olmuştur. Yine belgede kız çocuğunun ifadesi açıklanmazken erkeğin ifadesi doğrultusunda cezai yaptırım belirlenmiş ve kız çocuğunun rızası olduğu kabul edilmiştir.

1851 Ceza Kanunu kapsamında gerçekleşen vakalarda çocukların yaşlarından ziyade bekâretlerine dikkat çekilerek cezai yaptırım uygulanmaktadır²⁸. Bu durum henüz kanunlarda dahi çocuk istismarına yer verilmediğini göstermektedir. Örneğin Küre-i Nühas -Kastamonu- kazası Battallar köyünden Cemidoğlu Mehmet, Döndü ve *sagire* Ayşe'nin zorla bekâretine zarar vermiştir. Açılan davada Mehmet, Döndü'nün bekâretini bozduğunu kabul edip Ayşe olayını reddedince hadd-i şer'î ile kız kaçırma olayına ceza verilmesi gerekmiş ve Mehmet'in hapis tarihinden itibaren bir sene müddetle mahalinde prangaya konulmasına karar verilmiştir²⁹. Çocuk olan Ayşe'nin istismarı ise yine görülmemiştir denilebilir.

III. 1858 CEZA KANUNNAME-İ HÜMAYUNU'NDA ÇOCUK İSTİSMARI

1858 Ceza Kanunu ilan edilmeden önce vakalarda hüküm verilirken çocuğun yaşı ve fiilin zorla gerçekleşmesi gibi unsurların odak noktası olmadığı söylenebilir. 1858 Ceza Kanunu'ndan sonra dahi toplumsal olarak henüz bu hususların önem arz etmediği anlaşılırken kanun önünde artık çocuğun rızasının hükmü olmadığı açıkça belirtilmektedir. Örneğin Yozgat kasabasında Hacı Mehmet'in *5 yaşındaki* sabi oğlu Şükrü'ye kasaba ahalisinden Veli oğlu Ahmet fi'l-i şenî yapınca olay, Meclis-i Vâlâ'ya havale edilmiş ve muhakemat dairesinde görüşülmüştür. Ahmet, Şükrü'ye rızasıyla bu fiili yaptığını itiraf etmişse de *5 yaşında çocuğun rızasının hükmü olmayacağından* Ahmet'in buna göre cezalandırılması gerekmektedir, denilmiştir³⁰.

Birçok hâkim, hükmü açıklarken zor kullanma, rızanın kabul edilemeyeceği gibi unsurları dikkate alarak cezai yaptırımı ağırlaştırmaktayken sadece ceza kanununun gereğini uygulayan hâkimlerde bulunmaktadır. Keza cezai yaptırımın artırılıp artırılmayacağı hâkimin takdir yetkisindedir. 1863 yılında Caferoğlu Hanefi, Kızılkoca kazasında Saray köyünden Ebioloğlu İbrahim'in *5 yaşındaki* kızı Ayşe'nin bokrini izale ettiğini sorgusunda itiraf edince Hanefi'nin Ceza Kanunu'nun 197. maddesi

²⁶ A.} MKT., 29/89 (03.11.1261/03.11.1845) (Belgelerin arşiv künyesi ile Hicri ve Miladi takvim tarihleri verilmiştir).

²⁷ A.} MKT. MVL., 30/38 (12.10.1266/21.08.1850).

²⁸ A.} MKT. UM., 69/70 (16.10.1267/14.08.1851); A.} MKT. MVL., 64/67 (22.10.1269/29.07.1853).

²⁹ A.} MKT. MVL., 45/80 (27.11.1267/23.09.1851).

³⁰ MVL., 749/4 (25.04.1284/27.08.1867).

hükmünce hapis tarihinden itibaren bir sene müddetle mahalinde hapsedilmesine hükmolunmuştur³¹, denilmiştir. Bu vakada hâkimin takdir yetkisini kullanarak cezayı üst sınırdan verdiği anlaşılmaktadır.

1858 Ceza Kanunu'nda "*madde 197: Her kim 11 yaşından aşağı bir çocuğa fi'l-i şeni' icra eyler ise, altı aydan aşağı olmamak üzere muvakkaten hapis cezasıyla mücazat olunur*" denilerek çocuk kavramı belirli bir sınır içerisine alınmış ve çocuğa karşı yapılan cinsel eylem ayrı tutulmuştur. Artık tecavüz vakası ile çocuğa tecavüz vakası ayrı nitelik kazanmıştır. Diğer bir madde ise suçun zorla gerçekleştiğine dair "*madde 198: Bir adam bir kimseye cebren fi'l-i şeni' icra eder yani ırzına geçer ise muvakkaten küreğe konulur*" hüküm içermektedir. Ceza Kanunu'nun bu hükmüyle mahkeme kayıtlarında fiilin zorla olduğuna dair vurgu yapılarak söz konusu çocuklar olduğunda zorla ırzına geçilmiştir, denilerek suçlunun 198. madde gereğince de yargılanması sağlanmaktadır. Bu durum hâkimin takdir yetkisi ile suçluya verilen cezanın arttırılmasına olanak tanımaktadır. Misal 1859 yılında Bozok sancağı, Kızılkoca kazasına bağlı Pembecik köyünden İbrahim, tahminen 7 yaşındaki Elife'yi bağa götürüp zorla bekâretini bozunca olay Meclis-i Vâlâ'ya gönderilmiştir. İbrahim'in inkârı nedeniyle mesele her ne kadar şer'î sabit olamamışsa da Elife'nin bekâretinin bozulmuş olduğu muayene sonucu anlaşılmıştır. Ayrıca olay, iki kişi tarafından haber verildiğinden kanunun 198. maddesi esas alınarak cezai işlem uygulanması istenmiştir³². Cinsel şiddetin yanı sıra bu şiddeti ispatlayabilmek için çocukların muayene edilmesi yine cinsel şiddetin neden olduğu başka bir travmadır.

Kanunun yanı sıra toplumun çocuğa bakış açısı da büyük önem taşımaktadır. 1867 yılında Karacaviran köyünde yaşanan vaka toplum algısının ne kadar önemli olduğunu bir kez daha göstermektedir. Olay, İbrahim'in 5-6 yaşlarındaki kızı Fatma'nın komşularının çocuklarıyla oyun oynamak için ahırlarına gitmesiyle başlar. Komşu Habib ahırda çocuklarıyla oynarken yanlarına gelen Fatma'nın başına çöküp buluğa ermemiş kızın bıkırını izale eder. Fatma sorgusunda Habib'in çocuklarıyla ahırlarında oynarken kendisini ahırda öküzün oraya götürüp fi'l-i şeni' yaptığını ve ahırda bulunan diğer çocuk Esme'nin onları görünce bağırıldığını kendisinin ise kan içinde kaldığını anlatır. Habib ise Fatma'nın çocuklarıyla oynamak için her zaman ahırlarına geldiğini, o günde yine geldiğini ancak böyle bir olayın yaşanmadığını söylemiştir. Köyün imamı Yusuf Efendi, ihtiyarları Ömer oğlu Yusuf, Ahmet oğlu Hasan, Memük, Hüseyin, İbrahim ve Halil de sorgularında Habib'in kendi ahırında Fatma'nın bıkırını izale ettiğini söylemişlerdir. Bu iddialarını ise kızın önünü ve yanını kanlı görmeleri ve Habib'in de "*beni Sivas'a götürsen şeytana uydum böyle bir şey yaptım*" diye içlerinde itiraf etmesini göstermişler ve bu sözlerinden dolayı kabahati açıkça ortadadır, demişlerdir. Bunun üzerine ceza kanununun 200. maddesinin uygulanması ve bıkırın tazmini hususunda meselenin meclis-i kebire havalesi bildirilmiştir³³. Çocuk istismarının önüne baba olmak dahi geçememiştir. Habib, Fatma yaşlarında çocukları olduğu halde çekinmeden ve utanmadan çocukları ile oynayan bir başka çocuğu istismar etmiştir. Bu duruma zemin hazırlayan nedenlerden biri olarak toplumda çocuk kavramının yer edinmemiş olması gösterilebilir. Zira, bu fiil Habib'in çocuklarına yapılmış olsa Habib'de diğer pek çok baba gibi kızını ya o kişi ile evlendirmeye ya da namusunun tazminatını almaya çalışması muhtemeldir.

Belirli yaş sınırlamalarıyla çocuk kavramı açıklanmaya çalışılmakla birlikte toplumsal hayatta kişinin davranışları da çocukluktan çıkıp çıkmadığının göstergesi olabilir. Trabzon'da yaşanan vakada 9 yaşındaki kızın bahçede kardeşi ile oyun oynaması ve şeker vaadi ile kandırılması kişinin buluğa ermesi ile çocukluktan çıktığı anlamına gelmediğini göstermektedir. Vaka ise şöyledir: 1860 yılında Trabzon'da Bayram mahallesinden çiftçi Mustafa çavuşun oğlu Salih'in komşusu Mehmet Ağa'nın 9 yaşındaki kızını kandırarak hanesine götürdüğü ve bıkırını izale ettiği olay araştırılırken ortaya çıkar. Ceza Kanunu'nun 197. ve 200. maddeleri gereği tutuklandığı tarihten itibaren altı ay süreyle hapsedilmesi, tanzim akçesinin alınıp kızın babasına verilmesi Trabzon valisi tarafından Meclis-i Vâlâ'da

³¹ MVL., 656/23 (20.04.1280/4.10.1863).

³² A.} MKT. MVL., 111/79 (27.04.1276/23.11.1859).

³³ MVL., 747/120 (22.12.1283/27.04.1867).

görüşülmek üzere sunulur. Vaka ve sonrasında gerçekleşenler ise anlatılanlara göre şu şekildedir: Salih, erkek kardeşi Şükrü ile evlerinin önünde oynayan küçük kıza “*gel sana şeker vereceğim*” diyerek kızı kendi evlerindeki odasına götürür ve Şükrü’yü de meyve yemesi için bahçedeki erik ağacına gönderir. Salih, kızın bıkırını izale ettikten sonra eline on para ve Şükrü’ye de birkaç tane erik vererek kapıdan çıkıp gider. Ardından çocuklar annelerine durumu anlatır ancak asıl kanıt Salih’in ayakkabılarının üzerindeki kan lekeleridir. Salih’in anne ve babası ile komşuların dahi kanı gördükleri ve hatta “*bu işi niçin ettin*” diyerek babasının Salih’i darp ettiği söylenir. Oğlanın ailesi nikah yapılmasını istese de o bunu kabul etmez. Buna rağmen baba, nikah anlaşması için birkaç kişi ile birlikte Mehmet Ağa’nın yanına gider. Mustafa çavuş kızı 4 bin kuruş bedel ile oğluna nikahlamak ister ancak hazır akçesi olmaması nedeniyle bu akçeye karşılık mülk göstererek senet yapılmasını talep eder. Şahitlik için bulunan Halil Efendi ve Aziz Ağa’nın “*böyle şeyler hükümetin bileceği iş olup gidek hükümet aracılığıyla tesviye edek*” diye cevap vermeleri üzerine mesele yargıya taşınmış olur³⁴. Mahkemede Kanun’un 197. maddesi hükmünün uygulanmasına karar verilmiştir³⁵. Bu vakada dikkat çeken hususlar kızın ve zanlının ailesinin kızı çocuk olarak nitelendirmeksizin namusunu temizlemek adına istismarcısı ile evlendirmeye çalışması ve vakanın tecavüz gerçekleşince değil verilecek olan ücret konusunda anlaşamayanca mahkemeye taşınmasıdır. Bu durum toplumun çocuğa bakış açısını göstermesi bakımından önemlidir. Zira 9 yaşındaki kız, çocuk değildir ve namus kavramı para ile denk görülebilmektedir. Lakin olay mahkemeye taşınınca hükmün Kanun’un 197. maddesi gereğince verilmesi toplumsal olarak değişmeyen çocuk ve istismarının kanunla değişmeye başladığını göstermektedir. Bununla birlikte istismarcısı ile evlenmesine izin vermeyen babalar da bulunmaktadır. Örneğin, 1860 yılında İsmail köyünden Topal Ahmet oğlu Mehmet’in 7 yaşında bakire kızı Fatma, hizmetçileri bulunan yine aynı köyden kör Çırakoğlu Ali’ye yemek götürdüğü sırada Ali’nin Fatma’nın bıkırını zorla izale ettiği babası Mehmet tarafından iddia edilmiş ve mahkemede Ali de olayı itiraf edip Fatma ile evlenmeyi istemiştir. Ancak baba, buna razı olmadığını açıklayarak kızının tazmin akçesini ve Ali’nin cezalandırılmasını talep eder. Kanununun 200. maddesine göre Ali’den bin kuruş tazmin akçesi tahsil edilerek baba Mehmet’e verilmesine ve 197. madde hükmünce Ali’nin altı ay müddetle hapsine karar verilmesi hususu görüşülmüştür³⁶. Lakin babanın kızını korumak için mi bu şekilde davrandığı yoksa sadece tazmin akçesini alıp kızını bir başkası ile evlendirme niyetinde mi olduğu bilinmemektedir.

Osmanlı Devleti’nde gerek yönetim anlayışında gerek toplumda çocuğun çocuk olarak bir yeri ve anlamı yokken 1858 Ceza Kanunu ile çocukların varlığı kabul edilerek dokunulmazlıkları hukuki bağlamda güvence altına alınmıştır. Bu güvence doğrultusunda çocuklarını korumaya çalışan bir annenin feryadı tarihte yerini şu şekilde alır: 1860 yılında Osmanlı tebaası ve Latin milletinden Anat Hatun, evinde kiracı olan Osmanlı tebaası ve Rum milletinden Yani’nin, kızları 9 yaşındaki Linko ve 7 yaşındaki Karmile’nin ırzına geçmeye çalıştığı iddiası ile şikâyetle bulunur. Yani sorgusunda bu iddiayı reddetse de kızların muayenesi sonucunda bekâretlerinin örselenmiş olduğu ve ayrıca Yani’de bulunan bir hastalığın çocuklara sirayet etmiş olduğu da anlaşılmıştır. Bu delillere rağmen Yani inkârda ısrarcı olunca Anat Hatun Yani’ye hitaben “*benim toz ekmeğimi yedin ve iki sabi evladımı berbat eyledin cümlemizin ma’budı olan cenab-ı hüddadan dilerim ki tez vakitte dünyayı gören iki gözün önüne aksın*” diyerek beddua etmiştir. O sırada hemen Yani’nin gözünün biri şişmiş, kendisine bir hastalık gelip mecalsiz ve takatsiz kalınca hastaneye gönderilmiştir. Akabinde tedavi ettirilmiştense de iki gözü birden şişip kapanmış ve gözünün biri altı saat zarfında akmış diğeri de akmak üzere bulunmuştur. Bu olay küçük çocuklara yaptığı fiil hakkında şüphelerin ortadan kalkmasına neden olmuş çünkü Yani, sekiz seneden beri Anat Hatun’un evinde oturup onun ekmeğini yemiş ve çocuklara kötülüğe cüret etmiştir. Yaşanan bu durum ise manevi bir delildir. Ancak Yani’de olan hastalığın çocuklarda da görülmesi usul ve kurallar gereği ispata kâfi olduğundan Yani, Kanun’un 197. maddesi gereğince yargılanmış ve hapis tarihinden itibaren altı ay

³⁴ A.} MKT. MVL., 118/26 (29.12.1276/18.07.1860).

³⁵ A.} MKT. MVL., 118/57 (07.01.1277/26.07.1860).

³⁶ MVL., 604/93 (25.05.1277/09.12.1860).

müddetle hapsedilmesine ve müddeti sonunda tahliyesine karar verilmiştir. Ayrıca olayın örnek teşkil etmesi için Takvîm-i Vekayi ve Ceride-i Havadis'te ilan edilmesine de izin verilmiştir³⁷. Bu olayda annenin bedduası sonrasında yaşananlar toplumun manevi yapısına dokunacak şekilde ifade edilerek çocuklara dokunmanın hukuki boyutu haricinde manevi boyutunun da olduğu gösterilmek istenmektedir.

1861 yılı içerisinde yaşanan çocuk istismarı vakaları hemen her yerde çocukların istismarcılarla karşılaşabileceğini göstermektedir. Örneğin, Seydişehir kazasına bağlı Nuzumle köyü ahalisinden Mehmet'in 8 yaşındaki kızı Emine'nin bickrini izale eden Abdullah'ın teşhir edildikten sonra üç sene müddetle küreğe konulmak üzere Kıbrıs'a gönderilmesine ve 500 kuruş tanzim akçesinin Abdullah'tan alınıp kızın babasına verilmesine karar verilmiştir³⁸. Yine Tavas kazasından 8 yaşındaki Ayşe'ye cinsel istismarda bulunan Osman'ın tanzim akçesi alınmakla birlikte üç sene müddetle Kıbrıs'ta küreğe konulması kararlaştırılmıştır³⁹. Bu yaştaki çocuklara yapılan istismarda 197. madde esas alınmakla birlikte yaşları nedeniyle rızanın hükmü olmayacağı dolayısıyla fiilin zorla yapıldığı belirtilerek hâkim takdir yetkisini kullanmış ve cezai yaptırımı ağırlaştırmıştır⁴⁰. Ayşe'den sadece bir yaş büyük olan Emine'nin ise ifadesinin hükmü olmamıştır. Zanlının zorla olmadı ifadesi esas alınırken Emine'nin zorla oldu ifadesi kanun önünde de hükümsüz sayılmıştır. Çünkü kız çocuğunun beyanından başka bir ispatı yoktur. Aynı yıl gerçekleşen olay ise şu şekildedir: Bayramiç kazasının bir köyünde Koca Osmanoğlu Ahmet'in 9 yaşındaki kızı Emine, akranı kızlarla çeşme önünde oynarken Abdurrahman oğlu Ali gelerek "*seni karındaşın istiyor gitmez isen döğecek*" demesi üzerine Emine koşarak gider. Bu sırada Ali, Emine'nin arkasına düşüp dere kenarına gelince kızın ağzını kapatıp bickrini zorla izale eder. Lakin Ali, olayın kızın rızası ile olduğunu söyleyince yani zorlamayı reddedince kızın da başka bir kanıtı olmadığından hüküm açıklanırken ağırlaştırıcı maddelere yer verilmez. Neticesinde bir yıl hapis cezası yeterli görülüp serbest bırakılır. Kanuna göre tazmin akçesi ödenmesi gerekli iken kızın ailesi tarafından Ali tazmin akçesinden de affedilir. Tazminin tahsili davacının talebine bağlı olduğundan Ali'den tazmin akçesi alınmaz⁴¹. Bu bağışlayıcılığın sebebi ne olabilir, acaba bir kız çocuğu daha istismarcısı ile evlendirilmiş olabilir mi? Ayrıca bu olayda hukuki olarak iki şey dikkat çekmektedir: Birincisi çocuğunun muayene ettirilmemesi ki aile buna razı gelmemiş olabilir. İkincisi ise çocuğun rızası olmaz ifadesinin hüküm verilirken kullanılmamış olmasıdır. Her ne kadar çocuk istismarı olduğu açıkça ifade edilmemiş dahi olsa artık çocukların hukukken yok sayılmadığı ve suçluların az veya çok cezalandırıldıkları görülmektedir.

Çocuklara karşı cinsel istismarda cezai yaptırımı ağırlaştıran bir başka husus ise çocuğun kaçırılmak suretiyle istismar edilmesidir. Örneğin 1861 yılında Adana'ya bağlı Çanakçı köyünden Mehmet'in 10 yaşındaki kızı Emine, gece annesiyle uyurken Harputlu Ahmet, arkadaşı Yusuf, kolcu Mehmet ve çoban Mustafa tarafından bir hayvana bindirilip kaçırılmıştır. Arkadaşları ile birkaç saat mesafe beraber gittikten sonra ayrılmışlar ve Ahmet, bazı şeyler vaat ederek kızın bickrini izale etmiştir. Anne ve kızın sorgusundan anlaşıldığı üzere kız ve annesi onları görünce bağırışlarsa da seslerini duyuramamışlar ve anneyi darp edip kızı zorla kaçırmışlardır. Ahmet ise dört ay önce kızın kendisi ile evlendirilmek üzere söz verildiğini ancak sonradan başkasıyla evlendireceğini duyunca kızı kaçırp bu olayı gerçekleştirdiğini kabul eder. Arkadaşlarının ise Ahmet'e yardım ettiği kesinleşmediğinden bu kişilere suça yardımdan yaptırım uygulanamaz. Ancak Ahmet'in buluşa ermemiş bir kızı zorla kaçırdığına şüphe olmadığından mahallinde teşhir edildikten sonra üç sene müddetle küreğe konulmak üzere Kıbrıs'a gönderilmesine karar verilir⁴². Başka bir kaçırma olayı ise Konya'nın İzvid Ulvi köyünde yaşanır. İsmail'in Hacı Hüseyin oğlu Mahmut'un 11 yaşındaki kızı Zahide'yi gece hile ile hanesinden çıkarıp zorla orada bulunan asakir-i

³⁷ A.} MKT. MVL., 122/4 (22.04.1277/7.11.1860).

³⁸ MVL., 609/28 (28.09.1277/09.04.1861).

³⁹ A.} MKT. MVL., 137/1 (01.06.1278/04.12.1861).

⁴⁰ A.} MKT. MVL., 132/68 (19.03.1278/24.09.1861); MVL., 614/41 (28.02.1278/4.09.1861).

⁴¹ MVL., 610/7 (08.11.1277/18.05.1861).

⁴² A.} MKT. MVL., 136/3 (17.05.1278/20.11.1861); MVL., 613/1 (08.12.1277/17.06.1861). Ailesinin yanından kaçırılarak istismara uğrayan başka çocuklara da rastlamak mümkündür. MVL., 610/84 (27.11.1277/6.06.1861).

nizamiye çavuşlarından Mehmet'in evine götürdüğü ve bickrini izale ettiği ihbar edilir. İsmail sorgusunda olayı reddetse de ebenin kontrolü sonucunda kıza zarar verildiği ortaya çıkar. Bu nedenle Mehmet hakkında da soruşturma başlatılır. Çünkü Kanun'un 206. maddesi ilavesinde her kim bir *balığa* veya *gayr-i balığayı* zorla kaçırılması emrinde yardım ederse onun bir aydan altı aya kadar hapsolmesi yazılıdır. Ancak Mehmet çavuş onları sadece evine kabul ettiğinden çavuşun Ceza Kanunu gereğince bir ay müddetle hapsedilmesi Ordu-yı Hümayûn müşirine bildirilir⁴³. İsmail'in ise hapis tarihinden itibaren mahalinde teşhir edildikten sonra üç sene müddetle Kıbrıs'ta küreğe konulmasına ve ayrıca tazmin akçesinin alınıp kızın velisine verilmesine hükümlenir⁴⁴. Ceza Kanunu'nda 11 yaşından aşağı olmak denilerek yaş sınırı belirlenmekle birlikte belgelerden bickr-i balığa olarak geçen 11 yaşındaki çocuklarında cinsel şiddete maruz kaldığı anlaşılmaktadır⁴⁵. Ancak ceza hukukuna göre onlar çocuk değildir. Ve bu vakada verilen cezada temel nokta kızın zorla kaçırılmak suretiyle istismara uğramasıdır. Yukarıda bahsi geçmiş olan Habib bir başkasının çocuğuna tecavüz ederken kimi babalar, üvey babalar da kendi canlarına, emanetlerine bu suçu işlemektedir. 1859 yılında Murat kaptan *11 yaşındaki* üvey kızı Fatma'ya zorla fi'i şeni yapıp olayı itiraf etmesi üzerine üvey baba olması yani çocuğa olan yakınlığı dikkate alınarak hapis tarihinden itibaren teşhir edildikten sonra beş sene müddetle Tersane-i Amire'de küreğe konulmasına, izale-i bickr maddesinden dolayı da kanunen tazmin akçesi alınarak kızın velisine verilmesine karar verilmiştir⁴⁶. Bu vakada da dikkat çekilen husus yaş değil istismarcının mağdura yakınlığıdır.

Genel olarak çocukların yaşadığı cinsel istismarda babaların, amcaların, dedelerin şikâyetçi olduğu görülmektedir. Fakat çocuğun vasisi olmadığı durumlar söz konusu olunca olayı gören veya bilgi sahibi olan kimselerin de çocuk adına şikâyetçi olduğu anlaşılmaktadır. 1892 yılında gece evine girerek *9 yaşındaki* yetime Ayşe'nin bickrini zorla izale eden komşu Halil ve arkadaşı Kabaklıoğlu Mehmet yakalanmışlardır. Bu surette bedel-i bickrin tazmin ettirilmesi ve bu kişilerin cezalandırılması için Hamidiye kazasına bağlı Hasan Şeyh Tekkesi köyü ahalisinden ve Tophane-i Amire beylik fırını hademesinden Ahmet imzasıyla dilekçe verilince mesele, gereği yapılmak üzere araştırılacaktır, denilmiştir⁴⁷. Başka bir vakada ise anne babası olmayan çocuğun istismardan kurtulması için akrabalarının başvurusu söz konusudur. 1859 yılında Sinop sancağı Boyabad kazasına bağlı Şehriviran divanında yaşayan Abdullah, *5 yaşındaki* Hanife'yi velisi olmadığı halde oğlu sabi Mustafa'ya nikahlamıştır. Çocuğun hem annesi hem de babası vefat ettiğinden velisi kalmamıştır. Ancak akrabalarının da bu evliliğe izni yoktur, bu nedenle kıyılan nikah şer'an dahi bozulmuştur, denilerek nikahın feshiyle sabiyenin Dersaadet'e akrabalarının yanına gönderilmesi için Sinop kaymakamına amca Galip Bey tarafından dilekçe yazılır⁴⁸.

Ceza Kanunu'nda 11 yaşından aşağı olan kişiler çocuk olarak nitelendirilmelerine rağmen 9 yaşından itibaren buluşa erişmeleri nedeniyle bu yaş itibarıyla cinsel istismarda mahkeme kayıtlarında vurgulanan nokta küçüklükleri değil bekâretleri olmuştur. Örneğin 1866 yılında Lapseki kazasına bağlı Musa köyünden sığırtmaç Yusuf'un *10 yaşında* bakire kızı Habibe altı yaşındaki küçük erkek kardeşiyle birlikte değirmene giderlerken yine o kasabada Okçular köylü Musa'nın 17 yaşındaki oğlu Mehmet'in derede kızın bickrini zorla izale ettiği iddia edilir. Mehmet, sorgusunda olayı itiraf edince Ceza Kanunu'nun 200. maddesi gereğince bin kuruş tazmin akçesi alınıp kızın velisine verilmesine ve kendisinin hapis tarihinden itibaren 18 yaşından küçük olmasından dolayı teşhir edilmeden üç sene müddetle küreğe konulmasına karar verilir⁴⁹. 10 yaşında olup da henüz baliğ olmayan çocuklarda ise cezai yaptırım belirlenirken yine mağdurun baliğ olmadığına dikkat çekilir⁵⁰.

⁴³ MVL., 609/49 (08.12.1277/17.07.1861).

⁴⁴ A.} MKT. MVL., 130/87 (10.02.1278/17.08.1861).

⁴⁵ İ.MVL., 319/13481 (22.02.1271/14.11.1854); MVL., 616/65 (03.04.1278/8.10.1861).

⁴⁶ A.} MKT. MVL., 111/79 (27.04.1276/23.10.1859).

⁴⁷ DH. MKT., 1981/88 (09.01.1310/3.08.1892).

⁴⁸ A.} MKT. DV., 136/68 (24.07.1275/27.02.1859).

⁴⁹ MVL., 745/64 (19.02.1283/3.07.1866).

⁵⁰ A.} MKT. UM., 430/21 (17.03.1277/3.10.1860); MVL., 609/3 (11.10.1277/22.04.1861); MVL., 602/52 (29.01.1277/17.08.1860).

Erkek çocuklarının da kız çocukları gibi cinsel istismara maruz kaldığı görülmektedir. Erkek çocuklarına gerçekleştirilen bu istismarın azımsanmayacak surette olduğu da söylenebilir. Örneğin, 1859 yılında Bolu sancağına bağlı Alaplı kazası ahalisinden Koca Ali'nin *sagir* oğlu Emin'i kaza sakinlerinden Çotur Mehmet zorla kesr-i irza cesaret etmiştir⁵¹. Yine 1860 yılında Isparta'da İkinci Mahallesi ahalisinden Ağlasonlu oğlu Mustafa'nın aynı mahalleden Tuğcu oğlu Mustafa'nın 5 yaşındaki sabi oğlu Abdulhalim'e zorla fi'l-i şeni' yaptığı ihbar ve araştırma sonucu ortaya çıkmıştır. Mustafa'ya Kanun'un 197. maddesinin, ayrıca kendisi bu gibi işlerde sabıkalı olduğundan kanunun 198. maddesinin uygulanması hükmolunurken, 5 yaşında bir sabi çocuk hakkında bu kötülüğü zorla yapmaya cesaret ettiğinden hakkındaki cezanın şiddeti arttırılarak hapis tarihinden itibaren mahalinde teşhir edildikten sonra beş sene müddetle Kıbrıs'ta küreğe konulmak üzere oraya gönderilmesi Meclis-i Vâlâ'dan mazbatayla bildirilmiştir⁵². Bir başka vakada da 1861 yılında Taşköprü kazasına bağlı Kırall köyünden Ortan oğlu Ali'nin 3 yaşındaki oğlu Ahmet'e hizmetkarları Çinganoğlu Mehmet, evin ahırında zorla fi'l-i livata yapmıştır. Babanın şikâyeti üzerine vaka ortaya çıkmış ve Mehmet'in beş sene müddetle küreğe konulmak üzere Sinop'a gönderilmesine karar verilmiştir⁵³. 1863 yılında Isparta'da Cami'-i Atik mahallesinden Köseoğlu'nun tahminen 4 yaşındaki oğlu İbrahim'e aynı mahalle sakinlerinden tahminen 18 yaşında olan Müftioğlu Mehmet'in fi'l-i şeni' yaptığı iddia edilerek şikâyetçi olununca Mehmet'in firar ettiği anlaşılır ve araştırma başlatılır. Mehmet, Isparta'ya iki saat mesafedeki Sav köyünde ele geçirilir ve sorgusunda evinde yalnızken çocuğun evine geldiğini ardından annesinin gelip oğlu İbrahim'i alıp götürdüğünü, çocuğa ilişmediğini, fi'l-i şeni' yapmadığını sadece olay, onun üzerine atıldığından komşuların dövmesinden korkup Sav köyüne kaçtığını ve iki gün orada kaldığını söyler. Mehmet her ne kadar inkâr etse de çocuğun muayenesinden olay anlaşılır ve Mehmet hapsedilerek esas karar beklenir⁵⁴. Toplumsal çöküş açısından bakıldığında çocuk istismarı büyük önem arz etmektedir ve yukarıda bahsi geçen vakalara benzer pek çok arşiv belgesi bulunduğu ifade edilebilir. Bunun yanı sıra hırsız ve eşkıya gibi suçluların da yine çocuk istismarında rol oynadıkları görülmektedir⁵⁵.

Savaştan kurtulup Anadolu topraklarına sığınan kişilerde çocuk istismarı ile karşı karşıya kalmışlardır. 1861 yılında Gelibolu kazası Dursun köyü sakinlerinden Kazakoğlu Hüseyin, Kırım muhacirlerinden Mehmet'in 6 yaşındaki kızı Fatma'nın bickrini zorla izale edince Hüseyin'in mahalinde teşhir edildikten sonra dört sene müddetle küreğe konulmak üzere Tersane-i Amire'ye gönderilmesine karar verilmiştir⁵⁶.

Gayrimüslimler, çocuk istismarı hususunda kimi zaman olayın faili kimi zaman da mağduru olmaktadır. 1865 yılında Aydın sancağı Ödemiş kasabası sakinlerinden Gregor'un *sabiye* kızı Susano'yı ustası süpürge almak üzere çarşıya gönderir ancak bu sırada kasaba sakinlerinden Aron'un kızı tutup dükkân altındaki mağazaya götürdüğü ve ağzını çaputla tıkayıp bickrini zorla izale ettiği iddia edilir. Aron bu iddiayı sorgusunda inkâr etse de olay, şikâyette bulunan üç Hristiyan'ın yeminli ihbarıyla ortaya çıkar. Neticesinde hem tazmin akçesi alınması hem de teşhir edildikten sonra üç sene müddetle mahalinde küreğe konulmasına karar verilir⁵⁷. Başka bir olayda 1864 yılında Palu kazasında yaşanır: Küçük Ziver köylü Abdurrahman'ın kızı *sabiye* Hani'nin Ermeni milletinden Tomas tarafından bickrinin izale edildiği iddia edilir. Sorgu tutanaklarının Meclis-i Vâlâ-yı Ahkam-ı Adliyyeye havale edilmesi üzerine olay muhakemat dairesinde görüşülür. Bu sırada ebe kadın tarafından kızın fena halde yaralandığı bilgisi verilir. Bunun üzerine kız henüz iyileşmediğinden ve kaç günde iyileşeceğinin bilin-

⁵¹ MVL., 588/55 (18.01.1276/17.08.1859); MVL., 597/75 (05.11.1276/25.05.1860).

⁵² A.} MKT. MVL., 122/59 (13.05.1277/27.11.1860).

⁵³ MVL., 615/90 (27.03.1278/02.10.1861); MVL., 612/31 (03.01.1278/11.07.1861).

⁵⁴ MVL., 652/70 (07.03.1280/22.08.1863).

⁵⁵ A.} MKT. MVL., 121/67 (09.04.1277/25.10.1860).

⁵⁶ MVL., 944/7 (11.08.1278/11.02.1862); MVL., 615/52 (06.03.1278/11.09.1861); A.} MKT. MVL., 132/52 (17.03.1278/22.09.1861).

⁵⁷ MVL., 743/31 (12.08.1282/31.12.1865).

mesi gerektiğinden gereğinin daha sonraya bırakılmasına ve kızın kaç yaşında olduğunun da bildirilmesine karar verilir⁵⁸.

Çocuk istismarında zanlının gayrimüslim mağdurun da Müslüman olması kimi zaman infial yaratmakta ve toplumun harekete geçmesine neden olmaktadır. 1893 yılında Uşak'ta Ohannes isimli bir Ermeni tarafından 6 yaşındaki bir Müslüman kızının bikri izale edilince olayı haber alan ahali tarafından Ohannes tutulduğu Palancızade Hanı odasının penceresinden atılarak öldürülmüştür. Bu olaya adaletli ve hakkaniyetle bakılacağı halka münasip bir şekilde bildirilmiş ve istenilmeyen şeylerin meydana gelmemesi için hemen telgrafla Kütahya mutasarrıflığına tebliğ edilmiştir. Ayrıca hükümetin elinde olan bir zanlının kışkırtma ile halk tarafından öldürülmesine sebep olanlar hakkında da kanun hükmünün yerine getirilmesi bildirilir. Keza telgraflardan anlaşıldığı üzere Ohannes'in han odasında öldürülmesinde polislin tedbirsizliği söz konusudur. Yine Ohannes'in olayı, vefatından önce itiraf ettiği de mutasarrıflıktan alınan diğer bir telgrafla bildirilmiştir⁵⁹. Bu olaya böylesine tepki verilmesinin nedenlerinden biri olarak hem Osmanlı toplumunda hem de gayrimüslim cemaatlerinde farklı dini gruplarının evlenmesinin uygun görülmemesi gösterilebilir.⁶⁰ Zira farklı dini grupların evlenmesine dahi izin verilmezken böylesi menfi bir olay yaşanmıştır.

Çocuk istismarı suçu hem toplumsal hem de hukuksal boyutlara sahip olmakla birlikte bir devletin iç meselesidir. Ancak bu dönemde yabancı devletlerin gayrimüslimleri koruma adı altında Osmanlı Devleti'nin hukukuna karıştığı da görülmektedir. 1872 yılında Küçükçekmece kazasına bağlı Belgrad köyünden Nikola Velahaki'nin 10 yaşındaki kızına koruyucu Hacı'nın zorla fi'l-i şeni' yaptığı ancak cezasız bırakıldığı Rum patrikhanesinden takdim edilmiştir. Koruyucunun iddiaları reddettiği, Nikola'nın da defalarca istenildiği halde hükümete gelmediği, şimdiye kadar ise davacının gelmesinin beklenildiği sonradan geldiğinde ise gerçek vasisi olmadığı anlaşıldığı, ancak yine de konunun araştırıldığı ve henüz bir neticeye ulaşamadığı için açıklama yapılmadığı⁶¹ belirtilmiştir. Osmanlı Devleti'nde her ne kadar ceza hukuku alanında eksiklikler söz konusu olsa da devletin ve hukukun Müslüman-gayrimüslim gibi bir ayırım yapmaksızın kanun çerçevesinde suçlulara cezai yaptırım uygulandığı anlaşılmaktadır.

SONUÇ

Osmanlı hukukunun temelini İslam hukuku ve örfi hukuk oluşturmakla birlikte Tanzimat'la hukuki yapıda değişim ve modernleşme başlamıştır. Çocuğa karşı işlenen fi'l-i şeni' ilk kez 1858 Ceza Kanunu'nda ifade edilmiştir. Ceza kanununda çocuğa yer verilmesinin toplum nezdinde hemen kabul görmediği cinsel istismar vakalarından ve suç neticesindeki tepkilerden anlaşılabilmektedir. Bu durumun nedenlerinden biri olarak Osmanlı toplumunda çocuğun birey olarak yer edinmemiş olması gösterilebilir. Kimi zaman *namusumuz kirlendi*, etraf duymasın, rezil olmayalım anlayışı ile yargı yoluna gidilmezken kimi zamanda kız çocukları istismarcıları ile evlendirilerek *namusu temizlenmeye* çalışılmıştır. Namus kavramına atfedilen bu bakış açısı arşiv belgelerinde rastlanılan vakalardan daha fazla çocuk istismarının olduğunu düşündürmektedir.

Çocuk istismarının ceza kanununda yer alması dahi uzun süreç almıştır. 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunlarında ne çocuğa dair ne de cinsel istismara dair emareler vardır. Lakin namusa hakaret, kız kaçırma gibi suçlara yer verilerek tecavüz ve çocuğa karşı cinsel istismarın da zemini oluşturulmuştur. 1858 Ceza Kanunu, Fransa'nın *Code Penal*'inden faydalanılarak hazırlandığından cinsel istismar suçunda çocuğun yaş haddi 11 olarak belirlenmiştir. Ancak İslam hukuku ve Osmanlı toplumunun bire-

⁵⁸ MVL., 675/48 (24.01.1281/29.06.1864).

⁵⁹ Y. MTV., 78/25 (04.11.1310/20.05.1893); BEO., 207/15452 (08.11.1310/24.05.1893); BEO., 221/16562 (01.12.1310/16.06.1893); DH. MKT., 2062/46 (21.11.1310/6.06.1893).

⁶⁰ ORTAYLI, İlber: *Osmanlı Toplumunda Aile*, Kronik Yayınları, İstanbul, 2019, s. 99.

⁶¹ ZB., 5/51 (27.10.1289/28.12.1872).

Yin küçüklüğüne dair farklı anlayışlara sahip olması nedeniyle bu yaş haddinin toplum nezdinde hemen yer edinemediğini göstermiştir. Cinsel istismar vakalarında ceza kanunu ile de bu algıların önüne geçilemediği anlaşılmaktadır. 8 yaşındaki bir çocuğun uğradığı istismar karşısında çocuğun rızası olamaz denilerek hüküm verilirken 9 yaşındaki çocuk için aynı ifadeler söylenmemiştir. Çünkü 9 yaşındaki kız çocuğu büyümenin gerekliliklerini yaşadığı için cinsel istismarın bir çocuğa değil buluğa erişmiş bir kıza karşı gerçekleştiği algısı söz konusudur. Bu nedenle hüküm açıklanırken cezai yaptırımın ağırlaştırılmadığı anlaşılmaktadır. Hâkim, çocuğun rızası olmaz deyişini 9 yaşında buluğa erişmiş kız için kullanmamış ancak yaş haddi nedeni ile de 197. madde gereğini uygulamıştır. Bu durum teoride ifade edilen hususlarla uygulamanın aynı doğrultuda olmadığını göstermektedir.

Çocuk istismarında çocuğa yakınlık derecesinin de dikkate alınması ceza hukuku açısından önemli bir adımdır. Çocukların aile büyükleri tarafından istismar edilmesi toplumsal ahlak açısından daha sarsıcıdır. Keza çocukları koruyup kollayacak olan ilk yapı ailedir. Aile içinde yaşanan böylesi vakalar Osmanlı aile yapısını temelden sarsacak niteliktedir. Ailenin yanı sıra çocuklara daha çok komşu, komşu çocuğu, hizmetçi, komşu esnaf, kiracı gibi yakın çevredeki kişilerce zarar verildiği anlaşılmaktadır.

Tanzimat Dönemi'nde hem kurumsal hem de toplumsal pek çok farklılık yaşanmış ve kimi kültürel kodlar değiştirilmeye çalışılmıştır. Bu kodlardan biri de çocuk ve çocuk istismarına yöneliktir. Osmanlı toplumunda çocuk algısı oluşmadığı için gerçekleşen istismarında bir çocuğa karşı yapıldığı düşünülmemektedir. Bu nedenle çocuk istismarına 1858 Ceza Kanunu'nda yer verilerek hem hukukta hem de toplumda önemli bir adım atılmıştır. Ancak hukuk alanında değişen anlayışın toplum nezdinde hemen yer edinemediği de söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Ahmed Lütfi: *Mirât-ı 'Adâlet yahud Tarihçe-i 'Adliyye-i Devlet-i 'Aliyye*, 1304.
- Ahmet Lütfi: *Osmanlı Adalet Düzeni*, (Çev.) BEYLEM, Erdinç, Marifet Yayınları, İstanbul, 1997.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet: *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku, Cilt 1*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet: "1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnâmesinin Hukukî Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men-i İrtikab Kanunnâmesi", *Bellekten*, 1987, Cilt 51, Sayı 199, s. 153-191.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet: *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1990.
- AKGÜNDÜZ, Said Nuri: *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Ali Haydar Efendi: *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Cilt 3*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2017.
- ARAZ, Yahya: "Osmanlı İstanbul'unda Çocuk Olmak", (Ed.) YILMAZ, Coşkun: *Antik Çağ'dan XXI. Yüzyıla Büyük İstanbul Tarihi Toplum*, İBB Kültür Yayınları, İstanbul, 2015, s. 476-489.
- APAYDIN, Bahadır: *Kapitülasyonların Osmanlı-Türk Adli ve İdari Modernleşmesine Etkisi*, Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.
- AYDIN, M. Akif: "Hukûk-ı Âile Kararnamesi", *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1998, Cilt 18, s. 314-318.
- BERKES, Niyazi: *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, (Çev.) KUYAŞ, Ahmet, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002.
- BOZKURT, Gülnihal: "Tanzimat ve Hukuk", *Tanzimat'ın 150. Yılında Uluslararası Sempozyumu (31 Ekim-3 Kasım 1989)*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1994, s. 271-277.
- CİN, Halil / AKGÜNDÜZ, Ahmet: *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2017.
- CİN, Halil / AKYILMAZ, Gül: *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2020.
- DEMİREL, Fatmagül: *Adliye Nezareti Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914)*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2010.
- DEVELLİOĞLU, Ferit: *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Aydın Kitabevi, Ankara, 2006.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 1*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997.
- KARAKOÇ, Serkiz: *Ceza Kanûnu-Tahşiyeli*, Sanat Matbaası, 1331.
- KİLİ, Suna / GÖZÜBÜYÜK, Şeref: *Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifaktan Günümüze)*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2000.
- LEWIS, Bernard: *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2007.
- MERAN, Necati: *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- ORTAYLI, İlber: *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2008.
- ORTAYLI, İlber: *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Cedit Neşriyat, Ankara, 2012.
- ORTAYLI, İlber: *Osmanlı Toplumunda Aile*, Kronik Yayınları, İstanbul, 2019.
- OTACI, Cengiz: *Hukukun Laikleşme Serüveni*, Birey Yayın, Ankara, 2004.
- ŞENTOP, Mustafa: *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku*, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 2004 (Ceza Hukuku).
- ŞENTOP, Mustafa: "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, 2005, Cilt 3, Sayı 5, s. 647-672.
- TAHİROĞLU, Bülent: "Tanzimat'tan Sonra Kanunlaştırma Hareketleri", *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1985, s. 588-601.
- TUĞ ONARAN, Başak: "1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda Irz ve Namus Kavramlarının Kodifikasyonu ve Toplumsal Cinsiyet", *Akdeniz Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Dergisi*, 2022, Cilt 5, Sayı 2, s. 209-239.
- ÜÇÖK, Coşkun / MUMCU, Ahmet / BOZKURT, Gülnihal: *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Arşiv Kaynakları**Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Devlet Arşivi (BOA)**

Sadaret Mektubi Kalemî Evrakı [A.} MKT.] 29/89.

Sadaret Deavi Evrakı [A.} MKT. DV.] 136/68.

Sadaret Meclis-i Vâlâ Evrakı [A.} MKT. MVL.] 30/38; 64/67; 45/80; 118/26; 118/57; 111/79; 122/4; 137/1; 132/68; 136/3; 130/87; 111/79; 122/59; 132/52; 121/67.

Sadaret Umum Vilayet Evrakı [A.} MKT. UM.] 430/21; 69/70.

Bab-ı Ali Evrak Odası [BEO] 207/15452; 221/16562.

Dahiliye Mektubi Kalemî [DH. MKT.] 1981/88; 2062/46.

İrade Meclis-i Vâlâ [İ. MVL.] 319/13481.

Meclis-i Vâlâ [MVL] 615/90; 612/31; 652/70; 944/7; 743/31; 675/48; 588/55; 597/75; 745/64; 609/49; 609/28; 604/93; 749/4; 656/23; 747/120; 602/52; 609/3; 615/52; 613/1; 610/7; 610/84; 614/41; 616/65.

Yıldız Mütenevvi Maruzat [Y. MTV.] 78/25.

Zaptiye [ZB.] 5/51.

Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlarından Biri Olarak Genel Ahlakta Aykırılık^(*)



Incompatibility with General Morality as One of the Limits of Freedom of Contract

Mehmet İLARSLAN



Araştırma Görevlisi

Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Oğuzhan ESEN^()**



Öğretim Görevlisi

Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Sözleşme Özgürlüğü,
İrade Özerkliği,
Genel Ahlakta Aykırılık,
Karar Alma
Özgürlüğü,
Ekonomik Özgürlük.*

Keywords

*Freedom of Contract,
Autonomy of Will,
Violation of Public
Morality,
Freedom of Decision-
Making,
Economic Freedom.*

Öz

İrade özerkliği ilkesinin borçlar hukuku alanındaki yansıması olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğü ilkesi, modern liberal hukuk sistemlerinin temel prensiplerinden biridir. Ancak her özgürlük gibi sözleşme özgürlüğünün de kendi içerisinde birtakım sınırlandırmaları bulunmaktadır. Bu sınırlandırmalardan biri, sözleşmenin içeriğinin ahlaka aykırı olmasıdır. Gerçekten, TBK m. 27'ye göre; ahlaka aykırı sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Burada ahlaktan anlaşılması gereken ise genel ahlaktır. Türk borçlar hukuku öğretisinde sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olan genel ahlaka aykırılık tartışılmalı bir husus olmuştur. Bu tartışmanın güncel teknolojik ve hukuki gelişmeler ışığında devam ettirilmesi de kaçınılmazdır. Bu bağlamda yapmış olduğumuz çalışmada, sözleşme özgürlüğü kavramı ve bu kavramın TBK m. 27 uyarınca yasal sınırlamaları, söz konusu sınırlamalardan birisi olan ahlaka aykırılık müessesesi ve hangi durumların genel ahlaka aykırılık teşkil ettiği meseleleri detaylı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Abstract

The principle of freedom of contract is a fundamental aspect of modern liberal legal systems, reflecting the principle of autonomy of will in the law of obligations. However, as it is sound in other forms of freedom, this freedom is also not absolute and is subject to certain limitations. For instance, immoral contracts are considered null and void, as stated in Article 27 of the Turkish Code of Obligations. This legal provision ensures that contracts that violate moral principles are not enforceable in court. It is crucial to note that our discussion of morality refers to general morality. The debate on general immorality, which has been going on for a long time in the Turkish Law of Obligations doctrine, has to be elaborated in the light of current technological and legal developments. In this paper, we tried to examine the concept of freedom of contract and the Turkish Code of Obligations Article 27, the concept of immorality -which is one of these limitations-, what this concept means, and which situations constitute a violation of general morality.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 15.04.2024, Kabul Tarihi: 27.06.2024.

^(**) Sorumlu Yazar.

GİRİŞ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, modern liberal hukuk sistemlerinin yapı taşlarından birini oluşturur. İrade özerkliğinden doğan ve kişilerin özgür iradelerinin ortaya çıkış şekli olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğü, borçlar hukuku sistemleri içerisindeki en temel hukuk ilkelerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Bireylerin ön plana çıktığı ve özgürlüklerin geliştirilmesi temeline dayanan sosyal ilerlemenin ışığında bu durum, kişiler arasındaki ilişkilerin kişisel özgürlükler etrafında şekillendirildiği toplumsal hayat içerisinde kaçınılmaz olmaktadır. Nitekim ve her şeyden önce taraflar, sözleşme ilişkileri ile karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından doğan borçları ile bağlı kalırlar. Ancak tüm özgürlükler gibi sözleşme özgürlüğü de mutlak ve sınırsız değildir. Bu doğrultuda kanun koyucu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) başta olmak üzere sözleşme özgürlüğüne, farklı nitelikleri göz önünde bulundurmak suretiyle, bazı sınırlamalar getirmiştir. Sözleşme özgürlüğüne bağlı özgürlüklerin görünüm biçimlerinden biri olan düzenleme yapma özgürlüğü yönünden sözleşmenin içeriğinin hukuka, kamu düzenine, kişilik haklarına ve konumuz olan genel ahlaka aykırı ya da imkânsız olamaması söz konusu sınırların ilk ve en muhkem hatlarını oluşturmaktadır.

Dilimize Arapçadan geçmiş olan “*ahlak*” kelimesi; *bir toplum içinde kişilerin uymak zorunda oldukları davranış biçimleri ve kuralları* şeklinde tanımlanabilir¹. Bu noktada belirtmek gerekir ki sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarından birisi olan ve kendisine aykırılık halinde sözleşmeyi hükümsüz hale getiren ise, toplumda yaşayan tek tek fertlerin ahlak anlayışı değil; toplumun genelinde kabul gören ahlak anlayışı olduğu için söz konusu sınır *genel ahlaka aykırılık* şeklinde isimlendirilmektedir.

Hazırlanan çalışmada öncelikle sözleşme özgürlüğü ilkesi ele alınmıştır. Daha sonrasında; ahlak, ahlaka aykırılık ve genel ahlaka aykırılık kavramlarından anlaşılması gerekenin ne olduğu ile ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur. Son olarak ise sözleşmelerde ortaya çıkan ve genel ahlaka aykırılık arz eden durumlar ele alınarak uygulamada taşıdıkları önem dolayısıyla sözleşme ilişkisi kurulmasının genel ahlaka aykırılık oluşturduğu bazı özel durumlar üzerinde durulmuştur.

I. GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ VE SINIRLARI

Çalışmamızın odak noktası olan genel ahlaka aykırılık konusu ile ilgili değerlendirmelere başlamadan önce sözleşme özgürlüğü ilkesinin ve söz konusu ilkenin sınırlarının tartışılması asıl konunun anlaşılması için gereklidir. Bu gerekliliğin yerine getirilmesi amacıyla matuf olarak bu bölümde adı geçen tartışmaya yer verilmiştir.

A. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

Gerek Türk hukuku, gerek İsviçre hukuku ve gerekse de modern liberal hukuk sistemlerinin hepsinin temeli sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanmaktadır². Sözleşme özgürlüğü ilkesinin çıkış noktası ise, irade özerklidir. İrade özerkliği yapılabilecek en genel tanımıyla “*bireylerin tabi olacakları kuralları bizzat öngörebilmesi*” anlamına gelmektedir³.

¹ Türk Dil Kurumu Çevrimiçi Güncel Sözlük (<https://sozluk.gov.tr>, ET: 12.04.2024)

² MARKESİNİS, Sir Basil / UNBERATH, Hannes / JOHNSTON, Angus: *The German Law Of Contract A Comparative Treatise*, 2. Baskı, Hart Publishing, Oxford, 2006, s. 44; FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 13; ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1-1 (Temel Kavramlar/Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri)*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 125; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022 (Genel Hükümler), s. 111; HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 60; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Genel Hükümler), s. 343; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 203; ATAMER, Yeşim M.: *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 16; ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra: “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 74, Sayı 2, s. 711; EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt 1 m. 1-48*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 716.

³ EREN, *Genel Hükümler*, s. 344-345; ATEŞ, Derya: *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 34. Uygur ve özgür toplumların en temel özelliklerinden birisi, o toplumda yaşayan bireylerin kendi menfaatlerini en iyi şekilde gözetmesidir. Böyle toplumlarda bir başka kişi veya kurumların diğer bir kişinin menfaatini gözetmesi veya ona bu konuda yardımda

İrade özerkliğinin borçlar hukukundaki görünüm şekli, sözleşme özgürlüğü ilkesi olarak ortaya çıkmıştır⁴. Sözleşme özgürlüğü kavramı, liberal hukuk sistemlerinde kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen en temel ilkelerinden birisi olmasına rağmen ne TKB’de ne de İBK’de kanun koyucu tarafından tanımlanmıştır⁵.

Sözleşme özgürlüğü, hukuk sistemlerinin dahil oldukları kategoriye belirleyen bir özelliğe sahip olması nedeniyle, genellikle anayasalarla öngörülmüş olan ilkelerden biridir. Gerçekten mezkûr ilke Türk hukukunda da kendisini 1924’ten günümüze kadar yürürlüğe girmiş olan tüm anayasalarda düzenlenmiş bir temel ilke olarak göstermektedir⁶. 1982 Anayasası’nın “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” başlıklı üçüncü bölümünde öngörülmüş olan “*Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti*” başlıklı m. 48 c.1’e göre: “*herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*”⁷.

Anayasal düzeyde tanınmış olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, daha önce de belirtildiği üzere, mevzuatta tanımı yapılmış olan bir kavram değildir. Hemen belirtmek gerekir ki öğretilerde sözleşme özgürlüğünün tanımı ile ilgili yapılan tartışmalara bu çalışmada değinilmemiştir⁸. Bu doğrultuda sözleşme özgürlüğü kısaca, “*kişilerin diledikleri sözleşmeyi, diledikleri kişilerle ve içeriğini diledikleri gibi öngörerek geçerli olarak yapabilmek hususunda sahip oldukları özgürlüktür*” şeklinde tanımlanabilir⁹.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi; görünüm biçimleri bakımından sözleşme yapma özgürlüğü, sözleşmenin tipini, konusunu ve koşullarını seçme özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, şekil özgürlüğü ve sözleşmeyi değiştirme ya da sona erdirme özgürlüğü¹⁰ olmak üzere beş alt başlıkta ele alınabilecek alt özgürlüklerin bir üst başlığı olarak ortaya çıkmaktadır¹¹.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi ilk olarak sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü şeklinde kendisini gösterir. Buna göre, kural olarak, hiç kimse yapmak istemediği bir sözleşmeyi yapmaya mecbur bırakılmayacağı gibi bir kimsenin yapmak istediği bir sözleşmeyi yapmasının engellenmesi de mümkün değildir.

yahut müdahalede bulunması söz konusu olmaz. Dolayısıyla irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri çerçevesinde herkes “*bizzat*” kendi menfaatini gözetip kolladıkça, bu menfaatlerin bütünü olarak ifade edilebilecek “*sosyal menfaat*” de en güzel biçimde gerçekleşmiş olur; EREN / DÖNMEZ, s. 719.

⁴ ÜNAL, Akın: *Keleşme Sözleşmeleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 38.

⁵ BAŞPINAR, Veysel: *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998 (Kısmi Butlan), s. 15; ÜNAL, s. 39.

⁶ Bkz. 1924 Anayasası m. 70 ve 79; 1961 Anayasası m. 40; 1982 Anayasası m. 48.

⁷ “...*Davalı vekili Av. ... tarafından imzalanan sözleşme geçerli olup, hüküm ve sonuçları itibarıyla davalıyı bağlamaktadır. Bu sözleşme davalı yanın takip alacaklı olduğu dosyada haczedilen bir kısım malların davacıya ait özel depoda muhafaza edilmesi kararlaştırılmış ve günlük 80,00 TL yedi eminlik ve depo ücreti öngörülmüştür. Sözleşme yapma özgürlüğü Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 48. maddesi ile güvence altına alınmış olup, bu özgürlük ancak kanunla sınırlanabilmektedir. Açıklanan sebeplerle, mahkemece taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu kabul edilerek ve bu kapsamda tarafların iddiaları da değerlendirilerek varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yanlışlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...*” Yargıtay, 19. HD, T. 24.11.2016, E. 2016/8016, K. 2016/15109 (Corpus).

⁸ Öğretilerdeki sözleşme özgürlüğü tanımları için bkz. EREN, *Genel Hükümler*, s. 346; NOMER, Haluk Nami: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 80-82; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 60; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Cilt 1*, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 24; VON TUHR, Andreas: *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı- Cilt: 1 ve 2*, 2. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s. 242; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 111; GÜMÜŞ, s. 204.

⁹ Yargıtay da yakın tarihte vermiş olduğu bir kararında benzer ifadelerle yer vermiş bulunmaktadır: “...*Genel olarak kişiler, özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenlerler, diledikleri konuda diledikleri kişiler ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak, BK. ve TBK’unda öngörülen sözleşme özgürlüğü (akit serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği (sözleşme hürriyeti) ilkesi ile Anayasa (m. 48) tarafından teminat altına alınmıştır...*” Yargıtay, 3. HD, T. 02.06.2015, E. 2014/15651, K. 2015/10006 (Corpus).

¹⁰ “...*Bu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişiler kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nevi şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, buyurucu ve yasak koyan kurallara, ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla Kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tipini değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkına hâizdirler. Dolayısıyla bu özgürlük, sözleşmeyi yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme ya da değiştirme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve nihayet sözleşmenin tabi olacağı şekli belirlemeyi de kapsar...*” Yargıtay, 3. HD, T. 02.06.2015, E. 2014/15651, K. 2015/10006 (Corpus).

¹¹ Bkz. KILIÇOĞLU, *Genel Hükümler*, s. 111 vd. Söz konusu görünüm biçimlerini; sözleşme yapma, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma, sözleşmenin şeklini ve sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü olmak üzere beş alt başlıkta ele alan diğer bir görüş için bkz. EREN, *Genel Hükümler*, s. 347 vd. Adı geçen alt başlıklardan sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin konusunu, koşullarını ve tarafını seçme özgürlüklerini iniket serbestisi; şekil ve sözleşme türünü seçme özgürlüklerini ise düzenleme serbestisi başlıkları altında inceleyen diğer bir görüş için ise bkz. ERMAN, Hasan: “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1973, Cilt 38, Sayı 1-4, s. 603 vd.

Söz konusu özgürlük, TBK’de açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte, sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır¹². Zira sözleşme yapma ve yapmama özgürlüğünün bulunmadığı bir hukuk düzeninde sözleşme özgürlüğü ilkesinin varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki aşağıda ele alınacak olan sözleşmenin konusunu ve koşullarını seçme özgürlüğü ile sözleşme yapma yapmama özgürlüğü arasında yadsınamayacak derecede sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Gerçekten, sözleşme yapma ya da yapmama konusunda özgürce seçim yapma hakkına sahip olmayan bir kimsenin sözleşmenin konusunu ve koşullarını seçebilmesi evleviyetle mümkün olmayacaktır¹³.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin görünüm biçimlerinden bir diğerini sözleşmenin tipini, konusunu ve koşullarını seçme özgürlüğü oluşturur¹⁴. Söz konusu özgürlük kanun koyucu tarafından TBK m. 26’da “ *taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla mezkûr madde gereğince taraflar, kanunda düzenlenmiş olsun veya olmasın, yasaklanmayan konularda ve koşullarda sözleşme yapabilme imkânına sahiptirler¹⁵. Sözleşme özgürlüğünün bu görünüm biçimi sayesinde taraflar, hem sözleşmenin tipini, süresini ve tarzını hem de sözleşmeye konu edilen edimlerin nev’ini ve miktarını serbestçe belirleyebilme imkânına sahiptirler¹⁶. Sözleşmenin tipini ve içeriğini belirleme özgürlüğü çerçevesinde taraflar, sözleşmeyi kurarken TBK’de düzenlenen belirli bir sözleşme türünü tercih edebileceği gibi, kanunda yer almayan (karma, *sui generis* ve bileşik sözleşme gibi) isimsiz bir sözleşmeyi de tercih edebilme imkânına sahiptirler¹⁷.

Sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğü de sözleşme özgürlüğü ilkesinin görünüm biçimlerinden bir diğeridir¹⁸. Buna göre hiç kimsenin, kural olarak, sözleşme yapmak istemediği bir kişi ile sözleşmeye yapmaya mecbur tutulabilmesi söz konusu değildir¹⁹.

Sözleşme özgürlüğünün görünüm biçimlerinden bir diğerini de şekil serbestisi ya da sözleşmenin hangi şekilde yapılacağını belirleyebilme özgürlüğü oluşturur. Bu husus TBK m. 12/II’de; “*sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Sözleşme özgürlüğünün son görünüm biçimi ise sözleşmeyi değiştirme ya da sona erdirmeye özgürlüğü olarak ortaya çıkmaktadır. Kendilerine tanınmış olan bu özgürlük doğrultusunda taraflar, karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle, sözleşmeyi değiştirme²⁰ veya diğer bir ifadeyle değişen koşullara uyarlayabilme²¹ ve sona erdirebilme²² imkânına sahiptir. Hatta taraflar arasında böyle bir anlaşma

¹² EREN / DÖNMEZ, s. 718.

¹³ EREN, *Genel Hükümler*, s. 347.

¹⁴ NOMER, s. 81-82; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 61; OĞUZMAN / ÖZ, s. 24-25; KILIÇOĞLU, *Genel Hükümler*, s. 114; ANTALYA, s. 126-127. Ancak hemen belirtmek gerekir ki (düzenleme) ve tip özgürlüğü yalnızca borç sözleşmelerinde geçerli olur; sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu kişiler, aile, eşya ve miras hukuku sözleşmelerinde söz konusu olmaz, EREN / DÖNMEZ, s. 745.

¹⁵ “...Hukuk sistemimizde akit serbestisi prensibi kabul edilmiştir. Taraflar kanuna, ahlak ve adaba, kamu intizamına, şahsiyet haklarına aykırı olmamak şartıyla aralarında her konuda serbestçe sözleşme yapabilirler. Somut olayda da davacı davaya konu sözleşmeyi serbest iradesi ile imzalamıştır. Hal böyle olunca, taraflar arasındaki sözleşme ve anılan madde hükmü geçerli ve bağlayıcı olup, haksız şart niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. Öyle olunca mahkemece anılan madde hükmünün davacıyı bağlayacağı kabul edilerek sözleşme hükümleri değerlendirilerek sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Mahkemece, yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...” Yargıtay, 13. HD, T. 12.03.2018, E. 2015/27857, K. 2018/2958 (Corpus).

¹⁶ Eren, sözleşmenin konusunu ve koşullarını seçme özgürlüğünü sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü (*Gestaltungsfreiheit, Inhaltsfreiheit*) olarak ifade etmektedir. EREN, *Genel Hükümler*, s. 364-365. Aynı yönde bkz. EREN / DÖNMEZ, s. 719.

¹⁷ İsimsiz sözleşmeler (*Innominatverträge*) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (Özel Hükümler), s. 945 vd.

¹⁸ EREN / DÖNMEZ, s. 742.

¹⁹ Aynı yönde bkz. Yargıtay, 14. HD, T. 08.10. 2018, E. 2017/617, K. 2018/6440 (Corpus): “...Önalım hakkının kullanılmasyla bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur. Önalım bedeli tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamından ibarettir...”

²⁰ ANTALYA, s. 126; EREN, *Genel Hükümler*, s. 364; FURRER / MULLER-CHEN / ÇETİNER, s. 18.

²¹ Tarafların sözleşmeyi değişen şartlara uyarlayabilme (iradi uyarlama) imkânına sahip olabilmesi için, TBK’nın 138. maddesinde düzenlenen şartların somut olayda kümülatif olarak mevcut bulunması gerekmektedir; söz konusu şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARAT, Ayşe: *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 93 vd; BAYSAL, Başak: *Sözleşmenin Uyarlanması (BK. m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü)*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 223 vd. Ayrıca öğretide; irade özerkliği ve buna bağlı olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi ile sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması kurumları arasındaki bağlantı hakkında yapılan değerlendirmeler için bkz. ARAT, s. 42-52; BAYSAL, s. 11-14.

mevcut olmasa bile haklı bir sebebe dayanmak suretiyle sözleşmenin tek taraflı olarak fesih veya dönme hakkının kullanılmasıyla sona erdirilebilmesi de bu özgürlük çerçevesinde ortaya çıkan bir sonuçtur²³.

B. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları

Bir toplum içerisinde yaşamını idame ettiren her hukuk öznesinin özgürlüğü gerek diğer kişilerin özgürlükleri gerekse de toplumsal yaşamın sürdürülebilirliğini sağlayan kurullarla sınırlıdır²⁴. Sözleşme özgürlüğü de diğer tüm özgürlükler gibi, belirli sınırlar içerisinde kullanılabilir bir özgürlüktür. Bu doğrultuda sözleşme özgürlüğü ilkesinin yukarıda ele alınmış olan görünüm biçimlerinden her biri için farklı temellere dayanan sınırlamalar mevcuttur. Ancak çalışmanın ana eksenini oluşturan inceleme konusuyla ilgisi olmaması nedeniyle, aşağıda sözleşme özgürlüğünün farklı görünüm biçimlerinin sınırları ile ilgili açıklamalar yapılırken yalnızca ait olduğu konuda genel bir bakış açısı sağlanılmıy-la yetinilmiştir.

Sözleşme yapma özgürlüğü bakımından hem sözleşme yapma zorunluluğu arz eden hem de sözleşme yapılmasına engel teşkil edecek zorunluluklar bulunmaktadır. Bu husus üç şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, kişilerin sözleşme ilişkisi içerisine girebilmek için sözleşme ilişkisi haricinde kalan kişi ya da kurumların iznine ihtiyaç duymasıdır. Bu sınırlamaya örnek olarak, TBK m. 584'te düzenlenen eşlerden birinin kefalet sözleşmesi yapmak istemesi durumunda mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabileceği gösterilebilir. Sözleşme yapma özgürlüğünün bir diğer sınırlaması ise bazı durumlarda bazı kişi ya da kuruluşların bazı kimselerle sözleşme yapmak zorunda olması olarak kendisini göstermektedir²⁵. Mezkûr durumlar kanundan ya da taraflar arasındaki anlaşmadan kaynaklanabilir. Örneğin, birtakım mal ve hizmetlerin piyasaya sunulması açısından tekel konumunda bulunan kişi ya da kuruluşların kendileriyle bir sözleşme yapmak isteyen kimseler ile sözleşme yapmaktan kaçınılabilme imkânları bulunmamaktadır²⁶. Bahsi geçen kişi ya da kuruluşlara örnek olarak, elektrik, doğalgaz, telefon gibi hizmetleri sağlama hususunda tekele sahip olan kuruluşlar gösterilebilir²⁷. Bunun gibi, bulunduğu kasabada ekmek üretimi yapan tek fırın olması nedeniyle fiili tekel durumunda bulunan fırın işletmesinin de kendisinden ekmek almak isteyen kimseler ile sözleşme yapmaktan kaçınılabilmesi mümkün değildir²⁸. Yine 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 6/I ve m.

²² "...İş sözleşmesinin tarafların anlaşması ile sona erdirilmesi bir sona erme nedeni olarak düzenlenmediği gibi sözleşmeyi sona erdiren bir sözleşme türü olarak ikale 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da tanımlanmamıştır. Bu nedenle özel bir sözleşme türü olarak tanımlanmış ve düzenlenmiş ikale sözleşmesi düzenlemesi mevzuatımızda bulunmamaktadır. Yasal bir tanım bulunmamasıyla birlikte, bir sözleşmenin ve bu sözleşme ile kurulan hukuki ilişkinin, sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların karşılıklı iradelerine dayanan yeni bir sözleşme ile ortadan kaldırılması bozma, buna ilişkin sözleşme de bozma (ikale) sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır (Astarlı, M.: İş Hukukunda İkale, Ankara 2013 s. 6) ..." Yargıtay, HGK, T. 24.01.2018, E. 2016/2630, K. 2018/105 (Corpus).

²³ Belirtmek gerekir ki fesih, dönme ya da belirli süreli sözleşmelerde sürenin sona ermesi, tek taraflı olarak sözleşmenin ileriye etkili bir biçimde sona erdirilmesi bakımından haklı sebeplere örnek olarak gösterilebilir. Bkz. FURRER / MULLER-CHEN / ÇETİNER, s. 17-18; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 118-119.

²⁴ ATEŞ, s. 45.

²⁵ ATEŞ, s. 47-48; Sözleşme kurma zorunluluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRSATAN, Barış: Türk Borçlar Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022; GÜRZUMAR, Osman Berat: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü- Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006; AYRANCI, Hasan: "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, Cilt 52, Sayı 3, s. 229 vd.

²⁶ KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 111; FURRER / MULLER-CHEN / ÇETİNER, s. 15. Belirtmek gerekir ki mezkûr kuruluşlar içerisinde buldukları tekel konumuna ya devletçe verilen bir imtiyazla ya da kanunla sahip olurlar; EREN / DÖNMEZ, s. 733.

²⁷ EREN / DÖNMEZ, s. 728. Aynı yönde bkz. Yargıtay, 13. HD, T. 29.04.2002, E. 2002/2684, K. 2002/4736 (Corpus): "...Kamu hukuku kökenli ve kamu hizmetleri ile hayati maddeleri sağlamak için öngörülen sözleşme yapma mecburiyeti bakımından özellikle PTT, elektrik, su gaz gibi hizmet sağlayan kişi ve kurumların, herkesle bu hizmet ve maddeleri sağlamak için sözleşme yapma zorunluluğunda oldukları öğretiyile ve sapma göstermeyen Yargıtay kararlarında benimsenmiştir..."

²⁸ AYRANCI, s. 242. Yargıtay, 3. HD, T. 21.04.2022, E. 2021/2302, K. 2022/3935 K. (Corpus): "Fiili tekel durumunda bulunan özel kişilerden bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallarla, arz edecekleri hizmet yönünden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve bilhassa ahlaka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılması kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapmak yükümlülüğü söz konusu olur". Aynı görüşte bkz. EREN / DÖNMEZ, s. 725-726.

6/II'de öngörülmüş olan düzenlemeler²⁹ ya da miras ortakları arasında bulunan önalım hakkı da sözleşme yapma özgürlüğüne kanun ile getirilmiş olan sınırlamalara örnek olarak gösterilebilir. Sözleşme yapma zorunluluğu ile ilgili anlaşmadan kaynaklanan sınırlama ise, önsözleşme ya da sözleşme yapma vaadi olarak nitelendirilen ve taraflardan her ikisinin birbirine ya da yalnız birinin diğerine karşı ileride üçüncü bir kişi ile bir borç sözleşmesi yapma sözü vermesi olarak tanımlanabilecek hukuki müesseye olarak ortaya çıkmaktadır³⁰. Sözleşme yapma özgürlüğü için getirilmiş üçüncü sınırlama türü ise, kişilerin belli durumlarda bazı kimselerle sözleşme ilişkisine girmesinin yasaklanmış olmasıdır. Bu duruma örnek olarak da 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 38'de "*işin reddi zorunluluğu*" başlığı altında düzenlenmiş olan hüküm gösterilebilir. Mezkûr hükme göre, avukatın madde metninde beş bent halinde sayılmış olan hususlardan herhangi birinin mevcut olması durumunda kendisine teklif edilen işi kabul ederek avukatlık sözleşmesi yapabilmesi mümkün değildir.

Önceki paragrafta incelenen ve sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlamalarından biri olan sözleşme yapma zorunluluğu, sözleşme özgürlüğünün sözleşme yapma özgürlüğü olarak adlandırılan görünüm biçiminin yanı sıra sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü açısından da geçerlilik arz eden bir sınırlama olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, yukarıda bahsi geçen örneklerden de anlaşılacağı üzere sözleşme yapma zorunluluğunun doğası gereği sözleşmenin karşı tarafı da zorunluluk sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir diğer görünüm biçimi olan şekil özgürlüğü bakımından ise, kanun koyucu tarafından TBK m. 12/I'deki düzenlemede "*kanunda aksi öngörülmedikçe*" ifadesine yer verilerek bir sınırlama getirilmiştir. Mezkûr maddenin ikinci fıkrasında da kanuni şekil şartı öngörülmüş olan bir sözleşmenin bu şarta aykırı şekilde kurulmasının yaptırımı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi bakımından kanunda bir şekil şartı öngörülmüşse, bu şart ilgili sözleşme için geçerlilik şartı olarak kabul edilecek ve söz konusu şekil şartına uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Bununla birlikte tarafların anlaşması ile de şekil özgürlüğü ilkesine bir sınırlama getirilebileceğinden bahsedilebilir. Gerçekten, taraflar kurmak istedikleri sözleşmenin kanunda öngörülen şekil şartından daha nitelikli bir şekilde yapılması hususunda anlaşmışlarsa artık taraflar açısından bir şekil şartının getirilmiş olduğundan bahsedilecek ve kararlaştırılan şekil şartına uyulmadan kurulan sözleşme hüküm ifade etmeyecektir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir diğer görünüm biçimi olan sözleşmeyi değiştirme ve sona erdirmeye özgürlüğü bakımından da bazı sınırlamalar söz konusudur. Örneğin, TBK'nin konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin olan m. 347/I c.2 düzenlemesi; "*kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez.*" hükmünü amirdir. Bu hüküm ile kanun koyucu, kiraya verene kıyasla ekonomik ve diğer bazı açılardan daha güçsüz konumda bulunan kiracı tarafı korumuş ve sözleşme süresinin sona ermesi nedeniyle sözleşmeyi fesih hakkını yalnızca kiracıya vermiştir. Kiraya veren taraf ise, kiracı ile kurmuş olduğu konut veya çatılı işyeri kira sözleşmesini sona erdirmeye özgürlüğüne belirli süreli sözleşmelerde sözleşme süresinin sona ermesi durumunda sahip değildir³¹.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin görünüm biçimlerinden sonuncusu sözleşmenin tipini, konusunu ve koşullarını belirleme özgürlüğüdür. Diğer görünüm biçimlerinde olduğu gibi sözleşmenin tipini, konusunu ve koşullarını belirleme özgürlüğü de farklı sınırlamalara tabidir. Sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü kapsamında sözleşmenin tarafları sadece TBK'de öngörülmüş olan sözleşme tiplerinden birini seçmek mecburiyetinde değildir; kanunda düzenlenmemiş herhangi bir tipte de sözleşme yapabilirler.

Sözleşmenin konusu ve koşullarını seçme özgürlüğü ve bu özgürlüğün genel sınırları TBK m. 26 ve m. 27'de düzenlenmiştir. "*Sözleşme özgürlüğü*" başlığını taşıyan TBK m. 26 hükmü; "*taraflar, bir*

²⁹ TKHK m. 6/I: "*Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz.*". TKHK m. 6/II: "*Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.*".

³⁰ Ayrıntılı açıklama için bkz. EREN, *Genel Hükümler*, s. 355 vd.

³¹ EREN, *Özel Hükümler*, s. 418-419; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s. 290.

sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.” şeklindedir. TBK m. 26 hükmü gereğince taraflar, madde hükmünde geçen “*sözleşmenin içeriği*” ifadesi ile anlaşılması gereken unsurlar olan³² “*sözleşmenin konusu ve koşulları*” ile ilgili bir belirleme yapma konusunda kanunda öngörülen sınırlar dahilinde bir serbestiye sahiptir.

TBK m. 26 hükmünün lafzında yerini bulan “*kanunda öngörülen sınırlar*” ifadesiyle öncelikle göz önünde bulundurulması gereken ve en genel sınırlamalar olarak isimlendirilebilecek³³ sınırlamalar ise, hemen takip eden madde hükmü olan TBK m. 27’nin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkraya göre; “*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*”. Hemen belirtmek gerekir ki, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlamaları olan kanunun emredici kurallarına, ahlaka ya da kamu düzenine aykırılık hallerinin kesin sınırlarla birbirinden ayrılabilmesi her zaman mümkün değildir³⁴. Bunun sebebi ise, birçok durumda gerek kanunun emredici hukuk kurallarına gerek ahlaka gerekse de kişilik haklarına yahut kamu düzenine aykırılık teşkil eden durumların birbiriyle kesişim göstermesidir. Çalışma kapsamında detaylıca ele alınmış olması sebebiyle ahlaka aykırılık dışındaki genel sınırlamalara aşağıda kısaca değinilmiştir.

TBK m. 27/I hükmünde yerini bulan “*kanunun emredici hükümlerine aykırılık*” sınırlandırmasının anlaşılabilmesi için ilk olarak emredici hüküm tabirinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Emredici hüküm; bir yasak koyan ya da bir emir veren hükme verilen isimdir³⁵. Bu hükümler, herkeşe hitap eden, kişilere ödevler yükleyen ve kendisine mutlak şekilde uyulması gereken objektif ve genel davranış kuralları bütünü olarak ifade edilebilir³⁶. İşte bahsi geçen nitelikleri taşıyan bir kanun hükmünün mevcudiyetine rağmen kurulan sözleşmenin içeriğinin söz konusu hükmü ihlal etmesi durumunda artık sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarının aşılmış olduğundan bahsedilecek, dolayısıyla böyle bir durum irade özerkliği ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini oluşturacağı için somut olayda sözleşme hükümleri değil kanunun emredici hükümleri uygulama alanı bulacaktır³⁷.

Madde hükmünde yer alan genel sınırlamalardan bir diğeri olan “*kamu düzeni*” ifadesi ise, “*bir hukuk düzeninin geneline hitap eden, bir diğer ifadeyle söz konusu hukuk düzeninin temelini dayandığı ve hem yürürlükte olduğu devletin hem de kendisine muhatap olan bireylerin menfaatlerini gözetilen esas ilkelerin bütünü*”³⁸ şeklinde tanımlanabilir³⁹. Belirtmek gerekir ki bir hükmün emredici olup olmadığı değerlendirilirken kullanılan kriterlerden biri de hükmün kamu düzenine

³² Sözleşmenin içeriği ifadesinin dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde anlaşılabilceği ve dar anlamda sözleşmenin içeriği ile kastedilenin tarafların hak ve borçlarıyla ulaşmak istedikleri amaçları, geniş anlamda sözleşmenin içeriği ile kastedilenin ise tarafların dolaylı olarak ortak amaçları da dahil olmak üzere sözleşme ilişkisi içerisinde karşılaştıkları her şeyi kapsadığına ilişkin bkz. ATEŞ, s. 57 ve özellikle s. 197 vd.; EREN, *Genel Hükümler*, s. 365-366.

³³ Başpınar bu sınırlamaları “*dar anlamda içerik sakatlığı sebepleri*” olarak isimlendirmektedir, bkz. BAŞPINAR, *Kısmi Butlan*, s. 58 vd.

³⁴ ÜNAL, s. 60.

³⁵ EREN, *Genel Hükümler*, s. 366; GÖZLER, Kemal: *Hukuka Giriş*, 17. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2020, s. 268; TBK m. 27/1’de düzenlenen kanunun emredici hükümlerine aykırılık sınırlandırmasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KAŞAK, Fahri Erdem: *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 88-96.

³⁶ EREN / DÖNMEZ, s. 751.

³⁷ Belirtmek gerekir ki bu tür hükümlerin emredici hukuk kuralı olarak nitelendirilmelerinin sebebi, bunların kişilik haklarına, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmasından kaynaklanmaktadır, OĞUZMAN / ÖZ, s. 85; EREN / DÖNMEZ, s. 753.

³⁸ HATEMİ, Hüseyin: *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları Özellikle BK. m. 65 Kuralı*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 42 vd; EREN, *Genel Hükümler*, s. 375; KARABAĞ BULUT, Nil: *Medeni Kanun’un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 39; OĞUZMAN / ÖZ, s. 86.

³⁹ Kamu düzeni kavramı, Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararında şu şekilde nitelendirilmiştir: “*...Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor, her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlimi açıklamalara ve yargısal kararlara, gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen "toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü" olarak tanım yapılabilir. Kamu düzeni kavramının müdahale alanı son derece geniş ve yoruma müsaittir. Tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği mahiyetteki kurallar ise kamu düzeni esasına dayalıdır. Ne var ki bu bağlamda sağlanması amaçlanan adalet her uyumsuzlukta hakim tarafından titizlikle değerlendirilmelidir...*” Yargıtay, HGK, T. 07.03.2018, E. 2017/2899, K. 2018/420 (Corpus).

ilişkin olup olmadığıdır⁴⁰. Bu nedenle, ilk bakışta, kamu düzeni kurallarının zaten emredici hukuk kuralları olduğu ve dolayısıyla kamu düzenine aykırılığın aslında sözleşme özgürlüğü ilkesinin genel sınırlarından bir diğeri olan emredici hükümlere aykırılık ile kapsamakta olduğu düşünülebilir⁴¹. Ancak hakkında somut bir emredici hüküm olmasa bile kurulan sözleşmenin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi durumunda sözleşme özgürlüğünün kamu düzenine aykırılık nedeniyle sınırlandırıldığı sonucuna varılmalıdır ve bu nedenle kamu düzenine aykırılık sınırlamasının emredici hükümlere aykırılığın bir alt kümesi olmaktan çıktığı söylenir⁴². Sonuç olarak, sözleşmenin içeriğinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi de sözleşme özgürlüğüne getirilmiş olan genel sınırlamalardan biridir.

TBK m. 27/I'de düzenlenen sözleşme özgürlüğünün genel sınırlamalarından bir diğeri ise “*kişilik haklarına aykırılıktır*”. Kişilik haklarının neler olduğu bakımından Türk Borçlar Hukuku öğretisinde genel olarak yapılan tanımlama; “*kişinin, kişiliği oluşturan değerler üzerindeki hakları*” şeklindedir⁴³. Söz konusu değerler, kişiliğin korunması ve sürdürülmesi bakımından farklı kategorilerde ele alınabilecek birçok münferit değeri kapsar niteliktedir. Bu değerler, ömür boyu evlenmeme ya da din değiştirmeme taahhüdü⁴⁴ gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olarak görünüm kazanabileceği gibi kişinin geleceğini yahut yaşam biçimini belirleyebilme özgürlüğü şeklinde de görünüm kazanabilmektedir⁴⁵. Kişilik haklarının korunması Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 23 vd. maddelerde düzenlenmiştir. Kişilerin kişi oldukları için sahip oldukları ve kişiliğin devamı ile gelişiminin sağlanması açısından menfaatleri bulunan değerlerin tümü bakımından sözleşme özgürlüğü kısıtlıdır. Yukarıda da örnek babından sayılmış olan din değiştirme yahut ömür boyu evlenmeme gibi taahhütler içeren sözleşmeler kişilik haklarına aykırıdır. Aynı şekilde, kişinin maliki olduğu bir taşınırı ömür boyu satmama yahut sadece belli bir şekilde kullanma taahhüdü altına gireceği sözleşmeler⁴⁶ de kişilik haklarına aykırılık teşkil eder ve bu açıdan sözleşme özgürlüğüne getirilmiş olan genel sınırlama nedeniyle kesin olarak hükümsüz olur⁴⁷.

Sözleşme özgürlüğü ilkesine getirilmiş olan genel sınırlamalardan bir diğerini ise “*konusu imkânsız olan sözleşmelerin kurulamaması (impossibilum nulla obligatio est)*” oluşturur. Buna göre sözleşmenin kurulduğu anda fiili ya da hukuki anlamda objektif bir imkânsızlık hali söz konusu ise, kurulan sözleşme kesin olarak hükümsüzdür⁴⁸. Örneğin, bir kimsenin kendisine ait olan bir malı satın alması ya da yedinde olduğunu düşündüğü ancak çıkan bir yangında yanarak yok olan ünlü bir ressamın tablosunu bir başkasına satabilmesi TBK m 27/I hükmü uyarınca mümkün değildir. Verilen ilk örnekte kişinin kendisine ait olan bir malı satın alamaması halinde hukuki bir objektif imkânsızlık halinin varlığından bahsedilir. Kişinin kendi mülkiyetinde olduğunu düşündüğü ünlü bir ressamın tablosunun resim galerisinde çıkan bir yangında yanarak telef olması örneğinde ise sözleşmenin kurulma anından önce ortaya çıkan fiili ve yine objektif bir imkânsızlık hali söz konusudur. Sonuç olarak

⁴⁰ EREN / DÖNMEZ, s. 763.

⁴¹ HATEMİ, s. 39 vd.; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 76; ÜNAL, s. 68; OĞUZMAN / ÖZ, s. 86.

⁴² ÜNAL, s. 68; OĞUZMAN / ÖZ, s. 86.

⁴³ TEKİNAY, Selahattin / AKMAN, Sulhi Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 402; HATEMİ, s. 42-43; GÜMÜŞ, s. 224; SEROZAN, Rona: “Kişilik Haklarının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1977, Cilt 11, Sayı 14, s. 93.

⁴⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 87.

⁴⁵ KARABAĞ BULUT, s. 59.

⁴⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s. 87.

⁴⁷ “...Bir bütün olarak kişilik hakkı ve içerdiği değerler sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturduğundan bu hakka ve bu hakkın içerdiği değerlere aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Bu durumda kişilik hak ve özgürlüklerini konu edinen sözleşmesel kısıtlamalar hakkında TMK.’nin 23’üncü ve 818 sayılı BK’nın 19/2’nci (6098 sayılı TBK’nın 27/1’inci) maddeleri gözetilerek değerlendirme yapılacaktır ve sözleşme hükümleri anılan kanun maddelerinin koruma amaçlarına aykırı düştüğü ölçüde kişilik hakkını ihlal nedeniyle geçersiz olacaktır. Örneğin sözleşmenin taraflarından birinin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlayarak, onu çok uzun bir süre için bağlayan sözleşmeler, kişilik hakkının ihlali nedeniyle geçersiz sayılmalıdır...” Yargıtay, HGK, T. 04.07.2019, E. 2019/25, K. 2019/874 (Corpus).

⁴⁸ OĞUZMAN / ÖZ, s. 90; GÜMÜŞ, s. 230.

sözleşmenin kurulma anında mevcut olan objektif bir imkânsızlık halinin söz konusu olması halinde bu durum sözleşme özgürlüğü ilkesinin genel sınırlamalarından olan imkânsızlık nedeniyle kesin olarak hükümsüzdür⁴⁹.

Sözleşme özgürlüğünün bir başka genel sınırlama hali olan “*ahlaka aykırılık*” ise asıl çalışma konumuzu oluşturduğundan aşağıdaki bölümlerde detaylı olarak ele alınacaktır.

II. AHLAK, GENEL AHLAK ve GENEL AHLAKA AYKIRILIK KAVRAMLARI

Ahlak, genel ahlak ve genel ahlaka aykırılık kavramları çalışmanın nirengi noktalarıdır. Bu bakımdan, çalışmanın, amacına uygun bir hâle gelebilmesi açısından adı geçen kavramların açıklanması ve tartışılması elzemdir.

A. Ahlak Kavramı

Tarih boyunca toplumsal düzeni kuran ve koruyan hem beşeri kaynaklı hukuk sistemlerinde hem de ilahi kaynaklı dinlerde ahlak önemli bir yer işgal etmiştir⁵⁰. Bir toplum içerisinde kişilerin uymak zorunda oldukları davranış biçimleri ve kuralları olarak tanımlanan ahlak tabiri aslen Arapça kökenli bir kelimedir⁵¹. Ahlak kelimesi, Arapçada yaratılmak ya da yaratılış anlamına gelen “*halk*” kelimesi ile aynı kökten gelen “*hulk*” ya da “*hulûk*” kelimesine dayandığı için ahlakın insanların yaratılışından geldiği ve yaratılışı gereği insanın doğasında bulunma niteliğine sahip olduğu öğretilerde savunulan görüşlerden biridir⁵².

Hukuk, sosyoloji, ilahiyat gibi birçok beşeri bilimin inceleme alanı içerisine giren ahlak kavramını tanımlamak amacıyla şimdiye kadar sayısız deneme gerçekleştirilmiştir⁵³. Ahlak en genel anlamıyla insanları iyiliğe ya da hayırlı olana yönlendirme amacı güden bir kavramdır ve bu yönüyle temel amaçı adaleti sağlamak olan hukuk ile birbirinden ayrılır⁵⁴. Yine ahlak ile hukuk arasında var olan bir diğer fark ise, ahlakın ilgi alanının daha ziyade insanın iç dünyası olması buna karşılık hukukun ilgi alanının daha ziyade insanın dışa vurmuş olduğu davranışları olmasıdır⁵⁵. Bununla birlikte hem hukukun hem de ahlakın alanına giren oldukça geniş bir ortak alan da bulunmaktadır. Örneğin, her iki beşeri davranış kuralına göre de eşlerin birbirine karşı sadakat göstermesi gerekir ve insanlara zarar vermek, hırsızlık yapmak gibi fiiller yasaklanmıştır⁵⁶. Bunlar gibi hukuk ile ahlak arasında var olan birçok benzer ve farklı yönden söz edilebilir. Ancak, bu benzerlik ve farklılıkların mutlaka eksik kalan ya da eleştirilebilecek istisnai tarafları da bulunacaktır. Bu sebeple bu yaklaşımlar, felsefi ve sosyolojik kategorileştirme çabalarından öteye gidememektedir.

Yukarıdaki açıklamanın hemen ardından bahsi geçen ahlak kavramı için yapılan tanımlamaların da benzer şekilde hemen her birinin farklı açılardan eleştirilebilir olduğu göz önünde bulundurulduğunda hangisinin diğerine üstün tutulacağı ile ilgili somut bir değerlendirme ortaya konulamaz. Kanaatimizce bu noktada tanımlamalar üzerine yapılan tartışmalara girmeksizin felsefede ve hukukta yapılan

⁴⁹ Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında konusu hukuki veya fiili sebeplerle imkânsız olan bir sözleşmenin başlangıçtan itibaren geçersiz olduğunu kabul etmektedir; bkz. Yargıtay, 8. HD, T. 14.10.2014, E. 2014/6935, K. 2014/18281 (Corpus).

⁵⁰ KILLIOĞLU, İsmail: *Ahlak-Hukuk İlişkisi*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1988, s. 148.

⁵¹ Türk Dil Kurumu Çevrimiçi Güncel Sözlük (<https://sozluk.gov.tr>, ET: 10.03.2024).

⁵² ÜNAL, s. 85.

⁵³ Söz konusu tanımlar ile ilgili bkz. KILLIOĞLU, s. 135 vd.; ATEŞ, s. 80-81.

⁵⁴ İŞIKTAÇ, Yasemin: *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 9-10. Öğretilerdeki bir diğer görüş ise; amaçla ilgili sorunların içeriksel sorunlar olup değer yargılarını ilgilendirdiğini, değer yargıları noktasında görecelilik ilkesinin hakim olduğunu, bu ilkenin hakim olduğu alanda bilimsel bir çalışma yapılamayacağını ve dolayısıyla hukuk ile ahlak kuralları arasındaki ayrımın amaç unsuru bakımından yaklaşılmayacağını ifade etmektedir, bkz. GÖZLER, s. 52.

⁵⁵ Ahlak insanın sadece iç dünyası ile ilgilenmez, aynı zamanda iç dünyası ile dış dünyasının bir uyum içerisinde olmasını ve bu uyumun totalde iyiyeye yönelmesini bekler. Benzer şekilde hukukun da insanın iç dünyası ile ilişkili olduğu ceza hukukunda suçun manevi unsurları gibi durumlar da mevcuttur; ÜNAL, s. 87.

⁵⁶ ARAL, Vecdi: *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 82.

iki tanıma yer verilmesi kafidir. Buna göre ahlak kavramının felsefi açıdan tanımı: “*belirli bir dönemde belirli insan toplulukları tarafından benimsenmiş olan, bireylerin birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen törel davranış kurallarının, yasalarının, ilkelerinin toplamı*” ya da “*çeşitli toplumlarda ve çağlarda kapsamı ve içeriği değişen ahlaksal değerler alanı*” şeklinde yapılabilir⁵⁷. Hukuk alanında yapılan ahlak tanımı ise; “*toplumsal ilişki ile etkileşimin yarattığı değer yargılarına göre, yapılması ve yapılmaması gerekeni düzenleyen; bireylerin hem toplumsal davranışlarını hem de karşılıklı ilişkilerini değerlendirmeye yarayan sosyal düzen kurallarıdır*” şeklindedir⁵⁸.

B. Genel Ahlak Kavramı

Toplumsal, teknolojik, sosyolojik ve benzeri birçok alanda yaşanan gelişme ve değişimlere paralel olarak ahlak kavramı da muğlak ve değişken bir nitelik göstermektedir. Hukukta kullanılan ve kanunlarda kendisine yer bulan ahlak kavramının ise hukuki öngörülebilirlikten hukuk güvenliğine varınca ya dek pek çok açıdan somutlaştırılmış ve herkes için aynı şeyi ifade eder hale gelmiş bir versiyonunun kullanılması gerekir. Bu sebeple her ne kadar TBK m. 27/I’in lafzında tercih edilmiş olan ifade “*...ahlaka aykırı olan sözleşmeler*” şeklinde olsa da çalışmamızda tercih edeceğimiz ifade sözleşme özgürlüğünün genel sınırlamalarından biri olan “*genel ahlaka aykırılık*” olarak kullanılacaktır⁵⁹. Kaldı ki, mehz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 20/I’deki düzenleme⁶⁰ de “*bir sözleşme, ... genel ahlaka aykırı ise batıldır.*” şeklindedir. Bununla birlikte Türk borçlar hukuku öğretisinde de sözleşme özgürlüğünün genel sınırlarından olan ahlaka aykırılığın, genel ahlaka aykırılık şeklinde anlaşılması gerektiği dile getirilmiştir⁶¹.

Ahlak kavramı için geçerli olan muğlaklık genel ahlak kavramı için de geçerlidir. Şöyle ki, genel ahlak kavramı ile ilgili kesin sınırlar çizmek, geçerliliğini her daim devam ettirebilecek bir tanımlama yapmak oldukça zordur. Bu zorluğun temelinde ise, kavramın hemen her türlü toplumsal değişim ve gelişime göre yeniden şekillenmesi yatmaktadır⁶². Günümüzde bu zorluğu artıran etkenlere bir yenisi daha eklenmiş durumdadır. Adı geçen etken, iletişim teknolojilerine erişimin kolaylaşması ile birlikte toplumlar arası etkileşimin had safhaya ulaşması ve artık çok kültürlü toplumların meydana gelmesi olarak gösterilebilir⁶³. Bu duruma paralel olarak genel ahlak kurallarını tanımlarken farklı yazarların farklı nitelikleri ön plana alan ifadeler kullanmayı tercih ettikleri görülmektedir. Kamusal vicdanı ön plana çıkararak bir tanımı tercih eden tanımlamaya göre; “*belli yerde ve zamanda o topluma (ya da topluluğa) ait sosyolojik kurallar ile ahlak kurallarından temel alan, kamusal vicdanda benimsenen; dürüst, namuslu, makul insanlara ait asgari, sosyal ve hukukî ahlak kuralları*” genel ahlak kuralları olarak kabul edilir⁶⁴. Toplumun içinde yaşayan bireylerin çoğunluğu tarafından benimsenmiş olması kriterini ön plana çıkararak bir diğer tanımlamaya göre ise genel ahlak; “*belli bir ülkede, belirli bir zamanda toplumda yaşayan bireylerin çoğunluğu tarafından benimsenen etik değerler ve kurallar bütünüdür*”⁶⁵.

Bizim de katıldığımız tanıma göre, genel ahlak, “*bir toplumda belli bir zamanda yaşayan orta zekalı, dürüst ve makul kimselerin ortalama düşünce ve telakkileridir*”. Bu tanım hem İsviçre hem de

⁵⁷ Türk Dil Kurumu Felsefe Terimleri Sözlüğü (<https://sozluk.gov.tr>, ET: 11.04.2024)

⁵⁸ ATEŞ, s. 82.

⁵⁹ Benzer şekilde öğretilerde konu ile ilgili önceki çalışmalarda da böyle bir tercihte bulunulmuştur. Örneğin, ÜNAL, s. 88 vd.; ATEŞ, s. 83 vd.; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 77 vd.; EREN, *Genel Hükümler*, s. 371.

⁶⁰ İsviçre Borçlar Kanunu Art. 20/I: “*Ein Vertrag, ... gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.*”

⁶¹ BAŞPINAR, *Kısmi Butlan*, s. 136; OĞUZMAN / ÖZ, s. 88, dn. 134; NOMER, s. 80, EREN, *Genel Hükümler*, s. 371; GÜMÜŞ, s. 221-222.

⁶² Kavramın söz konusu değişken yapısı münasebetiyle genel bir tanımının yapılabilmesi de mümkün değildir, ancak bununla birlikte ahlak kavramı hakime, TMK. m. 1/2 hükmü uyarınca zaman içerisinde değişiklik arz eden durum ve koşullara göre karar verebilme imkânı da bahsetmektedir, KAŞAK, s. 99.

⁶³ ATAMER, s. 152; ATEŞ, s. 83.

⁶⁴ ATEŞ, s. 87.

⁶⁵ GÜRİZ, Adnan: *Hukuk Felsefesi*, 16. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2021, s. 13; ATAMER, s. 152.

Türk hukukunda kabul edilen ve yüksek mahkemelerin kararlarında da kendisine yer bulan tanımdır⁶⁶. Mezkûr tanımın benimsenmesinde ön plana çıkan hususun genel ahlak kurallarını, genel hukuk kurallarının yanı sıra toplumda kabul edilmiş olan ahlak kurallarını da içeren ve yazılı olmayan bir kurallar bütünü olarak görmesi yatmaktadır⁶⁷.

Bir kuralın genel ahlak kuralı olup olmadığı belirlenirken bireysel bir değerlendirmeden ziyade toplumun geneline hitap edebilecek bir yola başvurmak, genelleştirici bir bakış açısıyla hareket etmek ve toplumda var olan uzlaşmayı tespit etmeye yönelik bir yaklaşım içerisinde bulunmak gerekir. Nitekim toplumda söz konusu mesele hakkında bir uzlaşma ortamı bulunmaması bu durumda genel bir ahlak kuralının varlığından bahsedilemeyecektir. Ek olarak, toplumda yaşayan bireylere ve zamana göre farklılık gösterebilen ahlak kurallarının genel ahlak kuralı niteliğine sahip olup olmadığı belirlenirken ne çok olgun bir insanın bakış açısı, ne ahlaken düşük seviyede bulunan bir kişinin düşünce ve davranışları, ne de sadece birkaç kişinin görüşleri ölçü alınmalıdır. Kanaatimizce burada asıl önem arz eden nokta, genel ahlak kuralının hiçbir yönde aşırı olmayan bir ahlak anlayışına dayanması gerekliliğidir⁶⁸.

C. Genel Ahlaka Aykırılık Kavramı

Hukuk eliyle bireyler arası sosyal ilişkiler düzenlenirken göz önünde bulundurulması gereken en temel hususlardan birini toplumda mevcut olan değerler meydana getirmektedir. Kanun koyucular tarafından, söz konusu değerlerin hukuki yaptırımlar ile donatılması ahlak düzenini kaynak olarak gösteren düzenlemeler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Genel ve kişiler üstü olması gereken kanunlarda adı geçen toplumsal değerler bazen tek tek kodifiye edilmiş metinlere sahip normlarda öngörülen yaptırımlarla karşılanmaktadır. Ancak bu yöntem hem toplumsal değerlerin sayıca çok fazla olması hem de karşılaşılabilecek her türlü somut vakıya için tek tek ve baştan öngörülmüş değer yargılarının normlara yansıtılmasını gerektirmektedir. Bu gerekliliğin yerine getirilebilmesi ise fiili olarak imkân dahilinde değildir. Bu sebeple kanun koyucular genel hükümler ile söz konusu toplumsal değerlere atıfta bulunarak meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda bu değerler çerçevesinde içi hakimlerce doldurulacak metinleri norm haline getirme yolunu tutmak zorunda kalmaktadırlar. Çalışma konusu ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin genel sınırlamalarından biri olarak öngörülmüş olan genel ahlaka aykırılık müessesesi de bahsi geçen tutulması zorunlu olan yolun yansımalarından birini teşkil etmektedir. Genel ahlak ile ilgili benimsemiş olduğumuz tanımla uyumlu bir yol tercih edecek olursak, genel ahlaka aykırılık, bir toplumda belli bir zamanda orta zekalı, dürüst ve makul kimselerin ortalama düşünce ve telakkileri ile uyuşmayan tutum ve davranışlar olarak ortaya çıkar. Tanımda yer verilmiş olan “ortalama” sıfatı ahlaka aykırılığa genel olma vasfını kazandırmaktadır.

Ahlak sınırlaması TBK m. 26’da öngörülmüş olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin genel sınırlamaları arasında bir emniyet supabı olma görevini yerine getirmektedir⁶⁹. Şöyle ki, ahlaka aykırılık sınırlaması sayesinde emredici kurallara, kamu düzenine ve hatta kişilik haklarına aykırı olmamakla birlikte toplumsal düzen açısından kabul edilebilir olmayan sözleşmeler bakımından bu emniyet supabı sayesinde sözleşme özgürlüğü sınırlandırılabilir. Ancak bu emniyet supabı ortalama bir bireyin ahlak anlayışına ters gelen her türlü sözleşme bakımından değil; asgari bir etik anlayışının dahi kabul edilemez gördüğü sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulur.

⁶⁶ BAŞPINAR, *Kısmi Butlan*, s. 136; VON TUHR, s. 248. Ayrıca bkz. Yargıtay, HGK, T. 26.09.2007, E. 2007/648, K. 2007/621 (Lexpera). Nitekim Anayasa Mahkemesi de kararlarında benzer nitelikleri ön plana çıkaran şu tanımlamayı kullanmıştır: “(Genel ahlak) deyimi, belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam taşımaktadır.” AYM, T. 28.01.1964, E. 1963/128, K. 1964/8 (Lexpera).

⁶⁷ ÜNAL, s. 93.

⁶⁸ ATEŞ, s. 86.

⁶⁹ ATAMER, s. 151.

Sözleşmelerin ahlaka aykırılığı kural olarak içeriklerine bakılarak ve sözleşmenin tamamı göz önünde bulundurularak belirlenir⁷⁰. Örneğin, konusu taraflardan birinin karşı tarafa kölelik yapması olan yahut kişilik haklarından birinden vazgeçeceğini taahhüt ettiği sözleşmeler genel ahlaka aykırılık nedeniyle kesin olarak hükümsüzdür. Tarafların sözleşmeyi kurmaktaki amacı söz konusu örnekler bakımından herhangi bir önem arz etmez. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁷¹. Hemen belirtilmelidir ki, sözleşmenin içeriğinin genel ahlaka aykırılık denetimi açısından yeterli olmadığı ayrık-sı durumlarda gerek tarafların eldeki sözleşmeyi yapmaktaki dolaylı amaçları gerekse de sözleşmenin doğrudan amacı göz önünde bulundurulabilir⁷².

Bu minvalden olmak üzere öğretilerde sözleşme özgürlüğünün genel ahlaka aykırılık sınırlandırması açısından farklı tasnifler yapılmıştır. Bunlardan ilki genel ahlakın hangi şekillerde ihlal edildiği temeline dayanan bir sınıflandırma olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre üç ihlal grubu mevcuttur. Bunlardan ilki, evlilik dışı bir ilişkiyi sürdürmek için karşılıksız kazandırmada bulunma örneğinde olduğu gibi özellikle cinsel içerikli bir davranışla bağlantılı sözleşmeler olarak kategorize edilmiştir. Bu tasnife göre genel ahlaka aykırılık sınırlandırmasına tabi olması gereken ikincisi grup, bir işin görülmesi için rüşvet verilmesi örneğinde olduğu gibi sosyal etik değer yargılarına ters düşen sözleşmeler ve üçüncüsü ise, bir üçüncü kişinin nispi hakkını ihlal etmeye yönelik sözleşmeler grubudur⁷³. Sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olan genel ahlaka aykırılık başlığı altında ele alınması gereken aykırılıkları kategorize etmek isteyen ilk görüşe⁷⁴ göre bu husus üç alt başlık altında ele alınabilir. Mezkur görüşe göre ise, ilk grup konusu ve gayesi itibarıyla genel ahlaka aykırı sözleşmeler; ikinci grup, kişinin serbest iradesine bırakılması gereken bazı hareket tarzlarına riayet etme taahhüdü içeren sözleşmeler ve üçüncü grup ise kişinin şahsi ve ekonomik özgürlüğünü kabul edilemeyecek derece sınırlayan sözleşmelerdir. Bizim de katıldığımız ve çalışmamızın amacı bakımından daha uygun olduğunu düşündüğümüz bir diğer tasnife göre de genel ahlaka aykırılık sınırlamasının kapsamına giren sözleşmeler yine üç alt başlık altında toplanabilir. Bunlar, sözleşmeye konu edilen edimin, sözleşmenin amacının ve sözleşme ilişkisi kurulmasının genel ahlaka aykırı olması şeklindedir⁷⁵.

Hemen belirtilmelidir ki, çalışmamızda tercih etmiş olduğumuz da dahil olmak üzere söz konusu tasniflerin hiçbiri ortaya çıkabilecek tüm vakıaları yalnızca tek bir kategoriye dahil edebilecek kriterler ortaya koyamamaktadır. Bunun sebebi, yapılan tasniflerin başarılı tasnifler olmaması değil; ortaya çıkabilecek genel ahlaka aykırılık arz eden durumların birden fazla kategoriye dahil edilebilecek mahiyet göstermelerinin beklenen sonuç olmasıdır. Şöyle ki, örneğin, bir vakıda ortaya çıkan genel ahlaka aykırılık hem sözleşmeye konu edilen edimin hem de sözleşme ilişkisi kurulmasının toplumda yaşayan orta zekalı, dürüst ve makul kimseler için kabul edilebilir olmadığı durumlar arz edebilir. Bu durum diğer tasnifler için geçerli olmakla birlikte konunun daha iyi anlaşılabilmesi için kanaatimizce böyle bir tasnif çerçevesinde ele alınması da elzemdir.

III. SÖZLEŞMELERDE AHLAKA AYKIRILIK

Ahlaka aykırılığın sözleşmelerdeki görünüm biçimleri farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Adı geçen görünüm biçimleri sözleşmeye konu edilen edimin yahut sözleşmede öngörülmüş olan koşulun, söz-

⁷⁰ Ahlaka aykırılığın tespitinde sözleşmenin içeriği, akdın tamamının göz önünde bulundurulması suretiyle incelenmelidir, zira tek başına ahlaka aykırı olmayan bazı sözleşme hükümleri bir bütün halinde değerlendirildiğinde sözleşmeyi ahlaka aykırı hale getiriyor olabilir, KAŞAK, s. 105.

⁷¹ Yargıtay, 11. HD, T. 15.11.1976, E. 1976/4887, K. 1976/4912 sayılı kararında bu durum şu ifadelerle hükme konu olmuştur: “Esasen borç doğuran eylemin ahlaka aykırılığını tarafların bilmemeleri veya kültürel ve sosyal yaşantıları itibar ile bunun ahlaka aykırılığını takdir olanağından yoksun bulunmaları, halkın dürüst ve makul düşünen çoğunluğu tarafından ahlaka aykırılığı kabul edilen işlemin nitelik ve etkinliğini değiştirmez.” (Lexpera).

⁷² ATAMER, s. 153.

⁷³ ATAMER, s. 154.

⁷⁴ ÜNAL, s. 94 vd.

⁷⁵ ATEŞ, s. 204 vd.

leşmenin amacının ve sözleşme ilişkisi kurulmasının ahlaka aykırı olması olmak üzere üç alt kategoride incelenebilir.

A. Sözleşmeye Konu Edilen Edimin Genel Ahlaka Aykırı Olması

Bu başlık altında genel olarak borcun konusu olarak tanımlanabilecek olan edim hususu üzerinde durulduktan sonra edimin genel ahlak kurallarına aykırı olması ile TBK m. 176'da düzenlenmiş olan ahlaka aykırı koşul konuları ele alınmıştır.

1. Edim ve Edimin Genel Ahlak Kurallarına Aykırı Olması

Edim, en genel manasıyla borçlunun borcunun konusudur. Borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu davranış olan edim; verme, yapma ya da yapmama şeklinde bir davranış olarak ortaya çıkabilir⁷⁶.

Bir sözleşmenin TBK m. 27/I anlamında kesin olarak hükümsüz olmaması, bir diğer ifadeyle, geçerli olarak kurulabilmesi için sözleşmeye konu borç ve alacaklar ile sözleşmenin tipini belirleyen ve aynı zamanda esaslı unsurlarını oluşturan edimlerin genel ahlaka aykırı olmaması gerekir.

Sözleşmeye konu edilen edimin genel ahlaka aykırı olduğu durumlara ilk örnek olarak nakdi bir menfaat karşılığında kişilerin kişilik haklarına ilişkin taahhütleri konu alan edimler verilebilir. Para karşılığı bir kimseyi öldürmenin taahhüt edilmesi veya bir kimseyle cinsel ilişkiye girme taahhüdü⁷⁷ toplumda geçerli olan genel ahlak kurallarına aykırılık teşkil etmektedirler. Bu sebeple de sözleşme özgürlüğü ilkesinin koruması altında değildirler. Bu konuda diğer bir örnek ise, evli olmadan birlikte bir yaşam kurmak yahut evli olduğu halde evlilik dışı üçüncü bir kişiyle bu tür bir ilişki yaşamak için maddi herhangi bir menfaat sağlamaktır⁷⁸. Benzer şekilde başlık parası adı verilen ve bir önceki örneğin aksine sözleşmenin karşı tarafına değil, üçüncü kişilere (gelinin ailesi ve akrabaları) maddi bir menfaat sağlanması da genel ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır. Ancak, belirtilmelidir ki, Yargıtay söz konusu uygulamayı sadece genel ahlak kurallarına değil hukuka da aykırı kabul etmektedir⁷⁹. Yüksek mahkeme vermiş olduğu bir kararında, benzer şekilde evlenmenin teminatı olarak düzenlenmiş bir bononun da hukuka ve ahlaka aykırı olduğu sonucuna varmıştır⁸⁰.

Yazılı ya da sözlü irade açıklamalarının dürüstlük kuralına aykırı olarak da kullanılabilir vazyette olmaları tek başlarına genel ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük anlamına gelmez. Örneğin, kurulmuş olan tüketim ödünç sözleşmesinde faiz oranının belirlenmesi yetkisinin ödünç verene bırakılmış olması tek başına genel ahlak kurallarının çiğnendiği sonucunu doğurmaz. Eğer ödünç veren kendisine verilmiş bu yetkiyi dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde kullanırsa ancak o zaman sözleşmeye konu edimin genel ahlaka aykırılığında bahsedilebilir⁸¹.

⁷⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s. 6; EREN, *Genel Hükümler*, s. 99; KILIÇOĞLU, *Genel Hükümler*, s. 5; NOMER, s. 16; ANTALYA, s. 97; FURRER / MULLER-CHEN / ÇETİNER, s. 49-50.

⁷⁷ Burada fuhuş taraflarının evli ya da bekar olmalarından, cinsel ilişkinin şekli ve zamanından ve hatta cinsel ilişkiye girme taahhüdünde bulunan tarafın hayat kadını olmasından da bağımsız olarak taraflardan birinin beklentisinin fuhuştan menfaat elde etmek ya da cimanın mükafatı (*pretium stupri*) olmasından dolayı ahlaka aykırılık teşkil eder; ARIK, Kemal Fikret: "Ahlaka Aykırı Muamele ve Şart Kavramı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1961, Cilt 16, Sayı 1, s. 255.

⁷⁸ ATEŞ, s. 211.

⁷⁹ "Kızın babasının evlenmeye razı olmasının karşılığı olarak (başlık) adı altında aldığı mad veya para, bu ölçüler içinde hukuka aykırı düşeceğinden, bunu sağlayan bağış ve taahhütler de hükümsüz sayılmalıdır." Yargıtay, 11. HD, T. 11.02.1980, E. 1980/620, K. 1980/620 (Lexpera).

⁸⁰ Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen uyumsuzlukta taraflar, düzenlemiş oldukları bononun arkasına "işbu senet evlenme güvence senedir" yazmış ve senedin düzenlenmesinden bir gün sonra evlenmişlerdir. Yargıtay mezkûr senedin resmi olmayan bir evlenmenin güvencesi olarak verildiğini ifade ederek bu senedin TBK m. 27 uyarınca hukuka ve ahlaka aykırı olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu karar için bkz. Yargıtay, 3. HD, T. 09.05.2018, E. 2016/17924, K. 2018/4924 (Corpus).

⁸¹ "Tacirler arasında sözleşme faiziyle temerrüt faizinin sözleşme serbestisi içinde belirlenmesi yöntemine ilişkin hükmün BK. 'nun 19/1. maddesine uygun olup, kamu düzenine yahut ahlaka aykırı, batıl bir hüküm niteliği taşımadığı tabiidir. Ancak, bir tarafın iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları içinde davranılması da uyulması gereken yasanın emredici bir hükmüdür." Yargıtay, 19. HD, T. 25.11.1994, E. 1994/6472, K. 1994/11467 (Lexpera).

Yeri gelmişken belirtmelidir ki, faiz gibi sözleşmede bahsedilen fer'i haklar denilebilecek ceza koşulu, gecikme tazminatı ya da alacağı teminat altına almak amacıyla yapılan kefalet ya da rehin anlaşmaları da genel ahlak kurallarına uygun olmalıdır. Gecikme tazminatı ya da faiz gibi fer'i hakların parasal bir değer olarak belirlenmiş olması durumunda edimlerin ahlaka aykırılığından ziyade çalışmanın ileri safhalarında ele alınmış kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede ihlal edilmesi durumunun meydana gelme olasılığı çok daha yüksektir. Ancak, çoğunlukla bir paranın ödenmesi şeklinde belirlenmekle birlikte yapma ya da yapmama borcu şeklinde belirlenebilecek olan ceza koşulu için bu borçların konusu olan edimlerin de genel ahlak kurallarına uygun olması gerekir⁸².

2. Ahlaka Aykırı Koşula Bağlı Borçlar (TBK m. 176)

TBK m. 176 hükmü aynen “*bir koşul, hukuka veya ahlaka aykırı bir yapma veya yapmama filini sağlamak amacıyla konulmuşsa, bu koşula bağlı hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür.*” şeklindedir. Koşula bağlı borç, sonuçlarının meydana gelmesi yahut ortadan kalkması gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlı olan borç anlamına gelmektedir⁸³. Buna göre, sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda, taraflar koşula ilişkin beyanlarını açık ya da örtülü biçimde sözleşmeye dahil edebilmektedirler. Ancak, koşulun mutlaka taraf iradelerine dayanması ve gerçekleşmesi şüpheli bir durum olması gerekmektedir. TBK m. 176'ya göre, sözleşmenin konusu ve içeriği genel ahlaka aykırılık arz etmiyor olsa dahi eğer koşul olarak öngörülmuş olan husus genel ahlaka aykırı ise sözleşme kesin olarak hükümsüzdür.

Koşul olarak belirlenen davranış ya da fiil kendi özellikleri sebebiyle genel ahlak kurallarına aykırılık gösterebilir. Ek olarak, koşul olarak belirlenen davranışın maddi bir menfaat karşılığı yapıyor olması, üçüncü bir kişiye zarar verme amacı gütmesi ya da ahlaki bir ödevi içermesi gibi durumlarda da genel ahlak kurallarına aykırılık doğabilir. Bu durumlara, bir kimsenin kendisi ile cinsel ilişkide bulunması koşuluna bağlı olan bağışlama taahhüdü, dinini ya da mensubu olduğu siyasi partiyi değiştirme koşuluna bağlı hizmet sözleşmesi⁸⁴, kendisine çıplak pozlar verilmesi koşuluna bağlı menajerlik sözleşmesi, yalan tanıklık yapmama koşuluna bağlı bağışlama taahhüdü, kira bedelini her ay dilenerek ödeme koşuluna bağlı kira sözleşmesi örnek gösterilebilir.

Sözleşmenin genel ahlaka aykırı olması durumunda kendisine uygulama alanı bulan TBK m. 27/II-c.1 hükmü gereğince sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak mezkûr maddenin ikinci cümlesindeki düzenlemeye göre söz konusu hükümsüz olan hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur. Bu açıdan tarafların koşula bağlayarak bir sözleşme yapmak istemeleri asıl amaçları olduğundan koşulun genel ahlaka aykırı olarak nitelendirildiği ve hükümsüz kaldığı durumlarda sözleşme de kesin olarak hükümsüz olur⁸⁵. Belirtmelidir ki, koşula bağlı ölüme bağlı tasarruflar bakımından anılan kural daha esnek olarak uygulanmalıdır. Şöyle ki, tarafların yahut yalnızca vasiyetçinin koşulun genel ahlaka aykırı olduğunu bilmeleri halinde, iradelerinden ölüme bağlı tasarrufu koşulsuz da yapabilecekleri çıkarılabiliyorsa koşulun hükümsüz sayılarak tasarrufun hüküm ifade etmesi sağlanabilmektedir⁸⁶.

B. Sözleşmenin Amacının Genel Ahlaka Aykırı Olması

Tarafların bir sözleşme yapmakta doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki tür amaçları olabilir. Bu başlık altında öncelikle bu iki tür amacın ortak bir başlığı olarak sözleşmenin amacı kavramı üzerinde

⁸² ATEŞ, s. 216.

⁸³ EREN, *Genel Hükümler*, s. 1313; NOMER, s. 517; KILIÇOĞLU, *Genel Hükümler*, s. 965; OKUR, Sinan: “Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 1, s. 40.

⁸⁴ VON TUHR, s. 250.

⁸⁵ AKINTÜRK, Turgut: “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1970, Cilt 27, Sayı 3, s. 222-223; EREN, *Genel Hükümler*, s. 1320-1321; NOMER, s. 521.

⁸⁶ EREN, *Genel Hükümler*, s. 1321; SIRMEN, Lale: *Türk Özel Hukukunda Şart*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1992, s. 124-125.

durulmuş ve sonra genel ahlaka güdülen amaç bakımından aykırı sözleşmeler ile soyut borç ikrarı hususları ele alınmıştır.

1. Sözleşmenin Amacı Kavramı

Tarafların bir sözleşme yapmakla hedefledikleri sonuçların toplamına sözleşmenin amacı adı verilir⁸⁷. Tarafların sözleşme yapmakla hedefledikleri doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki tür amaçları olabilir. Doğrudan amaç, tarafların bir sözleşme yaparken direkt olarak karşılıklı ve birbirine uygun olarak ifade edilen irade beyanları ile ulaşmayı düşündükleri amaçlarıdır. Doğrudan amacın yanı sıra girilen sözleşme ilişkisinin direkt olarak sonucu olmayan ve her iki taraf için de ulaşılmak istenen ve dolaylı amaç olarak adlandırılan başka yan hedefler de olabilir.

Doğrudan amaç, tarafların sözleşme ilişkisi kurmaları sonucunda ulaşmayı hedefledikleri direkt ve vasıtasız amaca verilen isimdir. Bir başka ifadeyle, doğrudan amaç, tarafların taahhütlerinin tamamen ifası sonucunda ortaya çıkacak hukuki ya da fiili duruma ait düşüncelerini içeren objektif bir amaçtır. Bu itibarla sözleşmenin vasıtasız sonucu anlamına gelmektedir. Araya başkaca bir vasıta girmeksizin oluşacak sonuç anlamına geldiği için de aslında sözleşmenin sebebine de işaret eder. Bu anlamda, kazandırma ile doğrudan doğruya takip edilen, kazandırmaya hukuki karakterini veren ve bu sebeple ona uygulanacak hukuk kurallarını da tayin eden tipik amaca sebep denir⁸⁸. Örneğin, karşılıksız bir kazandırmada sebep genellikle bağışlama iken; karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sebep genellikle karşı edimdir⁸⁹. Bu itibarla da saik kavramından ayrılır. Şöyle ki, sebep aynı tip kazandırmalarda sabit kalan ve kurulan sözleşmenin tipini de belirleyen doğrudan amacı ifade ederken; saik, her olaya göre değişkenlik arz edebilecek, tarafları söz konusu kazandırmayı yapmaya yönelten ve sözleşme kurulma anı ya da sonrası için tarafların kendilerine ait düşünceleri ifade etmektedir⁹⁰. Bir diğer ifadeyle, taraflar eldeki sözleşme ilişkisine girmek için kendi iç dünyalarında kişisel bazı düşüncelere sahip olabilirler ve bu iç dünyalarındaki düşünceler saik olarak adlandırılır. Tarafların sözleşmenin amacından bağımsız olarak sahip oldukları bu kişisel düşünceler karşı tarafça da bilinmeyeceğinden ahlaka aykırılık değerlendirmesi yapılırken dikkate alınmaz⁹¹. Ancak, taraflardan birinin saiki diğer tarafça da biliniyorsa ve kabul ediliyorsa bu durumda saik tek taraflı ve gizli olmaktan çıkar ve sözleşmenin amacı haline gelebilir⁹².

Dolaylı amaç ise, kurulan sözleşme ilişkisi çerçevesinde imkân dahilinde olup yine her iki tarafça da güdülen amaçtır⁹³. Dolaylı amaç, sözleşme ilişkisinin sonucunda ortaya çıkabilecek olan ve gerçekleşebilmesi için sözleşmenin yerine getirilmesi şart olan hukuki ya da fiili en son durumdur. Belirtilmelidir ki, dolaylı amaç sözleşmenin sonucu değildir. Sözleşmenin sonucu sözleşmede taahhüt edilen edimlerin yerine getirilmesinden sonra ortaya çıkan somut neticedir. Oysaki dolaylı amaç daha sözleşmenin yapılma anında tarafların sahip oldukları ve onları söz konusu sözleşme ilişkisini kurmaya iten düşünce ve hedeflerdir. Saik ve amaç arasındaki ayırımı olduğu gibi yine tarafların dolaylı amaçlarının da bilinmesi ya da en azından bilinebilir olması gerekir⁹⁴. Son olarak belirtmelidir ki dolaylı amacın ahlaka aykırılık teşkil edebilmesi için oluşması ciddi bir olasılık arz eder mahiyette olması da şarttır.

⁸⁷ ATEŞ, s. 220; KAŞAK, s. 104.

⁸⁸ ATEŞ, s. 222, dn 617.

⁸⁹ KOCAYUSUFPAŞAĞLU, Necip: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm-Birinci Cilt-Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 130.

⁹⁰ KOCAYUSUFPAŞAĞLU, s. 132.

⁹¹ EREN, *Genel Hükümler*, s. 375; OĞUZMAN / ÖZ, s. 89; VON TUHR, s. 249.

⁹² EREN, *Genel Hükümler*, s. 375; ATEŞ, s. 223; NOMER, s. 93. Sadece bilmenin her zaman sözleşmenin kesin olarak hükümsüzlüğüne sebep olmayacağına dair bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 89; ve özellikle VON TUHR, s. 249.

⁹³ ATEŞ, s. 223.

⁹⁴ ATEŞ, s. 223-224.

2. Amacı Genel Ahlaka Aykırı Sözleşmeler

Gerek TBK m. 26’da öngörölmüş olan sözleşme özgürlüğünü gerekse de TBK m. 27’de öngörölmüş olan bu özgürlüğün genel sınırlarını düzenleyen maddelerde sözleşmenin amacından bahsedilmemektedir. Ancak, öğretide kabul edilen görüş tarafların amaçlarının da TBK m. 26’nın lafzında yer verilmiş olan sözleşmenin içeriğine dahil olduğu yönündedir⁹⁵. Tarafların amacı ise, gerek tarafların eldeki sözleşmeyi yapmaktaki doğrudan gerekse dolaylı amaçlarını kapsayıcı bir niteliği haizdir.

Doğrudan amacın ahlaka aykırı olup olmadığı değerlendirilirken hem borçlandırıcı hem de taahhüt işlemi yönlerinden sözleşmenin sebebi ve bu sebebe bağıllığı göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁶. Sebebe bağıllık, borçlandırıcı işlemler bakımından, irade beyanlarının bağılı olduğu alacak, bağış, teminat ya da karma sebebin geçerliliği ve dolayısıyla genel ahlak kurallarına aykırı olmaması anlamına gelmektedir. Tasarruf işlemleri bakımından ise, sebebe bağıllık, ifaya temel olan borçlandırıcı işlemin geçerliliği ve dolayısıyla genel ahlak kurallarına uygun olması anlamına gelir. Türk hukukunda, TBK m. 18’de öngörölmüş olan borç tanınması ve irade özerkliği çerçevesinde meydana getirilebilecek maddi anlamdaki soyut sözleşmeler haricinde kalan sözleşmeler sebebe bağılı borçlandırıcı işlemlerdir. Ancak borçlu yedinde olmayan bir şey için de borç altına girebilir. Bir diğere ifadeyle, edimin borçlunun malvarlığı değerleri arasında bulunması şart değildir; önemli olan ifa anında borçlunun malvarlığı değerleri arasında bulunmasıdır. Bundan dolayı sözleşmenin taraflarından birinin malvarlığı değerlerinin üstünde bir taahhüt altına girmesi genel ahlaka aykırılık nedeniyle sözleşmenin hükümsüzlüğü anlamına gelmez. Eğer ifa anında edim malvarlığı değerleri arasında değilse subjektif imkânsızlık söz konusu olacaktır. Benzer şekilde aynı edimin birden fazla kişiye taahhüt edilmesi durumu da ilk bakışta ahlaka aykırılık gibi görünse de ifada bulunulamayan kişiler için borcun ifa edilememesi ile ilgili TBK m. 112 vd. hükümleri devreye girer.

Burada belirtilmesi gereken bir diğere durum ise, TMK m. 23/II ile korunan kişi özgürlüklerinin ihlalinin ancak borçlandırıcı işlem ile mümkün olduğu çünkü taahhüt işlemlerinin kişiler değil malvarlıkları üzerinde etkilerini gösterdikleridir. Bu değerler yönünden ahlaka uygunluk denetimi aslında borçlandırıcı işlemin denetimi anlamına gelir ve ahlaka uygun olması gereken öncelikle borçlandırıcı işlemlerdir.

Bir başka yönden, sözleşme ile güdülen doğrudan amacın yanı sıra dolaylı amaçların da genel ahlak kuralları denetime tabi olması gerekir. Bunun nedeni, sadece sözleşmenin oluşumu ve yerine getirilmesi şartlarının değil; sonuçlarının da toplum vicdanı tarafından benimsenmeyen bir nitelikte olması gerekliliğidir. Bu bakımdan sözleşme tarafların toplum tarafından benimsenmeyen sonuca ulaşmak üzere ortaya koydukları iradelerinin ispatı aracı olma vasfını kazanmaktadır⁹⁷.

Bu noktada dolaylı amaç ile ilgili öğretide çok çeşitli görüşlerin bulunduğundan bahsedilmesi gerekir. Şöyle ki, evli bir adamın metresine bir kolye alması örneği ile ilgili üç farklı görüş üç farklı ahlaka aykırılık mesnedi olduğundan bahsetmektedir. İlk görüşe göre, kuyumcunun müşterinin sözleşme konusu kolyeyi metresine aldığını biliyor olması ve amacı gerçekleştirmek üzere satım sözleşmesini yapıyor olması sözleşmenin ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüzlüğü için yeterlidir⁹⁸. Bir diğere görüşe göre, ahlaka aykırılık nedeniyle sözleşmenin hükümsüz sayılabilmesi için kuyumcunun sırf söz konusu sözleşmenin konusunun evli adamın metresi için alınan bir kolye olduğunu bilmesi nedeniyle daha yüksek bir fiyat istemesi gibi bir durumun gerçekleşmesi gerekir⁹⁹. Bir diğere görüşe göre ise, bir ku-

⁹⁵ EREN, *Genel Hükümler*, s. 374-375; OĞUZMAN / ÖZ, s. 89; VON TUHR, s. 249; NOMER, s. 93; KILIÇOĞLU, *Genel Hükümler*, s. 143; ÜNAL, s. 95; KARABAĞ BULUT, s. 84; BAŞPINAR, *Kısmi Butlan*, s. 145 vd.; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 75.

⁹⁶ ATEŞ, Derya / SÜLEYMANLAR, Gülin: “Sözleşmelerde Amaç ve Genel Ahlaka Aykırılık Değerlendirmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 71, Sayı 4, s. 1633.

⁹⁷ ATEŞ, s. 226-227.

⁹⁸ OĞUZMAN / ÖZ, s. 89; İNAN, Ali Naim: *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri-Birinci Kitap*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1971, s. 192-193.

⁹⁹ VON TUHR, s. 249.

yumcu kendisinden mücevher satın alan kişinin bunu metresine genel ahlaka aykırı bir cinsel ilişkinin karşılığı olarak vermek amacıyla satın aldığını bilse bile, sözleşme geçersiz olmamalı, sadece eğer alıcıyı bu genel ahlaka aykırı amaçla mücevher satın almaya kuyumcu ikna etmişse, satım sözleşmesi hükümsüz sayılmalıdır¹⁰⁰. Bu örnekte müşterinin amacının ne olduğunun kuyumcu tarafından bilinmemesi durumunda sadece tek tarafın saikinin genel ahlaka aykırılığı söz konusu olacağından sözleşmenin hükümsüzlüğünden bahsedilemez. Ayrıca bizim de katıldığımız görüşe göre taraflardan birinin amacının genel ahlaka aykırı olması sözleşmenin dolaylı amacını da genel ahlaka aykırı hale getirmez¹⁰¹. Örneğimiz üzerinden somutlaştıracak olursak, kanaatimizce, kuyumcunun kolyenin satın alma amacının genel ahlaka aykırı olduğunu bilmesi ya da bilmesinin gerekmesi sözleşmeyi genel ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüz hale getirmez. Bunun için, tarafların söz konusu genel ahlaka aykırı amacı bilmesi ya da bilmesinin gerekmesinin yanı sıra bu amacı gerçekleştirmek istemeleri ve bunu sözleşmenin temel unsurlarından biri kabul etmeleri de şarttır¹⁰².

Burada Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 1948 tarihli bir kararından da bahsedilmesi gerekir. Söz konusu karara göre, genelev olarak kullanılmak üzere taşınmaz kiralanan yönündeki sözleşmelerin, hükümetten bu yönde bir izin alınmışsa geçerli aksi halde genel ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı ifade edilmektedir¹⁰³. Genelev işletilmesinin toplumun genel ahlak anlayışı ile bağdaşır olmadığı hususunda herhangi bir duraksama olmamakla birlikte öğretide bazı yazarlar adı geçen içtihadı birleştirme kararı lehinde bazı yazarlar ise aleyhinde görüşlere sahiptir¹⁰⁴. Biz de kararın aleyhinde görüş izhar etmiş olan yazarlara katılıyoruz. Katılmadığımız nokta kararın ortaya çıkardığı sonuç olmayıp, kaleme alınırken hükümetten izin alınmasının genel ahlaka aykırılığı ortadan kaldıracığı yönündeki ifadelerdir. Şöyle ki, alınmış olan izin kanaatimizce kamunun sağlık ve güvenlik açısından korunması ile ilişkilendirilebilir ancak davranışı genel ahlaka uygun hale getirmez. Son tahlilde, bir davranışa kanunen cevaz verilmiş olması söz konusu davranışı kamu vicdanına ve buna bağlı olarak genel ahlak kurallarına uygun hale getirme gibi bir misyona sahip olamaz. Bir diğer ifadeyle, toplumda hangi hareketin genel ahlaka aykırı olarak görüldüğü hükümetten izin alınmış olup olmadığı ile tepeden inmece bir müdahale ile belirlenebilecek bir durum değildir. Diğer tüm açılardan olsa dahi, genelevlerde kadınların bir köle gibi devredilebilir olması verilebilecek hiçbir izinle konuyu ahlaka uygun hale getirmez¹⁰⁵. Sonuç olarak, konusu bir genelevin işletmesi olan tüm hukuki işlemler öncelikle genel ahlaka aykırı kabul edilmeli, daha sonra somut olayın özelliklerine göre hükümsüzlüğün ileri sürülmesi ve sonuçları değerlendirilmelidir¹⁰⁶. Örneğin, kiraya veren kiralananın genelev olarak kullanılacağını bilmeden ve bilecek durumda olmadan evini kiraya vermişse bunu öğrendiğinde kira sözleşmesini feshedebilmeli, ancak aksi durumda sözleşme hükümsüz sayılmalıdır. Bu durumda ortaya çıkabilecek, örneğin kiralayanın kira bedeli ödemekten kaçınmak için hükümsüzlüğü kullanmaya çalışması durumu gibi, kötüye kullanımlar ise, TMK m. 2 hükmü çerçevesinde ele alınmalıdır¹⁰⁷.

Amacı ahlaka aykırı sözleşmeler başlığı altında bahsedilmesi gereken bir diğer husus ise, soyut borç tanınmasıdır. Bu hukuki müessese TBK m. 18'de "*borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanı-*

¹⁰⁰ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU /ALTOP, s. 400.

¹⁰¹ ATEŞ, s. 227-228.

¹⁰² İsviçre Federal Mahkemesi de bu kriterlerin sağlanması durumunda dolaylı amacın genel ahlaka aykırı olması nedeniyle sözleşmenin hükümsüz olduğu yönünde kararlar vermektedir. Söz konusu kararlar için bkz. ATEŞ, s. 228, dn. 639.

¹⁰³ Yargıtay, İBHGK, T. 14.01.1943, E. 1943/30, K. 1948/2 (Lexpera).

¹⁰⁴ Karar lehinde kanunen yapılmasına izin verilen bir davranışın artık ahlaken tartışılmayacağı yönünde bir görüş için bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 88-89. Benzer şekilde genelev işletmek üzere ortaklık kurulması ile ilgili bir davada izin hususu ileri sürülmediğinden ortaklık alacağına ilişkin uyuşmazlıkta ahlaka aykırılık nedeniyle sözleşmenin hükümsüz sayılmayacağına ilişkin Yargıtay, 13. HD, T. 13.12.1976, E. 1976/2884, K. 1976/8294 (Lexpera). Aksi yönde, genelevlere ilişkin düzenlemelerin toplum sağlığı temelli olduğu ve bir davranışın ahlaka aykırılığının hükümet ya da kanunun izin vermesi ile ortadan kalkmayacağı yönünde bkz. HATEMİ, s. 261 vd.

¹⁰⁵ BATTAL, Ahmet: "Ticari İşletme Kısıtları Karşısında Genelevlerin Durumu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1992, Cilt 5, Sayı 5, s. 222.

¹⁰⁶ ATEŞ, s. 231.

¹⁰⁷ HATEMİ, s. 270; ATEŞ, s. 231.

ması geçerlidir.” şeklinde düzenlenmiştir. Borç tanımının hukuki niteliği bakımından ilki borç tanımayı temel borç ilişkisinden bağımsız ve maddi anlamda yeni bir borç yaratılması anlamına gelecek şekilde gören, ikincisi ise, ayrı bir borç ilişkisi yaratmadan sadece alacaklıyı geçerli borç sebebinin varlığını ispat külfetinden kurtaran nitelikte gören iki görüş mevcuttur¹⁰⁸. Bu görüşlerden ilki olan maddi anlamda yeni bir borç yaratıldığına dair görüşü kabul edenler, genel ahlak aykırı amaçla borç tanımının akıbeti hakkında da üç farklı sonuca ulaşmaktadır. Bu sonuçlardan ilkinde göre, borç tanıma temel borç ilişkisinden bağımsız olduğu için temel ilişkideki hukuki sebep genel ahlaka aykırı olsa dahi bir alacak hakkı doğar¹⁰⁹. Bir diğer sonuca göre, kanunun soyut alacaklara bağladığı temel borç ilişkisinden bağımsız olarak geçerli olma sonucu, yine kanunda yer alan diğer bazı temel kurallarla sınırlanmalıdır ve söz konusu borç ikrarından doğan alacak hakkı sınırsız bir hak değildir. Hakim eğer ahlaka aykırılığa vakıf olursa borç tanımayı da hükümsüz kılabilir. Son görüşe göre ise, borç tanımının en sık rastlanılan türü ifa amacıyla borç tanıma olduğundan ifa amacı güdülen borç genel ahlaka aykırı bir sebebe dayanıyorsa artık borç tanıma da genel ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüzdür¹¹⁰. Maddi anlamda soyut bir borç yaratma olan görüşün aksine, bizim de katıldığımız görüş olan şekli anlamda soyut borç görüşüne göre ise, alacaklı genel ahlaka aykırı olan temel ilişkiye değil, kendisini ispat yükünden kurtaran soyut borç ilişkisine dayalı borçludan ödemede bulunmasını talep edebilir. Bununla birlikte, borçlu da temel ilişkinin ahlaka aykırı ve bu nedenle geçersiz olduğunu ispat edebilirse borç tanımının hükümsüzlüğüne karar verilebilir¹¹¹.

C. Sözleşme İlişkisi Kurulmasının Genel Ahlaka Aykırı Olması

Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine konu edim ya da tarafların doğrudan veya dolaylı amaçlarını incelemeye gerek olmaksızın bizzat sözleşme ilişkisinin kurulması genel ahlak kurallarını ihlal edebilir. Sözleşme ilişkisi kurulmasının genel ahlaka aykırılık arz etmesi borçlunun özgürlüklerinin aşırı derecede ihlal edilmesi olarak ortaya çıkar. Borçlunun özgürlüklerinin aşırı derece ihlal edilmesi üzerinde durulduktan sonra bu ihlallerin en önemli görünüm biçimleri olan karar alma ve ekonomik özgürlüğün ihlali hususları ele alınmıştır.

1. Borçlunun Özgürlüklerinin Aşırı Derecede İhlal Edilmesi

TMK m. 23 “*Kişiliğin korunması*” başlığına sahiptir. Genel olarak modern hukuk düzenleri TMK m. 23/II’de düzenlenmiş olan kişilerin özgürlüklerinden vazgeçmesi ya da onları hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlanmasını korumaz. Sözleşme özgürlüğünün genel ahlaka aykırılık nedeniyle sınırlandırılması konusunun bir diğer alt dalını da anılan madde metninde ele alınmış olan kişi özgürlüklerinin aşırı derecede ihlal edilmesi oluşturur. Çünkü TMK m. 23/II anlamında genel ahlak kurallarıyla korunan kişisel değerlerin ihlali anlamına gelen sözleşmeler de TBK m. 27/I gereğince kesin olarak hükümsüzdür. Bu durum kişinin genel ahlak kurallarına göre kabul edilemeyecek bir biçimde maddi, manevi yahut sosyal bütünlüğüne ilişkin taahhütlerde bulunarak özgürlüklerinin aşırı derecede sınırlandırılması olarak ortaya çıkabilir¹¹². Kişinin maddi bütünlüğüne ilişkin aşırı sınırlamaya hareket özgürlüğünün; manevi bütünlüğüne ilişkin olan sınırlamaya karar alma özgürlüğünün; sosyal bütünlüğüne ilişkin olan sınırlamaya ise ekonomik özgürlüğünün ihlal edilmesi örnek gösterilebilir.

Aslında her sözleşme taraflardan en az birini borç altına sokar ve böylece kişinin özgürlüğünü kısıtlar. Ancak sözleşme özgürlüğünün kapsamı dışında kalan durum, özgürlüğün genel ahlaka uygun olmayacak şekilde aşırı derecede kısıtlanmasıdır. Hemen belirtilmelidir ki, özgürlüğün aşırı derecede kısıtlanıp kısıtlanmadığı noktasında birtakım kıstaslar öngörerek söz konusu belirlemeyi kolayca ya-

¹⁰⁸ OĞUZMAN / ÖZ, s. 216 vd.; EREN, *Genel Hükümler*, s. 203 vd.; KILIÇOĞLU, *Genel Hükümler*, s. 77-78.

¹⁰⁹ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 138.

¹¹⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 138 vd.

¹¹¹ EREN, *Genel Hükümler*, s. 208-209.

¹¹² ATEŞ, s. 239.

pabilmek mümkün değildir. Her bir somut sözleşmeyi bu açıdan ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Söz konusu değerlendirmede göz önünde bulundurulması gereken ölçütler tarafların ne kadar bir süre için ve hangi ölçüde yükümlülük altına girdiklerinin yanı sıra sözleşmenin karşı tarafına hangi boyutta bağlı kaldıklarına kadar uzanan bir spektrumda olabilir. Ancak bu ölçütler dairesinde ve sözleşmenin bütünü göz önünde bulundurularak özgürlüklerin aşırı derecede kısıtlanıp kısıtlanmadığı sonucuna ulaşılabilir¹¹³.

Hemen belirtmelidir ki, TMK m. 23/I’de düzenlenmiş olan hak ve fiil ehliyetinin sınırlanması anlamına gelecek olan sözleşmeler için ahlaka aykırılık değerlendirmesine lüzum yoktur. Çünkü kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ve fiil ehliyetinden vazgeçmek anlamına gelebilecek olan sözleşmeler, TMK m. 23/I’e aykırı olmaları sebebiyle direkt olarak hukuka aykırılık nedeniyle hükümsüzdürler. Örneğin, bir kimsenin hiçbir zaman evlenmeyeceğini ya da hiçbir zaman mülkiyet hakkına sahip olmayacağını taahhüt etmesi durumları kişinin evlenme özgürlüğü ya da mülkiyet sahibi olabilme özgürlüklerine müdahale değildir. Bu tür sözleşmeler, bizzat kişinin hak ve fiil ehliyetini sınırladıklarından, her zaman hukuka aykırılık sebebiyle geçersizdirler¹¹⁴.

Bilindiği üzere, borçlandırııcı işlemler etkilerini malvarlığı üzerinde gösteren işlemlerdir. Aşırı derece ihlal edilmesi sonucunda sözleşme özgürlüğünün kapsama alanı dışına çıkan özgürlükler ise kişi özgürlükleri olup bunların hiçbiri direkt olarak malvarlığı üzerindeki haklarla alakalı değildir. Bu nedenle borçlandırııcı işlemler ile ortaya çıkabilecek hususlar sözleşme özgürlüğünün sınırları bakımından kişi özgürlüklerinin aşırı derecede ihlal edilmesi sonucunu doğurmaya elverişli değildir. Bir diğer anlatımla, kişi özgürlüklerinin aşırı derecede ihlal edilmesi ancak ve ancak taahhüt işlemleri nedeniyle mümkündür¹¹⁵.

2. Özgürlüğün Aşırı Derece İhlinin Belirlenmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, bir sözleşmedeki taahhüdün özgürlükleri aşırı derecede ihlal edip etmediğinin belirlenmesi için somut olayın oluşumuna etkisi bulunan tüm hal ve şartların göz önünde tutulduğu bir araştırma yapılmalıdır. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu yönde vermiş olduğu bir kararında¹¹⁶, bir menajerlik sözleşmesinde öngörülmüş olan taahhütlerden hiçbiri tek başına özgürlükleri aşırı kısıtlama anlamına gelmemekle birlikte sözleşmeye bütüncül olarak bakıldığında menajerlik hizmeti alan tarafın karar alma özgürlüğünü tamamen menajere devretmesi, özgürlüğün aşırı derecede ihlali anlamına geleceğine hükmedilmiştir. Bahsi geçen örnekteki gibi bir ihlalin belirlenmesi için aranan şartlar ancak somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak objektif kıstaslar yardımıyla değerlendirilebilir. Bazı objektif kıstaslar öğreti ve yargı kararlarıyla şekillenmiştir. Öğreti ve yargı kararları ile şekillenmiş olan kıstaslar, temel bazı kıstaslar ve yardımcı kıstaslar olmak üzere iki başlık altında incelenebilir.

Temel kıstaslar taahhüdün yoğunluğu, taahhüdün süresi ve taahhüdün konusu olan değerler olarak ortaya çıkmıştır. Taahhüdün yoğunluğu veya taahhüdün şiddeti ile kastedilen sözleşme ile taahhüt altına girilen şeyin borçlunun özgürlüğüne verdiği zararın miktarının ne kadar fazla olduğudur¹¹⁷. Bir örnek üzerinden somutlaştıracak olursak hizmet sözleşmesi ile işçi işverene bağımlıdır. Borçlu ile alacaklı arasında bir bağıllık ilişkisi kurulması anlamına gelen taahhütlerin hemen hepsi genel ahlak kurallarına bir miktar da olsa aykırılık içermektedir. Ancak örneğimizdeki bağıllık hususu hizmet sözleşmesi gibi bir müesseseden ortaya çıkan hakkın kullanılması olarak ortaya çıkmıştır. Bu durumda

¹¹³ BAŞPINAR, Veyssel: “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1999, Cilt 8, Sayı 1, s. 29; EREN, *Genel Hükümler*, s. 372; BAŞPINAR, *Kısmi Butlan*, s. 140; ÜNAL, s. 97.

¹¹⁴ AKİPEK, Jale G. / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya: *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 274 vd.

¹¹⁵ VON TUHR, s. 250.

¹¹⁶ ATF 104 II 108 = JdT 1980 I 77 (Aktaran; ATEŞ, s. 241, dn 689).

¹¹⁷ ATEŞ, s. 243.

hakim sözleşmeyi bütün olarak incelemeli ve borçlunun hiçbir özgürlüğü kalmadan tamamen alacaklı-nın keyfiyetine tabi olup olmadığını belirlemelidir. Eğer alacaklı borçluyu sadece malvarlığına yönelik değil aynı zamanda kişisel edimlerle de kendi keyfiyeti doğrultusunda hareket etmeye zorlayabiliyorsa bu durumda incelemenin daha dikkatli bir şekilde yapılması gerekir. Ayrıca adı geçen incelemede hakim tarafından, malvarlığına yönelik taahhütlerin aynı zamanda borçlunun ekonomik gelişimine de engel olabileceği hususu da göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu anlamda olmak üzere, taahhüdün yoğunluğu hakkında girilen incelemede özgürlüğü ile ilgili taahhüt altına giren kişinin geriye kalan seçenekleri ve tercihleri de önemli bir rol oynar. Şöyle ki, kişinin özgürlüklerinin ne kadar kısıtlandığının belirlenmesinde geriye herhangi bir seçeneğinin ya da bu seçenekler arasında tercih yapma imkânının kalıp kalmadığı taahhüdün yoğunluğu yahut şiddeti hakkında fikir verecektir. Eğer kişinin altına girmiş olduğu taahhüt nedeniyle, geriye herhangi bir seçeneği ya da seçenekler arasında tercih imkânı kalmamışsa taahhüdün özgürlüğü aşırı derecede ihlal ettiği sonucuna yakınsanır. Yine bu seçeneklerin yahut seçenekler arasındaki tercih imkânının ne kadar daraldığı taahhüdün yoğunluğunun belirlenmesinde başat rol oynayacaktır.

Son olarak, bir özgürlüğün kullanımına getirilen sınırlamalar için, borçlunun göreceği zarar somut meseleye göre ve diğer kıstaslarla beraber değerlendirilmelidir. Bir diğer ifadeyle, taahhüdün yoğunluğu temel kıstaslardan biri olmakla birlikte ekseriyetle özgürlüklerin aşırı derece ihlal edildiği sonucuna varmak için yeterli değildir. Taahhüdün yoğunluğunun yanı sıra özellikle süresi ve diğer yardımcı kıstasların da varlığı söz konusu olduğunda kişi özgürlüğünün aşırı derecede ihlal edildiği ve bu nedenle sözleşmenin genel ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüz olduğu sonucuna varılabilir¹¹⁸.

Temel kıstaslardan ikincisi taahhüdün süresi olarak ortaya çıkmaktadır¹¹⁹. Belirtilmelidir ki, temel kıstaslardan biri olmakla birlikte salt sürenin çok uzun yahut belirsiz olması özgürlüklerin aşırı derecede ihlal edildiği anlamına gelmez. Bir diğer ifadeyle, gerek TMK m. 23/II'nin gerekse de TBK m. 27/I hükümlerinin amacı sözleşme süresinin özgürce belirleme imkânını ortadan kaldırmak ya da sınırlamak değil sadece bu yöndeki bir taahhüdün aşırılığına engel olmaktır. Taahhüdün süresi kıstası bakımından da taahhüdün yoğunluğu kıstasında olduğu gibi, yapılması gereken diğer kıstaslar ile birlikte değerlendirildiğinde özgürlüklerin aşırı derece ihlaline sebebiyet verip vermediğinin belirlenmesidir.

Süre açısından, böyle bir gereklilik olmadığı halde ifa zamanı ile borcun doğumu arasında çok uzun bir süre bulunan taahhütler, belirli bir süre boyunca bağlılık gerektiren taahhütler ve taahhüt sonucuna ulaşılması çok uzun süreler gerektiren taahhütler olmak üzere üçlü bir ayrıma gidilmektedir. Bu ayrımlardan ilki ifa zamanı doğum anından çok uzun süre sonra olan ancak ifası bu kadar süre gerektirmeyen taahhütlerdir. Bu duruma örnek olarak doğumundan elli yıl sonra ifa edilecek bir satış sözleşmesi verilebilir. Bahsi geçen örnekteki gibi taahhütler için genel kabul doğumu anında genel ahlaka aykırılık teşkil etmeyen taahhüdün uzun süre sonra ifa edileceğinin kararlaştırılmasının da özgürlükleri aşırı derecede ihlal etmeyeceği yönündedir¹²⁰. İkinci ayırım olan belirli bir süre boyunca bağlılık gerektiren taahhütlere örnek olarak belirli süreli çalışma borcu gibi durumlarda ortaya çıkan taahhütler verilebilir. Bu ayrıma dahil olan taahhütlerin özgürlükleri aşırı derecede sınırlandırmaya uygun oldukları çünkü belirli bir süre boyunca borçlunun karar alma özgürlüklerini kısıtladıkları söylenebilir¹²¹. Üçüncü ayırım olan amaçlarının gerçekleşmesi için belirli ve görece uzun bir süre gerektiren taahhütlere, fesih bildirim süresinin sözleşmenin bitiminden altı ay önce dolacağını öngören bir taahhüt¹²² örnek gösterilebilir. Bu tip taahhütler de özgürlüklerin aşırı derecede sınırlandırılmasına elverişli taahhütler olarak ortaya çıkmaktadırlar¹²³.

¹¹⁸ ÜNAL, s. 97.

¹¹⁹ OĞUZMAN / ÖZ, s. 92; EREN, *Genel Hükümler*, s. 378.

¹²⁰ ATEŞ, s. 245.

¹²¹ EREN, *Genel Hükümler*, s. 378-380.

¹²² BGE 104 II 117 E. 5.

¹²³ ATEŞ, s. 245.

Temel kıstaslardan sonuncusunu ise, taahhüde konu edilen değerler oluşturur. Söz konusu değerler hayat hakkı ve vücut bütünlüğü gibi mevcudiyetleri hiçbir zaman bir üçüncü kişinin takdirine bağlanmaması gereken değerlerden oluşabileceği gibi, kişinin mensup olacağı dini seçme özgürlüğü gibi tamamen kişiye ve onun özgürce seçimine bağlı olmaları gereken değerlerden mütevellit de olabilir. Adı geçen ve tamamen kişiye ve onun serbestçe takdirine bırakılması gereken değerleri konu edinen bir taahhüdün varlığı durumunda taahhüdün özgürlüğü aşırı derecede sınırlandırdığı sonucuna varılmasında herhangi bir duraksamaya mahal yoktur. Bu yönleriyle aslında ihlalin değerlendirilmesi çok daha kolaydır. Ancak bazı değerler de vardır ki söz konusu değerlendirmenin yapılması oldukça güç bir nitelik arz eder. Bu değerlere örnek olarak, taahhüt altına giren kişinin karar alma özgürlüğü ya da ekonomik özgürlüğü gibi değerler gösterilebilir. Taahhüde konu edilen değerlerin bu örneklerdeki gibi değerler olması durumunda, sözleşmenin bütününe bakılması ve söz konusu özgürlük ihlalinin aşırı olup olmadığının başkaca kıstaslar da göz önünde bulundurularak belirlenmesi icap eder.

Yardımcı kıstaslar ise, edim-karşı edim dengesi, borçlunun kişisel durumu, taraflar arasında bir eşitsizliğin mevcut olması, taahhüdün içeriğindeki belirsizlik ve yaptırımın hafifliği gibi kıstaslar olarak ortaya çıkmaktadır¹²⁴.

3. Bazı Özel Özgürlük İhlalleri

Yukarıda da belirtildiği üzere, vücut bütünlüğü, hayat hakkı, din özgürlüğü ve evlenme özgürlüğü gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı ve vazgeçilemez nitelikteki hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi durumunda genel ahlaka aykırılığın tespiti oldukça kolaydır. Asıl zor olan karar alma özgürlüğü ve ekonomik özgürlük gibi özgürlüklerin ihlalinin tespitidir. Bu sebeple bu başlık altında bu iki özgürlüğün aşırı derecede ihlalinin nasıl gerçekleştiği ile ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur.

a. Borçlunun Karar Alma Özgürlüğünün İhlal Edilmesi

Karar alma özgürlüğü, kişilerin kendi iradeleriyle ve hiçbir zorlama olmaksızın hareket edebilmeleri anlamına gelir. Bu anlamda bir kimsenin, başkasının keyfiyeti ve bağımlılığı altına girdiği bütün taahhütler genel ahlak kurallarına aykırılık yaratacaktır. Örneğin, bir profesyonel sporcu sözleşmesinde futbolcunun oynayacağı bir sonraki takımın belirlenmesini tamamıyla sözleşme kurduğu spor kulübüne bırakan bir sözleşme, sporcunun transfer olacağı takım ile ilgili karar alma özgürlüğünü ihlal eder.

Karar alma özgürlüğü bir kişinin serbest iradesi doğrultusunda karar vererek kullanacağı diğer özgürlüklere yönelik taahhütlerle de kısıtlanabilir. Bu özgürlüklere yönelik taahhütlere örnek olarak bir kimsenin dinini, yerleşim yerini, ismini değiştirmek ya da değiştirmemek, bir kimseyi evlat edinmek yahut açılmış olan boşanma davasını kabul etmek gibi taahhütler gösterilebilir. Yine, evli bir kadının kocasından çocuk sahibi olmayacağı yönündeki taahhüdü de karar alma özgürlüğünün kısıtlandığı anlamına gelecektir. Belirtilmelidir ki bu örneklerin tümünde söz konusu karar alma özgürlüğünün kısıtlandığından bahsedilebilmesi için kişinin adı geçen taahhütlerin altına girmesinin karşılığında maddi bir menfaat elde etmesi gerekmektedir. Kişi kendi özgür iradesiyle verilen örneklerdeki kararları alabilir ancak mezkur örnekler özelinde genel ahlaka aykırılığı oluşturan durum maddi bir menfaat karşılığında bu özgürlüklerden vazgeçilmesidir.

Bir kimsenin karar alma özgürlüğünden tamamen vazgeçmesi mümkün değildir. Aksi halde ortaya çıkacak olan sonuç, sadece özgürlüklerin aşırı sınırlanmasıyla değil; TMK m. 23/1 hükmünde öngörülmüş olan kişinin ehliyetlerinden vazgeçemeyeceği kuralıyla da örtüşmez. Kişilerin karar alma özgürlüğü ile ilgili taahhütlerinin özgürlüklerin aşırı derecede ihlali anlamına gelmemesi için hem kişilerin bu konudaki taahhütlerinin mutlaka, süre, yer ve kapsam olarak sınırlarının belirlenmiş olması hem de söz konusu belirlemenin toplumda geçerli olan genel ahlak kurallarına uygun olması gerekir.

¹²⁴ ATEŞ, s. 247-249.

b. Borçlunun Ekonomik Özgürlüğünün İhlal Edilmesi

Ekonomik özgürlük; kişisel tercih, özel mülkiyet ve mübadele serbestisi olmak üzere üç ana unsur üzerinde yükselmektedir¹²⁵. Dolayısıyla ekonomik özgürlük, yasal yollardan edinilen mülklerin korunmasını ve bireylerin gönüllü mübadele işlemlerinde serbest olmalarını tanımlamaktadır¹²⁶. Ekonomik özgürlük, bir kişinin ekonomik faaliyetlere katılabilmesi, bu faaliyetlere son verebilmesi, mesleki ve ticari itibarı, kredisi ile sınırları üzerinde sahip olduğu her türlü hak ve yetkilerini ifade eder. Bu anlamda, bir kişinin ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırma, ağır şekilde kısıtlama, ekonomik geleceğini tehlikeye sokma ve ekonomik hareketliliğini tamamen karşı tarafa tabi kılma noktasına getiren tüm taahhütler genel ahlaka aykırıdır. Öğretide kelepçeleme sözleşmeleri olarak da adlandırılan bu durum sözleşmede kararlaştırılan hükümlerden dolayı sözleşme taraflarından birinin, ekonomik özgürlüğünün genel ahlaka aykırılık teşkil edecek derecede sınırlandırılması ve bu nedenle diğer tarafın keyfine tabi olur hale gelmesi olarak tanımlanmaktadır¹²⁷. Nitekim kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede ihlali Yargıtay kararlarına da kelepçeleme sözleşmesi olarak yansımaktadır¹²⁸. Borçlunun ekonomik özgürlüğünün ihlali; ekonomik yönden aşırı olan taahhütler, çok uzun ya da belirsiz süreli sözleşmeler ve genel ahlaka aykırı ceza koşulu öngörülmüş olması olmak üzere üç ana başlık altında incelenebilir¹²⁹.

aa. Ekonomik Yönden Aşırı Taahhütler

İlk olarak belirtilmelidir ki, kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede ihlali anlamında ekonomik yönden aşırı taahhütler bakımından edimler arasındaki açık dengesizlikle birlikte diğer özel şartların da oluşması halinde TBK m. 28’de düzenlenmiş olan aşırı yararlanma hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹³⁰.

Ekonomik yönden aşırı taahhütler ile ilgili değerlendirme yapılırken karşı edim uygunluğu bakılabilecek kıstaslardan biri ve hatta bazı durumlarda en önemlisi olmakla birlikte tek kıstas değildir. Aşırı yararlanmadan farklı olarak, ahlaka aykırılığı oluşturan aslında tek başına taahhüde konu edim değil; taahhüt sonucunda ortaya çıkan somut durumda borçlunun alacaklıya karşı olan yükümlülüğünün kabul edilebilir olup olmamasıdır. Borçlunun ekonomik özgürlüğünde ortaya çıkacak olan yıkımın, alacaklının keyfiyetine tabi kılınma tehlikesinin öngörülebilir yahut muhtemel kabul edilmesi de bu durumun oluşmasında bir şart değildir.

Ekonomik hayattaki sözleşme ilişkilerinde, tarafların özgürlüklerinin karşılıklı olarak sınırlandırılması her zaman için kaçınılmaz ve bir o kadar da kabul edilebilirdir. Ancak, bir tarafın ekonomik özgürlüğünün, aşırı derecede ihlal edilip edilmediği belirlenirken eldeki somut olayın tüm özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bakımdan, sözleşme taraflarından birinin hayat standartlarını kabul edilebilir ölçüde düşürecek, bazı fedakarlıklarda bulunacak ya da bazı ihtiyaçlarından vazgeçecek olması tek başına ekonomik varlığın tehlikeye düştüğü anlamına gelmez. O halde, taahhütlerde aşırılık incelenirken, taahhüdün yoğunluğu, süresi, tarafların kişisel durumları, edim ve karşı edim dengeleri

¹²⁵ AKALIN, Güneri: *Türkiye’de Piyasa Ekonomisine Geçiş Süreci ve Ekonomik Kriz*, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayınları, Ankara, 2001, s. 91.

¹²⁶ TAŞAR, Mehmet Okan: “Ekonomik Özgürlük Kavramı ve Türkiye’de Ekonomik Özgürlüklerin Gelişimi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 15, Sayı 1, s. 149.

¹²⁷ ÜNAL, s. 113.

¹²⁸ “...Bahsi geçen ahlaka aykırı sözleşmelere, ekonomik olarak zayıf ve diğerine muhtaç durumda olan sözleşme tarafının, kendisinden daha güçlü diğer tarafın isteklerini kabul ederek imzalamak zorunda kaldığı sözleşmeler örnek verilebilir. Öğretide kavram birliği olmasa da bu tür sözleşmelere değişik isimler verilmiştir. Bunlar arasında; “kelepçeleme sözleşmeler”, “köleleştirme sözleşme”, “cenderek sözleşmeleri”, “kımıldamayacak bir surette bağlama sözleşmesi” sayılabilir.” Yargıtay, HGK, T. 22.05.2013, E. 2012/1601, K. 2013/752 (Lexpera). Ayrıca bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 16.03.2021, E. 2020/2087, K. 2021/2483 (Lexpera).

¹²⁹ ATEŞ, s. 252 vd.

¹³⁰ ATAMER, s. 155; ÜNAL, s. 142-143. Bununla birlikte Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında TBK m. 28 hükmüne değinmeksizin, edimler arasında açık oransızlık bulunan bir sözleşmenin ahlaka aykırı olduğu ve bu durumun bir sonucu olarak böyle bir sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacağı sonucuna varmıştır; bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 04.07.2017, E. 2016/2200, K. 2017/4078 (Corpus).

araştırılmalıdır. Örneğin, bir sözleşme ilişkisi içinde kararlaştırılan gecikme faiz oranının¹³¹, ifa uğruna ceza koşulu mahiyetindeki borcun artırılması anlaşmasının¹³² ya da rekabet etmeme koşulunun¹³³ değerlendirilmesi de bu unsurların tamamıyla yapılmalıdır.

Sonuç olarak taahhüt, borçlunun özgürlüğünü genel ahlak kuralları ile bağdaşmayacak şekilde ihlal ediyorsa; artık TMK m. 23/II hükmü uygulama alanı bulur. Çünkü borçlunun ekonomik varlığını tehlikeye sokma temeli üzerine kurulmuş tüm taahhütler, genel ahlaka aykırılık yaratır. Ekonomik yönden aşırı taahhütlere örnek olarak, bir kimsenin üçüncü kişiye gelecekteki bütün maaşlarını devretmesi, hayatı boyunca sadece belli türde bir malı satma taahhüdünde bulunması ya da tüm ekonomik geleceğini hizmet sözleşmesiyle bağlı olduğu kişiye devretmesi gösterilebilir.

Ekonomik yönden aşırı taahhütlere ilişkin çok rastlanılan bir diğer örnek ise, rekabet yasağı ile ilgili sözleşmelerdir. Gerek hizmet sözleşmelerinde gerek işletme devir sözleşmelerinde gerek şirket ile yönetici arasındaki sözleşmelerin sona ermesinden sonra gerekse de kira sözleşmelerinde rekabet yasağı şartı ya da sözleşmesi olarak görülebilmektedir¹³⁴. Bu sözleşme türlerinden sadece hizmet sözleşmesinde rekabet yasağı ile ilgili özel hükümler¹³⁵ bulunmaktadır; diğer sözleşme türleri için rekabet yasağı ile ilgili herhangi bir özel hüküm bulunmamaktadır. Ancak çalışma konusu açısından bu durum herhangi bir farklılık yaratmaz. Şöyle ki, hem hakkında özel hükümler bulunan hizmet sözleşmesinde rekabet yasağı şartı ya da sözleşmesinin hem de hakkında özel hüküm öngörülmemiş olan diğer sözleşmelerdeki rekabet şartı ya da sözleşmesinin özgürlükleri aşırı derece ihlal edip etmediği üç kıstas üzerinden tespit edilir. Söz konusu üç kıstas; zaman, yer ve konudur. Şöyle ki, rekabet yasağı öngören sözleşme ya da şart zaman, yer ve konu bakımından genel ahlak kurallarına göre kabul edilebilir ise sözleşmenin özgürlükleri aşırı derecede ihlal ettiğinden bahsedilemez¹³⁶. Aksi halde ise, rekabet etmeme borcu altına giren kişinin ekonomik yönden aşırı bir taahhüt altına girmesi nedeniyle özgürlüklerinin aşırı derecede ihlal edildiğinden söz edilebilir.

bb. Çok Uzun veya Belirsiz Süreli Sözleşmeler

Süreli sözleşmeler, borçlunun ediminin bir zaman dilimine yayıldığı sözleşmelerdir. Bu anlamda süre net olarak belirlenmişse ya da gelecekte gerçekleşmesi kesin bir olaya bağlı olarak açık veya örtülü bir zaman üzerinde anlaşılmışsa, belirli ya da belirlenebilir süreli sözleşmeler söz konusudur. Örneğin, 4 yıl süreli ya da kiracı 30 yaşını girinceye kadar yapılan kira sözleşmesi bu şekildedir. Buna karşılık, sürenin açıkça belirlenmediği; tarafların sınırsız bir süreyi kararlaştırdığı ya da sözleşmeyi gelecekte gerçekleşmesi belirsiz bir olaya bağladıkları sözleşmeler ise belirsiz süreli sözleşmelerdir.

Kanun koyucu bazı sözleşme türleri için, taraflar daha uzun bir süre kararlaştırmış olsalar dahi, belirttiği sürelerin sonunda sözleşme ilişkisine son verebilme imkânı tanır. Örneğin, TBK m. 430/III'de öngörülmesi olan hükme göre, taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyararak feshedebilir. Kanun koyucu tarafından bu tip hükümler öngörülmesi olmasından feyz alan ve bu şekilde bir üst süre sınırı belirlenmemiş olan sözleş-

¹³¹ Örneğin, Yargıtay, 11. HD, T. 01.03.2011, E. 2009/9624, K. 2011/2059 (Lexpera): "...Sözleşmede belirlenmiş olan günlük %5 gecikme faizinin yıllık olarak hesaplanması durumunda %1825 olup fahiş bir orana ulaşacağı ve enflasyonun en yüksek olduğu dönemlerde bile bu oranda bir faizden yitici bir sonuç doğuracağına kuşku olmadığı belirlenmesinde bulunulmuştur..."

¹³² Örneğin, Yargıtay, 1. HD, T. 18.01.2007, E. 2006/11666, K. 2007/255 (Lexpera).

¹³³ Örneğin, davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir coğrafi sınır belirlemeksizin 2 yıl süre ile aynı alanda faaliyet gösteren bir başka şirkette hiçbir görevde çalışmamasının bir rekabet etmeme koşulu değil kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olduğu hakkında bkz. İstanbul BAM, 28. HD, T. 08.02.2018, E. 2017/2046, K. 2018/192 (Lexpera).

¹³⁴ ÜNAL, s. 149 vd. Örneğin, bkz. Yargıtay, 11. HD, E. 22.11.2017, E. 2016/4041, K. 2017/6475 (Lexpera).

¹³⁵ TBK m. 444-447.

¹³⁶ Örneğin, taşımacılık işiyle uğraşan davalının, daha önce ticari faaliyet yürütmediği ve ilk defa davacı vasıtasıyla ve onun adına yolcu taşıma ticari faaliyetine başladığı bir güzergahta, aralarındaki yolcu taşıma (hizmet sunma) ilişkisinin sona ermesinden sonra, sadece Sözleşmeye konu güzergahta ve 1 yıl süreyle yolcu taşımayacağına ilişkin rekabet yasağı taahhüdünün, Sözleşmenin tipi, coğrafi alan, süre ve içerik itibarıyla ekonomik özgürlüğün aşırı kısıtlanması anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 04.03.2019, E. 2017/5343, K. 2019/1793 (Lexpera).

me türleri için de bu süreyi belirlemeye yönelik bazı denemeler yapılmıştır¹³⁷. Ancak kanaatimizce bu tür genellemeler yapmak her ne kadar zaman zaman bazı çözümler bulmaya yardım etse de sonuçta her somut olayda ortaya çıkabilecek özgürlük ihlallerini tümünden engellemeye muktedir değildir.

Bir sözleşmenin salt süre bakımından uzun olması onu genel ahlaka aykırı hale getirmez. Bu bağlamda, genel ahlaka aykırılığı belirleyecek olan sürenin uzunluğu değil; sözleşmenin bu sürenin bütününde uygulanması sonucunda tarafları götüreceği sonuçlardır. İncelemenin yalnızca sürenin uzunluğu üzerinden değil; taahhüdün ve sözleşmenin tamamı üzerinden yapılarak, taraflardan birinin ya da her ikisinin özgürlüklerinin genel ahlaka aykırı biçimde sınırlanıp sınırlanmadığının belirlenmesi şeklinde gerçekleştirilmesi gerekir. Sürenin çok uzun ya da belirsiz olması bazı taahhütler bakımından borçlunun özgürlüklerinin aşırı derecede ihlal edildiği sonucuna götürebilecek niteliklerdendir. Ancak şu da unutulmamalıdır ki, borçlunun ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede ihlal eden bir taahhüt, süresi kabul edilebilir sınırlar dahilinde olsa dahi genel ahlaka aykırılık teşkil edebilir.

cc. Genel Ahlaka Aykırı Ceza Koşulu

Borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, ödeme-yi veya yerine getirmeyi taahhüt ettiği edim olan ceza koşulu da borçlunun ekonomik özgürlüğünü aşırı derece sınırlaması sebebiyle genel ahlaka aykırılık arz edebilir¹³⁸.

Taraflar kural olarak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşme cezasını serbestçe tayin edebilirler. Ancak kararlaştırılan ceza koşulu bazen borçlu yönünden aşırılık içerebilir. İşte aşırılık içeren ceza koşulları için kanun koyucu, TBK m. 182/III hükmüyle hakime, aşırı gördüğü ceza koşulunu indirme ödevi vermiştir. Bu hükmün uygulanması sonucunda tacir olmayan borçlular açısından ekonomik özgürlüğün aşırı derecede ihlal edileceği bir ceza koşulu bulunması mümkün değildir. Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 22 hükmü ise aynen “*tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanunu’nun ...182’nci maddesinin üçüncü fıkrasında ...yazılı hallerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*” şeklindedir. İşte temeli basiretli bir iş insanı gibi hareket etme ilkesine bağlı olan bu hüküm nedeniyle TBK m. 182/III tacir sıfatını haiz borçlu için, kural olarak, devreye girmeyecektir.

Her şeyden önce belirtilmelidir ki, aşırı ya da fahiş ceza koşulu ile ceza koşulunun genel ahlaka aykırı olması birbirinden farklı kavramlardır¹³⁹. Çünkü TBK m. 182/III hükmünde düzenlenen ve cezai koşulunun indirimi imkânını tanıyan her aşırılık, özgürlüklerin genel ahlak kurallarına aykırı şekilde ihlal edildiği anlamına gelmez. Bunun için ceza koşulu olarak taahhüt edilen miktarın taahhüt konusunun borçlunun ekonomik özgürlüğünü zorlaması değil; yok etmesi, çok ağır şekilde kısıtlaması ya da ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmesi, hatta zaman zaman yok ederek adeta onu alacaklının keyfiyetine tabi kılacak düzeyde olması gerekir. Bir diğer ifadeyle, eğer ceza koşulu fahiş olmanın ötesine geçer ve borçlu tacirin ekonomik özgürlüğünü ve geleceğini elinden alır ve onu sözleşmenin karşı tarafına bağımlı hale getirirse ancak o zaman genel ahlaka aykırılık boyutuna ulaşır¹⁴⁰. Bunun için de ceza koşulunun genel ahlaka aykırılığı incelemesinin de yine kişinin kişisel durumuna bağlı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Çünkü borçlu tacirin ekonomik gücü ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede ihlal edilip edilmediğini de belirleyecektir.

Öğretide, tacirin ekonomik olarak yıkımına neden olacak derecede yüksek olan ve bu nedenle genel ahlaka aykırılık oluşturan ceza koşulu miktarının “*tamamen geçersiz sayılabileceği*” gibi, “*makul bir düzeye indirilmesi*” de kabul edilmekte olup, Yargıtay’ın uygulaması da bu şekildedir¹⁴¹. Asıl söz-

¹³⁷ ATEŞ, s. 318.

¹³⁸ ATEŞ, s. 268-270.

¹³⁹ ATEŞ, s. 268.

¹⁴⁰ ÜNAL, s. 171.

¹⁴¹ Yargıtay, HGK, T. 20.03.1974, E. 1970/T-1053 K. 1974/222; Yargıtay, 19. HD, T. 18.05.2005, E. 2004/9148, K. 2005/570; Yargıtay, 19. HD, T. 19.04.2007, E. 2006/11401, K. 2007/3998; Yargıtay, 15. HD, T. 01.04.2010, E. 2009/4963, K. 2010/1898 (Lexpera). ATEŞ, s. 271.

leşmenin parçası olan ceza koşulu anlaşması, sözleşmenin bağımsız bir bölümünü oluşturur ve borçlunun ekonomik özgürlüğünü ihlal ettiğinde ancak tamamen batıl kabul edilebilir. Buna karşılık ceza koşulunun indirilmesi imkânı ise, TTK m. 1530 hükmünün kıyasen uygulanması ile, yani bir tür değiştirilmiş kısmi butlan ile sağlanabilir¹⁴².

SONUÇ

Çalışmanın konusu TBK m. 27’de öngörülmüş olan “sözleşmelerde ahlaka aykırılık” düzenlemesidir. İçeriği genel ahlaka aykırı olan sözleşmelerin hükümsüz olduklarını hükme bağlayan ve “genel ahlak kuralları” kavramını bir hukuk ilkesi şekline getiren bu hüküm ile toplumsal düzenin sürdürülebilirliği açısından toplumda var olan ve hukuk düzenince de muhafaza edilmesi gerektiği düşünülen bazı toplumsal düzen kuralları kanun koyucu tarafından genel hükümlerde öngörülmek suretiyle kanuni düzenlemelerde de yerini almaktadır.

Türk hukuku bakımından genel ahlaka aykırılık kavramı, bugün dar anlamı ile sözleşme özgürlüğünün yani sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün bir sınırını ortaya koyar. Bu durum, toplum içinde yaşayan insanlar arasında, hiçbir alanda sınırsız ve mutlak bir özgürlüğün var olamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, kaçınılmazdır. Bireylerin bir arada yaşamalarına imkân veren ve ortak yaşamın sürekliliğini sağlayan her zaman bu sınırlardır. Belirtilmelidir ki, irade özerkliğine bağlı olarak sözleşme özgürlüğü alanında var olan bu sınırları, her ülkenin kendi pozitif hukuku belirler. Türk hukuku yönünden ise bunlar, kanun koyucu tarafından; kanunun emredici hükümlerine aykırılık, kamu düzenine aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, genel ahlaka aykırılık ve imkânsızlık olarak belirlenmiştir. Bu minvalden olmak üzere Türk hukukunda da sözleşmelerin genel ahlaka aykırılığı onları hükümsüz hale getirecek şekilde düzenlenmiştir.

Çalışma konusu, ahlak kavramının göreliliği ve hangi toplumsal kuralların ahlak kuralı olduğundan başlayarak ne tür aykırılıkların gerçekten sözleşme özgürlüğünü sınırlaması gerektiğine varıncaya dek gerek öğretide gerekse de yargı kararlarında tartışılmalı bir müessesedir. Kanaatimizce de söz konusu tartışma sürmeye devam edecek olup bunun sebebi süregelen toplumsal gelişmeler ve ahlak kavramının tanımında yer alan muğlaklıktır.

Sözleşmelerde ahlaka aykırılık; sözleşmeye konu edilen edimin genel ahlaka aykırı olması, sözleşmenin amacının genel ahlaka aykırı olması ve sözleşme ilişkisi kurulmasının genel ahlaka aykırı olması şeklinde üç alt başlık altında incelenmiştir. Ahlaka aykırılığın çoğu kez tek bir kategoriye dahil olmaktan uzak olması, bir diğer ifadeyle ahlaka aykırı davranışın çoğunlukla birden fazla alt başlığa dahil olacak şekilde ortaya çıkması, bu sınıflandırmanın değerini azaltmamaktadır. Şöyle ki, yapısı gereği muğlak bir alan olan ahlaka aykırılığın belirlenmesi ve değerlendirilmesi bu muğlaklık nedeniyle güçlük arz eden bir nitelik göstermektedir. Adı geçen sınıflandırma söz konusu güçlüğü üstesinden gelinebilmesi için kullanılabilir bir araç mesabesinde ortaya çıkmaktadır.

Toplumsal hayattaki gelişmeler ahlaka aykırılığın bahsi geçen görünüm biçimlerinin yanı sıra borçlunun karar alma ve ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede ihlal edilmesi şeklinde ifade edilen ahlaka aykırılıkların da hukuk düzenince ele alınmasına ve bu aykırılıklar için de yargı kararlarının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Söz konusu ahlaka aykırılık türlerinin belirlenmesi ve değerlendirilmesi bahsi geçen ahlaka aykırılıklar için aynı faaliyetlerin yerine getirilmesi ile karşılaştırıldığında daha güç bir durum arz etmektedir. Karar alma özgürlüğü ve ekonomik özgürlüğün aşırı derecede ihlal edildiğinin tespiti çoğunlukla sözleşmenin amacının, içeriğinin yahut sözleşmede öngörülmüş olan şartların tek tek ele alınması ile gerçekleştirilebilecek bir tespit olmaktan uzaktır. Adı geçen özgürlüklerin aşırı derecede ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi, sözleşmenin bahsi geçen özelliklerinin yanı sıra sözleşmede yer verilmiş olan taahhütlerin yerine getirilmesi sonucunda ortaya çıkacak olan durumun da ele alınmasını gerektirmektedir.

¹⁴² HATEMİ, s. 221, dn 113.

Katkı Oranı Beyanı:

Çalışmaya Arş. Gör. Mehmet İLARSLAN ve Öğr. Gör. Oğuzhan ESEN eşit oranda katkı sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- AKALIN, Güneri: *Türkiye’de Piyasa Ekonomisine Geçiş Süreci ve Ekonomik Kriz*, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayınları, Ankara, 2001.
- AKINTÜRK, Turgut: “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1970, Cilt 27, Sayı 3, s. 219-247.
- AKİPEK, Jale G. / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya: *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1-1 (Temel Kavramlar/Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri)*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ARAL, Vecdi: *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ARAT, Ayşe: *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- ARIK, Kemal Fikret: “Ahlaka Aykırı Muamele ve Şart Kavramı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1961, Cilt 16, Sayı 1, s. 252-256.
- ATAMER, Yeşim M.: *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- ATEŞ, Derya / SÜLEYMANLAR, Gülin: “Sözleşmelerde Amaç ve Genel Ahlaka Aykırılık Değerlendirmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 71, Sayı 4, s. 1619-1652.
- ATEŞ, Derya: *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- AYRANCI, Hasan: “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 52, Sayı 3, s. 229-252.
- BAŞPINAR, Veysel: “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1999, Cilt 8, Sayı 1, s. 17-34.
- BAŞPINAR, Veysel: *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998 (Kısmi Butlan).
- BATTAL, Ahmet: “Ticari İşletme Kistasları Karşısında Genelevlerin Durumu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1992, Cilt 5, Sayı 5, s. 207-224.
- BAYSAL, Başak: *Sözleşmenin Uyarlanması (BK. m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü)*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- DEMİRSATAN, Barış: *Türk Borçlar Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra: “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 74, Sayı 2, s. 709-738.
- EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt 1 m. 1-48*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Genel Hükümler).
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (Özel Hükümler).
- ERMAN, Hasan: “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1973, Cilt 38, Sayı 1-4, s. 601-620.
- FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- GÖZLER, Kemal: *Hukuka Giriş*, 17. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2020.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜRİZ, Adnan: *Hukuk Felsefesi*, 16. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2021.
- GÜRZUMAR, Osman Berat: *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü- Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- HATEMİ, Hüseyin: *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları Özellikle BK. m. 65 Kuralı*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

- IŞIKTAÇ, Yasemin: *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.
- İNAN, Ali Naim: *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri-Birinci Kitap*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1971.
- KARABAĞ BULUT, Nil: *Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- KAŞAK, Fahri Erdem: *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022 (Genel Hükümler).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023).
- KILLIOĞLU, İsmail: *Ahlak-Hukuk İlişkisi*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1988.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm-Birinci Cilt-Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- MARKESINIS, Sir Basil / UNBERATH, Hannes / JOHNSTON, Angus: *The German Law Of Contract A Comparative Treatise*, 2. Baskı, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- NOMER, Haluk Nami: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Cilt 1*, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- OKUR, Sinan: "Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 1, s. 31-101.
- SEROZAN, Rona: "Kişilik Haklarının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1977, Cilt 11, Sayı 14, s. 93-112.
- SİRMEN, Lale: *Türk Özel Hukukunda Şart*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1992.
- TAŞAR, Mehmet Okan: "Ekonomik Özgürlük Kavramı ve Türkiye'de Ekonomik Özgürlüklerin Gelişimi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, s. 143-167.
- TEKİNAY, Selahattin / AKMAN, Sulhi Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- ÜNAL, Akın: *Kelepçeleme Sözleşmeleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- VON TUHR, Andreas: *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı- Cilt: 1 ve 2*, 2. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.

İfşa ve İhbar Hakkı^(*)

Whistleblowing

Büşra Gizem ÜNER



Araştırma Görevlisi

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

İfşa ve İhbar Hakkı,
İşletme İçi İfşa,
Medya Aracılığıyla
İfşa,
Hukuka Aykırı Fiil,
Ahlaka Aykırı Fiil.

Keywords

Whistleblowing,
Internal
Whistleblowing,
Whistleblowing
Through the Media,
Unlawful Act,
Immoral Act.

Öz

İş hukuku bakımından ifşa ve ihbar hakkı, bir işletme veya işyerinde çalışan işçinin çalıştığı kurumun dahil olduğu veya kurum içinde gerçekleşen hukuka veya ahlaka aykırı davranışlara ilişkin gizli bilgileri ifşa etmesidir. Bir kişinin söz ve eylemlerinin ifşa ve ihbar hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için ifşa edenin ifşa edilen kurumun faaliyetlerini kontrol etme yetkisine sahip olmayan bir kişi (işçi) olması, ifşa edilen konunun kurum içerisinde gerçekleştirilen hukuka, etik değerlere veya ahlaka aykırı fiil ve işlemler olması ve ifşa edenin kurallara aykırılığı önleyebilecek ve/veya yaptırım uygulayabilecek pozisyonda bir kişi veya kuruma başvurması gerekmektedir. İfşa ve ihbar hakkı dahili veya harici bir şekilde, kamuya açık veya zımni ya da aktif veya pasif olarak kullanılabilir.

Çalışmamız kapsamında ifşa ve ihbar hakkına ilişkin genel bir çerçeve çizildikten sonra ifşa ve ihbar hakkının sadakat borcu ile olan ilişkisi ele alınarak uluslararası hukukta ve Türk hukuku kapsamında ifşa ve ihbar hakkının kullanılması bakımından bir değerlendirme yapılması amaçlanmaktadır.

Abstract

From the point of view of Labor Law, whistleblowing is that an employee discloses confidential information about illegal or immoral behavior that involves the institution in which he/she works or that takes place within the institution. In order for an employee's words and actions to be evaluated within the scope of whistleblowing, the discloser must be a person (employee) who does not have the authority to control the activities of the disclosed institution, the disclosed subject must be acts and transactions that are contrary to law, ethical values or morality and the discloser must apply to a person or institution in a position to prevent and/or sanction violation of the rules. Within the scope of whistleblowing, disclosure can be made internally and externally as well as publicly or tacitly, or actively or passively.

In this study, after drawing up a general framework for whistleblowing, it is aimed to make an evaluation regarding the whistleblowing under international law and Turkish Law by considering the employee's loyalty debt.

(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 14.05.2024, Kabul Tarihi: 23.07.2024.

GİRİŞ

İş hukuku bakımından *whistleblowing* (ifşa ve ihbar hakkı), çalışanların çalıştığı kurumdaki hukuka, etik kurallara veya ahlaka aykırı davranışlara ilişkin gizli bilgileri ifşa etmesidir. İşçinin ifşa ve ihbar hakkını kullandığı hemen hemen her durumda işçi, işveren ve kamunun menfaatlerinin çatışması ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle devletler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gibi uluslararası mahkemeler; işçi, işveren ve kamunun birbirleriyle çatışan menfaatlerini dengelemek amacıyla ifşa ve ihbar hakkının dürüstlük kuralına ve ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde kullanılmasını teşvik etmektedir.

Çalışmamız kapsamında ise ifşa ve ihbar hakkına ilişkin genel bir çerçeve çizilerek uluslararası hukukta ve Türk hukukunda ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasına ilişkin düzenlemeler yönünden bir değerlendirme yapılması amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda çalışmamızın ilk bölümünde ifşa ve ihbar hakkı kavramı, unsurları ve türleri bakımından ele alınarak ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasının işçi, işveren ve kamuoyu bakımından etkilerine değinilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise işçinin borçları arasında yer alan ve uyulmasında işverenin büyük menfaatinin bulunduğu sadakat ve sır saklama borçları ile ifşa ve ihbar hakkı arasındaki ilişki incelenerek hangi durum ve koşullarda ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasının sadakat ve sır saklama borçlarının ihlali niteliğinde olduğu ele alınacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise ifşa ve ihbar hakkını kullanan işçilerin korunması bakımından Türk hukukuna da etkileri bulunan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri, AİHM içtihatları ve AB mevzuatında yer alan düzenlemeler incelenecektir. Çalışmamızın son bölümünde ise Türk iş hukuku bakımından ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasına ilişkin genel bir değerlendirme yapılarak çalışmamız tamamlanacaktır.

I. İFŞA VE İHBAR HAKKI KAVRAMI

A. Tanım ve Terminoloji

Whistleblowing kavramı, ilk kez 1963 yılında *Otto F. Otepka* tarafından güvenlikle ilgili bir hukuki raporda kullanılmıştır¹. Tam Türkçe karşılığı ıslık çalmak anlamına gelen *whistleblowing* kavramının kökeni olan “*to blow the whistle on*”, yapılan faul sonrası düdük çalınarak oyunun durdurulması veya bir suç işlendiğinde polisin düdük çalarak halkın dikkatini çekmeye çalışmasını ifade etmektedir². Ancak kavramın evrim geçirmesi sonucunda günümüzde hem “*whistleblowing*” hem de “*to blow the whistle on*” kavramları, “bir kişi veya kurumun yaptığı kötü bir şeyin kamuya ifşa edilmesi” anlamında kullanılmaktadır³.

Whistleblowing kavramı öğretide çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Anglo-Sakson hukuku literatüründe genellikle kabul gördüğü üzere *whistleblowing* kavramı, “*işverenlerinin kontrolü altındaki yasadışı, ahlaksız veya gayri meşru uygulamaların işçiler (eski veya halen çalışan) tarafından eyleme geçebilecek kişi veya kuruluşlara açıklanması*” olarak tanımlanmaktadır⁴.

¹ HERSH, Marion A.: “Whistleblowers-Heroes or Traitors?: Individual and Collective Responsibility For Ethical Behaviour”, *Annual Reviews in Control*, 2002, Cilt 26, s. 243; YALÇIN SOYSAL, Adalet: “Temel Kuramsal Yaklaşımlar Bağlamında Bilgi Uçurma (Whistleblowing) Kavramı”, *Adalet Dergisi*, 2023, Sayı 71, s. 1191.

² HERSH, s. 243; ALP, Mustafa: *Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu-(Whistleblowing)*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013 (İfşa ve İhbar), s. 1; AYDIN, Ufuk: “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2002, Cilt 2, Sayı 2 (Whistleblowing), s. 81; AKTAN, Coşkun Can: “Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: Whistleblowing”, *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, 2015, Cilt 7, Sayı 2, s. 20 dn. 1; EROĞLUER, Kemal / SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem: “İş Hukuku ve Örgütsel Boyutuyla Haber Uçurma (Whistleblowing)”, (Ed.) KÖSE, Sevinç / ALP, Mustafa: *Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 345.

³ “*Blow the whistle on someone/something: to tell people publicly about something bad that someone is doing*” Bkz. Cambridge Dictionary (<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/blow-the-whistle-on>, ET: 02.12.2023).

⁴ NEAR, Janet P. / MICELI, Marcia P.: “Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing”, *Journal of Business Ethics*, 1985, Cilt 4, Sayı 1, s. 4; THOMAS, R. Guy: “Whistleblowing And Power: A Network Perspective”, *Business Ethics: A European Review*, 2020, Sayı 29, s. 843; SCATURRO Ruggero: “Defining Whistleblowing”, *International Anti-Corruption Academy Research Paper Series*, 2018, Sayı 5, s. 2.

Kıta Avrupası hukuku çerçevesinde Alman hukukunda yapılan bir tanıma göre ise *whistleblowing*, “çalışanların işyerlerindeki olumsuz durumları ve hatalı işlemleri, işyeri içindeki yetkili organlara, kamu makamlarına, basına veya başka üçüncü kişilere açıklama, şikâyet ya da ihbar yolu ile bildirmesidir.”⁵. Görüldüğü üzere *whistleblowing* kavramı, farklı hukuk sistemlerinde benzer anlamlarda kullanılmaktadır.

Türk öğretisinde de benzer tanımların yapıldığı görülmektedir⁶. Oldukça yakın tarihli bir kararında ise Anayasa Mahkemesi (AYM), iş hukuku çerçevesinde *whistleblowing* kavramını, “işçinin işyerinde tanık olduğu hukuka aykırılıkları ya da meşru görülemeyecek olayları işyeri içinde veya dışında yetkili makamlara ihbar etmesi ve alenileştirmesi” olarak tanımlamıştır⁷.

Tüm bu tanımlar göz önüne alındığında İş hukuku bakımından ifşa ve ihbar hakkı, bir işletme veya işyerinde çalışan işçinin çalıştığı kurumun dahil olduğu veya kurum içinde gerçekleşen hukuka veya ahlaka aykırı davranışlara ilişkin gizli bilgileri alenileştirmesi olarak tanımlanabilecektir⁸.

Whistleblowing kavramının, Türk öğretisinde farklı şekillerde ifade edildiği görülmektedir. Türk hukuku bakımından *whistleblowing* kavramını ilk defa inceleyen Aydın, “bilgi uçurma” ifadesini tercih etmiştir⁹. Buna karşılık Alp, *whistleblowing* kavramına ilişkin bütün tanımlarda ifşa ve ihbarın ön plana çıkarıldığından hareketle *whistleblowing* yerine “ifşa etme” ve “ihbar etme” ifadelerini kullanmaktadır¹⁰. Sarıbay Öztürk ise, ahlaklı ihbar kavramını tercih etmektedir¹¹. Yine bazı çalışmalarda da herhangi bir Türkçe karşılık aranmaksızın *whistleblowing* teriminin tercih edildiği görülmektedir¹². 2010-2017 yılları arasında *whistleblowing* ile ilgili yapılmış bilimsel makale ve tez çalışmalarını inceleyen Sarioğlu Uğur / Özdemir ise, *whistleblowing* kavramı yerine “uyarıcılık” kavramının kullanılmasını önermektedir¹³.

Whistleblowing kavramının ayırt edici unsuru olan ifşa ve ihbar davranışlarının hukuken korunması gereken menfaatler olması nedeniyle çalışmamız kapsamında *whistleblowing* kavramı, ifşa ve ihbar hakkı olarak ifade edilecektir.

B. İfşa ve İhbar Hakkının Unsurları ve Türleri

1. İfşa ve İhbar Hakkının Unsurları

Bir kişinin söz ve eylemlerinin ifşa ve ihbar hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için ifşa edilen, ifşa edilen konunun ve şikâyet edilen makamın belli özelliklerinin bulunması gerekmektedir¹⁴.

-
- ⁵ SCHMITT, Bettina: *Whistleblowing – Verpfeifen des Arbeitgebers*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2003, s. 1 (Naklen: ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 3).
- ⁶ AKTAN, s. 20; ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 7.
- ⁷ AYM, *Sonay Tezcan ve Kardelen Yoğungan*, B. No: 2018/24097, T. 02.05.2023, § 65 (Kararlar Bilgi Bankası).
- ⁸ AYDIN, *Whistleblowing*, s. 81; EROĞLUER / SARIBAY ÖZTÜRK, s. 345; ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 35. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 305-306; HEPER, Hande: “Düşünceyi Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü: İşçinin İfade Özgürlüğü”, *Çalışma ve Toplum*, 2022, Cilt 3, Sayı 74, s. 1914.
- ⁹ AYDIN, *Whistleblowing*, s. 81. Aynı yönde bkz. EROĞLUER / SARIBAY ÖZTÜRK, s. 345; BALTACI, Ali: “Bilgi Uçurma: Kavram ve Kuramsal Temeller”, *Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2017, Cilt 5, Sayı 2, s. 399; ÇETİN, Evra: *İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 428 vd.
- ¹⁰ ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 7. Benzer şekilde, ALPAGUT, Gülsevil: “İfşa-İhbar Hakkına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları”, (Ed.) HEKİMLER, *Alpay: Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Yönerge), s. 1; UGAN ÇATALKAYA, Deniz: *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 375-376; SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 360, dn. 26.
- ¹¹ SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem: *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 192-198.
- ¹² UŞAN, Fatih: *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması: (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 104; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 305; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion, Ankara, 2022, s. 605.
- ¹³ SARIOĞLU UĞUR, Sevtap / ÖZDEMİR, Lütfiye: “Onlarda “Whistleblowing” Peki Ya Bizde? Kavramsal Bir Araştırma ve Bir Öneri”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 89, s. 71-79.
- ¹⁴ NEAR / MICELI, s. 2.

Bu kapsamda ifşa ve ihbar hakkının ilk unsuru, ifşa edenin ifşa edilen kurum veya kişinin yanında çalışan ve ifşa edilen kurumun faaliyetlerini kontrol etme yetkisine sahip olmayan biri yani işçi olmasıdır¹⁵. Ifşa edenin ifşa ve ihbar hakkını kullanmadan önce ifşa edilen kurum veya kişinin yanından ayrılması halinde de bu koşulun gerçekleştiği kabul edilmektedir¹⁶.

İşçinin alt düzey bir çalışan yahut üst düzey bir yönetici olması ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasını bakımından herhangi bir fark yaratmamakla birlikte ifşa ve ihbar hakkının genellikle aykırılıklar konusunda bilgi sahibi olan ancak kurumun faaliyetlerine müdahale yetkisi bulunmayan üst düzey yöneticiler tarafından kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, Amerikalı tütün şirketi *Brown & Williamson*'ın sigara bağımlılığını en üst düzeye çıkarmak için araştırmalar yaptığını ifşa eden *Jeffrey Wigand*, araştırma geliştirme bölümünün başında üst düzey yönetici olarak çalışmaktaydı¹⁷. Yine, enerji şirketi *Enron*'un şirket muhasebesinde usulsüzlük yaptığını ifşa eden *Sharon Watkins* de iç denetim bölümünde Genel Müdür Yardımcısı olarak üst düzey bir pozisyonda çalışmaktaydı¹⁸.

Ifşa ve ihbar hakkının ikinci unsuru ise ifşa ve ihbar hakkının konusuna ilişkindir. Ifşa ve ihbar hakkı kapsamında ifşa edilen kurumun dahil olduğu veya ifşa edilen kurum içerisinde gerçekleştirilen hukuka, etik değerlere veya ahlaka aykırı fiil ve işlemler ifşa edilmelidir¹⁹. Ifşa edilmesinde herhangi bir kamu yararının bulunmadığı, dedikodu niteliğindeki bilgilerin ifşa edilmesi halinde ise ifşa edenin herhangi bir korumadan yararlanması mümkün değildir.

Ifşa edilen fiil veya işlemin hukuka, etik değerlere veya ahlaka aykırı olması aranmakla birlikte ifşa ve ihbar hakkının konusu işverenin kurallara aykırı davranışlarıyla sınırlı değildir²⁰. Ifşa edilmesinde kamu yararının bulunması kaydıyla diğer işçiler, işveren vekilleri, müşteriler tarafından gerçekleştirilen hukuka, etik değerlere veya ahlaka aykırı fiil ve işlemlerin de ifşa ve ihbar hakkının konusu olması mümkündür²¹.

Ifşa ve ihbar hakkının son unsuru ise, ifşa edenin kurallara aykırılığı önleyebilecek ve/veya yaptırım uygulayabilecek pozisyonda bir kişi veya kuruma başvurusudur²². Bu kapsamda kuralları ihlal eden kişilerle konuşulması, onların uyarılması veya kurallara aykırılığın aykırılığı önleyebilecek ve/veya yaptırım uygulayabilecek pozisyonda bulunmayan kişilerle paylaşılması ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasını nitelendirilemeyecektir²³.

Bu kapsamda AYM, 2018/24097 sayılı bireysel başvuru kararında kanaatimizce isabetli bir şekilde, “*Formen ve Üretim Müdürü'nün kadın işçileri taciz etmesiyle ilgili ifadeleri içeren bildirinین yalnızca kadın işçilerin dolaplarına bırakılmış olduğunu, bildirinin dağıtılmasının amacının sendikal faaliyet olup yetkilileri harekete geçirmek olmadığı*” gerekçeleriyle yetkili makamları harekete geçirme amacı bulunmayan alenileştirmelerin *whistleblowing* kavramı çerçevesinde değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir²⁴.

Kurallara aykırılığı önleyebilecek ve/veya yaptırım uygulayabilecek bir yetkili makam olmamasına karşın medya aracılığıyla kurallara aykırılığın ifşa edilmesi de ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasını

¹⁵ NEAR / MICELI, s. 4; ALP, *Ifşa ve İhbar*, s. 3; ÇETİN, s. 429; YALÇIN SOYSAL, s. 1193-1194.

¹⁶ NEAR / MICELI, s. 4; AKTAN, s. 22.

¹⁷ Tarihin en ünlü ifşalarından biri olarak anılan bu ifşa, *Al Pacino* ve *Russell Crowe* gibi ünlü aktörlerin başrol oynadığı 1999 yapımı “*The Insider*” isimli filme de konu olmuştur.

¹⁸ *Sharon Watkins* bu ifşası nedeniyle 2003 yılında *Time* Dergisi tarafından “yılın insanı” olarak seçilen üç kadından birisidir (<https://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,1003992,00.html>, ET: 03.12.2023).

¹⁹ AYDIN, *Whistleblowing*, s. 85-86; AKTAN, s. 21; ESEN, Emel / KAPLAN, Hasan Ali: “İşletmelerde Ahlaki Olmayan Davranışların Duyurulması (Whistleblowing)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2012, Cilt 14, Sayı 2, s. 35.

²⁰ AYDIN, *Whistleblowing*, s. 86; ALP, *Ifşa ve İhbar*, s. 7; ÇETİN, s. 429.

²¹ ALP, *Ifşa ve İhbar*, s. 7.

²² NEAR / MICELI, s. 3-4.

²³ ALP, *Ifşa ve İhbar*, s. 5; ÇETİN, s. 430.

²⁴ AYM, *Sonay Tezcan ve Kardelen Yoğungan*, B. No: 2018/24097, T.02.05.2023, § 66 (Kararlar Bilgi Bankası).

olarak değerlendirilmektedir²⁵. Nitekim, medya aracılığıyla kurallara aykırılıkların ifşa edilmesi, hem kamunun bilgilendirilmesi amacına hizmet etmekte hem de dolaylı olarak da olsa yetkili makamların harekete geçmesine neden olmaktadır. Ancak medya aracılığıyla yapılan ifşaların hemen hemen tamamı yöntemin ölçülü olup olmadığı bakımından özel olarak değerlendirilmektedir²⁶.

2. İfşa ve İhbar Hakkının Türleri

İfşa ve ihbar hakkı, aykırılığın ifşa edildiği kişi ve kurumlar bakımından, ifşa edenin kimliğinin gizli olup olmaması ve ifşanın kendiliğinden veya yetkili makamların harekete geçmesi sonucu olup olmamasına göre üçe ayrılmaktadır.

İşletme içi ifşada işçi, aykırılığı işletmede bulunan etik kurulu, şirket avukatı, denetçi, amirler, ortaklar ve yönetim kurulu gibi aykırılığı önlemeye ve/veya yaptırım uygulamaya yetkili işletme içi kişi ve kurumlarla paylaşmaktadır²⁷. Her ne kadar işletme içi ifşada gerçek anlamda kamuya ifşanın bulunmadığı gerekçesiyle ifşa ve ihbar hakkının kapsamı dışında değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilirse de²⁸ işletme içi ifşada da alenileştirme ve aykırılığı önleme ve/veya yaptırım uygulamaya yetkili kurumlara bildirme koşulları gerçekleştiğinden hem yabancı hem de Türk öğretisinde ifşa ve ihbar hakkı kapsamında değerlendirilmektedir²⁹.

İşletme dışı ifşada ise aykırılık yetkili makamlara bildirilmek suretiyle veya medya aracılığıyla alenileştirilmektedir³⁰. İşletme dışı ifşada kamunun haberdar edilmesi söz konusu olduğundan işletme içi ifşaya nazaran işveren için daha ağır sonuçlar meydana gelmektedir. Bu nedenle, işçinin sadakat ve sır saklama borcu ile ifşa ve ihbar hakkı arasındaki ilişki incelenirken genellikle ifşanın işletme dışında yapıldığı haller dikkate alınmaktadır.

İfşa ve ihbar hakkı ifşa eden işçinin kimliğinin gizli olup olmamasına göre aleni veya zımnî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³¹. İfşa ve ihbar hakkında ifşa edenin kimliğini gizleyerek aykırılıkları ifşa etmesi, ifşa ve ihbar hakkının zımnî olarak kullanılması olarak nitelendirilebilecektir³².

İfşa ve ihbar hakkının aktif veya pasif bir şekilde kullanılması da mümkündür. İşçinin yetkili makamların bilgisine başvurmasını beklemeksizin kendiliğinden kurallara aykırılıkları ifşa etmesi halinde ifşa ve ihbar hakkının aktif olarak tersi durumda ise pasif olarak kullanıldığından söz edilebilecektir³³. Bu kapsamda, işçinin Anayasa³⁴ m. 74 hükmünde yer alan dilekçe hakkını kullanarak işyerindeki mevzuata aykırı durumları yetkili makamlara bildirmesi halinde ifşa ve ihbar hakkının aktif olarak kullanılması buna karşılık, işçinin mahkemede tanıklık ettiği sırada kendisine sorulan sorular çerçevesinde işyerindeki hukuka aykırılıkları bildirmesi halinde ise ifşa ve ihbar hakkının pasif olarak kullanılması söz konusudur.

İfşa ve ihbar hakkının kural olarak hem işletme dışında hem de aleni ve aktif bir şekilde kullanılması gerektiği kabul edilmekteyse de³⁵ öğretide ifşa ve ihbar hakkının diğer şekillerde kullanılması

²⁵ AKTAN, s. 22; ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 5.

²⁶ Daha fazla bilgi için bkz. II. C. "Sadakat Borcu ve Sır Saklama Yükümlülüğü Bakımından İfşa ve İhbar Hakkının Kullanılma Yöntemi".

²⁷ EROĞLUER / SARIBAY ÖZTÜRK, s. 353; AKTAN, s. 22.

²⁸ Geçmişte işletme içi ifşanın sadakat borcu kapsamında kalması nedeniyle ifşa ve ihbar hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüş hakkında bilgi için bkz. ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 6.

²⁹ ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 6; BALTACI, s. 400; CEMALOĞLU, Necati / AKYÜREK, M. İbrahim: "Örgütlerde Whistleblowing (Bilgi Uçurma)", *Turkish Journal of Educational Studies*, 2017, Cilt 4, Sayı 3, s. 128.

³⁰ AKTAN, s. 24; CEMALOĞLU / AKYÜREK, s. 128; KONYALI, Gökçe: "Uluslararası Hukukta İhbarcılık Kavramı ve İhbarcılarının Korunması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 1, s. 416-417.

³¹ NEAR / MICELI, s. 2; AKTAN, s. 24; YALÇIN SOYSAL, s. 1198.

³² AUSTIN, Anne: "Bilgi Uçuranlar (Whistleblowers) Toplumun Yeni Bekçileri Mi?", *İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, Ankara, 2012, s. 395; EROĞLUER / SARIBAY ÖZTÜRK, s. 354-355; AKTAN, s. 24.

³³ ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 6.

³⁴ 09.11.1982 tarihli ve 17863 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete.

³⁵ ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 7.

halinde de işçinin, ifşa ve ihbar hakkının korunmasına ilişkin hükümlerden yararlandırılması gerektiği ifade edilmektedir³⁶.

C. Ifşa ve İhbar Hakkının Etkileri

İşçinin ifşa ve ihbar hakkını kullanmasının hem işçi hem işveren hem de kamuoyu bakımından birtakım olumlu ve olumsuz sonuçları bulunmaktadır.

Ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasının işçi bakımında olumlu etkileri genellikle psikolojiktir. Ifşa ettiği bilgi sayesinde suçların ortaya çıkmasına neden olan ve kamu sağlığı ve kamu güvenliğini tehdit eden durumların devam etmesini önleyen işçinin en büyük kazanımı vicdani rahatlamadır³⁷. Oldukça nadir de olsa işçilerin ifşa ve ihbar hakkını kullanması nedeniyle maddi bir kazanç elde ettiği yahut terfi aldığı durumlara da rastlanılmaktadır. Örneğin, *Worldcom* şirketinin denetçisi ve başkan yardımcısı olan *Cynthia Cooper* şirketin karıştığı 9 milyar dolar tutarındaki yolsuzluğu ifşa etmesinden sonra terfi almış ve *Time* Dergisi tarafından “yılın insanı” seçilmiştir³⁸.

Buna karşılık, etkin bir korumanın bulunmadığı hukuk düzenlerinde ifşa ve ihbar hakkının kullanılması işçiler için pek çok olumsuz duruma sebep olmaktadır. İşçi için meydana gelen en büyük olumsuz durum, ifşa ve ihbar hakkını kullanan işçinin işyerinde mobbinge uğraması, bir alt pozisyona indirilmesi, terfi imkanlarının elinden alınması ve sonunda tazminat ödenmeksizin işten çıkarılmasıdır³⁹. Yine bazı toplumlarda ifşanın olumsuz bir anlamının olması da ifşa ve ihbar hakkını kullanan işçinin “ispiyoncu”, “gammazcı”, “köstebek” gibi yakıştırmalarla toplumdan dışlanmasına neden olmakta ve bu damgalanma nedeniyle aynı sektörde bir daha iş bulması oldukça güçleşmektedir⁴⁰. Türkiye’de ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasının nadir örnekleri arasında yer alan bir olayda, ünlü bir ilaç şirketinde üst düzey pozisyonda çalışan *Veysi Mungan*, çalıştığı şirketin SSK’ya üç kat yüksek fiyattan ilaç satarak kamu zararına sebep olduğu ve hâkim durumunu kötüye kullandığını ifşa ettikten sonra verdiği bir röportajda, eski çalıştığı şirketi ifşa etmesinin üzerinden altı yıl geçmiş olmasına karşın halen iş bulamadığını ifade etmiştir⁴¹.

İşçinin ifşa ve ihbar hakkını kullanması işverenler bakımından ise çoğunlukla olumsuz bir durum yaratmaktadır. Hukuka, etik kurallara veya ahlaka aykırı davrandığı ortaya çıkan şirket Rekabet Kurumu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, mahkemeler gibi yaptırım uygulama gücü bulunan kamu kurumları tarafından soruşturularak ciddi cezalar ödemekle ve hatta işletmenin kapatılması ile karşı karşıya kalmaktadır⁴². Yine, hayvanlar üzerinde deney yapmak veya çevreye zarar vermek gibi hukuka ve/veya ahlaka aykırı eylemleri bulunduğu ifşa edilen şirketler, kamu kurumları tarafından yaptırıma tabi tutulmanın yanı sıra toplum tarafından da boykot edilmektedir. Bununla birlikte, ifşa edilen hukuka aykırılığın şirketin işleyişini de olumsuz yönde etkilemesi ve ifşanın işletme içi ifşa ile sınırlı kaldığı durumlarda ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasının işveren için olumlu bir etkisinin bulunduğu söylenebilecektir⁴³.

İşçinin ifşa ve ihbar hakkını kullanmasının kamuoyu bakımından olumsuz bir durum yaşattığını savunmak ise oldukça güçtür. Ifşa ve ihbar hakkının kullanılması, kamunun menfaatine aykırı durum-

³⁶ ALP, *Ifşa ve İhbar*, s. 7.

³⁷ AYDIN, *Whistleblowing*, s. 87-88; AKTAN, s. 26; AYDAN, Seda: “İhbarcılık: Bir Kavram Analizi”, *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2018, Cilt 15, Sayı 41, s. 87-88.

³⁸ <https://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,1003990,00.html> (ET: 03.12.2023).

³⁹ AYDIN, *Whistleblowing*, s. 87; AKTAN, s. 29-30; BALTACI, s. 398; ESEN / KAPLAN, s. 34.

⁴⁰ AYDAN, s. 88.; BALTACI, s. 398. *Jeffrey Wigand* tarafından yapılan ifşayı konu edinen “*The Insider*” filminin ülkemizde “Köstebek” olarak çevrilmiş olmasının ülkemizde ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasının olumsuz bir anlam ifade ettiği şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. ALP, *Ifşa ve İhbar*, s. 2 dn. 6.

⁴¹ <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/bir-kostebeğin-isyani-14738934> (ET: 05.12.2023).

⁴² AYDIN, *Whistleblowing*, s. 88. Örneğin, Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş.’de yönetici pozisyonunda çalışan *Veysi Mungan*’ın Rekabet Kurumuna yaptığı şikâyet sonucunda şirkete 5.941.589.000.-TL, üç yöneticisine ise 594.158.900.-TL para cezası kesilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulu, T. 19.11.2004, K. 04-72/1042-257 (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar>, ET: 22.07.2024)

⁴³ AYDAN, *Whistleblowing*, s. 87.

lar hakkında bilgi sahibi olmasına imkân sağlamasının yanında sebep olduğu olumsuz durumlar nedeniyle hukuka, etik kurallara veya ahlaka aykırı fiil ve işlemleri yapma potansiyeli bulunan kişi veya kurumlar bakımından da caydırıcı bir etki doğurmaktadır⁴⁴.

Görüldüğü üzere ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasının işçi ve işveren üzerinde pek çok olumsuz etkisi bulunmasına karşın üstün kamu menfaatlerinin bulunması nedeniyle ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasını teşvik edilmekte ve etkin bir koruma getirilmeye çalışılarak hakkın kullanılmasının işçi üzerindeki olumsuz etkileri giderilmek istenmektedir. Yine, ifşa edilen fiilin ağırlığının çok büyük olmadığı durumlarda ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasının işveren üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılması amacıyla işçinin sır saklama borcu ile ifade özgürlüğü arasında denge kurulmaya çalışılmaktadır.

II. İFŞA VE İHBAR HAKKININ SADAKAT VE SIR SAKLAMA BORCU İLE OLAN İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak Sadakat ve Sır Saklama Borcu

İfşa ve ihbar hakkının sadakat ve sır saklama borçları ile olan ilişkisi incelenmeden önce işçinin sadakat ve sır saklama borçlarının ne anlam ifade ettiğinin kısaca ele alınması gerekmektedir.

Öğretide sadakat borcu, Türk Medeni Kanunu⁴⁵ (TMK) m. 2 hükmünde yer alan dürüstlük kuralı ve güven ilkesi çerçevesinde iş ilişkisinde işverenin korunmaya değer menfaatlerinin işçiden beklenebilecek makul ölçülerde koruması ve işçinin işverenin menfaatlerine zarar verecek davranışlardan kaçınması olarak tanımlanmaktadır⁴⁶.

Sadakat borcu, Türk Borçlar Kanunu⁴⁷ (TBK) m. 396 hükmünde özen borcu ile birlikte düzenlenmiştir⁴⁸. Buna göre, işçi işverenin haklı menfaatlerinin korunmasında sadakatle davranmak ve hizmet ilişkisi devam ettiği sürece sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü bir kişiye hizmette bulunmak ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girmekten kaçınmak zorundadır (TBK m. 396/1 ve 396/3)⁴⁹. İş Kanunu⁵⁰ (İş K) kapsamında ise sadakat borcu açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte İş K m. 25/2 b bendinde yer alan “...yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması” ve İş K m. 25/2 e bendinde yer alan “İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması” ifadeleri ile sadakat borcuna aykırı davranışlar bir haklı nedenle fesih sebebi olarak düzenlenmiştir⁵¹.

⁴⁴ AYDIN, *Whistleblowing*, s. 89.

⁴⁵ 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁶ ERTAŞ, Kudret: *Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, Şafak Matbaası, Ankara, 1982, s. 20-21; ARSLAN ERTÜRK, Arzu: *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 144; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 303-304; AKYİĞİT, Ercan: *İş Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 185; EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 367; KAYIRGAN, Hasan: “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan Özel Sayısı, s. 462.

⁴⁷ 04. 02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁸ Özen borcu ve sadakat borçlarının birbirlerinden farklı iki ayrı borç olduğu yönünde bkz. ARSLAN ERTÜRK, s. 284; ALPAGUT, Gülsevil: “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2012, Sayı 25 (Sadakat), s. 24.

⁴⁹ “...İşçinin, iş ilişkisinde yükümlülüklerinden biri sadakat borcudur. Sadakat yükümü, 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 yükümlülüğünü yüklemektedir, işçinin dolaylı da olsa çalıştığı şirket ile aynı faaliyet alanında şirket kurması, mesaisini kısmen de olsa bu şirkette geçirmesi, şirketin müşterilerini aynı faaliyet alanında başka bir şirkete yönlendirmesi sadakat yükümlülüğünün ihlalidir.” Yargıtay, 9. HD, T. 01.02.2010, E. 2009/13571, K. 2010/1815 (www.calismatoplum.org, ET: 04.01.2024).

⁵⁰ 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmî Gazete.

⁵¹ “...Davalı işyerinde yapılan sayım sonrası tutulan tutanağa göre büyük kısmı içki ve çikoladadan oluşan 53.202,44.TL açığın bulunduğu bildirilmiştir. Somut uyuşmazlıkta davalı işyerinde minibar sorumlusu olarak çalışan davacının, 2014 yılında minibarlara koyulan ve son kullanma tarihi geçmiş olan çikolataları 2015 yılında farklı bir marka ait çikolatalarla değiştirmedeği, 2015 yılında yeni alınan çikolataların da büyük bir kısmının eksik olduğunun tespit edildiği ve bu çikolataların akıbetinin ne olduğunun belirlenemediği,

Öğretide bazı yazarlar tarafından sadakat borcunun içinde değerlendirilen⁵² sır saklama yükümlülüğü ise sadakat borcunun kapsamında yer alan susma borcunun somutlaştırılmasından ibarettir⁵³. Sır saklama yükümlülüğünün bulunması için iş veya işyeri ile ilgili bir sırrın bulunması zorunludur. Herkes tarafından bilinen veya kolayca ulaşılabilecek bilgilerin açıklanması durumunda sır saklama yükümlülüğüne aykırı bir davranış bulunduğundan söz edilemeyecektir⁵⁴.

Sadakat borcunda olduğu gibi sır saklama yükümlülüğü de TBK çerçevesinde düzenlenmiş, İş K kapsamında ise m. 25/2 e bendi hükmü ile sır saklama yükümlülüğüne aykırılığın bir fesih sebebi olarak düzenlenmesiyle yetinilmiştir. TBK m. 396/4 hükmü uyarınca “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.” İş K m. 25/2/e kapsamında ise “meslek sırlarının ortaya atılması” bir haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir.

Hangi sırların işçi tarafından saklanması gerektiğine ilişkin olarak İş K m. 25/2/e hükmü meslek sırlarını⁵⁵, TBK m. 396/4 hükmü ise üretim ve iş sırlarını⁵⁶ işaret etmektedir. Ancak hem İş K hem de TBK kapsamında doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar örnek olarak sayıldığından iş ve işyeri ile ilgili olmak kaydıyla kanunda ifade edilmeyen diğer sırların da saklanması gerektiği kabul edilmelidir⁵⁷.

Öğretide, işçinin iş gördüğü sırada öğrendiği sırları ifade etmek için meslek sırrı⁵⁸, ticari sır⁵⁹, üretim sırrı⁶⁰ gibi kavramların farklı kapsamlarda kullanıldığı görülmekteyse de işyerine ait tüm sırları ifade etmek üzere “iş sırrı” ifadesinin kullanılması daha doğrudur⁶¹. İş sırrı kavramı öğretilerde, kamuya mal olmamakla birlikte işyerinde çalışan sınırlı sayıda insan tarafından bilinen, işverenin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini istememekte haklı bir menfaatinin bulunduğu, iş ve işyeri ile ilgili bulunan her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır⁶².

minibarlara koyulan içkilerde de büyük miktarda eksiklik olduğu, davalı işyeri tarafından davacıya tahsis edilen ve fesihden sonra davacının işverene iade ettiği telefonda yapılan incelemede bir yakınının davacıdan içki getirmesini talep ettiği ve telefonda bulunan fotoğrafta da bir çantanın içerisinde içki şişelerinin bulunduğu görüldüğü, davacının iş akdinin davalı işverence doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları üzerine haklı nedenle feshedildiği anlaşılmalı ilk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesince fesih nedenleri üzerinde durulmadan işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmadığı ve fesih öncesi davacının savunmasını almadığı gerekçesiyle feshin geçersiz olduğuna dair gerekçelerinin davalı işverenin iş akdini haklı nedenle feshettiğini belirtmesi, haklı fesihlerde savunma alma zorunluluğunun bulunmaması ve feshin yazılı olması zorunluluğunda olmaması karşısında yerinde olmadığı, davalı işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı anlaşılmalı mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay, 9. HD, T. 24.09.2018, E. 2018/2118, K. 2018/16485 (Kazancı).

⁵² DEMİR, Fevzi / DEMİR, Gönenc: “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulanması”, *Kamu-İş*, 2009, Cilt 11, Sayı 1, s. 23; TUNCA, Aziz Can: “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 1067; OKUR, Zeki: “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, *Kamu-İş*, 2006, Cilt 8, Sayı 4, s. 21; KAYIRGAN, s. 465.

⁵³ ARSLAN ERTÜRK, s. 285; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 360; DEMİR / DEMİR, s. 23.

⁵⁴ DOĞAN YENİSEY, Kübra / ÖZTÜRK, Özgür: “İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü”, (Ed.) UÇUM, Mehmet: *Devrim Ulucan’a Armağan*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 411; ALPAGUT, *Sadakat*, s. 28.

⁵⁵ Meslek sırrı kavramı öğretilerde, bir meslek sahibinin mesleğini icra ettiği sırada iradi veya irade dışı olarak öğrendiği gizli bilgiler olarak tanımlanmıştır. Bkz. UŞAN, s. 25; ÖZKAN KOÇ, s. 135.

⁵⁶ Öğretilerde üretim sırrı, üretimde doğrudan kullanılan teknik kurallar, üretim sistemleri ile ürünlere ilişkin formül, süreç ve stok bilgileri gibi teknik yönü ağır basan gizli bilgiler olarak ifade edilmektedir. Bkz. ÖZKAN KOÇ, Deniz Sema: *İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 137; ALPAGUT, *Sadakat*, s. 28; ERTAŞ, s. 52. İş sırrı kavramı ise öğretilerde üretim ve meslek sırlarının yanında iş ve işyeri ile ilgili bulunan her türlü gizli bilgiyi kapsayacak biçimde kullanılmaktadır. Bkz. ARSLAN ERTÜRK, s. 288-289; UŞAN, s. 29; ÖZKAN KOÇ, s. 132.

⁵⁷ ALPAGUT, *Sadakat*, s. 27-28.

⁵⁸ ERTAŞ, s. 20; TUNCA, s. 1067; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 360.

⁵⁹ DEMİR / DEMİR, s. 23; DOĞAN YENİSEY / ÖZTÜRK, s. 402-403.

⁶⁰ *Alpagut*, üretim sürecini, üretim talimatlarını, yeni üretim yöntemlerini ve ürünleri, teknik-matematiksel çizelgeleri, modeller veya araştırmaları üretim sırrı olarak isimlendirirken üretim dışında kalan tüm sırları iş sırrı olarak nitelendirmektedir. Bkz. ALPAGUT, *Sadakat*, s. 28.

⁶¹ UŞAN, s. 28; SOYER, Polat: *Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1994, s. 12, dn. 20; ARSLAN ERTÜRK, s. 288.

⁶² UŞAN, s. 29; ARSLAN ERTÜRK, s. 289; SOYER, s. 53; ÖZKAN KOÇ, s. 132.

İş sırlarının öğrenilme biçimi ise sır saklama yükümlülüğü bakımından herhangi bir önem arz etmemektedir⁶³. İş sırlarının işveren tarafından açıklandığı, hukuka aykırı bir şekilde veya tesadüfen öğrenildiği tüm hallerde işçinin sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁴. Ancak işçinin iş sırrı niteliğindeki bir bilgiyi kamu makamlarına açıklamakla yükümlü tutulması halinde ise artık sır saklama yükümlülüğü bulunduğundan bahsedilemeyecektir⁶⁵.

TBK m. 396/4 hükmünde de belirtildiği üzere işçinin iş sırlarını saklama yükümlülüğü işverenin haklı menfaatinin korunması için gerektiği ölçüde iş ilişkisinin sona ermesinden sonra da geçerlidir. Dolayısıyla işçinin işten ayrıldıktan sonra iş sırrı niteliğinde olan bir bilgiyi ifşa etmesi halinde de ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasının ölçülü olup olmadığı hususunun sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

B. Sadakat Borcu ve Sır Saklama Yükümlülüğü ile İfşa ve İhbar Hakkının Çatışması

İşçinin sadakat borcu kapsamında işverenin menfaatlerinin korunması yükümlülüğünün de bulunması başta ifade özgürlüğü ile ifşa ve ihbar hakkı olmak üzere işçinin bireysel hak ve özgürlüklerinin çatışması sonucunu doğurmaktadır⁶⁶. Ancak, modern hukuk düzenlerinde işçinin bireysel hak ve özgürlüklerinin aşırı bir şekilde sınırlandırılması kabul edilemeyeceğinden işçinin sadakat ve sır saklama borcunun sınırlarının belirlenmesi büyük önem arz etmektedir.

Sadakat borcunun ilk sınırını işçinin kişilik hakları ile temel hak ve özgürlükleri yani işçinin kendi menfaati oluşturmaktadır⁶⁷. İşçi, işverenin menfaatlerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile kişilik hakları ile temel hak ve özgürlüklerden feragat etmek yahut aşırı şekilde sınırlandırılmasına rıza göstermek zorunda değildir⁶⁸. Nitekim, işçinin kendisinin ve diğer işçilerin oldukça sağlıklı ve kötü şartlar altında çalıştırılması durumunda işçinin güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkının işverenin menfaatlerine üstün tutulması gerektiğinden sadakat borcunun bu durumun ifşasını önleyecek bir işleve sahip olmadığı kabul edilmektedir⁶⁹.

Sadakat borcunun bir diğer sınırı ise işverenin korunmaya değer menfaatlerine ilişkindir. TBK m. 396/1 hükmünde de belirtildiği üzere işçi işverenin yalnızca haklı menfaatlerini korumakla yükümlüdür. Öğretide işverenin haklı menfaati, işverenin işletmesinin ekonomik açıdan zarar görmemesi ve işverenin rekabet gücünün etkilenmemesi olarak tanımlanmaktadır⁷⁰. Ancak yalnızca meşru ya da hukuka uygun menfaatler işverenin haklı menfaatleri çerçevesinde değerlendirilebilecek olup işverenin hukuka, etik kurallara veya ahlaka aykırı menfaatlerinin sadakat borcu çerçevesinde korunması mümkün değildir⁷¹. Bu kapsamda konusu suç teşkil eden fiil ve işlemler bakımından ifşa ve ihbar hakkının kullanılması sadakat borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir⁷². Örneğin, bir bankanın rekabet gücünün etkilenmemesi için mali durum ile yönetim esaslarına yönelik bilgi ve belgelerinin çalışanları tarafından korunmasında menfaati bulunmakla birlikte usulsüz-

⁶³ NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 273; TUNCAY, s. 1067; EROĞLUER / SARIBAY ÖZTÜRK, s. 360-361; DEMİR / DEMİR, s. 23.

⁶⁴ DEMİR / DEMİR, s. 23; ALPAGUT, *Sadakat*, s. 28-29.

⁶⁵ UŞAN, s. 96; KAYIRGAN, s. 466; ALPAGUT, *Sadakat*, s. 28.

⁶⁶ ARSLAN ERTÜRK, s. 361; ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 117; ALPAGUT, *Sadakat*, s.25; AKYİĞİT, s. 186; KAR, Bektas: "İşçinin İfade Özgürlüğü ve İş Sözleşmesine Yansımaları", (Ed.) DEMİR, Ender / GEMİCİ FİLİZ, Beste: Prof. Dr. Turhan Esener III. *İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 181.

⁶⁷ ARSLAN ERTÜRK, s. 238; DOĞAN YENİSEY, ÖZTÜRK, s. 438.

⁶⁸ ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 123; ARSLAN ERTÜRK, s. 238; EROĞLUER / SARIBAY ÖZTÜRK, s. 361-362.

⁶⁹ ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 127; EROĞLUER / SARIBAY ÖZTÜRK, s. 362. İşçinin geçirdiği iş kazası sonrası işvereni Cumhuriyet Savcılığına şikâyet etmesi sonucu işten çıkarılması halinde yapılan feshin haklı nedenle fesih olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 08.01.2019, E. 2016/461, K. 2019/294 (Kazancı).

⁷⁰ TUNCAY, s. 1069; ARSLAN ERTÜRK, s. 292; UŞAN, s. 36; KAYIRGAN, s. 474.

⁷¹ ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 121; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 605; AKYİĞİT, s. 185.

⁷² ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 306; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 357.

lük yapılan muhasebe kayıtlarının ifşa edilmesi halinde konusu suç teşkil eden işlemleri ifşa eden işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığından söz edilemeyecektir. Aynı şekilde, Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta da işyerine denetime gelen müfettişlere genel müdür ve diğer birkaç yetkilinin usulsüz işlemlerini ifşa eden işçinin bu hareketinin sadakat borcuna aykırı bir durum teşkil etmediğini ve yasal bir görevini yerine getiren işçiyi işten çıkaran işverenin kötü niyetle hareket ettiğini hüküm altına almıştır⁷³.

Öğretide işverenin haklı menfaatlerinin korunmasının yoğunluğunun işçinin işyerindeki pozisyonuna göre de belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁴. Bu nedenle, alt pozisyonlarda çalışan bir işçiye nazaran işverenle daha sıkı bir ilişki içerisinde bulunan genel müdür, finans direktörü, müdür yardımcısı gibi üst düzey pozisyonlarda çalışan işçilerin işverenin menfaatlerine zarar verecek davranışlardan kaçınma konusunda daha dikkatli davranması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁵.

Sadakat borcuna ilişkin sınırlamalar sır saklama borcu bakımından da geçerlidir. Sırf işverenin kişisel menfaatlerinin ihlal edilecek olması veya ekonomik bir zarara uğrayacak olması gerekçeleriyle işverenin hukuka⁷⁶, etik kurallara ya da ahlaka aykırı davranışlarının gizlenmesi sır saklama borcunun niteliğiyle örtüşmemektedir⁷⁷.

Her ne kadar sır saklama borcunun düzenlendiği TBK m. 396/4 hükmünde işçinin haklı menfaatinin korunması yalnızca hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonraki sır saklama borcu için açıkça düzenlenmişse de iş ilişkisinin devamı sırasındaki sır saklama borcunun da işverenin haklı menfaatinin korunması ile sınırlı olduğu kabul edilmelidir⁷⁸. Dolayısıyla, örneğin işverenin “Bazı Tehlikeli Maddelerin, Müstahzarların ve Eşyaların Üretimine, Piyasaya Arzına ve Kullanımına İlişkin Kısıtlamalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik⁷⁹” hükümlerine aykırı olarak ürünlerinde kimyasal madde kullandığı bir durumda bu bilgi iş ve işyeri ile ilgili gizli bir bilgi olması nedeniyle iş sırrı niteliğine haiz olmasına karşın işverenin hukuka aykırı bu davranışının işçi tarafından ifşa edilmesinin sır saklama borcuna aykırı olduğu söylenemeyecektir.

C. Sadakat Borcu ve Sır Saklama Yükümlülüğü Bakımından İfşa ve İhbar Hakkının Kullanılma Yöntemi

İfşa ve ihbar hakkının kullanım şekli ve koşullarının belirlenmesinde sadakat borcu ve sır saklama yükümlülüğünün temelinde yer alan dürüstlük kuralı büyük rol oynamaktadır⁸⁰. Nitekim, işverenin menfaatlerine daha az zarar verecek bir yöntem varken bunun kullanılmaması ya da hukuka aykırı fiil ve işlemlerin yanında işverenin hukuka aykırı olmayan iş sırlarının da ifşa edilmesi gibi durumlar dürüstlük kuralına aykırı olmasının yanında sadakat borcu ve sır saklama yükümlülüğünün

⁷³ “... Somut olayda, davacı yasal bir görevi yerine getirdiği için hizmet akdi feshedilmiş olup bunun kanunda ifade edildiği şekli ile “... genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren durum” kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Mahkemece kötü niyet tazminatı koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle anılan tazminat isteğinin reddi hatalıdır.” Yargıtay, 9. HD, T. 26.09.2002, E. 2002/3219, K. 2002/17665 (Kazancı). Karar 1475 sayılı mülga İş K döneminde verilmişse de benzer bir hükme sahip olan 4857 sayılı İş K kapsamında da uygulanabilir niteliktedir.

⁷⁴ ARSLAN ERTÜRK, s. 183; ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 169; EROĞLUER / SARIBAY ÖZTÜRK, s. 364.

⁷⁵ ERTÜRK, Şükran: *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 122; ALPAGUT, *Sadakat*, s. 31; EROĞLUER / SARIBAY ÖZTÜRK, s. 364.

⁷⁶ “...Davacının sanık olarak yargılandığı dava dosyasına da sorumlu olarak görev aldığı projeye ilişkin bilgileri sunması savunma hakkı kapsamında kalan eylem niteliğinde olup bu davranışının sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmesi hukuken mümkün değildir. Davalı işveren davacının iş sözleşmesinin haklı veya geçerli sebeple feshedildiğini kanıtlayamadığından davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.” Yargıtay, 22. HD, T. 12.09.2011, E. 2011/222, K. 2011/584 (Kazancı).

⁷⁷ ERTAŞ, s. 54; ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 133; ÖZKAN KOÇ, s. 211.

⁷⁸ ARSLAN ERTÜRK, s. 293-294; ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 133.

⁷⁹ 31.10.2013 tarihli ve 28807 sayılı Resmî Gazete.

⁸⁰ ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 174. TMK m. 2 hükmünde yer alan dürüstlük kuralı ile sadakat borcu arasındaki ilişki bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN ERTÜRK, s. 27-31.

de ihlali niteliğinde olup bu gibi hallerde işçinin feshe yahut diğer olumsuz durumlara karşı korunması mümkün değildir⁸¹.

Sadakat borcu ve sır saklama yükümlülüğünün temelinde yer alan dürüstlük kuralı, işçinin ifşa ve ihbar hakkını kullanırken iyi niyetli olmasını ve ölçülülük ilkesine riayet etmesini gerektirmektedir⁸². İfşa ve ihbar hakkını kullanan işçinin iyi niyetli olması özellikle ifşa edilen hukuka, etik kurallara ve ahlaka aykırı bilginin doğru olmadığı durumlarda önem kazanmaktadır⁸³. Aynı şekilde, işçinin ifşa ve ihbar hakkını kullanırken işverene zarar verme kastının veya düşmanlık saikinin bulunduğu durumlarda da işçinin iyi niyetli olmadığından söz edilebilecektir⁸⁴.

Dürüstlük kuralı gereğince işçi, ifşa ve ihbar hakkını işverene en az zarar verecek şekilde kullanmaya özen göstermeli yani ölçülülük ilkesine riayet etmelidir⁸⁵. Hukuki temelini dürüstlük kuralından alan⁸⁶ ölçülülük ilkesinin üç alt ilkesi kapsamında⁸⁷ ise işçinin ifşa ve ihbar hakkını kullanmasının elverişli, gerekli ve oranlı olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılmaktadır⁸⁸. Ölçülülük ilkesinin uygulanması özellikle işçinin ifşa ve ihbar hakkını medya aracılığıyla kullandığı hallerde büyük önem taşımaktadır⁸⁹. Nitekim, işletme içi ifşanın etkin bir şekilde kullanılabilmesine karşın bu yöneme başvurmaksızın medya aracılığıyla ifşa ve ihbar hakkının kullanılması somut olayın özelliklerine göre sadakat borcuna aykırılık teşkil edebilecektir⁹⁰.

Görüldüğü üzere işçinin sadakat borcunun ve sır saklama yükümlülüğünün bulunması işçinin ifşa ve ihbar hakkını dilediği gibi kullanma imkanını sınırlandırmaktadır. Bu nedenle uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukuk kapsamında ifşa ve ihbar hakkının kullanılması için belirli ölçütler getirilmiştir. Örneğin, ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasının “*Public Interest Disclosure Act*” (PIDA) kapsamında açıkça düzenlendiği İngiliz hukukunda ifşa ve ihbar hakkını kullanan işçinin korunabilmesi için i) işçinin ifşa ve ihbar hakkını iyi niyetli olarak kullanması, ii) kişisel kazanç sağlama amacıyla hareket etmemesi, iii) ifşa edilen bilginin kesine yakın şekilde doğru olması ve iv) medyaya bilgi uçurmanın her yönden kabul edilebilir ve makul olması ölçütleri aranmaktadır⁹¹.

İfşa ve ihbar hakkının kullanılmasını açıkça düzenleyen kırkın üzerinde ülke ve pek çok uluslararası sözleşme bulunmasına karşın⁹² çalışmamızın kapsamını daraltmak amacıyla yalnızca ILO Sözleşmeleri, AIHM içtihatları ve AB mevzuatı kapsamında ifşa ve ihbar hakkının kullanılması için öngörülen prosedürler ele alınacaktır.

⁸¹ OKUR, s. 16-17; KAYIRGAN, s. 465.

⁸² ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 174-175; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 606; AKYİĞİT, s. 188.

⁸³ AYDIN, *Whistleblowing*, s. 86; ESEN / KAPLAN, s. 44.

⁸⁴ AYDIN, *Whistleblowing*, s. 87; EROĞLUER / SARIBAY ÖZTÜRK, s. 368; HEPER, s. 1915; ÖKTEM SONGU, Sezgi: “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Özel Sayı, s. 643.

⁸⁵ ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 174-175; ÖZTÜRK, Berna: *İşçinin Talimatlara Uyuma Borcu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 214.

⁸⁶ EYRENCİ, Öner: “Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi”, (Ed.) GÜZEL, Ali / UGAN, Deniz: *İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (Seminer)*, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 36. Dürüstlük kuralı ile ölçülülük ilkesinin birbirlerini tamamlar nitelikteki farklı kavramlar olduğuna yönelik görüş için bkz. UGAN ÇATALKAYA, s. 112-115.

⁸⁷ “...İşveren, iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunan işçiye yaptığı eylemle orantılı bir yaptırım uygulamalıdır. Yapılan eylemle orantılı olmayan ve ölçüsüz olarak nitelendirilebilecek bir yaptırım mazur görülemez. Sonuç itibarıyla fesihle bir cezadır. Ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak önlem, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır...” Yargıtay, 9. HD, T. 06.06.2017, E. 2015/22359, K. 2017/9850; Yargıtay, 9. HD, T. 11.06.2015, E. 2014/9573, K. 2015/21437 (Yargıtay Karar Arama).

⁸⁸ EROĞLUER / SARIBAY ÖZTÜRK, s. 366; UGAN ÇATALKAYA, s. 63.

⁸⁹ ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 180; EROĞLUER / SARIBAY ÖZTÜRK, s. 364.

⁹⁰ HEPER, s. 1918.

⁹¹ AYDIN, *Whistleblowing*, s. 93. PIDA hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAYLOR, Stephen / EMIR, Astra: *Employment Law: an introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 479-483; HONEYBALL, Simon: *Honeyball & Bowers' Textbook On Employment Law*, 14. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 344-346.

⁹² Bu ülkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 23-39.

III. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE İFŞA VE İHBAR HAKKI

A. ILO Sözleşmelerinde İfşa ve İhbar Hakkı

Hizmet İlişkisine Son Verilmesine İlişkin 158 Sayılı ILO Sözleşmesi⁹³ m. 5/4 hükmü uyarınca “İşvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmak” fesih için geçerli neden teşkil etmeyecektir. Anılan hüküm kapsamında işyerindeki mevzuata aykırılık teşkil eden durumları aktif veya pasif olarak yetkili makamlara ifşa ve ihbar eden işçiler de feshe karşı korunabilecektir⁹⁴. AİHM de ifşa ve ihbar hakkının hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını değerlendirdiği kararlarında 158 Sayılı ILO Sözleşmesi’ni uygulamaktadır⁹⁵.

İş sağlığı ve güvenliği alanına ilişkin hukuka aykırılıkların ifşası bakımından ise İş Sağlığı ve Güvenliği ile Çalışma Ortamına İlişkin 155 Sayılı ILO Sözleşmesi⁹⁶ m. 5/son hükmü de önem taşımaktadır. Nitekim anılan hüküm çerçevesinde işçi ve işçi temsilcilerinin “işle bağlantılı olan veya işin yürütümü sırasında ortaya çıkan kaza ve yaralanmaları, çalışma ortamında bulunan tehlike nedenlerini mümkün olduğu ölçüde asgariye indirerek önleme” amacına uygun olan eylemlerinin disiplin cezalarına karşı korunması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Hükmün amacı göz önüne alındığında işçinin çalışma ortamında bulunan tehlikeleri mümkün olduğu ölçüde asgari düzeye getirme amacı çerçevesinde iş sağlığı ve güvenliği alanındaki hukuka aykırılıkları ifşa ve ihbar etmesi halinin de bu madde kapsamında korunması gerektiği kabul edilmelidir⁹⁷.

B. AİHM İçtihatları Çerçevesinde İfşa ve İhbar Hakkı

AİHM, ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasını AİHS m. 10 hükmünde düzenlenen ifade özgürlüğü çerçevesinde ele almaktadır⁹⁸. AİHM kararlarında *whistleblowing* kavramı ilk defa 2008 yılında karara bağlanan *Guja v. Moldova*⁹⁹ davasında kullanılmıştır¹⁰⁰. Anılan kararda Parlamento başkan yardımcısı ile bir bakan yardımcısının işkence yaptıkları gerekçesiyle yargılanan dört polislin davasına müdahil olmak amacıyla Başsavcıya gönderdikleri mektupları medya aracılığıyla ifşa eden Iacob Guja’nın işten çıkarılmasının AİHS m. 10 hükmünde yer alan ifade özgürlüğü ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği ele alınmıştır. Bu karar kapsamında AİHM’in ilk defa ifşa ve ihbar hakkının hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını değerlendirmek için birtakım ölçütler getirdiği görülmektedir¹⁰¹. Bu kapsamda AİHM tarafından, i) ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasında kamu yararının bulunması, ii) ifşa edilen bilginin doğru olması, iii) işverene verilen zarar ile kamu menfaati arasındaki dengenin gözetilmesi, iv) işletme içi ifşa başta olmak üzere işverene daha az zarar verecek alternatif ifşa yollarının kullanılması (medyaya başvurunun son çare olarak kabul edilmesi), v) ifşa ve ihbar hakkını kullanan işçinin iyi niyetli olması ve vi) ifşa ve ihbar hakkını kullanan işçiye uygulanan yaptırımın ölçülü olması aranmaktadır¹⁰². Somut olay kapsamında ilk beş ölçütün karşılanmış olması halinde AİHM, uygulanan

⁹³ 18.06.1994 tarihli ve 21964 sayılı Resmî Gazete.

⁹⁴ AYDIN, *Whistleblowing*, s. 94; ESEN / KAPLAN, s. 45.

⁹⁵ Bkz. AİHM, *Guja*, B. No: 14277/04, T. 12.02.2008, § 43; AİHM, *Heinisch*, B. No: 28274/08, T. 21.07.2011, § 39 (HUDOC).

⁹⁶ 13.01.2004 tarihli ve 25345 sayılı Resmî Gazete.

⁹⁷ ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 35.

⁹⁸ ALPAGUT, *Yönerge*, s. 5. AİHS m. 10 hükmü ve ifade özgürlüğünün hangi hallerde kısıtlanabileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEY, Özcan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 62, Sayı 1, s. 98-140.

⁹⁹ AİHM, *Guja*, B. No: 14277/04, T. 12.02.2008 (HUDOC).

¹⁰⁰ ÇETİN, s. 434-435.

¹⁰¹ KIŠŠOVÁ, Sara: “Protection of Whistleblowers by the European Union, the Council of Europe, and the European Court of Human Rights”, *Slovak Yearbook of European Union Law*, 2021, Cilt 1, s. 29.

¹⁰² ALPAGUT, *Yönerge*, s. 10.

yaptırımın ağırlığını inceleyerek bu yaptırımın ifşa edenin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğine karar vermektedir¹⁰³.

Somut olayda bu ölçütlere göre değerlendirme yapan mahkeme, hükümet yetkililerinin bir davaya müdahil olmaya çalıştıklarının öğrenilmesinde kamunun menfaati bulunduğu, ifşa edilen bilginin doğru olmadığına yönelik bir itirazın söz konusu olmadığı, somut olaydaki kamu menfaatinin başsavcılığa duyulan güvenden daha önemli olduğu, ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasında alternatif yolların etkili olmayacağı, başvuruçunun işverenine karşı özel bir husumet beslediğinin ispat edilemediği ve işten çıkarma yaptırımının ölçüsüz olduğu gerekçeleriyle işçi tarafından ifşa ve ihbar hakkının hukuka uygun olarak kullanıldığına ve işçinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁰⁴.

AİHM'in *Guja v. Moldova* kararında kamu çalışanları bakımından belirlediği ölçütleri özel sektörde geriatri hemşiresi olarak çalışan ve çalıştığı yaşlı bakım evini nitelikli dolandırıcılık yaptıkları gerekçesiyle savcılığa şikâyet eden *Heinisch*'in Almanya'ya karşı yaptığı başvuruda da uygulamış ve ihlal kararı vermiştir¹⁰⁵.

2021 yılında karara bağlanan *Gawlik v. Liechtenstein*¹⁰⁶ başvurusu ise ifşa edilen bilgilerin doğruluğu bakımından ifşa eden işçinin araştırma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu karara konu olayda Liechtenstein Ulusal Hastanesi Dahiliye Bölümünde başhekim yardımcılığı yapan *Lothar Gawlik*'in, amiri Dr. H.'yi ağır hastalara aktif ötenazi uyguladığı gerekçesiyle savcılığa şikâyet etmesi sonucu hastane, *Gawlik*'in aktif ötenazi ve kalite kusurlarına ilişkin iddialarını Meclis Kontrol Komisyonu Başkanı ve Cumhuriyet Savcılığı'na dışarıdan bildirmeden önce hastanenin yetkili iç organlarına iletmediğini, tarafların arasındaki güven ilişkisinin geri dönülemez şekilde bozulduğunu ileri sürerek *Gawlik*'in işine son vermiştir¹⁰⁷. AİHM bu kararında da *Guja v. Moldova* davasında ortaya koyduğu ölçütleri kullanarak bir değerlendirme yapmış ve bir hastanede aktif ötenazi yapıldığı iddiasının ifşa edilmesinde kamu yararının bulunduğunu belirttikten sonra ifşa edilen bilginin doğruluğu konusunda önemli değerlendirmelerde bulunmuştur.

AİHM'e göre, özellikle ifşa edenin iyi niyetli olduğu hallerde bilgilerin daha sonra yanlış olduğu ortaya çıksa dahi ifşa edenin ifade özgürlüğü korunmalıdır¹⁰⁸. Ancak her halükarda ifşa edenin ifşa edilen bilginin koşulların izin verdiği ölçüde doğru ve güvenilir olduğuna yönelik dikkatli bir araştırma yapması gerekmektedir¹⁰⁹. Bu kapsamda, yapılacak araştırmanın özenle yapılmış olmasının yeterli olduğu işçilerin adli ya da idari kurumlar kadar detaylı bir araştırma yapmasının beklenmediği ifade edilmektedir¹¹⁰.

Karara konu olayda ise *Gawlik*, ifşa edilen bilginin doğruluğunu teyit ederken başhekim yardımcısı olarak görev yapan bir doktorun göstermesi gereken özeni göstermemiş ve yalnızca elektronik kayıtlara bakarak hastalara aktif bir ötenazi uygulamasının yapıldığı sonucuna varmıştır. AİHM, *Gawlik*'in iyi niyetli olmasına karşın ifşa etmeden önce bilgilerin doğruluğunu teyit etmede özensiz davrandığı ve bilginin açıklanmadan önce yeterince doğrulanmadığı bir davada kamu yararının işverenin itibarından daha ağır basamayacağı gerekçeleriyle başvuruçuya uygulanan yaptırımın ölçülü olduğu ve başvuruçunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

¹⁰³ AUSTIN, s. 392; KAPUCU, Gizem / KOCATEPE, Metin: "İHAM, Halet vs. Lüksemburg Büyük Daire Kararına İlişkin Bilgi Notu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2023, Cilt 29, Sayı 1, s. 246.

¹⁰⁴ AİHM, *Guja*, B. No: 14277/04, T. 12.02.2008, 80-97 § (HUDOC)

¹⁰⁵ AİHM, *Heinisch*, B. No: 28274/08, T. 21.07.2011, § (HUDOC). Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. ALP, Mustafa: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Özel Sayı, s. 385-422.

¹⁰⁶ AİHM, *Gawlik*, B. No:23922/9, T. 16.02.2021 (HUDOC).

¹⁰⁷ AİHM, *Gawlik*, B. No:23922/9, T. 16.02.2021, § 8-16 (HUDOC).

¹⁰⁸ AİHM, *Gawlik*, B. No:23922/9, T. 16.02.2021, § 75 (HUDOC).

¹⁰⁹ AİHM, *Gawlik*, B. No:23922/9, T. 16.02.2021, § 75; AİHM, *Guja*, B. No: 14277/04, T. 12.02.2008, § 75; AİHM, *Heinisch*, B. No: 28274/08, T. 21.07.2011, § 67 (HUDOC).

¹¹⁰ ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 179; HEPER, s. 1916.

C. İfşa ve İhbar Hakkının Korunmasına İlişkin AB Yönergesi

Avrupa Birliği bünyesinde yolsuzluk ve çevrenin korunması gibi spesifik konularda ifşa ve ihbar hakkının korunmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktaysa da 2019/1937 sayılı “Birlik Hukukuna Aykırılığı Bildiren Kişilerin Korunmasına İlişkin” AB Yönergesi¹¹¹, genel olarak ifşa ve ihbar hakkının korunmasına ilişkin bağlayıcı nitelikteki ilk düzenlemedir. Yönergenin hazırlanması sırasında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasına yönelik 2010 tarihli kararı¹¹² ile AB Konseyi’nin bağlayıcı nitelikte olmayan 2014 tarihli Tavsiye Kararından¹¹³ faydalanılmıştır¹¹⁴.

2019/1937 sayılı AB Yönergesi m. 1 hükmü uyarınca yönergenin amacı, “*ifşa ve ihbar hakkını kullanan kişilere üst düzeyde koruma sağlayan ortak asgari standartları belirleyerek belirli alanlarda Birlik hukuku ve politikalarının uygulanmasının güçlendirilmesi*” olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla Yönerge kapsamında ifşa ve ihbar hakkını kullanan kişilerin korunması, birlik hukuku ve politikalarının uygulanmasının güçlendirilerek adil ve işleyen ortak bir pazar oluşturulması ana amacı bakımından zorunlu bir vasıta olarak görülmektedir¹¹⁵. Bu nedenle, birlik hukuku ve politikalarının uygulanmasının güçlendirilmesi doğrultusunda Yönerge kapsamında ifşa ve ihbar hakkını kullanan kişilerin korunmasının yanında ifşa ve ihbar hakkının daha yaygın olarak kullanılabilmesi için üye devletlere ifşa ve ihbar kanallarının oluşturulması başta olmak üzere birtakım yükümlülükler de getirilmiştir¹¹⁶.

AİHM içtihatlarından farklı olarak Yönerge, ifşa ve ihbar hakkını konu bakımından sınırlandırmıştır. Bu kapsamda ancak Yönerge m. 2 hükmünde yer alan “*i) kamu ihaleleri, ii) finans hizmetleri, finansal ürünler ve pazarlar, kara para aklama ve terörün finansmanının önlenmesi iii) ürün güvenliği ve uyumluluk, iv) taşıma güvenliği, v) çevrenin korunması, vi) radyasyon koruması ve nükleer güvenlik, vii) gıda ve hayvan yemi güvenliği, hayvan sağlığı ve refahı viii) kamu sağlığı, ix) tüketicinin korunması, x) özel yaşamın ve kişisel verilerin korunması, ağ güvenliği ve bilişim sistemleri, xi) Birliğin mali çıkarlarını etkileyen ihlaller ve xii) Birliğin rekabet edebilirliği ve devlet yardımı hükümlerinin ihlali, kurumlar vergisi kurallarına aykırılık veya kurumlar vergisi kurallarının amacına aykırı bir vergi avantajı sağlamak için akdedilen anlaşmalar*” bakımından yapılan ifşaların koruma altına alınacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte üye ülkelerin bu alanlar dışında yapılan ifşa ve ihbarları da koruma altına alan düzenlemeler yapabilmeleri mümkündür (m. 2/2).

Yönerge, ifşa ve ihbar hakkını konu bakımından sınırlandırmışsa da kişiler bakımından bunun tam tersi bir yaklaşım izlemiştir¹¹⁷. Nitekim, Yönerge m. 4 hükmü uyarınca maddede sayılanlarla sınırlı olmamak kaydıyla “*i) İşçiler ve memurlar, ii) Bağımsız çalışanlar, iii) Hisse sahipleri ve icra yetkisi olmayan üyeler de dahil olmak üzere bir işletmenin yönetim veya denetim organlarında görev alanlar ile gönüllü veya ücretli ya da ücretsiz stajyerler, iv) Yüklenici, alt yüklenici ve tedarikçilerin yönetim ve gözetiminde çalışan kişiler, v) Hizmet ilişkisi sona ermiş ve bu hizmet ilişkisi kapsamında bilgi sahibi olanlar, vi) İşe girme işlemleri sırasında veya diğer sözleşme öncesi görüşmelerde bilgi sahibi olan adaylar, vii) Aracıların, viii) İfşa edenle bir bağlantısı olan ve iş ilişkisiyle bağlantılı olarak mi-*

¹¹¹ Directive EU, 2019/1937 of 23 October 2019, on the protection of persons who report breaches of Union law. L. 305/17.

¹¹² Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin “Bilgi Uçuranların Korunması”na (*The Protection of Whistleblowers*) ilişkin 2010 tarih ve 1729 sayılı Kararı. 2010 tarihli karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 35-38; AUSTIN, s. 388- 389.

¹¹³ Council of Europe, “Recommendation on the protection of whistleblowers”, CM/Rec (2014).

¹¹⁴ ALPAGUT, *Yönerge*, s. 8.

¹¹⁵ VAN WAEYENBERGE, Arnaud / DAVIES, Zachariah: “The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): A Satisfactory but Incomplete System”, *European Journal of Risk Regulation*, 2021, Cilt 12/1, s. 238; ABAZI, Vıgjlencia: “The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection?”, *Industrial Law Journal*, 2020, Cilt 49, Sayı 4, s. 645-646; ALPAGUT, *Yönerge*, s. 8.

¹¹⁶ ALP, Mustafa: “Avrupa Birliği’nin 2019/1937 Sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi İşığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 23, Sayı 1 (Yönerge), s. 13; ALPAGUT, *Yönerge*, s. 18-19.

¹¹⁷ ABAZI, s. 647-648; KONYALI, s. 419.

silleme yapılabilecek kişilerin ve ix) ifşa edenin maliki olduğu veya hizmet verdiği ya da iş ilişkisinde başka herhangi bir şekilde bağlantıda olduğu tüzel kişiler” Yönerge’nin kapsamına alınmıştır. İfşa ve ihbar hakkını anonim olarak kullanan kişiler ise kimlikleri daha sonradan tespit edilmesi ve yaptırıma maruz kalmaları halinde diğer koşulları da sağlamaları kaydıyla Yönerge kapsamında öngörülen korumadan yararlanabilecektir (m. 6/3).

2019/1937 sayılı AB Yönergesi kapsamında ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasına yönelik olarak AİHM içtihatları ile benzer ölçütler getirilmişse de kamu yararı değerlendirmesi yapmaması, iyi niyet koşulunun açıkça aranmaması ve işletme içi-işletme dışı ifşa bakımından öncelik sonralık gözetilmemesi yönünden AİHM içtihatlarından ayrılmıştır. Yönerge, m. 2 hükmünde sayılan konuların ifşasında kamu yararının bulunduğu ön kabulü nedeniyle kapsamına giren konularda ayrıca kamu yararı değerlendirmesi yapmaya gerek görmemiştir. Yine Yönergenin gerekçesinde de belirtildiği üzere iyi niyet koşulunun açıkça aranmaması nedeniyle ifşa edenin hangi saikle hareket ettiği de ayrıca araştırılmayacaktır¹¹⁸. AİHM içtihatlarından farklı olarak işletme içi-işletme dışı ifşa bakımından öncelik sonralık gözetilmemesi gerektiği hususu ise Yönerge m.15/1/a hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, medya aracılığıyla yapılan ifşalar bakımından ise AİHM içtihatlarıyla benzer şekilde son çare ilkesinin benimsendiği görülmektedir¹¹⁹.

Yönerge m. 19 hükmü kapsamında ifşa ve ihbar hakkını hukuka uygun olarak kullanan kişilere yönelik her türlü yaptırım, haksız davranış ve ayrımcı uygulamalar yasaklanmakla birlikte anılan ifşa ve ihbar hakkını kullanan kişilere karşı en çok uygulanan yaptırımlara örnek olarak yer verilmiştir. Buna göre, ifşa ve ihbar hakkını hukuka uygun olarak kullanan kişi “a) İş ilişkisini askıya alınması, fesih vb. yaptırımlar; b) rütbe düşürülmesi veya terfinin engellenmesi; c) çalışma koşulları ve ücretinde esaslı değişiklik; d) Geliştirici eğitimlerden dışlanma; e) Olumsuz performans değerlendirmesi veya olumsuz bir çalışma belgesi düzenlenmesi; f) Disiplin cezası, şikayet veya mali yaptırımlar da dahil her türlü yaptırım; g) Cebir, tehdit, mobbing veya dışlama; h) Ayrımcılık, zarar veren veya ayrımcı davranış; i) Çalışanın böyle bir hakkı bulunmasına rağmen belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreliye dönüştürülmemesi; j) Belirli süreli sözleşmenin yenilenmemesi veya zamanından önce sona erdirilmesi; k) Özellikle sosyal medya üzerinden kişi aleyhine propaganda yürütmek veya kişiyi maddi kayba uğratmak; l) İfşa edenin alanında başka bir iş bulamaması sonucunu doğurmak üzere gayri resmî veya resmî olarak sektörel bir anlaşma ile adını bir kara listeye almak; m) Bir ürün veya hizmet sağlama sözleşmesini zamanından önce sona erdirmek; n) Bir lisans veya iznini iptal etmek; o) psikiyatrist veya doktora sevk etmek” gibi yaptırım, haksız davranış ve ayrımcı uygulamalara karşı korunacaktır.

Yönerge, ispat yükü bakımından önemli bir düzenlemeye yer vermektedir. Bu kapsamda, ifşa ve ihbar hakkını kullanan kişinin Yönerge kapsamında yer alan bir hususu ifşa ettiğini ve yaptırıma maruz kaldığını ispatlaması yeterli olup ifşa edenin ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasından başka bir nedenle zarara uğradığının karşı tarafça ispatlanması aranmaktadır (m. 21/5). Bu hüküm kapsamında

¹¹⁸ Yönerge Gerekçe m. 32/son cümle: “İfşa eden kişilerin ifşa etme sırasındaki motivasyonları koruma altına alınıp alınmalarına karar verilmesi bakımından önemsizdir.”.

¹¹⁹ Yönerge m. 15: “1. Kamuya açıklama yapan bir kişi, aşağıdaki koşullardan herhangi birinin yerine getirilmesi durumunda bu Yönerge uyarınca korunmaya hak kazanır:

(a) kişi ilk olarak Bölüm II ve III uyarınca dahili ve harici olarak veya doğrudan harici olarak rapor verilmesine karşın rapora yanıt olarak 9 (1) maddesinin (f) bendinde veya 11 (2) Maddesinin (d) bendinde belirtilen süre içerisinde uygun bir işlem yapılmaması.; veya
(b) kişinin aşağıda belirtilen makul gerekçeleri vardır:

i) işletmedeki aykırılığın kamu yararına doğrudan ve açık bir tehdit oluşturması, örneğin acil bir durum veya ağır bir zarar tehlikesinin bulunması ya da

ii) harici yetkili makama ifşa etme halinde de çalışanın misillemelere maruz kalması veya aykırılık ile mücadele edilmesi olasılığının zayıf olması.

2. Bu madde, bir kişinin ifade ve bilgi özgürlüğüne ilişkin bir koruma sistemi oluşturan belirli ulusal hükümler uyarınca bilgileri doğrudan basına açıkladığı durumlar için geçerli olmayacaktır.”.

AB yasa koyucusunun işa edenlerin genelde ispat güçlüğü yaşadığı gerçeğini göz önünde bulundurarak ispat yükünün yer değiştirmesi esasını uyguladığı görülmektedir¹²⁰.

IV. TÜRK İŞ HUKUKUNDA İFŞA VE İHBAR HAKKI

Türk iş hukuku mevzuatı kapsamında işçinin işa ve ihbar hakkı açıkça tanınmamışsa da işa ve ihbar hakkını konu alan az sayıdaki eserde İş K m. 18/3/c hükmünün işçinin işa ve ihbar hakkının korunması kapsamında değerlendirildiği görülmektedir¹²¹. Nitekim, İş K m. 18/3/c hükmü uyarınca “*Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak*” fesih için geçerli bir sebep olarak kabul edilmemiştir. Bu nedenle, işçi mevzuattan veya sözleşmeden kaynaklanan haklarını kullanmak veya yükümlülüklerini yerine getirebilmek amacıyla aktif veya pasif olarak işa ve ihbar hakkını kullanması halinde de feshe karşı korunacaktır.

Anılan hüküm 158 Sayılı ILO Sözleşmesi m.5/c hükmüne benzese de feshe karşı korumayı işçinin hakları ve yükümlülükleri ile sınırlandırması nedeniyle ondan çok daha dar kapsamlı bir koruma öngörmektedir¹²². Bununla birlikte, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınması*” gerektiğine ilişkin AY m. 90/son hükmü uyarınca 158 Sayılı ILO Sözleşmesi m. 5/c hükmüne üstünlük tanınarak işçinin kendi hakları veya yükümlülükleri ile ilgili olmasa dahi işverenin hukuka aykırı davranışlarını işa etmesi halinde de fesih için geçerli bir sebep olarak kabul edilmemesi gerekmektedir¹²³. Aynı şekilde, işçi ile işçi temsilcilerinin “*işle bağlantılı olan veya işin yürütümü sırasında ortaya çıkan kaza ve yaralanmaları, çalışma ortamında bulunan tehlike nedenlerini mümkün olduğu ölçüde asgariye indirerek önleme*” amacına uygun olan eylemlerinin disiplin cezalarına karşı korunması gerektiğine ilişkin 155 Sayılı ILO Sözleşmesi m. 5/son hükmünün de iş sağlığı ve güvenliği alanındaki hukuka aykırılıkları işa ve ihbar edilmesi halinde uygulanması mümkündür¹²⁴.

İşçinin işa ve ihbar hakkını kullanması ile ilgili olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer hüküm ise İş K m. 25/2 hükmünün b bendidir. Anılan hüküm kapsamında “*...işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunulması*” iş sözleşmesinin feshedilmesi için haklı sebep kabul edilmiştir. Öğretide ağırlıklı olarak bu ifadenin karşıt anlamından işveren hakkındaki ihbar ve isnadın aslının bulunması halinde işveren tarafından yapılan feshin haksız olacağı ve hükmün genişletilerek işyeri hakkındaki ihbar ve isnadın aslının bulunması halinde de uygulanması gerektiği kabul edilmiştir¹²⁵. Yargıtay’ın da bu yönde kararlar verdiği¹²⁶ ve şartların oluşması halinde işverenin kötü niyet tazminatı ödemesine hükmettiği görülmektedir¹²⁷.

¹²⁰ ALP, *Yönerge*, s. 31.

¹²¹ AYDIN, *Whistleblowing*, s. 94; ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 71-72; EROĞLUER / SARIBAY ÖZTÜRK, s. 375-377; ESEN / KAPLAN, s. 45.

¹²² AYDIN, *Whistleblowing*, s. 94.

¹²³ SARIBAY ÖZTÜRK, s. 196.

¹²⁴ Daha fazla bilgi için bkz. III. A. “ILO Sözleşmelerinde İfşa ve İhbar Hakkı”.

¹²⁵ AYDIN, *Whistleblowing*, s. 95-96; SARIBAY ÖZTÜRK, s. 196-197; ÖKTEM SONGU, s. 641.

¹²⁶ “...Bu bağlamda Kurum incelemesi sonucunda hurdalığıdaki kablo miktarında bir eksilmenin olduğunu, yine daha önce hurdalık etrafındaki tel örgülerinde açık olduğunu anlaşıldığına göre tamir edildiğinin saptanması karşısında, davacıların ihbar ve şikâyetlerinin tamamen asılsız olduğundan bahsedilemeyeceği gibi dosyada bu ihbar ve şikâyetlerin kasıtlı olarak yapıldığını ortaya koyan bir delil de bulunmamaktadır. Sonuç olarak; Mahkemece davacıların, bir kısım duyum ve gözlemlerle oluşmuş kanaatlerine dayalı olarak araştırma yapılması için ihbar ve şikâyet haklarını kullandığı ve bu haklarını “asılsız şayia ve dedikodu çıkartmak” kastıyla kullandıklarının da ispatlanmadığı anlaşıldığından davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay, 9. HD, T. 05.02.2020, E. 2017/15376, K. 2020/1421 (Yargıtay Karar Arama). Benzer yönde bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 02.04.2015, E. 2015/8899, K. 2015/12935; Yargıtay, 9. HD, T. 15.12. 2015, E. 2015/32744, K. 2015/35478 (Yargıtay Karar Arama).

¹²⁷ “...Somut olayda; davacının işyerindeki çalışma koşullarını bölge çalışma müdürlüğünü şikâyet etmesi sonrasında işyerinde teftiş yapıldığı anlaşılmaktadır. Dosya kapsamındaki belgelere ve tanık beyanlarına göre bu teftişten sonra davacıya baskı yapıldığı ve iş sözleşmesinin davalı işverence feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı işverenin davacının şikâyeti sonrasında gerçekleştirilen feshin kötü niyetli

Türk iş hukuku mevzuatı kapsamında işçinin ifşa ve ihbar hakkını kullanması halinde uygulanacak hükümler genellikle işçinin adli ve/veya idari makamlara başvurusu halinde bir koruma öngörmekte olup işçinin kitle iletişim araçları veya sosyal medya üzerinden gerçekleştirdiği ifşaları kapsamamaktadır¹²⁸. Kitle iletişim araçları veya sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen ifşalar bakımından öğretide bir görüş, hukuka aykırılığı durdurmak için başka bir çare kalmaması veya ağır zararın doğabileceği acil haller dışında yetkili makamlara başvurulmaksızın kitle iletişim araçları veya sosyal medya aracılığıyla gerçekleştirilen ifşaların Türk iş hukuku bakımından korunmaması gerektiği yönündedir¹²⁹. Buna karşılık, öğretide bir başka görüş, ifşa ve ihbar hakkının kullanılması sırasında yapılan kamu yararı denetiminden hareketle yetkili makamlara başvurulmaksızın kitle iletişim araçları veya sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen ifşaların tek başına sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmemesi gerektiğini savunmaktadır¹³⁰.

Kanaatimizce, kitle iletişim araçları ve özellikle sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen ifşaların dakikalar içerisinde binlerce kişiye ulaşabilecek olması nedeniyle medya aracılığıyla ifşa diğer ifşa türlerine nazaran daha dikkatli olarak kullanılmalı ve ifşa edilen eylemin hukuka aykırılığı ile eylemin medya aracılığıyla ifşasında kamu yararının bulunduğundan emin olunmalıdır.

Aynı şekilde, Türk iş hukuku mevzuatında işçinin ifşa ve ihbar hakkının kullanılması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği hallerde genellikle korunduğu ancak işçinin sözleşmesi feshedilmese dahi işyerinde karşılaşabileceği yıldırma (psikolojik taciz) eylemlerine karşı herhangi bir özel düzenleme getirilmediği görülmektedir. Bu durumda psikolojik tacize maruz kalan işçi, iş sözleşmesini İş K m. 24 hükmü uyarınca haklı nedenle feshedebileceği gibi genel hükümler çerçevesinde tazminat talep edebilecekse de ifşa ve ihbar hakkını kullanan işçinin işyerinde psikolojik tacize maruz kalma ihtimalinin oldukça yüksek olması nedeniyle¹³¹ konunun özel bir hükümle ele alınması kanaatimizce daha isabetlidir.

Her ne kadar mevzuatımız kapsamında ifşa ve ihbar hakkı açıkça tanımlanmamışsa da Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 24.10.2016 tarihinde verdiği bir kararda *whistleblowing* kavramını tanımlayarak işçinin sadakat borcu ile ifşa ve ihbar hakkı arasındaki dengenin sağlanabilmesi için bazı ölçütlere yer verilmiştir¹³². Karara konu olayda Yargıtay, çalıştığı mağazada reyonların fotoğrafını çekerek son kullanma tarihi geçmiş ürünlerin RTC reyonunda satışa sunulduğunu ve uyarılarına rağmen mağazada satılmaya devam ettiğini kayıp önleme ve güvenlik müdürüne mail olarak göndererek amirlerini şikâyet eden davacının iş akdinin haklı veya geçerli bir nedene dayanılarak feshedilemeyeceğine karar

olduğunun kabulü gereklidir. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, kötü niyet tazminatı istemi yönünden davanın kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir." Yargıtay, 22. HD, T. 20.01. 2016, E. 2014/35219, K. 2016/1252 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 26.09.2002, E. 2002/3219, K. 2002/17665 (Kazancı)

¹²⁸ CİVAN, Orhan Ersun: *İşçinin Yan Yükümlülükleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 235-236.

¹²⁹ ALP, *İfşa ve İhbar*, s. 193-195; AYDIN, Fatih: *İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmelerinin Feshine Etkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 202-203; ÇALIŞKAN YILDIRIM, Ash / UĞUR, Ömer: "İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2022, Cilt 80, Sayı 4, s. 1215.

¹³⁰ CİVAN, s. 236.

¹³¹ Bkz. I. C. "İfşa ve İhbar Hakkının Etkileri".

¹³² "...Bununla birlikte üstün kamu yararı söz konusu olduğunda işçinin işvereni ihbar ve ifşa etmesi hukuka uygun kabul edilmektedir. Kavram olarak *whistleblowing*, tehlikeler, yolsuzluklar veya işveren yada işçinin iş arkadaşlarının gerçekleştirdiği, diğer hukuka veya etik kurallara aykırı davranışlar hakkındaki gizli bilgilerin bir işçi tarafından ortaya çıkarılmasıdır. Bu çerçevede bir organizasyon içinde yasa dışı ve etik değerlere uygun olmayan davranış ve eylemlerin organizasyon içi veya dışı başka kişilere veya kurumlara zarar vermemesi için enformasyon sahibi kişiler tarafından sorunları çözme güç ve yetkisine sahip iç ve dış otoritelere bildirilmesi olarak tanımlanabilecek *whistleblowing* eyleminde kamu menfaati ile işverenin menfaati karşı karşıya gelmektedir. İşçi iş akdinden doğan bir yan edim yükümlülüğü olarak işverenin menfaatlerini gözetmekle ve işletme sırlarını gizli tutmakla yükümlüdür. İşçinin bu yükümlülüğü ihlal ederek işvereni ihbar etmesi geçerli bir fesih sonucunu doğurabilir. Ancak bir hukuk devletinde işçinin hukuka aykırılıkları ihbar etme hakkı da bir temel hak olarak güvence altındadır. Kamu yararı bakımından da önemli olan bu ihbar hakkı korunmalı, işverenin menfaatleri ile işçinin hakları arasında bir denge sağlanmalıdır. İşçi öncelikle hukuka aykırılığı işyeri içi mercilere bildirmelidir. Ancak her durumda işletme içi ihbarın öncelikli olduğu söylenemez. Somut olayın özelliklerine göre işçinin doğrudan işletme dışı mercilere ihbarda bulunması da mümkün olmalı ve korunmalıdır. Suç konusu fiilin ağır olması işverenin veya onu temsil eden çalışanın doğrudan suçla karşılaşması işçinin kendisinin de ceza alabilecek bir duruma düşmesi işletme içinde olayın aydınlatılmayacağına öngörülebileceği vb. durumlarda işverenin menfaatlerini koruma yükümlülüğü geri planda kalır. İşçinin işyerindeki konumu suç konusu fiil ile ilişkisi olmaması da bir anlam ifade etmez." Yargıtay, 7. HD, T. 24.10.2016, E. 2016/12401, K. 2016/17196 (Yargıtay Karar Arama).

vermiştir¹³³. Kararda işletme dışı ifşanın yapıldığının (işçinin çektiği fotoğrafları müşteriler ile paylaşması) ispatlanamadığı gerekçesiyle bu yönde detaylı bir değerlendirme yapılmamıştır. Bununla birlikte, kanaatimizce işçinin işletme içi ifşadan sonra işvereni Sağlık Bakanlığı ve/veya Tarım Bakanlığı gibi yetkili makamlara şikâyet etmeksizin çektiği fotoğrafları müşteriler ile paylaştığının ispatlanması halinde işçinin ifşa ve ihbar hakkını ölçsüz olarak kullanan işçinin korunması mümkün değildir.

SONUÇ

Çalışmamız kapsamında ifşa ve ihbar hakkı olarak ifade edilen ve iş hukuku kapsamında incelediğimiz *whistleblowing* kavramı, işçinin çalıştığı kurumda gerçekleşen gizli nitelikteki hukuka, etik kurallara veya ahlaka aykırı fiil ve işlemleri alenileştirmesini ifade etmektedir. İfşa ve ihbar hakkı işletme içi ve işletme dışında, aleni veya zımnî yahut aktif veya pasif şekillerde de kullanılabilir.

İfşa ve ihbar hakkının kullanılması kamuoyu bakımından olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Kamu düzenini, kamu güvenliğini, kamu sağlığını tehdit eden durumların, yolsuzlukların, etik ve ahlak dışı uygulamaların ifşa edilmesinde kamu yararının bulunduğu tartışmasızdır. Ancak, ifşa edilen kuruma bağlı olarak çalışan kişiler kendisine etkin bir korumanın sağlanmadığı hallerde işini kaybetme, sosyal olarak dışlanma, yeniden iş bulamama ve iş sırlarının açığa çıkarıldığı gerekçesiyle tazminat ödeme gibi durumlarla karşı bırakılabileceği düşüncesiyle hukuka ve ahlaka aykırı uygulamaları ifşa etmekten kaçınabilmektedirler.

İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan sadakat borcu ile ifşa ve ihbar hakkı arasındaki denge kurulması, ifşa ve ihbar hakkını kullanan işçinin korunup korunmayacağı belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, işçinin ifşa ve ihbar hakkını dürüstlük kuralı ve ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde kullanması halinde sadakat borcunun ve sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmediği kabul edilebilecektir.

AİHM kararları ve 2019/1937 sayılı “Birlik Hukukuna Aykırılığı Bildiren Kişilerin Korunmasına İlişkin” AB Yönergesi kapsamında sadakat borcu ile ifşa ve ihbar hakkı arasındaki denge sağlanabilmesi için birtakım ölçütlere yer verilmiş ve yine AB üyeleri bakımında bağlayıcı olan Yönerge kapsamında ifşa ve ihbar hakkının korunması detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Buna karşılık, Türk hukukunda ifşa ve ihbar hakkının ele alındığı düzenlemeler oldukça yetersiz ve ihtiyaçları karşılamaktan uzaktır. AİHM kararlarının bağlayıcılığı ve AB üyelik süreci göz önüne alındığında Türk hukuku bakımından da ifşa ve ihbar hakkına ilişkin bir düzenleme yapılması halinde bu ölçütlerden faydalanılması mümkündür.

¹³³ “...Davacının çalıştığı mağazada son kullanma tarihi geçmiş ürünlerin RTC edilerek satışa sunulduğu da dosya kapsamıyla sabittir. Hakta şikâyet söz konusu olan mağaza müdürü 1K mağaza müdürlüğüne terfi etmiştir. Görevini yapan ve sağlığa zararlı ürünlerin uyarısına rağmen mağazada satılmaya devam ettiğini kayıp önleme ve güvenlik müdürü ...'e mail olarak gönderen davacının iş akdi sona erdirilmiş, ayrıca müşteri de mağaza müdürüne “sen kim oluyorsun da beni şikâyet ediyorsun” şeklinde azarlanmıştır. Bu nedenle iş akdinin feshine dair iddiaların işverence şüpheden uzak delillerle kanıtlanamadığı, işveren feshinin haklı ve geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmalı davanın kabulüne karar verilerek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi hatalı olup davacı temyiz itirazlarının kabulü ile davalı temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.” Yargıtay, 7. HD, T. 24.10.2016, E. 2016/12401, K. 2016/17196 (Yargıtay Karar Arama).

KAYNAKÇA

- ABAZI, Vıgılenca: “The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection?”, *Industrial Law Journal*, 2020, Cilt 49, Sayı 4, s. 640-656.
- AKTAN, Coşkun Can: “Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: Whistleblowing”, *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, 2015, Cilt 7, Sayı 2, s. 19-36.
- AKYİĞİT, Ercan: *İş Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ALP, Mustafa: “Avrupa Birliği’nin 2019/1937 Sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi Işığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 23, Sayı 1, s. 1-37 (Yönerge).
- ALP, Mustafa: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkinde İfade Özgürlüğü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Özel Sayı, s. 385-422.
- ALP, Mustafa: *Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu-(Whistleblowing)*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013 (İfşa ve İhbar).
- ALPAGUT, Gülsevil: “İfşa-İhbar Hakkına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları”, (Ed.) HEKİMLER, Alpay: *Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 3-24 (Yönerge).
- ALPAGUT, Gülsevil: “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2012, Sayı 25, s. 23-32 (Sadakat).
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu: *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- AUSTIN, Anne: “Bilgi Uçuranlar (Whistleblowers) Toplumun Yeni Bekçileri Mi?”, *İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, Ankara, 2012, s. 385-396.
- AYDAN, Seda: “İhbarcılık: Bir Kavram Analizi”, *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2018, Cilt 15, Sayı 41, s. 78-100.
- AYDIN, Fatih: *İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmelerinin Feshine Etkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- AYDIN, Ufuk: “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2002, Cilt 2, Sayı 2, s. 79-100 (Whistleblowing).
- BALTACI, Ali: “Bilgi Uçurma: Kavram ve Kuramsal Temeller”, *Muş Alparşlan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2017, Cilt 5, Sayı 2, s. 397-423.
- CEMALOĞLU, Necati / AKYÜREK, M. İbrahim: “Örgütlerde Whistleblowing (Bilgi Uçurma)”, *Turkish Journal of Educational Studies*, 2017, Cilt 4, Sayı 3, s. 123-142.
- CİVAN, Orhan Ersun: *İşçinin Yan Yükümlülükleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÇALIŞKAN YILDIRIM, Aslı / UĞUR, Ömer: “İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2022, Cilt 80, Sayı 4, s.1169-1222.
- ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 35. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- ÇETİN, Evra: *İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- DEMİR, Fevzi / DEMİR, Gönenç: “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, *Kamu-İş*, 2009, Cilt 11, Sayı 1, s. 1-37.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra / ÖZTÜRK, Özgür: “İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü”, (Ed.) UÇUM, Mehmet: *Devrim Ulucan’a Armağan*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 399-457.
- EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- EROĞLUER, Kemal / SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem: “İş Hukuku ve Örgütsel Boyutuyla Haber Uçurma (Whistleblowing)”, (Ed.) KÖSE, Sevinç / ALP, Mustafa: *Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 343-385.

- ERTAŞ, Kudret: *Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, Şafak Matbaası, Ankara, 1982.
- ERTÜRK, Şükran: *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- ESEN, Emel / KAPLAN, Hasan Ali: “İşletmelerde Ahlaki Olmayan Davranışların Duyurulması (*Whistleblowing*)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2012, Cilt 14, Sayı 2, s. 33-52.
- EYRENCİ, Öner: “Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi”, (Ed.) GÜZEL, Ali / UGAN, Deniz: *İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (Seminer)*, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 34-52.
- HEPER, Hande: “Düşünceyi Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü: İşçinin İfade Özgürlüğü”, *Çalışma ve Toplum*, 2022, Cilt 3, Sayı 74, s. 1901-1934.
- HERSH, Marion A.: “Whistleblowers-Heroes or Traitors?: Individual and Collective Responsibility For Ethical Behaviour”, *Annual Reviews in Control*, 2002, Cilt 26, s. 243-262.
- HONEYBALL, Simon: *Honeyball & Bowers' Textbook On Employment Law*, 14. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- KAPUCU, Gizem / KOCATEPE, Metin: “İHAM, Halet vs. Lüksemburg Büyük Daire Kararına İlişkin Bilgi Notu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2023, Cilt 29, Sayı 1, s. 245-249.
- KAR, Bektaş: “İşçinin İfade Özgürlüğü ve İş Sözleşmesine Yansımaları”, (Ed.) DEMİR, Ender / GEMİCİ FİLİZ, Beste: *Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 173-183.
- KAYIRGAN, Hasan: “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan Özel Sayısı, s. 459-478.
- KIŠŠOVÁ, Sara: “Protection of Whistleblowers by the European Union, the Council of Europe, and the European Court of Human Rights”, *Slovak Yearbook of European Union Law*, 2021, Cilt 1, s. 25-36.
- KONYALI, Gökçe: “Uluslararası Hukukta İhbarçılık Kavramı ve İhbarcılarının Korunması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 1, s. 421-428.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion, Ankara, 2022.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- NEAR, Janet P. / MICELI, Marcia P.: “Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing”, *Journal of Business Ethics*, 1985, Cilt 4, Sayı 1, s. 1-16.
- OKUR, Zeki: “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, *Kamu-İş*, 2006, Cilt 8, Sayı 4, s. 1-47.
- ÖKTEM SONGU, Sezgi: “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Özel Sayı, s. 609-650.
- ÖZBEY, Özcan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 62, Sayı 1, s. 93-146.
- ÖZKAN KOÇ, Deniz Sema: *İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÖZTÜRK, Berna: *İşçinin Talimatlara Uyuma Borcu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem: *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- SARIOĞLU UĞUR, Sevtap / ÖZDEMİR, Lutfiye: “Onlarda “Whistleblowing” Peki Ya Bizde? Kavramsal Bir Araştırma ve Bir Öneri”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 89, s. 71-79.
- SCATURRO, Ruggero: “Defining Whistleblowing”, *International Anti-Corruption Academy Research Paper Series*, 2018, Sayı 5, s. 1-19.
- SCHMITT, Bettina: *Whistleblowing – Verpfeifen des Arbeitgebers*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2003.
- SOYER, Polat: *Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1994.
- SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- TAYLOR, Stephen / EMIR, Astra: *Employment Law: an introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

- THOMAS, R. Guy: “Whistleblowing And Power: A Network Perspective”, *Business Ethics: A European Review*, 2020, Sayı 29, s. 842-855.
- TUNCAY, Aziz Can: “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz: *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- UŞAN, Fatih: *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması: (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- VAN WAEYENBERGE, Arnaud / DAVIES, Zachariah: “The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): A Satisfactory but Incomplete System”, *European Journal of Risk Regulation*, 2021, Cilt 12/1, s. 236-244.
- YALÇIN SOYSAL, Adalet: “Temel Kuramsal Yaklaşımlar Bağlamında Bilgi Uçurma (Whistleblowing) Kavramı”, *Adalet Dergisi*, 2023, Sayı 71, s. 1189-1212.

Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılabilirliği Hâllerin Tek Ortaklı Şirketlerdeki Görünümü^(*)



The Outlook of Situations Where the Corporate Veil Can Be Lifted in Single Member Companies

Celile Çağla ÇATAKLI



Hâkim

İpsala Adliyesi

Anahtar Kelimeler

Sermaye Şirketleri,
Tüzel Kişilik
Perdesinin
Kaldırılması,
Öz Kaynak Yetersizliği,
Malvarlıklarının ve
Alanların Birbirine
Karışması,
Yabancı Yönetim,
Tek Ortaklı Şirket.

Keywords

Capital Companies,
Lifting the Corporate
Veil,
Undercapitalization,
Commingling of
Assets,
Foreign Legal Entity,
Single Member
Company.

Öz

Sermaye şirketlerinde ortakların sınırlı sorumluluğu ve tüzel kişiliğin getirdiği ayrılık ilkesi, şirketi oluşturan ortaklar tarafından kötüye kullanılabilir. Dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan bu gibi durumlarda tüzel kişiyi oluşturan ortakların sorumluluğuna gidilebilmesi için uygulamada tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yolu ortaya çıkmıştır. İstisnai olarak uygulanan bu yolun söz konusu olabileceği hâller gerek yabancı öğretide gerekse Türk öğretisinde incelenmiştir. Ülkemizde öğretide ve yargı kararlarında öz kaynak yetersizliği, malvarlıklarının veya alanların birbirine karışması ve yabancı yönetim olmak üzere başlıca üç sebep üzerinde durulmaktadır. Bununla birlikte 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) yürürlüğe girmesiyle beraber ticari hayatta yaygınlaşmaya başlayan tek ortaklı sermaye şirketlerinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusu ayrı bir öneme sahip olmuştur. Çalışmamızda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının söz konusu olabileceği üç hâl tek ortaklı şirketler çerçevesinde incelenmiştir.

Abstract

In capital companies, the limited liability of the shareholders and the principle of the separate legal entity brought by the legal entity can be abused by the shareholders forming the company. In such cases, which violate the good faith, the method of lifting the corporate veil has emerged in practice to hold the shareholders of the legal entity responsible. The situations in which this method, which is applied exceptionally, can be considered, have been studied in both foreign and Turkish doctrine. In our country, three main legal bases are emphasized in the doctrine and judicial decisions: undercapitalization, commingling of assets and foreign legal entity. Additionally, with the entry into force of the Turkish Commercial Code No. 6102, the issue of lifting the corporate veil in single member capital companies, which has become widespread in commercial life, has become of particular importance. In our study, three situations in which the corporate veil can be lifted were examined within the context of single member companies.

(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 16.09.2023, Kabul Tarihi: 02.05.2024.

GİRİŞ

Tek ortaklı şirkette ayrılık ve sınırlı sorumluluk ilkelerinin arkasına saklanan ortağın, şirketi bir perde olarak kullanması ve alacaklıları zarara uğratması mümkündür. Dürüstlük kuralına aykırı olan böyle bir durumda ortağın sorumluluğuna gidilebileceği kabul edilmiştir. Bu durum, öğreti ve uygulamada “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” olarak adlandırılmıştır. Başka bir ifadeyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, ortaktan ayrı bir kişiliği ve malvarlığı olan şirketin borçlarından dolayı ortağın sorumlu tutulabilmesini sağlayan, öğreti ve yargısal içtihatlarla ortaya çıkan ve istisnai şekilde uygulama alanı bulan alternatif bir yoldur. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tek ortaklı şirkete münhasır bir uygulama olmasa da kötüye kullanıma elverişli yapısı nedeniyle tek ortaklı şirket bakımından önem arz etmektedir.

Sermaye şirketlerinin genel ilkelerine istisna teşkil eden tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yolu, öğreti ve uygulamada tartışmalara neden olmuş; bu yola başvurabilecek hâller bakımından görüş birliği de sağlanamamıştır. Ancak ülkemizde gerek öğreti tarafından gerek Yargıtay tarafından öz kaynak yetersizliği, malvarlıklarının veya alanların birbirine karışması ve yabancı yönetim olmak üzere üç hâlde tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilirliği kabul edilmektedir.

Çalışmanın ilk kısmında tek ortaklı şirketlerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması meselesi incelenmiş ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulamasında güncel gelişmeler ele alınmıştır. İkinci kısımda ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilebilecek üç durum tek ortaklı şirketler bakımından ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Çalışmada özellikle sermaye şirketleri bakımından bir inceleme yapıldığı için kavram birliğini sağlamak amacıyla “ortak” kavramı, anonim şirketlerde “pay sahibi” kavramını da kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

I. TEK ORTAKLI ŞİRKETLER VE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

A. Tek Ortaklı Şirket Kavramı ve Tek Ortaklı Şirketlerin Ortaya Çıkışı

Tek ortaklı şirket, bir gerçek veya tüzel kişi tarafından kurulan ya da kuruluşun sonra bütün payların bir kişinin elinde toplanması yoluyla ortaya çıkan¹ tüzel kişiliği haiz şirketlerdir². Belirtilmesi gerekir ki her ne kadar tek ortak, bir tüzel kişi olabilirse de şirketin kendisi olamaz³. “Ortaksız şirket”⁴ olarak da ifade edilen böyle bir durum, şirketin tek ortağı kendisi olacak şekilde paylarını iktisap edemeyeceğine ilişkin hükümler gereğince olanaklı değildir. Bu kural, anonim şirketlerde TTK’nin 338’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında ve limited şirketlerde ise 574’üncü maddesinin 3’üncü fıkrasında düzenlenmiştir.

¹ Birden fazla ortağı olan şirket, kuruluş aşamasından sonra pay devri, miras, birleşme gibi nedenlerle tek ortaklı hâle gelebilir. Tek ortaklı sermaye şirketlerinin meydana geldiği hâllere ilişkin ayrıca bkz. TEKİNALP, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020 (Yeni Hukuk), N. 7-07 vd.

² ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: “Hukukun Ekonomik Gerçekliğe Yanıtı: Tek Kişilik Şirketler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2007, Cilt 24, Sayı 1, s. 165; EROĞLU, Muzaffer: “Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirketler”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2008, Cilt 6, Sayı 64, s. 1253; OKAN, Neval: “Avrupa Birliği’nde Birleşik Krallık, İrlanda, Belçika ve İspanya Hukuklarında Tek Üyeli Özel Limited Ortaklıklar (Single-Member Private Limited Companies)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Sayı 1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, s. 515; AYDOĞAN, Fatih: *Tek Kişi Ortaklığı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 (Tek Kişi), s. 14 vd. Ayrıca bkz. ÇEVİK, Kemal: “Fransız ve Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirket/Sınırlı Sorumlu Ticari İşletme”, *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 37 vd.; ATABEK, Reşat: “Tek Ortaklı Şirket”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1987, Cilt 14, Sayı 1, s. 23 vd.; SAYIN, Hediye: *Tek Kişili Ortaklık*, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2008, s. 7 vd.; AYAN, Özge: “Tek Kişilik Şirketlerin Uygulamaya Yansımaları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 23, Sayı 3, s. 25 vd.; YARAR, Ali İhsan: *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tek Kişilik Şirket*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 1 vd.; FASTRICH, Lorenz: “Tek Ortaklı Anonim Şirketler ve Alman Hisse Hukukunda Yeni Gelişmeler”, *Türkiye ve Avrupa Birliği’nde Sermaye Şirketleri Reformu (Seminer: 07.06.2007)*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2007, s. 21 vd.; TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 7-01 vd.

³ Ancak payların bir kısmının anonim şirketin bir kısmının tek ortağın elinde bulunması mümkündür. Böyle bir durumda da şirket, iktisap ettiği paylar nedeniyle ortak sıfatını kazanamayacağı için tek ortaklı şirket söz konusudur. Bkz. TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 7-04 ve 7.05.

⁴ GÖGER, Yunus Emre: *Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesi ve Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 181. Konu hakkında ayrıca bkz. PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I*, 4. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2022, § 27, N. 17 vd.; AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 139 vd.

Günümüzde birçok ülke tarafından kabul edilen tek ortaklı şirketin ortaya çıkış nedeni, küreselleşmenin getirisi olarak uluslararası rekabettir⁵. Nitekim ülkeler, söz konusu rekabet sebebiyle yabancı yatırımcıları teşvik edebilmek için şirketlerin kuruluşundaki işlemleri kolaylaştırmaya yönelik kanuni düzenlemelere ihtiyaç duymuştur⁶. Bu açıdan tek ortaklı şirketler, en temelde, piyasanın hukuk sistemini zorlamasının bir ürünü olup gerçek kişi tacirin sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin gereksinime hizmet etmektedir⁷. Şirketin tek kişiden oluşabilmesi, girişimciliği teşvik ettiği gibi şirketin kuruluşunda *saman adam*⁸ zorunluluğunu ortadan kaldırmakta ve şirketin yönetiminde kolaylık sağlamaktadır⁹.

TTK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte ülkemizde gerek anonim gerek limited şirketlerin tek ortaklı oluşması mümkün hâle gelmiştir¹⁰. Bununla birlikte kollektif ve komandit şirketler ile kooperatiflerin, mevcut düzenlemeler gereğince tek ortaklı olması olanaklı değildir¹¹. Bu noktada dikkat edilmelidir ki tek ortaklı şirket, ayrı bir şirket türü olmayıp anonim ya da limited şirketin tek ortağının olmasını ifade etmektedir¹².

Anonim şirketlerin tek pay sahibiyle kurulmasına izin veren TTK'nin 338'inci maddesinin gerekçesinde bu durumun küresel bir ihtiyaç olduğuna, sanıldığı gibi aksine birden fazla pay sahibi bulunan şirkete göre kötüye kullanıma açık olmadığına, şirketin hileli bir şekilde kurulmasını önleyerek hukuki dürüstlüğe ve gerçekliğe uygun olduğuna, tek pay sahipli anonim şirketin de binlerce personelinin veya kalabalık bir yönetim kurulunun bulunabileceğine, kurumsallaşmaya yardımcı olabileceğine, böyle bir imkânın aile şirketlerini dağılmaktan kurtarabileceğine ve son olarak vakıf işletmeciliğini kolaylaştırabileceğine dikkat çekilmiştir¹³.

Limited şirketlere ilişkin TTK'nin 573'üncü maddesinin gerekçesinde de hem önemli bir gereksinime cevap vermek hem Avrupa Ekonomik Topluluğunun 89/667 sayılı Yönergesi¹⁴ kapsamında Avrupa Birliği hukuku ile uyum sağlamak¹⁵ hem de görünüşte birden fazla kişiyle kurulan limited şirketlerin kötüye kullanımlarına engel olmak amacıyla tek kişilik limited şirketlerin yasal olarak kabul edildiği açıklanmıştır. Gerekçede aynı zamanda tek kişilik limited şirketlerin "*perdeyi kaldırma kuramının uygulanmasına da yardım edeceği*" belirtilmiştir.

B. Tek Ortaklı Şirketlere Getirilen Eleştiriler

Ekonomik hayatta "saman adamlara" başvurulduğu durumlarda fiiliyatta zaten var olan tek ortaklı şirket, hukuk düzenlerince de tanınmak zorunda kalmıştır. Ancak ticari hayattaki ihtiyaca ve özellikle

⁵ ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 164; GÖGER, s. 172-173; JACINTO, Joaquin B.: "Beyond the Veil, Inc.: Assessing the Viability of the One Person Corporation as Tool for Estate Planning", *Philippine Law Journal*, 2022, Cilt 95, Sayı 2, s. 430.

⁶ TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 6-07; GÜRBÜZ USLU, Aslı E.: "Considerations on the Economic Effect of the New Turkish Commercial Code Provisions Regarding Single Member Companies", *European Journal of Law and Economics*, 2016, Cilt 42, Sayı 1, s. 33.

⁷ TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 6-01. Ayrıca bkz. HIRSCH, Ernst: *Ticaret Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul, 1948, s. 199-200; ATABEK, s. 25; ÇEVİK, s. 52; ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 176 vd.; EROĞLU, s. 1259; AYAN, s. 32-33.

⁸ Şirketlerin birden fazla kişi ile kurulmasına ilişkin kanuni zorunluluklar, yalnızca görünüşte ortak olan kişilerin varlığına yol açmış ve öğretide bu tür ortaklar "saman adam" olarak adlandırılmıştır. Bkz. ÇAMOĞLU, Ersin: *Limited Ortağın Sorumluluğu Karşısında Şirket Alacaklılarının Aktif Korunması (1969 Tarihli Teksirinden Tıpkı Basım)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022 (Alacaklıların Korunması), s. 103-104; PULAŞLI, § 30, N. 21; SAYIN, s. 61 vd. Ayrıca bkz. KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar: *Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013, s. 287; TEKİL, Fahiman: *Anonim Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998, s. 88. Öğretide saman adamlarla oluşturulan şirketler "iğreti ortaklık" olarak ifade edilmiştir. Bkz. TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 1-02 vd.

⁹ FASTRICH, s. 24-25. Tek ortaklı şirketlerin avantajları hakkında ayrıca bkz. AYAN, s. 30 vd.; FASTRICH, s. 28-29.

¹⁰ Bkz. anonim şirketler için TTK m. 338/1-2, 371/6, 408/3; limited şirketler için TTK m. 573, 574/2, 616/3, 629/2.

¹¹ Bkz. TTK m. 211 ve 304. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 2 (10.05.1969 tarihli ve 13195 sayılı Resmî Gazete).

¹² TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 1-01 ve N. 8-04; SAYIN, s. 16, dn. 66.

¹³ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı No: 96. (<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-1e9f-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6102#step-2>, ET: 10.09.2023). Ayrıca bkz. TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 8-07.

¹⁴ Twelfth Council Company Law Directive 89/667/EEC of 21 December 1989 on Single-Member Private Limited-Liability Companies. Ancak bu Yönerge 2019/102/EC sayılı Yönerge ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁵ Tek pay sahipli anonim şirketlere ilişkin benzer yönde bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı No: 96, TTK'nin genel gerekçesi, N. 120.

uluslararası rekabet ortamına uyum sağlama amacına uygun olsa da hukuki anlamda birçok dezavantaj yaratması endişesiyle tek ortaklı şirket fikri öğretilerde eleştirilmiştir. Öğretilerde belirtilen endişe ve eleştirilerin kısaca incelenmesini, tek ortaklı şirketlerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının önemini anlamak bakımından faydalı görmekteyiz.

Tek ortaklı şirketlere getirilen eleştirilerden ilki, bu tür bir şirketin geleneksel şirket fikriyle bağdaşmamasına yöneliktir¹⁶. Nitekim klasik anlamıyla şirket, kişi birliğini beraberinde getirmekte ve şirket sözleşmesi de neticede bir “sözleşme” olduğu için birden fazla kişinin arasında akdedilmektedir¹⁷. Bununla birlikte tek ortaklı şirket, klasik anlamda şirketin unsurları arasında yer alan ortak amaç ve ortakların şirketin amacı doğrultusunda çaba göstermesini ifade eden *affectio societatis* unsurlarıyla da bağdaşmamaktadır¹⁸. Ancak klasik şirket teorisine ilişkin görüş, bugün gelinen noktada, tabiri caizse, eskimeye başlamış ve öğretilerdeki çoğunluk tarafından tek ortaklı şirketin varlığının hukuk teorisi bakımından olanaklı olduğu kabul edilmiştir¹⁹.

Tek ortaklı şirketler konusunda öğretilerde belirtilen ikinci bir eleştiri de tek kişi ile şirketin malvarlığını birbirinden ayıran mal ayrılığı ilkesinin uygulanmasının güçlüğüdür²⁰. Bu eleştiriye göre bir kişinin, farklı statülere sahip ve birbirinden bağımsız malvarlığının olması mümkün değildir²¹. Ancak bu eleştiri de tek ortaklı şirket ile ortağın birbirinden ayrı kişiler olması dikkate alındığında, kısmen temelsiz kalmaktadır²².

Üçüncü bir eleştiri ise tek kişi şirketlerin ticaret unvanında yer alan “şirket” ibaresinin üçüncü kişileri yanıltabilecek nitelikte olmasıdır²³. Her ne kadar sınırlı sorumluluk ilkesi söz konusu olsa da ticari faaliyetlerin bir şirket çatısı altında toplanmasının üçüncü kişiler nezdinde olumlu bir etkisinin bulunduğu belirtilmektedir. Bu açıdan bakıldığında söz konusu eleştiri haklı gözükse de şirketin tek kişiden oluştuğu hususunda kamuyu aydınlatmaya yönelik TTK’de yer alan düzenlemeler²⁴, üçüncü kişilerin zarar görmesini engelleyebilecek niteliktedir²⁵. Ancak yine de TTK’nin söz konusu düzenlemeleri yeterli görülmemelidir. Öğretilerde bizim de katıldığımız görüşe göre ticaret unvanında şirketin tek kişiden oluştuğunun belirtilmesi²⁶ veya şirketin yaptığı hukuki işlemlerde ticaret unvanının yanında tek ortaklı olduğuna ilişkin bir ibareye yer vermesi kanuni bir zorunluluk olarak düzenlenmelidir²⁷.

Tek kişiden oluşan bir şirketin kötüye kullanma aracı olabilmesi de öğretilerde dile getirilen başka bir eleştiridir²⁸. Nitekim tek kişinin birden fazla kişiye göre hata yapma olasılığının daha yüksek olması, tek ortaklı şirkette şirket içi denetimin güç olması²⁹ ve yalnızca tek kişinin cezai ve hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi, bu yapının kötüye kullanılmasının önünü açmakta ve alacaklılar nezdinde gü-

¹⁶ HIRSCH, s. 199; ATABEK, s. 26; ÇEVİK, s. 51 vd.; ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 165 vd.

¹⁷ ÇEVİK, s. 51; ÇAMOĞLU, *Alacaklıların Korunması*, s. 98. Ayrıca bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 172 vd.

¹⁸ ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 175-176.

¹⁹ TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 4-03; AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 44-46. Ayrıca bkz. TTK’nin 338’inci maddesinin gerekçesi (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı No: 96).

²⁰ TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 5-01; ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 165; EROĞLU, s. 1260; AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 55; GÜRBÜZ USLU, s. 34.

²¹ ATABEK, s. 26; AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 55.

²² AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 55, dn. 172.

²³ AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 48.

²⁴ Bkz. TTK m. 338/2 ve 574/2.

²⁵ YARAR, s. 30.

²⁶ Aksi yönde bkz. AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 199. Yazara göre ticaret unvanı açısından böyle bir zorunluluğun öngörülmesi, şirketin kolaylıkla çok ortaklı hâle gelebileceği göz önünde bulundurulduğunda her defasında esas sözleşmede değişikliğe gidilmesine sebep olup unvanın devamlılığı ile de bağdaşmaz. Dahası, ticaret unvanında şirketin tek ortaklı olduğuna ilişkin bir ibarenin yer alması, üçüncü kişilerde bu ortağın şirket borçlarından dolayı sorumlu olduğu izlenimi uyandırabilir. Bu nedenle yazara göre, şirketin tek ortaklı olduğunun sicil kayıtlarında belirtilmesi üçüncü kişilerin korunması için yeterlidir.

²⁷ ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 212; GÜRBÜZ USLU, s. 38.

²⁸ AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 56; FASTERICH, s. 29-30.

²⁹ FASTERICH, s. 31.

vensizlik yaratmaktadır³⁰. Bu açıdan tek ortaklı şirketlere yönelik benzer bir eleştiri de tek ortağın, şirketin tek yöneticisi ve temsilcisi sıfatını haiz olması nedeniyle şirket üzerinde tam hâkimiyetinin bulunmasının kolaylıkla kötüye kullanılabilirliği ifade edilmektedir³¹.

Son olarak öğretide ifade edilen diğer bir endişe, şirketler topluluğuna ilişkindir. Şirketler topluluğunu oluşturan şirketlerin çoğunlukla tek ortaklı olması, zincirleme şirketler topluluğu ortaya çıkararak birden fazla şirketin kötüye kullanımına imkân tanıyacak olması sebebiyle alacaklıların zarara uğrama riskini artırmakta ve bu nedenle öğretide eleştirilmektedir³².

C. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının Tek Ortaklı Şirketler Bakımından Önemi

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki tek ortaklı şirketlerde de ana kural, ayrılık ilkesidir. Ancak birçok durumda tüzel kişinin iradesi ile tüzel kişiyi yöneten tek ortağın iradesini birbirinden ayırmak zordur³³. Dolayısıyla tek ortaklı şirketle hukuki ilişkiye giren üçüncü kişilerin şirketin yapısı gereği meydana gelebilecek risklere karşı korunması önem arz etmektedir. Nitekim tek ortaklı şirket, çok ortaklı şirkete kıyasla, kötüye kullanıma müsait bir yapıya sahiptir³⁴. Buna karşın TTK düzenlemelerinde tek ortaklı şirkete ilişkin koruyucu ek önlemlere yeterince yer verilmediği görülmektedir³⁵. Örneğin tek ortaklı şirketlerde özel bir sorumluluk hâli düzenlenmemiş olup TTK'nin 549'uncu maddesinden itibaren düzenlenen hukuki sorumluluk hükümleri, tek ortaklı şirketlerde de çok ortaklı şirketlerle aynı şekilde uygulama alanı bulmaktadır³⁶. Bu açıdan kanun hükümlerinin yeterince koruma sağlayamadığı durumlarda kötü niyetli davranışlar karşısında alacaklıların korunması ancak öğretide ve uygulamayla gelişen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi alternatif yollarla sağlanabilir³⁷.

Ayrılık ilkesinin kolayca yok sayılabildiği, kötüye kullanıma elverişli olan tek ortaktan oluşan bir yapının, herkes tarafından hukuka uygun ve iyi niyetli şekilde kullanılacağını düşünmek iyimser bir temenniden öteye gidemez³⁸. Ülkemizde yeni kurulan anonim ve limited şirketlerin büyük çoğunluğunun³⁹ tek ortaklı şekilde kurulduğu dikkate alındığında konunun önemi daha iyi şekilde anlaşılmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin kanuni düzenleme bulunmadığına göre öğretide de belirtildiği üzere tek ortaklı şirketlerde kötüye kullanımların önüne geçebilmek amacıyla bu bağlamda temel ilkelerin oluşturulması, başta Yargıtay olmak üzere mahkemelere düşmektedir⁴⁰.

Tek ortaklı şirketin Avrupa'da geçerlilik kazanmasının ve kanunen kuruluşuna izin verilmesinin altında yatan sebep olarak da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin gelişmesi gösterilmekte-

³⁰ AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 56-57; TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 5-02 ve 03; GÖGER, s. 177.

³¹ AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 51; GÖGER, s. 178. Yine benzer şekilde; uzun bir süre, kişinin tek başına hâkim olduğu bir şirketin işlemlerinden dolayı sınırsız sorumlu olması gerektiğini ifade eden "hâkimiyet ile sorumluluk el ele yürür" olarak adlandırılan Alman hukuku öğretisine göre kişinin borçlarının bu yolla sınırlanamayacağını belirtilerek tek ortaklı şirket kavramı eleştirilmiştir. TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 4-04. Bu öğretinin terk edilmesindeki önemli bir sebep olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yolunun gelişmesi gösterilmektedir. Bkz. TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 4-06.

³² EROĞLU, s. 1260.

³³ DURAL, Mustafa: "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya Da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması)", *Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara, 1998, s. 104.

³⁴ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 88; AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 193.

³⁵ Tek ortaklı şirketlere ilişkin tespit edebildiğimiz hükümler yalnızca şunlardır: TTK m. 338/2, 371/6,408/3, 574/2, 616/3, 629/2. Tek ortaklı şirketlerde ortağın, istisnai de olsa şirket borçlarından dolayı sorumluluğuna ilişkin kanuni düzenlemelerin bulunmamasının eksiklik olduğuna ilişkin öğretide bkz. BAHTİYAR, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 12; MOĞLU, Erdoğan: *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 146-147. Şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağına ilişkin sorumlulukların tek ortaklı şirketlerde genişletilmesi ve tek ortak bakımından mutlak emredici bir rekabet yasağının açıkça düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. AYAN, s. 44.

³⁶ GÖGER, s. 190.

³⁷ GÖGER, s. 178. Tek ortaklı şirketlerin kötüye kullanılmasına karşı alınabilecek diğer önlemlere ilişkin bkz. AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 193 vd.; EROĞLU, s. 1260 vd.

³⁸ GÖGER, s. 190.

³⁹ 2024 yılının ocak ayında kurulan anonim şirketlerin %59,88'i; limited şirketlerin ise %71,46'sı tek ortaklıdır. Bkz. (<https://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri.php>, ET: 19.03.2024).

⁴⁰ TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 27-22.

dir⁴¹. Şirketlerin tek ortaklı şekilde kurulabileceğine yönelik kanuni düzenlemeler, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını daha da önemli hâle getirmiştir⁴². Nitekim tüzel kişilik perdesinin kaldırılması olanağının bulunması, tek ortaklı şirketlere ilişkin endişeleri bir nebze de olsa hafifletmektedir⁴³. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin uygulamanın gelişmemiş olduğu bir hukuk sisteminde, sınırlı sorumluluk ilkesinin benimsendiği tek ortaklı sermaye şirketlerine kanunen izin verilmesinin de mümkün olmayacağı açıktır⁴⁴.

Son olarak; tek ortaklı şirketlerin mevcut hukuk sistemimizde yer almasını sağlayan Avrupa Ekonomik Topluluğunun 89/667 sayılı Yönergesinde üye devletler tarafından bazı sınırlamaların getirilebileceği kabul edilmiştir⁴⁵. Örneğin; Yönergenin ikinci maddesinde, bir gerçek kişinin birden fazla şirketin tek ortağı olmasının engellenebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu sınırlamaların getirilmesine imkân sağlanmasının temelinde tek ortaklı şirketlerde sınırlı sorumluluğun kötüye kullanılabilmesi düşüncesi yer almaktadır⁴⁶. TTK’de ise bu yönden bir sınırlamaya gidilmediği⁴⁷ gibi tek ortaklı şirketlerin kötüye kullanılmasını engelleyebilecek şekilde ilave hükümlere de yer verilmemiştir⁴⁸.

D. Tek Ortaklı Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Uygulamada Son Durum: “Son Çare İlkesi”

Öncelikle belirtmek gerekir ki şirketin tek ortaklı olması, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için başlı başına yeterli bir sebep değildir⁴⁹. Öğretide kabul edilen görüşe göre tüzel kişilik perdesinin sağladığı sınırlı sorumluluk ilkesinden faydalanmak suretiyle tek ortaklı şirket kötüye kullanılırsa ve bu durumdan alacaklılar zarar görürse tüzel kişilik perdesinin kaldırılması mümkündür⁵⁰. Örneğin tek ortağın, şirketin malvarlığını kendi malvarlığı gibi kişisel işlemlerinde kullanması veya kendisine, yakınlarına veya ortağı olduğu başka bir şirkete devretmesi, bilinçli olarak şirketi borca batık hâle getirmesi veya iflas ettirmesi hâllerinde tüzel kişilik perdesi göz ardı edilerek ortağın sorumluluğuna gidilir⁵¹. Tek ortaklı şirketlerde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin istem hakkı, başta şirket

⁴¹ TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 4-01. Ayrıca bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 198.

⁴² SPERANZIN, Marco: “Piercing the Corporate Veil in Italian Company and Banking Law”, (Ed.) ULUSOY, Erol: *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 166.

⁴³ BOZKURT, Tamer: *Şirketler Hukuku*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 115; TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 4-06 ve ayrıca dn. 11’de belirtilen yazar. Benzer yönde ayrıca bkz. GÜRBÜZ USLU, s. 35.

⁴⁴ TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 4-06. Yazar ayrıca 07.06.2007 tarihli Türkiye ve Avrupa Birliği’nde Sermaye Şirketleri Reformu Seminerinin soru-cevap bölümünde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulamasını, tek ortaklı şirketlerin kötüye kullanılması bakımından “panzehir” olarak nitelendirmiştir. Bkz. *Türkiye ve Avrupa Birliği’nde Sermaye Şirketleri Reformu*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007, s. 43.

⁴⁵ Yönergede yer alan hükümlere ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 151 vd.

⁴⁶ AYDOĞAN, Fatih: “Tek Kişi Ortaklığı”, (Ed.) KAYA, Arslan / ENGİN, Baki İlkey / PASLI, Ali / AŞIKOĞLU, Şehriban İpek / OĞUZ, Elif: *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk*, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020 (Avrupa Birliği Hukukuna Uyum), s. 273.

⁴⁷ Öğretide; TTK’nin 195’inci ve devamı maddelerinde düzenlenen şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin böyle bir sınırlamaya gidilmesine gerek bırakmayacak şekilde oluşturulduğu belirtilmektedir. Bkz. AYDOĞAN, *Avrupa Birliği Hukukuna Uyum*, s. 277.

⁴⁸ GÖGER, s. 178.

⁴⁹ JACINTO, s. 447; GÜNER, Temel: *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 207. İngiliz mahkeme kararlarında da şirketin tek ortağının bulunmasının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilebilmesi için tek ve yeterli bir gerekçe olmadığı belirtilmektedir. Buna ilişkin ilk örnek *Adams v Cape Industries Plc* [1990] CH 433 (27.07.1989) kararı olarak gösterilebilir. Bkz. DEVELİ AYVERDİ, Emine / ALBAYRAK CEYLAN, Nazlı: “Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesinin Tüzel Kişilik Perdesinin Arkasına Saklanması: İngiliz Yüksek Mahkemesinin 2010 UKSC 51 Sayılı Kararı Çerçevesinde Bir İnceleme”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 10, Sayı 1, s. 58. Söz konusu karara ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. DIGNAM, Alan / LOWRY, John: *Company Law*, 11. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2020, N. 3.16 vd., s. 34-35.

⁵⁰ SAĞLAM, İpek: “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, (Ed.) ULUSOY, Erol: *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008 (Perdenin Aralanması), s. 159; ULUSOY, Erol: “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, (Ed.) ULUSOY, Erol: *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 390; TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 5-12; OCAKTAN, Hasan: *Anonim Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk İlkesi Karşısında Şirket Alacaklılarının Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2000, s. 128-129; AYAN, s. 42; KUŞ, Ulaş Baran: *Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 152.

⁵¹ TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 5-12. Daha fazla bilgi için ayrıca bkz. II. “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasında Söz Konusu Olabilecek Hâller ve Tek Ortaklı Şirketlerdeki Görünüş Biçimleri”.

alacaklıları olmak üzere üçüncü kişilere aittir. Öğreti ve uygulamada tek kişi ortağın kendisinin şirket ile özdeş olduğuna dayanarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurmayaacağı görüşü hâkimdir⁵².

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yön veren İngiliz hukuku öğretisinde ve İngiliz Yüksek Mahkemesinin son kararlarından da açıkça anlaşılacağı üzere perdenin kaldırılması uygulamasında “son çare ilkesi” benimsenmiştir⁵³. Söz konusu ilkeye göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ancak başka bir çözüm yolunun olmadığı hâllerde son olarak başvurulması gereken bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum özellikle *Prest v. Petrodel Resources LTD* kararı sonrasında benimsenmiştir⁵⁴. Kararda, belli bir durumu gizlemek amacıyla yapılan muvazaalı işlemler açısından gizleme ve kaçınma ilkeleri açıklanmış⁵⁵ ve gizleme ilkesi yönünden tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına gerek olmadığı vurgulanmıştır⁵⁶. Ancak sırf gerçek durumu gizlemek amacıyla değil aynı zamanda bir hakkın kişiye karşı ileri sürülmesini engellemek veya yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanıldığı durumlarda perdenin kaldırılması yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir⁵⁷. Kaçınma ilkesi olarak adlandırılan bu durum, hâkim ortağın, şirketin ayrı tüzel kişiliği aracılığıyla mevcut hukuki yükümlülüklerden kaçmaya veya bunları engellemeye çalışması ve bu yolla tüzel kişilik perdesini kötüye kullanmasıdır⁵⁸. Kararda kaçınma ilkesinin olduğu durumlarda bile tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için hukuken uygulanabilecek başka bir yol olmaması gerektiği de ayrıca ve açıkça vurgulanmıştır⁵⁹. Bu açıdan yabancı öğretilerde, *Prest v. Petrodel Resources LTD* kararının, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin varlığını sorgula-

⁵² KÜTÜKÇÜ, Doğan: “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, *Kazanıcı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2009, Sayı 63-64, s. 121-122; SAYIN, s. 67; YANLI, Veliye: *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 44, dn. 185’te belirtilen yazarlar. İsviçre Federal Mahkemesi, 1972 yılında vermiş olduğu bir kararında şirketin bankadan çektiği krediye kefil olan tek ortağın, kredi borcunu ödemesi suretiyle diğer kefile rücu edemeyeceğini ve bu durumda tek ortağın tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanamayacağı belirtmiştir. Karar için bkz. TEKİL, s. 88. Konu hakkında İsviçre Federal Mahkemesi’nin diğer kararları için bkz. YANLI, s. 43-44, dn. 184; SAĞLAM, İpek: *Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak)*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1995 (Örtünün Aralanması), s. 27-28.

⁵³ Bkz. MUJH, Edwin C.: “Piercing the Corporate Veil as a Remedy of Last Resort after *Prest v Petrodel Resources Ltd*: Inching Towards Abolition?”, *Company Lawyer*, 2016, Cilt 37, Sayı 2, s. 67-68. *Prest v Petrodel Resources Ltd & Ors* [2013] UKSC 34 (12.06.2013) (<http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2013/34.html>, ET: 07.03.2024).

⁵⁴ *Prest v Petrodel Resources Ltd & Ors* [2013] UKSC 34 (12.06.2013). Karara konu somut olayda davacı *Yasmin Prest*, boşandığı eşi *Michael Prest*’in boşanma protokolünde yer alan yükümlülüklerini yerine getirmediği için *Michael Prest*’in sahibi olduğu ve hâkimiyetinde bulunan *Petrodel* şirketler grubunda yer alan şirketlerin mülkiyetindeki yedi adet taşınmazın kendisine devrini istemiştir. Kararda söz konusu taşınmazların *Yasmin Prest*’e devredilebilmesi için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır.

⁵⁵ Bkz. *Prest v Petrodel Resources Ltd & Ors* [2013] UKSC 34 (12.06.2013), para. 28. Benzer yönde ayrıca bkz. MUJH, s. 64, dn. 103. Aynı ilkelere *Pennyfeathers Ltd v Pennyfeathers Property Co Ltd* [2013] EWHC 3530 (26.11.2013) kararında da yer verilmiştir. Bkz. DIGNAM / LOWRY, N. 3.35, s. 41.

⁵⁶ Kararda sözü geçen gizleme (*concealment*) ve kaçınma (*evasion*) ilkeleri İngiliz hukukundaki “*lifting the corporate veil*” ve “*piercing the corporate veil*” arasındaki ayrımla açıklanmaktadır. Gizleme durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak (*lifting*) arkasına bakılması, tüzel kişiliğin varlığının kabul edilip gerçek durumun tespit edilmesi amaçlanmaktadır ve bu durum tüzel kişilik perdesinin delinmesinden farklı bir anlam ifade etmektedir. Bununla birlikte tüzel kişilik perdesinin delinmesi (*piercing*) ise tüzel kişiliğin varlığının hiçe sayılması ile ilgili olup “kaçınma (*evasion*)” durumu ile sınırlıdır. Bkz. *Prest v Petrodel Resources Ltd & Ors* [2013] UKSC 34 (12.06.2013), *Lord Sumption* para. 28, *Lord Neuberger* para. 60-61. Söz konusu terim farklılığına ilişkin ayrıca bkz. HANNIGAN, Brenda: “Wedded to Salomon: Evasion, Concealment and Confusion on Piercing the Veil of the One-Man Company”, *Irish Jurist*, 2013, Cilt 50, s. 21-22. Yazar, gizleme ve kaçınma ilkelerine bağlı olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve delinmesi arasındaki farka ilişkin yeterli açıklığın getirilmediği yönünde *Prest v. Petrodel Resources LTD* kararını eleştirmektedir. Bkz. HANNIGAN, s. 38-39. Benzer yönde bkz. SPOTORNO, Agustin Ricardo: “Piercing the Corporate Veil in the UK: The Never-Ending Mess”, *Business Law Review*, 2018, Cilt 39, Sayı 4, s. 105; UPADHYAY, Nupur: “Piercing the Corporate Veil: An Analysis of Lord Sumption’s Attempt to Avail a Troubled Doctrine”, *Auckland University Law Review*, 2015, Cilt 21, s. 137, 140.

⁵⁷ *Prest v Petrodel Resources Ltd & Ors* [2013] UKSC 34 (12.06.2013), para. 34-35.

⁵⁸ *Prest v Petrodel Resources Ltd & Ors* [2013] UKSC 34 (12.06.2013), para. 35. Ayrıca bkz. SCHALL, Alexander: “The New Law of Piercing the Corporate Veil in the UK”, *European Company and Financial Law Review*, 2016, Cilt 13, Sayı 4, s. 552. Kaçınma ilkesinin uygulanmasına ilişkin başlıca örnek olarak *Gilford Motor Co Ltd v Horne* [2013] kararı da gösterilmektedir. Bkz. FRENCH, Derek / MAYSON, Stephen W. / RYAN, Christopher L.: *Mayson, French & Ryan on Company Law*, 31. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2014-2015, s. 134.

⁵⁹ *Prest v Petrodel Resources Ltd & Ors* [2013] UKSC 34 (12.06.2013), *Lord Sumption*, para. 35, *Lord Neuberger* para. 62, 63, *Lord Clarke*, para. 103. Bununla birlikte aynı yıllarda verilen başka bir kararda İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından son çare ilkesinin benimsenmediği söylenebilir. Bkz. *VTB Capital plc v Nutritek International Corp* [2012] EWCA Civ 808, para. 79. (<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/808.html>, ET: 07.03.2024).

nabilir hâle getirdiği⁶⁰ ve teorinin gelecekte başarılı bir şekilde hayata geçirilmesinin pek mümkün olmayacağı belirtilmektedir⁶¹.

Prest v. Petrodel Resources LTD kararından sonra vergi uyuşmazlığına ilişkin 2021 yılında verilen bir kararda da kaçınma ilkesi tartışılmış, kaçınma ilkesinin ancak tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması⁶² davalarıyla sınırlı şekilde uygulanacağına ilişkin bir yorum yapılmış ve kaçınma ilkesi kapsamında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin uygulama daha da daraltılmıştır⁶³. Bununla birlikte ceza davalarına ilişkin verilen bir kararda ise tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı durumlar daha geniş yorumlanmış, gizlilik ilkesinin de bu davalarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli olabileceği belirtilmiştir⁶⁴.

Prest v. Petrodel Resources LTD kararında benimsenen son çare ilkesi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının uygulamasını neredeyse imkânsız kılacak kadar daraltacağı endişesiyle öğretilde eleştirilmiştir⁶⁵. Söz konusu görüşe göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının uygulama alanının sınırlı olması nedeniyle hâli hazırda uygulanmakta güçlük yaratan bu yola son çare olarak başvurulması gerektiğinin kabulü, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yolunun uygulanmasını imkânsız kılacaktır. Öte yandan; öğretilde son çare ilkesinin doğru bir uygulama olduğuna yönelik görüşler de mevcuttur⁶⁶. Son yıllarda *Prest v. Petrodel Resources LTD* kararı ve sonrasındaki kararlardan da anlaşılacağı üzere İngiliz hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yerine başka alternatif çözümlere yönelme eğilimi mevcuttur⁶⁷.

Son çare ilkesi, yalnızca yabancı mahkeme kararlarında değil Türk hukukunda da benzer şekilde uygulama alanı bulmuş ve yerleşmiş Yargıtay kararlarında da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının istisnai nitelikte olduğu vurgulanarak başka bir yasal nedene dayanılmasının mümkün olmadığı durumlarda başvurulması gereken bir yol olarak benimsenmiştir⁶⁸. Gerçekten de sermaye şirketlerinin temelini oluşturan ve kanun koyucu tarafından da kabul edilen sınırlı sorumluluk ilkesine bir müdahale teşkil eden perdenin kaldırılması uygulamasına nadiren başvurulması gereken bir çare olarak yaklaşılmalıdır. Bu durum, öğretilde güçler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak da ifade edilmiş ve kanun koyucunun benimsediği sınırlı sorumluluk ilkesine mümkün olduğunca saygı gösterilmesi gerektiği be-

⁶⁰ Öğretilde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulamasına son verilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir. Bkz. UPADHYAY, s. 138 vd.

⁶¹ HANNIGAN, s. 30; SPOTORNO, s. 105-106; UPADHYAY, s. 137. *Prest v. Petrodel Resources LTD* kararının, perdenin kaldırılması kuralının uygulanabilirliğinden mahkemelerin şüphe ettiği ilk dava olmadığı yönünde bkz. MUJIH, s. 49. *Prest v. Petrodel Resources LTD* kararı öncesinde de öğretilde tüzel kişilik perdesinin delinmesi kavramının soyut ve belirsiz bir kavram olduğu tartışılmıştır. Bu yöndeki görüş için bkz. NICHOLLS, Christopher C.: "Piercing the Corporate Veil and the "Pure Form" of the Corporation as Financial Innovation", *Canadian Business Law Journal*, 2008, Cilt 46, s. 238-239; SPOTORNO, s. 104; UPADHYAY, s. 115; MAYSON / FRENCH / RYAN, s. 138. Ayrıca bkz. SCHALL, s. 564 vd.

⁶² Tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması, şirketin borcundan dolayı ortaklarının sorumluluğuna gidilmesidir. Ters kaldırılması ise ortağın kişisel alacaklılarının şirketin malvarlığına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla başvurabilmesini ifade etmektedir. Bu yol ile şirket, ortağın kişisel borçlarından sorumlu tutulabilmektedir. Bkz. YANLI, s. 38-39. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, T. 22.12.2021, E. 2020/5447 K. 2021/7321 (Lexpera).

⁶³ *Hurstwood Properties (A) Ltd and others v Rossendale Borough Council and another* [2021] UKSC 16 (14.05.2021), para. 72-73 (<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0071-judgment.pdf>, ET: 07.03.2024).

⁶⁴ *R v. Sale (Peter John)* [2013] EWCA Crim 1306, (25.07.2013), [2014] 1 WLR. 663 (SPOTORNO, s. 106-107). Kararın esasen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulaması olmadığı ancak aynı sonuca yol açtığına ilişkin bkz. UPADHYAY, s. 125. Benzer başka bir ceza davası kararında ise gizlilik ilkesinin de kaçınma ilkesinin de somut olaya uygulanamayacağı belirtilmiş ancak iki ilke haricinde somut olayın özelliklerine bakılarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılacağı vurgulanmıştır. Bkz. *R v. Boyle, R v. Boyle Transport (Northern Ireland) Ltd* [2016] EWCA Crim 19, [2016] 4 WLR 63 (SPOTORNO, s. 107-108).

⁶⁵ SCHALL, s. 562. Benzer yönde bkz. SPOTORNO, s. 109.

⁶⁶ MUJIH, s. 67-68; SOLAK, Ekrem: "İngiliz Şirketler Hukukunda *Prest v. Petrodel Resources Ltd* [2013] Kararı Sonrası Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", (Ed.) KARAGÖZ, Havva / ÖZCANLI, F. Beril / PALANDUZ, Seda: *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 659. Son çare ilkesiyle hukuktaki diğer alternatif imkânlar birlikte değerlendirildiğinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulamasının tamamen terk edilmesi gerektiği yönünde bkz. UPADHYAY, s. 139.

⁶⁷ DIGNAM / LOWRY, N. 3.35, s. 41. *Prest v. Petrodel Resources LTD* kararı öncesinde benzer şekilde ayrıca bkz. *Holland v the Comissioners for Her Majesty Revenue and Customs and another* [2010] UKSC 51 (24.11.2010). (<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0131-judgment.pdf>, ET: 24.03.2024).

⁶⁸ Yargıtay, HGK, T. 01.07.2020, E. 2019/808, K. 2020/504; Yargıtay, 11. HD, T. 04.04.2019, E. 2017/2384, K. 2019/2653; Yargıtay, 11. HD, T. 22.12.2021, E. 2020/5447, K. 2021/7321 (Lexpera); Yargıtay, 11. HD, T. 23.02.2021, E. 2020/2970, K. 2021/1603 (UYAP).

İrtilmiştir⁶⁹. Aynı şekilde kanaatimizce tek ortaklı şirketlere izin veren kanun koyucunun iradesi de üstün tutulmalı ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna şirketin tek ortaklı olması durumunda da istisnai hâllerde başvurulmalıdır.

II. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASINDA SÖZ KONUSU OLABİLECEK HÂLLER VE TEK ORTAKLI ŞİRKETLERDEKİ GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Öz Kaynak Yetersizliği

1. Genel Olarak

Öğretide “yetersiz sermaye”⁷⁰ şeklinde de ifade edilen öz kaynak⁷¹ yetersizliği, tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilirliği hâller arasında sayılmaktadır⁷². Kişiden çok sermaye unsurunun ön planda olduğu anonim ve limited şirketlerde sermaye, şirketin faaliyet konusunu sürekli şekilde gerçekleştirebilecek ve ticari hayattaki riskleri üstlenebilecek nitelikte olmalıdır⁷³. Kanun koyucu da sınırlı sorumluluk ilkesinin hâkim olduğu şirketlerde, sermayeye önem vermiş ve şirketin türüne göre belli miktarda sermayenin getirilmesini şart koşmuştur⁷⁴. Öz kaynak yetersizliği, şirketin sahip olduğu net malvarlığı değerlerinin şirketin amacını gerçekleştirmeye elverişli olmadığını ifade etmektedir⁷⁵.

Şirket alacaklılarının alacaklarına ulaşmalarını tehlikeye atan bir hâl olarak öz kaynak yetersizliği, özellikle ortakların şirket borçlarından sorumlu olmadığı şirketler bakımından sorun teşkil etmektedir⁷⁶. Nitekim borçlarından dolayı yalnızca şirketin kendi malvarlığı ile sorumlu olmasını ifade eden sınırlı sorumluluk ilkesi sebebiyle şirketi oluşturan ortaklara başvuramayan alacaklıların güvencesini, şirketin malvarlığı oluşturmaktadır. Dolayısıyla faaliyet konusunu gerçekleştirmeye elverişli malvarlığı bulunmayan bir şirket, alacaklılar bakımından tehlike arz eder⁷⁷.

⁶⁹ GÜNER, s. 218

⁷⁰ TEKİNALP, Gülören / TEKİNALP, Ünal: “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, *Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan*, İstanbul, 1995, s. 396; SAĞLAM, *Perdenin Aralanması*, s. 159; ÖZTEK, Selçuk / MEMİŞ, Tekin: “Şirketler Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması”, (Ed.) ULUSOY, Erol: *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 207; POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku I*, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, N. 122a; KERVANKIRAN, Emrullah: “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi’nin Kaldırılması”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 11, Sayı 3-4, s. 465; BAHTIYAR, s. 14; PULAŞLI, § 7, N. 48. Ayrıca öğretilde “sermaye yetersizliği” kavramı da aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Bkz. ÇAMOĞLU, *Alacaklıların Korunması*, s. 127.

⁷¹ Öz kaynak, şirketin sermayesi ile yedek akçelerinin toplamından oluşan değerdir. Sermaye, ortakların taahhüt ettikleri payların toplamını ifade ederken yedek akçe, sermayeyi aşan malvarlığı değerleridir. Şirketin toplam aktiflerinin toplam pasifleri arasındaki farkı ifade eden öz kaynak, şirketin net malvarlığı değerlerini oluşturmaktadır. TEKİNALP, Ünal: *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979 (Bilanço), s. 245 vd.; TEKİL, s. 488-489.

⁷² YANLI, s. 111 vd.; YÜKSEL, Kemalettin: “Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması”, (Ed.) ULUSOY, Erol: *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 272; GÖGER, s. 110-111.

⁷³ SAĞLAM, *Perdenin Aralanması*, s. 160; ÖZTEK / MEMİŞ, s. 207; TOPALOĞLU, Mustafa: “Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 2091; ÖZKURT, Ayşegül: *Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 36.

⁷⁴ Bkz. TTK m. 332 ve 580. Sigortacılık ve bankacılık gibi yüksek risk taşıyan ve bu nedenle de fazla miktarda sermaye gerektiren şirketler bakımından asgari sermaye özel olarak düzenlenmiştir. Sigorta şirketleri için bkz. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 5/3 (14.06.2007 tarihli ve 26552 sayılı Resmî Gazete) ve 2022/2 sayılı Sigorta Branşları için Öngörülen Minimum Sermaye Tutarlarına İlişkin Genelge. Bankacılık şirketleri için bkz. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 7/1-f (01.11.2005 tarihli ve 25983 sayılı Resmî Gazete). Söz konusu istisnai düzenlemeler haricinde gerek anonim gerekse limited şirketlerde asgari sermaye miktarı, şirketin faaliyetinden bağımsız olarak belirtilmiştir. Konuya ilişkin detaylı açıklamalarımız için bkz. II, A, 2, a “Genel Olarak”.

⁷⁵ ULUSOY, s. 382; BAHTIYAR, s. 15. Öz kaynak yetersizliğinin TTK’nin 376’ncı ve 633’üncü maddelerinde belirtilen sermayenin karşılıksız kalması veya borca batıklık hâlleri ile aynı anlama gelmediğini belirtmekte fayda görmekteyiz. Sermayenin karşılıksız kalması ya da şirketin borca batık olmadığı durumlarda da öz kaynak yetersizliğinden bahsedilmesi mümkündür. Bkz. ULUSOY, s. 384. Sermayenin karşılıksız kalması hâlinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hakkında ayrıca bkz. ULUSOY, s. 387.

⁷⁶ Benzer şekilde bkz. YANLI, s. 97-98; ESEN, Emre: *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 23.

⁷⁷ ÇAMOĞLU, *Alacaklıların Korunması*, s. 127; OCAKTAN, s. 135; GÜRBÜZ USLUEL, s. 36.

2. Öz Kaynak Yetersizliği Nedeniyle Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

a. Genel Olarak

Şirketin kuruluşunda veya sonradan oluşan öz kaynak yetersizliği durumunda şirketin faaliyetleri sebebiyle ortaya çıkan ticari riskler, alacaklılara yüklenirken şirket ortakları, tüzel kişiliğin bir sonucu olan ayrılık ilkesi ve sermaye şirketlerindeki sınırlı sorumluluk ilkesi gereğince risklerden kaçınma olanağına sahip olmaktadır⁷⁸. Buna rağmen yine de öz kaynak yetersizliği hâlinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilip gidilmeyeceği öğretide tartışılmıştır⁷⁹. Genel kabul gören görüşe göre sermaye şirketlerine tanınan sınırlı sorumluluk ilkesinden yararlanabilmek için şirket alacaklılarının teminatını oluşturan ve riskin sadece alacaklılarca değil ortaklar tarafından da paylaşılmasına hizmet eden yeterli öz kaynağın bulunması şarttır⁸⁰. Dolayısıyla öz kaynağın yetersiz olduğu hâllerde sınırlı sorumluluk ilkesine dayanmak, dürüstlük kuralına aykırı olup hakkın kötüye kullanılması sonucuna yol açmaktadır. Bu nedenle öğretide, böyle bir durumda ortakların sorumluluğuna tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla gidilebileceği çoğunlukla kabul edilmektedir⁸¹. Bununla birlikte öğretide, öz kaynak yetersizliği hâlinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılacağı durumlar bakımından farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre sadece fevkalade öz kaynak yetersizliğinin⁸² söz konusu olduğu hâllerde tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortakların sorumluluğuna gidilebilir⁸³. Alacaklılar, alacaklarına kavuşabildiği sürece ifanın öz kaynaktan veya yabancı kaynaktan temin edilip edilmemesi önem taşımamaktadır. Bu açıdan perdenin kaldırılarak ortakların sorumluluğuna başvurulabilmesi için öz kaynak yetersizliğinin yabancı kaynaklardan da finanse edilemeyecek boyutta olması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁴.

Başka bir görüşe göre öz kaynak yetersizliği, tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yol açmaz⁸⁵. Bu görüşteki yazarlar tarafından perdenin kaldırılması için başkaca koşulların da varlığının gerekli olduğu ve somut olayın özelliklerinin önem arz ettiği belirtilmektedir⁸⁶.

⁷⁸ YANLI, s. 96; ESEN, s. 23; KUŞ, s. 132.

⁷⁹ SPERANZIN, s. 167; ULUSOY, s. 382; KERVANKIRAN, s. 465; KUŞ, s. 133. Son yıllarda Alman Federal Mahkemesi, öz kaynak yetersizliği durumunda perdenin kaldırılması yoluna imtina ile yaklaşmaktadır. Bkz. TAN, Cheng Han / WANG, Jiangyu / HOFMANN, Christian: "Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical & Comparative Perspectives", *Berkeley Business Law Journal*, 2019, Cilt 16, Sayı 1, s. 170 vd. Federal mahkeme kararlarında, öz kaynak yetersizliği durumunda ortakların sorumluluğuna, perdenin kaldırılması yoluyla değil; ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren kişinin haksız fiil sorumluluğu nedeniyle gidilebileceğini ifade etmiştir. Alman hukukunda bu durum, şirketin varlığını yok edici müdahale nedeniyle sorumluluk olarak ele alınmış ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumundan ayrılmıştır. İki kurum arasındaki farklılıklar için bkz. GÜNER, s. 188-189. Bu konudaki ilk kararlar, 2007 tarihli *Trihotel* ve 2008 tarihli *Gamma* kararları olarak belirtilmektedir. Bkz. BGH II ZR 3/04, 16.07.2007=NJW 2007 2689; BGH II ZR 264/06, 28.04.2008=NJW 2008 2437 (TAN / WANG / HOFMANN, s. 175-180). *Trihotel* kararı sonrası Alman hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. GÜNER, s. 171 vd.

⁸⁰ YANLI, s. 112-113; SAĞLAM, *Perdenin Aralanması*, s. 159-160; ÖZTEK / MEMİŞ, s. 207; KERVANKIRAN, s. 465; ESEN, s. 23; KUŞ, s. 137 vd.

⁸¹ YANLI, s. 112; SAĞLAM, *Perdenin Aralanması*, s. 160; ULUSOY, s. 388; YÜKSEL, s. 271; ÖZTEK / MEMİŞ, s. 207; KUŞ, s. 137 vd.; ARKAN, Sabih: "Lifting the Corporate Veil in Turkish Company Law (An Overview)", *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı Cilt 1*, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 141. Ayrıca bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 08.07.2014, E. 2013/15971, K. 2014/12971 sayılı kararın karşı oyu (Lexpera).

⁸² Özkaynak yetersizliği, öğretide çeşitli türlerle ayrılarak incelenmiştir. Bunlardan biri, fevkalade (olağanüstü) özkaynak yetersizliği ile adi öz kaynak yetersizliği ayrımıdır. Fevkalade öz kaynak yetersizliği, yetersizlik hâlinin şirket ortakları tarafından kolayca ve açıkça fark edilmesini ifade etmektedir. Adi öz kaynak yetersizliği ise şirketin kaynak ihtiyacının söz konusu olduğu hâllerde kredi itibarı bulunmadığı için dış kaynak temin edilememesi hâlidir. YANLI, s. 89-90; ÖZKURT, s. 40.

⁸³ YANLI, s. 116-117; OCAKTAN, s. 150-151; TOPALOĞLU, s. 2091-2092; BAHTİYAR, s. 14; GÖGER, s. 126; KUŞ, s. 124, 139. Adi öz kaynak yetersizliğinin tespiti güç olduğu için öğretide adi öz kaynak yetersizliği nedeniyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilemeyeceği görüşü hâkimdir. YANLI, s. 116-117; GÖGER, s. 126; KUŞ, s. 139.

⁸⁴ ULUSOY, s. 383; KUŞ, s. 124.

⁸⁵ SAĞLAM, *Perdenin Aralanması*, s. 160-161; GÖGER, s. 115. Benzer yönde Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi kararı için bkz. *Dewitt Truck Brokers v. W. Ray Flemming Fruit Co.*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 1976, 540 F., 2d 681. Söz konusu kararda, öz kaynak yetersizliğinin yanında şirkette *Flemming*'in hâkim ortak konumunda olması ve öz kaynak yetersizliği içindeyken *Flemming*'in her yıl şirketten yaklaşık 15 bin ile 25 bin ABD doları arasında kâr payı alması, tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi için bir sebep olarak görülmüştür. Karar ve ayrıntılı bilgi için bkz. HAMILTON, Robert W. / MACEY, Jonathan R. / MOLL, Douglas K.: *Cases and Materials on Corporations Including Partnerships and Limited Liability Companies*, 11. Baskı, West Publishing, USA, 2010, s. 208-215.

Öğretideki azınlıkta kalan görüş tarafından öz kaynak yetersizliği hâlinde, perdenin kaldırılarak ortakların sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kusurun varlığının şart olduğu ifade edilmektedir⁸⁷. Bu görüşe benzer bir görüşe göre ise ortakların sorumluluğu ancak öz kaynak yetersizliğini bilinçli bir şekilde saklayarak çıkar sağlamaları ve alacaklıların bundan zarar görmelerine neden olmaları hâlinde söz konusudur⁸⁸.

TTK’de sermaye şirketlerinin kuruluşunda belirli miktarda asgari sermaye getirilmesine ve bu sermayenin korunmasına yönelik çeşitli hükümler bulunsa da şirket tarafından öz kaynakların faaliyet konusunu karşılayabilecek şekilde yeterli miktarda tutulmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁸⁹,⁹⁰. Yaşanan ekonomik değişimlere rağmen TTK’nin yürürlüğü girdiği tarihten itibaren on yılı aşkın bir süre kanunda yer alan asgari sermaye miktarları güncellenmemiş ancak 24 Kasım 2023 tarihli ve 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile anonim şirketler için elli bin Türk lirası olarak öngörülen asgari sermaye tutarı, iki yüz elli bin Türk lirasına; kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş bulunan halka açık olmayan anonim şirketlerde yüz bin Türk lirası olarak öngörülen asgari sermaye tutarı, beş yüz bin Türk lirasına; limited şirketler bakımından on bin Türk lirası olarak öngörülen asgari sermaye tutarı ise elli bin Türk lirasına yükseltilmiştir⁹¹. Söz konusu karar, 1 Ocak 2024 tarihi itibarıyla kurulacak olan anonim ve limited şirketler bakımından geçerli olup bu tarihten önce kurulmuş olan şirketlere sermaye miktarlarının artırımına ilişkin bir yükümlülük yüklenmemektedir⁹². Bununla birlikte 1 Ocak 2024 tarihinden önce kurulmuş şirketlere ilişkin olarak 29.05.2024 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 7511 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un⁹³ 17’nci maddesi ile yeni bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu düzenleme ile TTK’ye geçici 15’inci madde eklenmiş ve bu maddenin ilk fıkrasına göre mevcut anonim ve limited şirketlerin sermayelerini, TTK’nin 332’nci ve 580’inci maddelerinde belirtilen yeni asgari miktarlara 31.12.2026 tarihine kadar yükseltmeleri gerektiği aksi takdirde infisah etmiş sayılacakları belirtilmiştir. Aynı düzenlemenin üçüncü fıkrasında ilk fıkrada belirtilen 31.12.2026 tarihinin Ticaret Bakanlığı tarafından birer yıl olmak üzere en çok iki defa uzatabileceğine de yer verilmiştir. Buna göre 01.01.2024 tarihinden önce kurulmuş anonim şirketlerin sermayelerini iki yüz elli bin Türk lirasına ve limited şirketlerin sermayelerini ise elli bin Türk lirasına Ticaret Bakanlığı tarafından süre uzatılmadığı takdirde en geç 31.12.2026 tarihine kadar yükseltmeleri gerekmektedir. Anılan düzenlemenin ikinci fıkrasıyla bu yöndeki sermaye artırımına ilişkin prosedür de kolaylaştırılmıştır. Sermayenin TTK’nin 332’nci ve 580’inci maddelerinde öngörülen tutarlara yükseltilmesi için yapılacak genel kurul toplantılarında

⁸⁶ SAĞLAM, *Perdenin Aralanması*, s. 161.

⁸⁷ ULUSOY, s. 383-384; YURDAKUL, Berk Arda: *Şirketlerde Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 81. Aksi yönde bkz. YANLI, s. 116-117; KUŞ, s. 127, 136.

⁸⁸ ÇAMOĞLU, Ersin: “Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2016, Cilt 32, Sayı 2 (Perdenin Kaldırılması), s. 15.

⁸⁹ ÇAMOĞLU, *Alacaklıların Korunması*, s. 127; ESEN, s. 22-23; ÖZTEK / MEMİŞ, s. 207; KERVANKIRAN, s. 465.

⁹⁰ Bu konuda 1995 yılında, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının 1995/1 sayılı Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ’in (13.08.1995 tarihli ve 22373 sayılı Resmî Gazete) I/A-a.ee düzenlemesinde “*Şirket sermayesinin en az 5 milyar TL. olmak üzere şirketin amaç ve konusuyla müteneşip olarak tesbit edilmesi gerekir*” hükmüne yer verilmişti. Söz konusu hükümlerle, sermayenin şirketin amacı ve konusuyla orantılı olması gerektiği kabul edilmiş ve Bakanlığa amacı ve konusuyla orantılı olmayan sermaye ile bir şirketin kurulmasını engelleme yetkisi verilmişti. Ancak söz konusu düzenleme eTTK hükümlerine aykırı olduğu için öğretilerle eleştirilmiş ve 2003/3 sayılı Tebliğ’de benzer bir yetkiye yer verilmemiştir. 1995/1 sayılı Tebliğ’in söz konusu maddesinin eleştirisi için bkz. KENDİGELEN, Abuzer: “Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İçticaret 1995/1 Sayılı “Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”inin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, Cilt 55, Sayı 1-2, s. 315-316. Tebliğ’in üçüncü kişileri koruyucu yönü değerlendirildiğinde adaletli bir çözüm olduğu görüşünde bkz. ULUSOY, s. 385-386. Benzer yönde bkz. ÇAMOĞLU, *Alacaklıların Korunması*, s. 128, dn. 32; GÖGER, s. 117.

⁹¹ Bkz. 25.11.2023 tarihli ve 32380 sayılı Resmî Gazete. Söz konusu kararın yürürlük tarihi, 26.11.2023 tarihli ve 32381 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan düzeltme ile 01.01.2024 olarak belirtilmiştir.

⁹² Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanan duyuruda bu durum “*Sermayesi belirtilen tutarların altında olan mevcut şirketlerimiz bakımından bu aşamada sermaye artırımı yapılması zorunluluğu bulunmamakla birlikte, özkaynak yapılarını güçlendirmeleri bakımından sermayelerini en az anılan tutarlara artırmalarında fayda bulunmaktadır*” şeklinde ifade edilmişti. Bkz. <https://icticaret.ticaret.gov.tr/haberler/anonim-ve-limited-sirketlerde-asgari-sermaye-tutarlari-artirilmistir> (ET: 01.03.2024).

⁹³ 29.05.2024 tarihli ve 32560 sayılı Resmî Gazete.

toplantı nisabının aranmayacağı ve kararların toplantıda mevcut oyların çoğunluğu ile alınacağı belirtilmekle birlikte bu kararlar aleyhine imtiyaz kullanılmayacağı da vurgulanmıştır⁹⁴.

24 Kasım 2023 tarihli ve 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ve bu kararı takip eden 7511 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan asgari sermaye düzenlemelerini, öz kaynak yetersizliği riskini önleme bakımından olumlu bir adım olarak değerlendirmek mümkün ise de mevcut düzenlemelerdeki eksiklikler, yapılan değişikliklerle birlikte hedeflenen amacı gerçekleştirmede kanaatimizce yetersiz kalmaktadır. Nitekim şirketlerin faaliyet konusu ile orantılı sermaye veya malvarlığı bulundurma zorunluluğuna ilişkin bir hükme yer verilmesi nedeniyle ülkemizde sermaye şirketlerinin faaliyet alanlarına yetmeyecek miktarda sermaye ile kurulmasının veya faaliyette bulunmasının önüne geçilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu yönde bir kanuni düzenleme yapılana kadar şirket alacaklılarının korunmasını sağlayabilmek amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, öz kaynak yetersizliği hâlinde de uygulanması gereken bir yol olarak varlığını sürdürmelidir.

b. Öz Kaynak Yetersizliğinden Doğan Sorumluluk

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla ortaklardan hangilerinin sorumluluğunun söz konusu olduğunun tespiti de önem arz etmektedir. Henüz şirketin kuruluşu aşamasındayken öz kaynaklarının yetersiz olduğu şirketi kuran bütün ortaklarca bilinmektedir. Nitekim anonim şirketin esas sözleşmesinde (limited şirketlerde ise şirket sözleşmesinde) zorunlu bir unsur olarak yer alan sermaye miktarı, sözleşmeyi imzalayan kurucular tarafından bilinip kabul edilmektedir. Bu açıdan başlangıçta olan öz kaynak yetersizliği⁹⁵ durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla kurucu ortakların hepsinin sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür⁹⁶. Ancak TTK'nin 549 ve devamı maddelerinde düzenlenen hukuki sorumluluk hükümleri ile şirketin kurucularının sorumluluğuna gidilebileceği hâllerde, istisnai bir yol olan tüzel kişilik perdesinin uygulanmayacağını da belirtmek gerekir.

Bununla birlikte bizim de katıldığımız görüşe göre sonradan oluşan öz kaynak yetersizliği durumunda, şirketin sevk ve idaresi konusunda hiçbir gücü bulunmayan küçük ortaklar, şirketin faaliyetleriyle yetersiz hâle gelen öz kaynak nedeniyle sorumlu tutulmamalı ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ancak şirketin yönetimi hakkında söz sahibi olan ortakların sorumluluğuna gidilmelidir⁹⁷.

Son olarak öz kaynak yetersizliğini bilerek şirketle akdetmiş olduğu sözleşme nedeniyle şirketten alacaklı olan kişinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvuramayacağı kabul edilmelidir⁹⁸. Nitekim böyle bir alacaklının bu yola başvurması, dürüstlük kuralına aykırı niteliktedir ve hakkın açıkça kötüye kullanıldığı bir durumun hukuk düzenince korunması mümkün değildir^{99, 100}. Böyle bir

⁹⁴ Belirtmek gerekir ki sermaye artırımına ilişkin kararlar, anonim şirketlerde esas sözleşmeyi değiştiren nitelik arz ettiği için kural olarak TTK'nin 421'inci maddesinin ilk fıkrasında belirtilen nisaba tâbidir (Bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 08.06.2016, E. 2016/155, K. 2016/6336, Lexpera). Limited şirketlerde ise sermaye artırımına ilişkin kararlar bakımından TTK'nin 621'inci maddesinde özel olarak belirtilen nisap uygulanır (Bkz. TTK m. 621/1-d). Ancak 7511 sayılı Kanun ile sermaye artırımına ilişkin bu genel prosedür kolaylaştırılmış ve TTK'de belirtilen asgari tutarlara ilişkin yapılan sermaye artırımlarında toplantı nisabının aranmayacağı, toplantıda mevcut oyların çoğunluğuyla karar alınacağı belirtilmiştir. Bu durum, yalnızca 01.01.2024 tarihinden önce kurulmuş olup esas sermayesi iki yüz elli bin Türk lirasının altında kalan anonim şirketler ve elli bin Türk lirasının altında kalan limited şirketler ile sınırlı olarak uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu durum dışındaki sermaye artırımına yönelik kararlarda ise anonim şirketlerde kural olarak TTK'nin 421'inci maddesinin ilk fıkrasında, limited şirketlerde TTK'nin 621'inci maddesinde düzenlenen nisaplar uygulanacaktır.

⁹⁵ Öz kaynak yetersizliği, şirketin kuruluşunda mevcut olabileceği gibi şirketin faaliyet döneminde de ortaya çıkabilir. Başlangıçta olan ve sonradan oluşan öz kaynak yetersizliği ayrımı, şirketin kuruluş anıyla ilgilidir. Başlangıçtaki öz kaynak yetersizliği, kuruluş aşamasında şirkette bulunması gereken öz kaynak miktarının yokluğunu ifade etmektedir. Belirtilmesi gerekir ki Kanun'da düzenlenen asgari sermaye şartına uyulmuş olsa da şirketin öz kaynak yetersizliği içinde kurulması mümkündür. Başlangıçtaki öz kaynak yetersizliği, şirketin kurucuları tarafından alacaklıları zarara uğratma amacıyla kötü niyetli şekilde meydana getirilebileceği gibi şirketin başarılı olacağı düşüncesinden hareketle bilinçli biçimde veya öz kaynak miktarında yanılarak bilinçsizce oluşturulabilir. Bkz. YANLI, s. 88-89.

⁹⁶ YANLI, s. 117; ULUSOY, s. 384-385; YÜKSEL, s. 272; OCAKTAN, s. 151; GÖGER, s. 126; KUŞ, s. 126-127, 139; GÖGER, s. 140.

⁹⁷ YANLI, s. 117; OCAKTAN, s. 151; KUŞ, s. 140; GÖGER, s. 140.

⁹⁸ YANLI, s. 116; ULUSOY, s. 385; TOPALOĞLU, s. 2092; KUŞ, s. 128.

⁹⁹ Hakkın kötüye kullanılması hakkında ayrıca bkz. AKYOL, Şener: *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

durumda kişi, önceden var olan bir haksızlığa kendi çıkarını elde ettikten sonra karşı çıkmakta ve önceki davranışıyla çelişkili davranmaktadır¹⁰¹. Ancak alacaklının öz kaynak yetersizliği hâlini bildiğine ilişkin ispat yükü, ortaklara ait olmalıdır¹⁰². Bu durumda şirket ortaklarının, kendilerini güvence altına alabilmesi, şirketin mali yapısı hakkında üçüncü kişilerin bilgi edinme imkânlarının artırılmasıyla mümkündür. Sermaye şirketlerinde şeffaflık ve kamuyu aydınlatma ilkelerine ilişkin hükümlere ağırlık verilmesi hâlinde, şirketle sözleşme ilişkisine giren alacaklıların öz kaynak yetersizliği nedeniyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını talep etmeleri zorlaşacaktır¹⁰³.

c. Tek Ortaklı Şirketlerde Öz Kaynak Yetersizliği

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının esasen şirketin ortak sayısı bakımından bir önemi bulunmamaktadır¹⁰⁴. Gerçekten de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna, tek ortaklı şirketlerde de çok ortaklı şirketlerde de başvurulabilmektedir. Bununla birlikte tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının kabul edildiği malvarlıklarının veya alanların birbirine karışması ve yabancı yönetim hâlleri bakımından tek ortaklı şirketler, ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim ortak sayısının tekliği, malvarlıklarının veya alanların birbirine karışması ve yabancı yönetim hâllerinin kolayca meydana gelmesine sebep olabilir¹⁰⁵. Öz kaynak yetersizliği hâlinde ise tek ortaklı şirketlerde de çok ortaklı şirketlerde olduğu gibi öz kaynak yetersizliği tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirmemektedir¹⁰⁶. Yine de tek ortağın şirketi yeterli bir öz kaynak ile kurduğunu ve şirketin faaliyeti sırasında da yeterli öz kaynağının bulunduğunu ispat edemediği hâllerde ortağı sınırlı sorumluluk ilkesinden yararlandırmamanın, tek ortaklı şirketlerin kötüye kullanımını engelleyebileceğini düşünmekteyiz¹⁰⁷. Nitekim tek ortaklı şirketler ile hukuki ilişkilere giren alacaklıların üstlendiği risk, diğer şirketler ile kıyaslandığında tek ortaklı şirketlerin yapısı gereği daha yüksektir¹⁰⁸. Tek ortaklı şirketlere ilişkin daha yüksek asgari sermaye miktarı gibi alacaklıları koruyan ek kanuni düzenlemeler¹⁰⁹ yapılmadığı sürece tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi alternatif yollar hakkaniyetin sağlanmasına yardımcı olacaktır.

¹⁰⁰ KUŞ, s. 128, 139. Ancak yazar, TMK'nin 2'nci maddesine aykırılığı, tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etmesini düzenleyen TTK'nin 18'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmünün ihlâline dayandırmıştır. Şirket ile hukuki ilişkiye giren her şirket alacaklısının tacir sıfatını haiz olduğundan bahsedilemeyeceği gibi tacir sıfatını haiz olmayan alacaklının, tacir olmanın sonuçlarından biri olan basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bu açıdan bu görüşe katılmasak da tacir sıfatını haiz olmayan bir alacaklının, şirketin öz kaynak yetersizliğini bilmesi hâlinde tüzel kişilik perdesinin aralanması yoluna başvuramayacağı kabul edilmelidir. Nitekim böyle bir durumda alacaklının riski bilerek üstlenmesi söz konusu olup riskin ortaya çıkması hâlinde ortakların sorumluluğuna başvurulması, TMK'nin 2'nci maddesine açıkça aykırıdır. Yargıtay, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını talep edildiği bir olayda "ihtilaf konusu sözleşme kapsamındaki ilk üç taşımanın da bu şirket tarafından gerçekleştirildiği, bunun dışında davacı kurumun, serbest iradesi ile uyumsuzluk konusu sözleşmeyi imzaladığı, davacının basiretli bir tacirin göstermesi gereken özen yükümlülüğüne tabi bulunduğu" gerekçesiyle davanın reddine ilişkin kararı onamıştır. Bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 12.09.2014, E. 2013/8411, K. 2014/13676 (Lexpera).

¹⁰¹ AKYOL, s. 66 vd.

¹⁰² YANLI, s. 116; KUŞ, s. 128.

¹⁰³ İYİĞÜN, Serdar: "Şirketler Topluluğu ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması İlkesi", *Legal Hukuk Dergisi*, 2015, Cilt 13, Sayı 145, s. 129. Ayrıca bkz. TOPALOĞLU, s. 2092. Şeffaflık ve kamuyu aydınlatma ilkelerine ağırlık veren Amerika Birleşik Devletleri'nde öz kaynak yetersizliğinin haksız fiil davalarında çoğunlukla uygulandığı vurgulanmaktadır. Bkz. KÜTÜKÇÜ, s. 112 vd.

¹⁰⁴ İYİĞÜN, s. 127; KÜTÜKÇÜ, s. 105-106; AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 210. Ayrıca bkz. Yargıtay, 23. HD, T. 27.02.2019, E. 2016/3472, K. 2019/745 ve Yargıtay, 23. HD, T. 23.12.2015, E. 2014/10384 K. 2015/8391 kararlarının karşı oy yazısı (Lexpera). Filipinler hukukunda da *Revised Corporation Code*, Sec. 130'da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulamasının tek ortaklı şirkette de diğer şirketlerle aynı derecede geçerli olduğu belirtilmiştir. https://www.sec.gov.ph/wp-content/uploads/2019/11/2019Legislation_RA-11232-REVISED-CORPORATION-CODE-2019.pdf (ET: 16.03.2024).

¹⁰⁵ SAĞLAM, *Örtünün Aralanması*, s. 47-48. Ayrıca bkz. AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 210.

¹⁰⁶ Yeni tarihli bir kararda "davalı şirketin sermayesinin 2016 yılına kadar yeterli olduğu bu tarihten sonra yetersiz hale geldiği, bunun sebeplerinin davalı şirketin pazarını koruyamamasından, üretimin talep görmemesinden vb. sebeplerden kaynaklandığı, yine davalının borçlardan kurtulmak için şirketin arkasına saklandığına dair bir tespitin de bulunmadığı, dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin aralanması şartlarının oluşmadığı" belirtilmiştir. Bkz. Sakarya Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 07.03.2023, E. 2021/507, K. 2023/156 (Lexpera).

¹⁰⁷ Benzer olarak Filipinler hukukunda, kanunen, tek ortağın sınırlı sorumluluk ilkesinden yararlanabilmesi için şirketin yeterli şekilde finanse edildiğini gösterme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bkz. *Revised Corporation Code*, Sec. 130.

¹⁰⁸ GÜRBÜZ USLUEL, s. 35.

¹⁰⁹ Ancak haklı olarak ifade edilmelidir ki; bu tür kanuni düzenlemeler, tek ortaklı şirketlerin tercih edilebilirliği olumsuz yönde etkileyebilir veya saman adamlar yardımıyla çok ortaklı şirket kurmaya yönelebilir. Bkz. AYDOĞAN, *Tek Kişi*, s. 58. Öğretide bir görüş tarafından da ekonomi ve sosyal refah için etkili olan tek ortaklı şirketlerin kurulmasını kısıtlayan kanuni düzenlemelere yer verilmemesi gerektiği savunulmaktadır. bkz. GÜRBÜZ USLUEL, s. 37.

B. Malvarlıklarının ve Alanların Birbirine Karışması

1. Malvarlıklarının Birbirine Karışması

a. Genel Olarak

Tüzel kişinin ayrı ve bağımsız bir kişiliğinin olmasını ifade eden ayrılık ilkesinin bir sonucu olarak sermaye şirketleri, bağımsız bir hukuk süjesi olarak ortakların getirdiği ve artık tamamen şirkete ait olan malvarlığı değerlerine bizzat kendisi sahiptir¹¹⁰. Sınırlı sorumluluk ilkesinin uygulanabilirliği, şirket malvarlığının ortakların malvarlığından fiilen bağımsız olmasına bağlıdır¹¹¹. Aksi takdirde; şirket ile ortağın malvarlıklarının ayrı ve ayırt edilebilir olmadığı durumlarda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak ortağın sorumluluğuna gidilmesi gündeme gelir. Daha açık bir ifadeyle böyle bir durumda sınırlı sorumluluk ilkesi uygulama alanı bulmaz ve şirket ortağı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla şirketin işlemlerinden sorumlu hâle getirilir. Öğretide, ayrılık ilkesinin ihlâl edildiği bu durum, “malvarlıkların birbirine karışması” şeklinde ifade edilmektedir¹¹².

Malvarlıklarının birbirine karıştığı hâlin tespiti, çoğu zaman, şirketin tuttuğu ticari defterlerde yer alan kayıtlara bakılarak yapılmaktadır¹¹³. Örneğin malvarlığını oluşturan değerlerin ticari defterlerde tam ve açık şekilde belirtilmemesi, defterlerin usulüne uygun ve kolay anlaşılabilir şekilde tutulmamış olması, sözleşmeye yönelik ifayı gerçekleştiren şirket ile faturayı kesen şirketin farklı şirketler olması¹¹⁴, ortak ile şirketin ticari defterlerinin müşterek şekilde tutulması¹¹⁵ ya da şirket ile şirket ortaklarının veya hâkim şirket ile bağlı şirketlerin malvarlıkları arasındaki sınırın kesin bir şekilde ayrılmadığı durumlarda malvarlıklarının birbirine karışmasından söz edilebilir¹¹⁶. Benzer şekilde şirkete ait bilançoda çeşitli muhasebe hileleriyle veya hileli başkaca işlemlerle malvarlığı değerlerinin hem şirkete hem de ortağa aitmiş gibi gösterildiği durumlarda da malvarlığının birbirine karıştığı kabul edilir¹¹⁷. Yine özel harcamaların şirkete ait banka hesabından yapılması¹¹⁸ veya şirketin envanterine kayıtlı olan değerli eşyanın ortağın kendi özel villasında kullanılması da malvarlıklarının birbirine karıştığını gösterir¹¹⁹. Ancak örneğin, hâkim şirketin bağlı şirketlerden birine kredi vermesi veya bir taşınmazını bağlı şirketin borçlarına teminat olarak göstermesi hâllerinde malvarlıklarının birbirine karışmasından bah-

¹¹⁰ ARKAN, s. 139. Belirtmek gerekir ki şirketin tasfiyesi hâlinde bile ortakların, getirdikleri sermaye payını geri istemeleri mümkün değildir. Tasfiye hâlinde ortaklar tarafından ancak tasfiye payı talep edilebilmektedir. Bkz. ÖZTEK / MEMİŞ, s. 205.

¹¹¹ YANLI, s. 237; SAĞLAM, *Perdenin Aralanması*, s. 158. Benzer yönde bkz. ULUSOY, s. 380; GÜRBÜZ USLU, s. 36.

¹¹² YANLI, s. 237; TOPALOĞLU, s. 2092; TEKİNALP / TEKİNALP, s. 396; PULAŞLI, § 7, N. 48.

¹¹³ Yargıtay da malvarlıklarının birbirine karışması nedeniyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin kararlarında ticari defterlerin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Örneğin bir kararda; “Somut olayda davacı, alacağını borçlu şirketten alamadığına ve davacı tarafından, borçlu şirket ile davalıların organizasyonları ile malvarlıklarının birbirine karıştığı da iddia edildiğine göre, davalı tarafa ait ticari defterlerin de incelenmesi suretiyle borçlu ile davalıların malvarlıklarının karışıp karışmadığı, tüzel kişiliğin perdesinin kaldırılarak davalıların, dava dışı ...İnş. San. Tic. Ltd. Şti.’nin borcundan sorumlu tutulup tutulamayacağına değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış (..)” şeklinde belirtilmiştir. Bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 19.03.2018, E. 2016/9387, K. 2018/2071 (Legalbank). Başka bir kararda ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilmesinde davalının kestiği faturalardan birinin şirketin defterine kaydedildiğinin gözetilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Yargıtay, 19. HD, T. 25.03.2008, E. 2007/9269, K. 2008/2932 (Lexpera).

¹¹⁴ GÜL, Hilal: “Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 91, Sayı 6, s. 212.

¹¹⁵ TEKİNALP / TEKİNALP, s. 396; ŞAHİN, Ayşe: “Yargı Kararlarında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Yoluyla İlişkili Şirketin Sorumlu Kılınması”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2022, Cilt 20, Sayı 233, s. 1645.

¹¹⁶ YANLI, s. 239; TOPALOĞLU, s. 2092. Ayrıca bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 30.03.2015, E. 2014/15725, K. 2015/4381 sayılı kararın karşı oyu (Lexpera).

¹¹⁷ DURAL, s. 105.

¹¹⁸ KAPLAN, İbrahim: “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 25, Sayı 4, s. 44.

¹¹⁹ ULUSOY, s. 379; KESİK CANBULUT, Büşra: “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 18, Sayı 212, s. 3708. Yargıtay’ın bir kararının karşı oyunda da “davalıların aldıkları malların defter kayıtlarında olmadığı, davalıların şirket adına aldıkları ürünleri haricen sattıkları, satış bedellerini şahsi işlerinde kullandıkları” ifadelerine yer vererek böyle bir durumda tüzel kişi ile ortakların malvarlıklarının ve organizasyonlarının birbirine karıştığının kabul edilmesi ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 30.03.2015, E. 2014/15725, K. 2015/4381 sayılı kararın karşı oyu (Lexpera).

sedilemez. Aksine böyle bir durumda bağlı şirketin alacaklılarına karşı hâkim şirketin sorumlu kılınması söz konusudur¹²⁰.

Malvarlıklarının birbirine karışmasının ortak ile şirket arasında meydana geldiği durumlara örnek olarak şirkete ait aracın ortağa karşılıksız bir şekilde kullanılması veya düşük bir bedelle kiralanması, şirketin malvarlığından ortaklara kontrolsüz şekilde yapılan aktarımlar ya da malvarlığının kayıt dışı şekilde ortağa faydalandırılması hâlleri gösterilmektedir¹²¹. Dikkat edilmelidir ki, örneğin, ortaklar tarafından şirket malvarlığı değerlerinin rayiç bedelle satın alındığı veya kiralandığı, şirketin defter ve kayıtlarından anlaşılabilir ise malvarlığının birbirine karıştığından söz edilemez¹²². Nitekim ticari hayatta ayrı ve bağımsız bir hukuk süjesi olarak var olan şirketin diğer kişilerle yaptığı hukuki işlemler ne kadar olağansa ortakla yapılan hukuki işlemler de olağan karşılanmalıdır. Malvarlıklarının birbirine karışması hâlinde söz edilemeyecek bir diğer örnek de ortağın şirkete karşı TTK'nin 358'inci maddesinde belirtilen borçlanma yasağına aykırı olmayan nakit borçlanması durumudur¹²³.

Malvarlıklarının birbirine karışması, birbirinden bağımsız iki şirketin¹²⁴ veya bağlı (kardeş) şirketler¹²⁵ arasında da gündeme gelebilir. Yargıtay da aynı gruba bağlı iki şirketin söz konusu olduğu bir kararında, şirketlerden birinin kestiği faturanın diğerinin ticari defterine yazılmış olduğu ve kurucuları ile yöneticilerinin aynı kişilerden oluştuğu göz önünde tutulduğunda organik bağ nedeniyle özdeşleşmenin saptanması hâlinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilebileceğini belirtmiştir¹²⁶.

b. Malvarlıklarının Birbirine Karışması Nedeniyle Perdenin Kaldırılması ve Ortağın Sorumlu Tutulması

Malvarlıklarının birbirine karışması hâlinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiği öğretide genel kabul görmektedir¹²⁷. Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak ortağın sorumluluğuna gidilmesi için malvarlıklarının birbirine karışması hâli, tek başına yeterli bir sebep olarak görülmemektedir¹²⁸. Ortağın sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle ortağın, karışmaya sebep olabilecek şekilde şirket üzerinde etki ve hâkimiyetinin bulunması gerekmektedir¹²⁹. Bununla birlikte malvarlıklarının karıştığı hâllerde, ortağın sorumlu tutulabilmesi için bu durumun ortaya çıkmasında kusurunun bulunması da gerekmektedir¹³⁰.

¹²⁰ YANLI, s. 239.

¹²¹ YANLI, s. 240; YÜKSEL, s. 274.

¹²² YANLI, s. 239; GÖGER, s. 135.

¹²³ ŞAHİN, s. 1644-1645, dn. 160.

¹²⁴ GÖGER, s. 137. Benzer yönde bkz. BAHTİYAR, s. 12.

¹²⁵ YANLI, s. 241. Ayrıca bkz. ÖZTEK / MEMİŞ, s. 208-209.

¹²⁶ Yargıtay, 19. HD, T. 25.03.2008, E. 2007/9269, K. 2008/2932 (Lexpera).

¹²⁷ GÖGER, s. 132; SAĞLAM, *Perdenin Aralanması*, s. 158; KESİK CANBULUT, s. 3708; YANLI, s. 237; ÇAMOĞLU, *Perdenin Kaldırılması*, s. 14-15; POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, N. 122b; BAHTİYAR, s. 12-13. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, T. 11.12.2017, E. 2016/5148, K. 2017/7084 (Lexpera). Öz kaynak yetersizliği hâlinde çekinceli bir tutum sergileyen Alman Federal Mahkemesi tarafından malvarlıklarının birbirine karışması hâlinde ise çoğu zaman tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidildiği görülmektedir. Bkz. TAN / WANG / HOFMANN, s. 180 vd., özellikle 185.

¹²⁸ GÖGER, s. 134-135. Benzer yönde; Alman Federal Mahkemesi, bir kararında malvarlıklarının birbirine karışması hâlinde ortağın sorumlu tutulabilmesi için aynı zamanda dürüstlük kuralına veya ahlâka aykırılık oluşturan sübjektif bir unsurun da bulunması gerektiğini belirtmiştir. Karar için bkz. YANLI, s. 243-244.

¹²⁹ ULUSOY, s. 379; GÜNAY, Sena Nur: *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, s. 152. Benzer yönde Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. YANLI, s. 244-245, dn. 1079. Dikkat edilmelidir ki etki ve hâkimiyet, yalnızca payların çoğunluğuna sahip ortağa ait olmayabilir. Örneğin genel kurulda diğer ortakların desteğine sahip olan azınlıkta kalan ortak da etki ve hâkimiyeti elinde bulundurabilir. Daha açık bir ifadeyle malvarlıklarının birbirine karışmasına sebep olabilecek etki ve hâkimiyete sahip ortağın azınlık ortak olması da mümkündür. Azınlık olmasına rağmen etki ve hâkimiyetin kullanılarak şirket yöneticilerine işlem yaptırılması durumunda da işlemi yaptıran ve hâkimiyeti elinde bulunduran ortağın sorumluluğuna gidilmelidir. Şirket üzerinde etki ve hâkimiyeti bulunmayan bir ortak, malvarlıklarının birbirine karışmasına sebep olamayacağı gibi bundan dolayı sorumlu da tutulamaz. Bkz. YANLI, s. 245; ULUSOY, s. 379.

¹³⁰ İtalyan hukukunda ise benzer yönde bkz. SPERANZIN, s. 165-166. Kusur, engel olması gerekirken engel olmaması şeklinde ihmali bir davranışla da söz konusu olabilir. Bkz. DURAL, s. 105; GÖGER, s. 135.

Malvarlıklarının birbirine karışması nedeniyle ortağın sorumlu tutulması, öğretide farklı gerekçelere dayandırılarak kabul edilmiştir. Bir görüşe göre bu durumda, hukuki yapının kötüye kullanılması söz konusuysa diğer görüşe göre ise çelişkili davranış yasağı sebebiyle tüzel kişilik perdesi kaldırılır¹³¹. Çelişkili davranış yasağı görüşünü savunanlara göre ayrılık ilkesine kendisi uymayan bir ortağın, şahsî sorumluluktan kurtulmak için şirket alacaklılarına karşı mal ayrılığını ileri sürmesi birbiri ile çelişen iki davranıştır¹³². Öğretide yer alan diğer bir görüşe göre ise ortağın ayrılık ilkesine aykırı davranması hâlinde sınırlı sorumluluk ilkesi gereğince sorumlu tutulmayacağını öne sürmesi dürüstlük kuralına aykırı olup hakkın kötüye kullanılmasına neden olur. Bu hâlde hakkın kötüye kullanılmasının hukuk düzenince tanınması mümkün olmayacağı için sınırlı sorumluluk ilkesinin uygulanması da söz konusu olmaz¹³³.

c. Tek Ortaklı Şirketlerde Malvarlıklarının Karışması

Malvarlıklarının birbirine karışması için belirtildiği gibi, karışmaya sebep olabilecek şekilde şirket üzerinde etki ve hâkimiyetin bulunmasını gerektirmektedir. Bu açıdan tek kişi şirketlerde, kontrol sahibi tek ortak tarafından malvarlıklarının birbirine karışması diğer şirketlere göre görece kolay olduğundan tüzel kişiliğin kötüye kullanılması amacıyla sıklıkla başvurulmuş bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır¹³⁴. Tek kişiden oluşan şirkette, şirketin malvarlığı ile tek ortağın malvarlığının karışmaması için malvarlığı değerlerinin kesin bir biçimde birbirinden ayrılması ve ortağın şirket malvarlığını kendi çıkarları doğrultusunda kullanmaması gerekmektedir¹³⁵. Tek kişi ortağın söz konusu yükümü, ayrılık ilkesinin doğal bir sonucudur. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk ilkesinden yararlanmak isteyen kişi, malvarlıklarının ayrılığına dikkat etmelidir. Aksi takdirde tek kişi ortak, ayrılık ilkesinin arkasına saklanamaz ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla şirketin borçlarından sorumlu hâle gelir¹³⁶. Tek ortak ile şirketin malvarlıklarının karışmasını önlemek amacıyla düzenlenen TTK'nin hükümlerine aykırılık hâlinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla ortağın sorumlu kılınması söz konusudur¹³⁷.

Malvarlıklarının ortak lehine olacak şekilde birbirine karıştığı durumlarda ortağın kişisel alacaklıları bu artıştan yararlanırken şirket alacaklılarının zarar görmesi hakkaniyete aykırı olacaktır¹³⁸. Tam tersi durumda ortağın, kişisel alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla kendi malvarlığını, şirketin malvarlığı gibi göstermesi de şirket alacaklılarının lehine ortağın kişisel alacaklılarının aleyhinedir. İlk durumda şirket alacaklıları, ortağın sorumluluğuna; ikinci durumda ise ortağın kişisel alacaklıları, şirketin malvarlığına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla başvurabilir. Bu yöndeki kabul, şirket alacaklıları ile ortağın kişisel alacaklıları arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasına da uygundur¹³⁹.

Şirket ile tek ortağın malvarlıklarının birbirine karışması, özellikle ortağın kendi ticari işletmesinin de bulunduğu hâllerde kendisinin ve şirketin ticari defterlerinin ayrı ayrı veya anlaşılabilir şekilde tutulmamış olması, şirket ve ortağın aynı malvarlığı değerleri üzerinden işlemler gerçekleştirmesi durumlarında meydana gelmektedir¹⁴⁰. Öğretide, tek ortaklı şirketlerde malvarlıklarının birbirine karış-

¹³¹ Öğretide yer alan diğer görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, s. 241 vd.; ESEN, s. 36-38.

¹³² TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, 27-14, s. 781. Ayrıca bkz. YANLI, s. 243.

¹³³ YANLI, s. 245-246; KUŞ, s. 146; ARKAN, s. 140. Benzer yönde ayrıca bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 19.03.2018, E. 2016/9387, K. 2018/2071 (Legalbank).

¹³⁴ TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 27-14; ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 198; OCAKTAN, s. 129; GÖGER, s. 193-194. Benzer yönde bkz. GÜNER, s. 160.

¹³⁵ PULAŞLI, § 27, N. 10.

¹³⁶ PULAŞLI, § 27, N. 10; OCAKTAN, s. 128.

¹³⁷ TTK'nin anonim şirketlere yönelik 338/2, 371/6 ve 408/3, limited şirketlere yönelik 574/2, 616/3 ve 629/2 hükümleri, malvarlıklarının karışmasını önlemek amacıyla düzenlenmiştir. TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 27-13; DEVELİ AYVERDİ / ALBAYRAK CEYLAN, s. 53.

¹³⁸ ÇAMOĞLU, *Alacaklıların Korunması*, s. 113-114.

¹³⁹ ÇAMOĞLU, *Alacaklıların Korunması*, s. 116-117; OCAKTAN, s. 129.

¹⁴⁰ YANLI, s. 238. Ayrıca bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 199, 201.

ması hâlinde, ortağın sorumluluğuna tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla gidilebilmesi için ortağa isnat edilebilir kusurun bulunmasının gerekli olduğu belirtilmektedir¹⁴¹.

2. Alanların Birbirine Karışması

a. Genel Olarak

Öğretideki bazı yazarlara göre malvarlığının karışması, alanların karışması hâlinin alt başlıklarından birini oluşturmakta ve alanların karışması, malvarlığının ve organizasyonların birbirine karışması olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁴². Ancak öğretilerde malvarlıklarının birbirine karışması ve alanların birbirine karışması hâllerini iki ana başlık olarak ayrı ayrı inceleyenler de bulunmaktadır¹⁴³. Biz de bu ayrımı kabul ederek “organizasyonların karışması¹⁴⁴”, “şirket formalitelerine dikkat edilmemesi”¹⁴⁵ “süjelerin birbirine karışması”¹⁴⁶ veya “ortağın şirket tüzel kişiliği ile özdeşleşmesi”¹⁴⁷ anlamına gelebilecek şekilde “alanların birbirine karışması” kavramını tercih etmekteyiz.

Alanların birbirine karışması, şirket ile ortaklarının ayrı kişiliklerinin bulunduğu, şirketin organizasyonundan veya üçüncü kişilere karşı görünüşünden anlaşılmasını ifade etmektedir¹⁴⁸. Malvarlıklarının birbirine karışmasında olduğu gibi alanların birbirine karışması hâlinde de ayrılık ve sıralı sorumluluk ilkelerinin kötüye kullanılması söz konusudur¹⁴⁹.

Özellikle şirket ortağının bireysel olarak da ticari faaliyetlerde bulunması hâlinde, kendi işletmesine ilişkin bir iş olmasına rağmen şirket adına hareket ediyormuş izlenimi vermesi veya şirket ile kendi işletmesi arasında bir ayrım yokmuş gibi üçüncü kişilerle işlem yapması durumunda alanların birbirine karıştığı kabul edilmektedir¹⁵⁰. Ortağın ayrıca ve bağımsız olarak ticari faaliyetlerde bulunduğu durumlarda, üçüncü kişi tarafından şirketle mi yoksa ortağın kendisiyle mi hukuki ilişkiye girdiğinin açıkça anlaşılabilir olması gerekmektedir¹⁵¹. Örneğin ortağın şirketinkine benzer ticaret unvanı kullanması, aynı alanda faaliyet göstermesi, aynı amblemi ya da antetli kâğıdı kullanması¹⁵² veya şirket ile aynı iletişim ve adres bilgilerine sahip olması durumlarında şirket ile ortağın üçüncü kişiler nezdinde iki ayrı kişiliğinin bulunduğu açıklıkla ortaya konmadığı kabul edilmektedir¹⁵³.

Aynı işverene ait iki farklı şirketin söz konusu olduğu durumlarda da alanların birbirine karışması gündeme gelebilir¹⁵⁴. Bu açıdan sadece ortak ve şirket arasında değil, iki şirket arasında da alanların

¹⁴¹ GÖGER, s. 194. Benzer yönde ayrıca bkz. İstanbul 14. ATM, T. 01.06.2023, E. 2014/1201, K. 2023/445 (Lexpera).

¹⁴² ÖZTEK / MEMİŞ, s. 205; ÖZKURT, s. 43; KERVANKIRAN, s. 464; İYİĞÜN, s. 129; ALKANAT, Saadet Ece: *Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi*, Platon Plus Yayınları, İstanbul, 2022, s. 83.

¹⁴³ YANLI, s. 246; YURDAKUL, s. 84; GÖGER, s. 132; YÜKSEL, s. 274; ESEN, s. 33; BAHTİYAR, s. 12-14.

¹⁴⁴ KERVANKIRAN, s. 465; ALKANAT, s. 90. Ayrıca bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 30.03.2015, E. 2014/15725, K. 2015/4381 sayılı kararın karşı oyu (Lexpera).

¹⁴⁵ TOPALOĞLU, s. 2093.

¹⁴⁶ ESEN, s. 38.

¹⁴⁷ ULUSOY, s. 377; ÇAMOĞLU, *Perdenin Kaldırılması*, s. 15; DOĞAN, Özgür: “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *Konya Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 1, Sayı 1, s. 43.

¹⁴⁸ YANLI, s. 246; BAHTİYAR, s. 13; ŞAHİN, s. 1649. Alanların birbirine karışması durumuna örnek olarak öğretilerde; birden çok şirketin kurucusu ve yöneticisi olan bir gerçek kişinin tacir olduğunu kabul ederek iflasına ilişkin verilen Yargıtay kararı örnek olarak gösterilmektedir. Her ne kadar kararda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ismen zikredilmese de söz konusu kararın alanların birbirine karışmasına örnek teşkil ettiği belirtilmektedir. Bkz. Yargıtay, 19. HD, T. 02.11.2000, E. 2000/5828, K. 2000/7383 (Lexpera). SAĞLAM, *Perdenin Aralanması*, s. 158. Karara ilişkin ayrıca bkz. POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, N. 123a.

¹⁴⁹ ÖZTEK / MEMİŞ, s. 205; KERVANKIRAN, s. 464.

¹⁵⁰ GÖGER, s. 138-139. Ayrıca bkz. ŞAHİN, s. 1649-1650.

¹⁵¹ YANLI, s. 246; ESEN, s. 38-39; BAHTİYAR, s. 13.

¹⁵² ULUSOY, s. 379. Benzer yönde bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 18.06.1998, E. 1998/8721, K. 1998/10489 (YANLI, s. 36).

¹⁵³ YANLI, s. 246; YÜKSEL, s. 274-275; TOPALOĞLU, s. 2093; BAHTİYAR, s. 13. Ayrıca bkz. TAN / WANG / HOFMANN, s. 180-181.

¹⁵⁴ ULUSOY, s. 378. Ancak yazarın sözünü ettiği Yargıtay kararında tüzel kişilik perdesi kaldırılması uygulanmadığı gibi farklı iki şirketin bulunduğu kabul edilmiştir. Bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 14.04.1998, E. 1998/6757, K. 1998/6771. Kararın eleştirisi için ayrıca bkz. ODA-

birbirine karışması mümkündür. Birbiriyle ilişkili iki şirketin yöneticilerinin aynı olması, aynı personel veya muhasebecinin çalışması, aynı kişiler tarafından temsil edilmesi, benzer ticaret unvanına sahip olmaları gibi durumlarda üçüncü kişinin hangi şirketle işlem yaptığını tam olarak bilememesi hâlinde alanların karışması sebebiyle ilişkili şirketin sorumluluğuna gidilebilir¹⁵⁵. İşçinin aralarında organik bağ bulunan ve aynı adreste faaliyet gösteren birden fazla şirkette istihdamına ilişkin Yargıtay kararlarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁶. Yine benzer şekilde hâkim şirketin üçüncü kişiyle yapılan bir işlemde bağlı şirketlerden biriyle birlikte hareket etmiş görünüşü yaratması durumunda da alanların birbirine karıştığından bahsedilebilir¹⁵⁷. Alanların birbirine karışması durumunda ortak veya bir şirket, özdeş olduğu görünümü yarattığı diğer bir şirketle aynı kişiymiş gibi hareket etmekte ve işlem yaparken tüzel kişilik perdesini kendisi kaldırmakta ancak sorumluluk durumunda perdenin arkasına sığınmaktadır¹⁵⁸.

Malvarlıklarının birbirine karışmasından farklı olarak alanların birbirine karışması hâlinde ortağın şirket üzerinde etki ve hâkimiyetinin bulunup bulunmadığı önemli değildir¹⁵⁹. Bu açıdan üçüncü kişinin, ortağın sorumlu olduğuna inanarak hareket etmesinin, alanların birbirine karışması için yeterli olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁰. Bununla birlikte görünüşte yaratılan sahte gerçekliğin süreklilik arz etmesinin şart olmadığı da belirtilmelidir¹⁶¹.

b. Alanların Birbirine Karışmasından Doğan Sorumluluk

Alanların birbirine karışması hâlinde sorumluluğun sebeplerine ilişkin öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre alanların birbirine karışması hâlinde de malvarlıklarının birbirine karışması gibi doğrudan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ortağın sorumluluğuna gidilmesi mümkündür¹⁶².

Öğretide çoğunluğa göre ise ortağın sorumluluğuna gidilmesi “*hukuki görünüşe güven ilkesinden*” kaynaklanmaktadır¹⁶³. Buna göre üçüncü kişilere karşı yaratılan hukuki görünüş korunmalı ve bu gö-

MAN, Serkan: “Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Aynı İşverenin İşyerlerinde Aralıklı Çalışması Durumunda Kıdem Tazminatının Hesaplanması”, *Kamu-İş Dergisi*, 2000, Cilt 5, Sayı 4, s. 154-155. Yargıtay daha yeni tarihli bir kararında ise bir şirketin borçlarından dolayı tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle hâkim ortaklarının aynı olduğu benzer diğer şirketi sorumlu tutmuştur. Yargıtay, 19. HD, T. 24.03.2015, E. 2014/7181, K. 2015/4144 (Lexpera). Kararın karşı oyunda ise çoğunluk tarafından kabul edilen görüşün ikinci şirketin alacaklılarının zararına olduğu belirtilerek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla ancak sorumlu şirketin hâkim ortaklarının sorumluluğuna gidilebileceği ve söz konusu ortakların hâkim ortak olduğu başka bir şirketin sorumluluğuna gitmenin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Kanaatimizce, sadece hâkim ortakların aynı olması sorumluluğa işaret etmese de iki şirket arasında bir bütünlük veya özdeşlik söz konusuysa tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla diğer şirketin sorumlu tutulması gerekmektedir. Yargıtay kararının gerekçesinde de gerek şirket tarafından düzenlenen belgelerden gerekse internet sitesinden anlaşıldığı üzere iki şirket arasında bir özdeşliğin söz konusu olduğu ifade edilmektedir.

¹⁵⁵ TOPALOĞLU, s. 2093; ŞAHİN, s. 1651. Yargıtay, HGK, T. 01.07.2020, E. 2019/808, K. 2020/504 (Lexpera). Ancak dikkat edilmelidir ki Yargıtay uygulamasında salt yöneticilerin veya ortakların aynı olmasından kaynaklı olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilemeyeceği vurgulanmaktadır. Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 12.09.2014, E. 2013/8411, K. 2014/1367. Benzer yönde bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 01.04.2021, E. 2020/6865, K. 2021/3225 (Lexpera). Yine benzer başka bir kararda da iki şirketin ortaklarından bazılarının müşterek olması, merkezlerinin aynı olması ve internet sitelerinde karşılıklı olarak grup şirket olduklarını ilan etmeleri tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli görülmemiş; faaliyet konularının benzer olmadığı ve mevcudu eksiltme yönünde kötü niyetli ya da dürüstlük kuralına aykırı herhangi bir işlem yapmış olduklarının ispatlanamadığı belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir. Bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 17.01.2024, E. 2023/1317, K. 2024/366 (UYAP).

¹⁵⁶ “Bu durumların söz konusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin aralanması sureti ile gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır. Organik bağ ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır.” Yargıtay, 9. HD, T. 13.04.2015, E. 2015/0375, K. 2015/13938. Benzer yönde ayrıca bkz. Yargıtay, 22. HD, T. 05.12.2015, E. 2015/2043, K. 2015/3837 (Lexpera).

¹⁵⁷ ESEN, s. 39. Ayrıca bkz. KÜTÜKÇÜ, s. 118; HARSA, Tulu: *Şirketler Topluluklarında Tek Elden Yönetim ve Hakim Şirketin Tek Elden Yönetimden Kaynaklanan Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 197.

¹⁵⁸ ULUSOY, s. 377. Ayrıca bkz. Yargıtay, HGK, T. 09.06.2020, E. 2020/94, K. 2020/358, (Lexpera).

¹⁵⁹ YURDAKUL, s. 88; GÜNAY, s. 157; KUŞ, s. 148.

¹⁶⁰ YÜKSEL, s. 275.

¹⁶¹ GÜNAY, s. 157.

¹⁶² ULUSOY, s. 377.

¹⁶³ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. YANLI, s. 248-249, dn. 1090 vd. Benzer yönde ayrıca bkz. ESEN, s. 40; ÖZTEK / MEMİŞ, s. 206; TAN / WANG / HOFMANN, s. 181; TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 27-15.

rünüşe aykırı olarak artık iki ayrı kişinin varlığının bulunduğu savunulmamalıdır¹⁶⁴. Üçüncü kişi konumunda olan alacaklıların, yaratılan bu görünüşe inanarak hareket etmeleri şarttır¹⁶⁵. Hukuki görünüş ilkesinden doğan sorumluluk, özel bir sorumluluk nedeni olarak ele alındığı için burada artık “gerçek anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması”¹⁶⁶ söz konusu değildir¹⁶⁷. Benzer şekilde öğretide alanların karışmasına yol açan birçok durumda, şirketler topluluğuna ilişkin hükümler arasında yer alan ve hâkim şirketin güvenden doğan sorumluluğunu¹⁶⁸ düzenleyen TTK’nin 209’uncu maddesinin uygulama alanı bulabileceği belirtilerek söz konusu madde kapsamına giren hâllerde artık tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilmesinin mümkün olmayacağı ifade edilmektedir¹⁶⁹. Nitekim ayrı ve özel bir hükmün bulunduğu hâllerde kanun koyucu tarafından yapılan düzenleme, uygulama alanı bulur ve bu noktada tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi uygulama ile ortaya çıkan alternatif imkânlarla başvurulması söz konusu olmaz.

c. Tek Ortaklı Şirketlerde Alanların Karışması

Alanların karışması da malvarlıklarının karışması gibi tek ortaklı şirketlerde kolayca karşılaşılabilecek bir durumdur. Tek ortak ile şirketin ayrı hukuki kişilikleri olduğunun üçüncü kişiler tarafından anlaşılmadığı durumlarda üçüncü kişinin bu durumdan zarar görmesi hâlinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ortağın sorumluluğuna gidilebileceği kabul edilmektedir. Ortağın ayrıca kendisinin ticari faaliyetlerde bulunduğu durumlarda işlemi kendi işletmesi adına mı yoksa şirket adına mı yaptığının işlemin karşı tarafına açık şekilde bildirilmesi gerekir¹⁷⁰. Tek ortaklı şirketlerde alanların karışmasına örnek olarak şirkette çalışan kişilerin ortağın kişisel işlerinde de görevlendirilmesi, ortağın ticari faaliyetlerinin şirketle aynı konuda olması, ortağın şirket ad ve hesabına üçüncü kişiyle işlem yaparken şahsî sorumluluğunun da olduğu izlenimi vermesi, üçüncü kişilerin başkaca sebeplerle ortak ve şirket tüzel kişiliğinin aynı kişiler olduğunu zannetmesi hâlleri sayılmaktadır¹⁷¹. İngiliz temyiz mahkemesi, yakın tarihli bir müsadere kararında tek ortağın şirketle birlikte hareket ettiği durumlarda şirket ile tek ortak arasında hukukten bir özdeşleşmenin olduğunu vurgulayarak ayrılık ilkesinin zedelendiğini belirtmiştir¹⁷².

Belirtmek isteriz ki; tek ortaklı şirketlerde malvarlıklarının ve alanların birbirine karışmış olması durumunda ayrılık ilkesinin keskin sınırları da ortadan kalkacağından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yolu, şirket alacaklılarının lehine olacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu açıdan malvarlıklarının ve alanların birbirine karışmasını ispat eden davacının ayrıca tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığına yönelik bir ispat yükü altına sokulmaması gerekmektedir. Böyle bir durumda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak sorumlu ortağa başvurulmaması için davalı tarafından tüzel kişiliğin kötüye kullanılmadığı ispat edilmelidir¹⁷³. Kanaatimizce bu yöndeki kabul, uygulamada tek ortaklı şirketlerin ortaya çıkarabileceği

¹⁶⁴ YANLI, s. 249.

¹⁶⁵ YANLI, s. 248-249. Benzer yönde bkz. YÜKSEL, s. 275; KUŞ, s. 149.

¹⁶⁶ YANLI, s. 19-20; KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 86.

¹⁶⁷ YANLI, s. 249.

¹⁶⁸ Konu hakkında ayrıca bkz. GÖGER, s. 245 vd.

¹⁶⁹ TOPALOĞLU, s. 2099-2103; GÖGER, s. 141. Ancak şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumlarda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına başvurulabileceği kabul edilmelidir. Bkz. GÜNER, s. 202 vd.

¹⁷⁰ Bu durum “maddi açıklık ilkesi” olarak ifade edilmektedir. Bkz. TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 5-11. Ayrıca bkz. GÖGER, s. 194-195.

¹⁷¹ GÖGER, s. 195.

¹⁷² Kararda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması tam olarak uygulanmamış olsa da şirketin ayrı tüzel kişiliği göz ardı edilmiştir. Bkz. *R v. Sale (Peter John)* [2013] EWCA Crim 1306, (25.07.2013), [2014] 1 WLR. 663 (SPOTORNO, s. 107).

¹⁷³ Yargıtay’ın bir kararının karşı oyunda da “davalıların aldığı malların defter kayıtlarında olmadığı, davalıların şirket adına aldıkları ürünleri haricen sattıkları, satış bedellerini şahsi işlerinde kullandıkları bilirkişi raporlarından anlaşılmaktadır. Bu durumda tüzel kişi ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlığı bakımından birbirine karıştığı sabit olmuştur. Diğer taraftan, davalılar ekonomik kriz nedeniyle zarar ettiklerini savunmuşlardır. Ancak, mahkemece bilirkişi incelemesi yapılmadan önce şirket defterleri ve belgeler istendiği halde ibraz edilmemiştir. Şeffaflık ve hesap verilebilir olma şirketler hukukunun temel prensiplerindedir. Sadece bu lazimeye uyulmaması dahi perdenin kaldırılmasını gerektirir. Sonuç olarak, davalılar aldığı ürün bedellerini defterlerine kaydetmemişler şahsi işlerinde kullanmışlar, şirketi şeffaf ve hesap verebilir bir şirket olarak idare etmemişler ve davacının zararına sebebiyet vermişlerdir. (...) Bu durumda şirket kalkanından istifade etmeleri mümkün değildir.” ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 30.03.2015, E. 2014/15725, K. 2015/4381 (Lexpera).

sorunları azaltacak ve tek ortağa ihtiyatlı bir şekilde davranma yükümlülüğü yükleyecektir¹⁷⁴. Yabancı öğretide benzer bir şekilde; birden fazla şirket arasındaki perdenin kaldırıldığı durumlarda bağlılık ilişkisinin davacı tarafından kanıtlanması hâlinde şirketlerin her birinin ayrı yönetimlerinin olduğuna ve birbirlerinden emir ve talimat almadıklarına ilişkin davalıların güçlü deliller sunması gerektiği vurgulanmıştır¹⁷⁵. Bununla birlikte; 2019 yılında yapılan kanun değişikliği ile tek ortaklı şirketlere yasal olarak izin veren Filipinler hukukunda da tek ortağın, şirketin malvarlığının, kendi malvarlığından bağımsız olduğunu kanıtlayamaması hâlinde, şirketin borçlarından ve diğer yükümlülüklerinden müşterek ve müteselsil şekilde sorumlu olacağı düzenlenmiştir¹⁷⁶. Kanaatimizce ispat yüküne ilişkin benzer kanuni düzenleme yapılmadığı sürece malvarlıklarının veya alanların birbirine karıştığı durumlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna ilişkin yaklaşım, uygulayıcılar tarafından bu yönde olmalı ve alacaklının karışma hâlini ispatladığı durumlarda ek olarak tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığını ispatlama yükümlülüğü yüklenmemelidir¹⁷⁷.

C. Yabancı Yönetim

1. Genel Olarak

Ticari hayatta başlı başına bir süje olarak yer alan sermaye şirketleri, kuruluş amaçları doğrultusunda faaliyetlerini devam ettirme hedefi taşımaktadır. Sermaye şirketlerinin amacı, çoğu zaman şirketi oluşturan ortakların amacıyla aynı yöndedir. Nitekim şirketin elde ettiği kârdan, ortaklar da belli koşullarda pay almakta ve şirketin çıkarı, ortakların da çıkarına hizmet etmektedir. Bununla birlikte kanun koyucu tarafından sermaye şirketlerinin bağımsız organlar tarafından yönetilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Şirketin bağımsız organlar tarafından yönetilmesi başta şirket olmak üzere şirket ortaklarının ve alacaklılarının da çıkarları arasında dengeyi sağlamaktadır¹⁷⁸. Ancak bazen şirketi oluşturan ortaklardan biri veya birkaçı ya da şirkette hâkim konumda olan üçüncü kişi, özel birtakım çıkarlar doğrultusunda, şirketin çıkarına ters düşecek şekilde şirketi yönlendirebilir ve böylece şirketin diğer ortaklarının veya şirket alacaklılarının zarar görmesine sebep olabilir. Bu durum, öğretide büyük bir çoğunlukça “yabancı yönetim”¹⁷⁹ olarak isimlendirilmiş ve böyle bir durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının gerekli olup olmadığı tartışılmıştır¹⁸⁰.

Alanların karışmasından farklı olarak yabancı yönetimde, şirkete yabancı olan birtakım çıkarlar doğrultusunda şirketin yönetilmesi söz konusudur. Bu durumun tespiti için ilk olarak şirketin amacı ve

¹⁷⁴ Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi'nin yakın tarihli bir kararında; şirketin borca batık olmamakla birlikte sermayesinin iki katına yakın tutarda tek ortağa borcunun olduğunun bilirkişi raporuyla sabit olması nedeniyle tek ortağın tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanarak dürüstlük kuralına aykırı davranışlarla şirket sermayesini üzerine geçirdiği, kendisine tanınan ortaklık ve yönetim hakkını kötüye kullanarak şirket alacaklılarını zarara uğrattığını, şirketin malvarlığının tek ortağın üzerinde olduğunu ve bu nedenle tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak tek ortağın şirketin borcundan dolayı davalı/karşı davacıya karşı sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Bkz. İstanbul BAM, 12. HD, T. 25.11.2021, E. 2019/1291, K. 2021/1741 (UYAP). Karar, Yargıtay, 11 HD, T. 13.07.2023, E. 2022/947, K. 2023/4482 kararı ile onanmıştır.

¹⁷⁵ OTTOLENGHI, Smadar: “From Peeping Behind the Corporate Veil, to Ignoring it Completely”, *The Modern Law Review*, 1990, Cilt 53, Sayı 3, s. 352.

¹⁷⁶ *Revised Corporation Code*, Sec. 130. Konuya ilişkin bkz. JACINTO, s. 425 vd.

¹⁷⁷ Ankara 13. ATM, T. 28.06.222, E. 2019/422, K. 2022/551 sayılı kararında “şirket mevcudunun 1/3'ünden fazlasının diğer davalı şirket ortağına aktarıldığının anlaşıldığı, buna göre özellikle davalı şirket tüzel kişiliği ile davalı şirket ortağının alanlarının ve malvarlığının birbirine karıştığı, şirket sermayesinin yetersiz olduğu, şirketin faal durumda olmayıp bilinen adresinde de ulaşamadığı hususları nazara alındığında davalı şirket tüzel kişiliğinin malvarlığının, alacaklılarının zararına olarak kötüye kullanıldığı kanaatinin hasıl olduğu, böylece son tahlilde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle şirket ortağı diğer davalıya da gidilmesinin olanaklı olduğu” ifadelerine yer verilmiştir. Organik bağ hâlinde ise aksi yönde karar için bkz. Ankara BAM, 21. HD, T. 12.10.2022, E. 2021/203, K. 2022/1197 (Lexpera). Söz konusu karara konu somut olayda, davalı gerçek kişi A, davalı iki kişilik bir şirketin oğuluyla birlikte ortağı, diğer davalı şirketlerin ise tek ortağı olup davalı şirketler arasında organik bağın da bulunduğu bilirkişi raporuyla tespit edilmiştir. Ancak bu durum mahkeme tarafından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli görülmemiş ve ayrıca “sırf alacaklıdan mal kaçırmak ve onu zarara uğratmak amacıyla kötü niyetli işlemler yapıldığını” somut verilerle davacı tarafından ispatlanması gerektiği belirtilmiştir.

¹⁷⁸ YANLI, s. 120; KUŞ, s. 149;

¹⁷⁹ Öğretide “şirkete hâkimiyet” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. TOPALOĞLU, s. 2088; DOĞAN, s. 44 vd.; ÖZKURT, s. 42. Yabancı yönetimin “organik bağ” kavramıyla iç içe olduğuna ilişkin bkz. KESİK CANBULUT, s. 3710.

¹⁸⁰ YANLI, s. 119; ESEN, s. 29; TEKİNALP / TEKİNALP, s. 396; KERVANKIRAN, s. 467; BAHTİYAR, s. 12; ÖZTEK / MEMİŞ, s. 208; YÜKSEL, s. 273; ŞAHİN, s. 1655; GÖGER, s. 142; OCAKTAN, s. 112 vd.

menfaati belirlenmeli ve aykırı yönde bir çıkarın olup olmadığı incelenmelidir¹⁸¹. Alanların karışmasında ise iki farklı alan birbirine karışmakta ve yapılan işlem, ortağın işlemi olmasına rağmen şirketin işlemiymiş gibi şirket perdesinin arkasına saklanılmaktadır¹⁸².

2. Bağımlılık Unsuru

Yabancı yönetim hâlinde, normalde bağımsız ve kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmesi gereken bir şirket, hâkimiyet ve etki altında yönetilerek bağımlı hâle gelmektedir¹⁸³. Sermaye şirketlerinde bağımlılık¹⁸⁴, genel bir ifadeyle, şirket ortağı olan veya olmayan gerçek ya da tüzel kişinin şirketin yönetimi konusunda söz sahibi olması ve şirket tarafından alınan kararlarda etkili olmasını ifade etmektedir¹⁸⁵. Bağımlılıktan söz edebilmek için şirkete hâkim olan kişi veya kişilerin hâkimiyet ve etkilerinin süreklilik arz etmesi ve bu etkiyi her an kullanabilecek olmaları yeterlidir. Başka bir ifadeyle hâkimiyet ve etki imkânının varlığı bağımlılık unsuru için yeterli olup bu imkânın kullanılması gerekli değildir¹⁸⁶.

Bağımlılık, doğrudan olabileceği gibi dolaylı olarak da gerçekleştirilebilir¹⁸⁷. Örneğin gerçek kişi (A), (B) şirketinin tek ortağıdır. (B) şirketi ise (C) şirketinde hâkim ortak konumdadır. Böyle bir durumda her ne kadar (C) şirketinde hâkimiyet, (B) şirketi üzerinde gibi gözükse de esasen (C) şirketi, (A) gerçek kişisine dolaylı şekilde bağımlıdır¹⁸⁸. Ancak söz konusu örnekte, öncelikle tüzel kişilik perdesi aralanarak doğrudan hâkim ortak olan (B) şirketinin sorumluluğuna gidilmelidir. Eğer alacaklı, alacağını (B) şirketinden elde edemezse dolaylı hâkim olan gerçek kişi (A)'ya başvurulması gerekir¹⁸⁹.

3. Yabancı Yönetim Nedeniyle Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Şirketin bağımlı hâle gelmesinin kaçınılmaz bir sonucu, şirket ile şirkete hâkim olan kişi arasındaki fiili ayrılığın ortadan kalkmasıdır¹⁹⁰. Ayrılık ilkesinin ihlâl edildiği bu durumda, şirketin borçlarından dolayı şirkete hâkim olan kişi veya kişilerin sorumluluğuna gidilmesi gerektiği, öğretide kabul edilmektedir¹⁹¹. Bununla birlikte bağımlılık ilişkisinin varlığı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulması için tek başına haklı sebep oluşturmaz¹⁹². Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için bağımlılık ilişkisinin yanında, hâkimiyeti elinde bulunduran kişinin şirketin çıkarlarına aykırı bir çıkara ulaşmak amacıyla bu hâkimiyeti kullanması gerekmektedir¹⁹³. Buna örnek olarak hâkim ortağın

¹⁸¹ ŞAHİN, s. 1655.

¹⁸² Bkz. II, B, 2 "Alanların Birbirine Karışması".

¹⁸³ ÖZTEK / MEMİŞ, s. 208; KUŞ, s. 149-150. Şirketler topluluğunda hâkimiyet ilişkisi, TTK'de açıkça düzenlenmiş ve şirketler topluluğunda bağımlılık ilişkisinin kurulması, TTK'nin 195'inci maddesinde belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme, sadece şirketler topluluğu bakımından geçerlidir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına sebep olan yabancı yönetim ise şirketler topluluğunun yanı sıra gerçek kişinin de şirkete hâkimiyetini ifade eden geniş bir kavramdır. Bununla birlikte öğretide, aksi yönde bir görüş tarafından yabancı yönetimin sadece bağlı işletmeler bakımından söz konusu olduğunu belirtmektedir. Görüş için bkz. KERVANKIRAN, s. 467.

¹⁸⁴ Mehaz Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde yapılan tanımlar için bkz. YANLI, s. 123 vd.

¹⁸⁵ ESEN, s. 33; KUŞ, s. 150.

¹⁸⁶ YANLI, s. 130-131; ESEN, s. 32; KUŞ, s. 150.

¹⁸⁷ YANLI, s. 130; ESEN, s. 31-32.

¹⁸⁸ KUŞ, s. 152.

¹⁸⁹ ULUSOY, s. 389-390. Bununla birlikte; (B) şirketinin, (C) şirketinde tek yönetim kurulu üyesi olması ve temsilcisi olarak da tek ortağı olan (A) gerçek kişisini atadığı bir durumda (A), fiili yönetim kurulu üyesi olarak TTK'nin 553 maddesine göre sorumlu tutulabilir. Böyle bir durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına gerek olmayacaktır. Konuya ilişkin bkz. DEVELİ AYVERDİ / ALBAYRAK CEYLAN, s. 66. Ayrıca bkz. *Holland v the Comissioners for Her Majesty Revenue and Customs and another* [2010] UKSC 51 (24.11.2010). Kararın ve konunun ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. DEVELİ AYVERDİ / ALBAYRAK CEYLAN, s. 73 vd.

¹⁹⁰ YANLI, s. 120.

¹⁹¹ Yabancı yönetim hâlinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla hâkim kişinin sorumluluğuna gidilmesi yönünde bkz. YANLI, s. 119 vd.; ÖZTEK / MEMİŞ, s. 208; YÜKSEL, s. 273; SAĞLAM, *Perdenin Aralanması*, s. 158-159; KAPLAN, s. 41.

¹⁹² YANLI, s. 185; ULUSOY, s. 390; KAPLAN, s. 42; TOPALOĞLU, s. 2089; GRIFFIN, Stephen: *Company Law Handbook*, 3. Baskı, The Law Society, London, 2013, s. 64. İngiltere'de bu durumun vurgulandığı bir karar için bkz. *Faiza Ben Hashem v Shayif* [2009] 1 FLR 115 (BIRDS, John / CLARK, Brayn and Others, *Boyle & Birds' Company Law*, 9. Baskı, Jordan Publishing, Bristol, 2014, s. 63).

¹⁹³ ULUSOY, s. 390.

kendi çıkarı için şirketin ticari sırlarını kullanması gösterilebilir¹⁹⁴. Nitekim böyle bir durumda dürüstlük kuralına aykırı bir davranışla hakkın açıkça kötüye kullanılması söz konusudur¹⁹⁵. Ancak üçüncü kişinin hâkimiyetin kötüye kullanıldığını bilerek şirketle işlem yapması durumunda üçüncü kişi, hakkını açıkça kötüye kullanmış olacağı için tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını talep edemez¹⁹⁶.

Yabancı yönetim hâlinde de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurmak için kanunda açıkça bir düzenlemenin olmaması gerektiğine dikkat edilmelidir. Bu doğrultuda TTK'nin şirketler topluluğuna ilişkin 195 ila 209'uncu maddelerine dikkat edilmeli ve sorumluluk, öncelikle bu hükümler çerçevesinde incelenmelidir¹⁹⁷. Örneğin söz konusu düzenlemelerde, hâkim şirketin bağlı şirketlerin haksız fiilleri sebebiyle sorumluluğuna ilişkin bir hüküm yer almadığı için bağlı şirketleri haksız fiillerinde kullanması suretiyle hâkim şirketin sorumluluktan kaçması hâlinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulabilir¹⁹⁸. Benzer şekilde söz konusu düzenlemeler her ne kadar hâkim şirketin sorumluluğuna gidebilmeye imkân tanısa da hâkim şirketin ortaklarının sorumluluğu için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulması gerekmektedir¹⁹⁹.

4. Tek Ortaklı Şirketlerde Yabancı Yönetim

Tek ortağın hâkimiyetini kötüye kullanmasını ifade eden “yabancı yönetim” hâlinde de tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir. Tek ortaklı şirkette payların tamamı bir ortağın elinde bulunduğu için şirketin hâkimiyetine de doğrudan o ortak sahip olabileceği gibi tek kişi ortağa hâkim olan başka bir gerçek veya tüzel kişinin bulunması gibi dolaylı olarak hâkimiyet de söz konusu olabilir²⁰⁰. Hemen ifade edilmelidir ki tek ortaklı şirketlerde de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için hâkimiyetin kötüye kullanılması şarttır²⁰¹. Aksinin kabulü hâlinde bir şirketin tek ortaklı olması durumunda sınırlı sorumluluk ilkesinden bahsedilemez. Diğer bir ifadeyle hâkimiyet, tek ortaklı şirketin yapısı gereği kendiliğinden ortaya çıkan bir durum olduğundan sırf hâkimiyetin varlığı nedeniyle ortağı sorumlu tutmak, ortağın şirket borçlarından dolayı sorumluluğunun kabul edilmesini doğurur²⁰². Böyle bir kabulün sonucu olarak sınırlı sorumluluk ilkesinin benimsendiği sermaye şirketlerinin tek ortaklı şekilde kurulması mümkün olmaz.

Hâkimiyetin bir kişinin elinde bulunması, bu gücün kötüye kullanılmasının tespiti bakımından önem taşımaktadır²⁰³. Eğer kötüye kullanım durumu söz konusuysa tüzel kişilik perdesi kaldırılarak tek ortak, şirket borçlarından sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte şirketin başarısız bir şekilde yönetilmesi veya sonucu şirkete zarar veren kararların alınması hâllerinde olduğu gibi her durumda tüzel kişilik

¹⁹⁴ YANLI, s. 122-123.

¹⁹⁵ SAĞLAM, *Perdenin Aralanması*, s. 159.

¹⁹⁶ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 08.06.1982 tarihli benzer yöndeki kararı için bkz. YILMAZ, Lerzan: “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler”, (Ed.) ULUSOY, Erol: *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 251-253.

¹⁹⁷ ŞAHİN, s. 1655; KUŞ, s. 158-159; YILMAZ, s. 254; DOĞAN, s. 47; NARÇİN TOSUN, Zelal: “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2015, Cilt 10, Sayı 105, s. 95-97; HARSA, s. 201-202.

¹⁹⁸ GÜNAY, s. 172-173. Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesince verilen bir kararda; hâkim ve bağlı şirket tarafından gerekli önlemlerin alınmaması sebebiyle bağlı şirketin çalışanının sağlığının bozulması üzerine hâkim şirkete karşı açılan davada, hâkim şirketin de sorumluluğunun söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Söz konusu karar, bu yönüyle, hâkim şirketin bağlı şirketin haksız fiillerinden sorumlu tutulabileceğine dair örnek teşkil etmektedir. Bkz. *Chandler v Cape Plc* [2012] EWCA Civ 525 (25.04.2012). İlgili kısım için bkz. Paragraf 80 (<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html>, ET: 10.09.2023). Karara ilişkin ayrıca bkz. DIGNAM / LOWRY, N. 3.42, s. 43-44. Yeni tarihli bir ilk derece mahkemesi kararında da TTK'nin şirketler topluluğu hükümlerine de yer veren gerekçeyle birlikte hâkim şirketin sorumluluğuna tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla gidilmiştir. İstanbul 16. ATM, T. 16.02.2023, E. 2017/102, K. 2023/60 (Lexpera).

¹⁹⁹ GÜNAY, s. 172.

²⁰⁰ ULUSOY, s. 389.

²⁰¹ Ortaklıklar topluluğu açısından aynı yönde bkz. TEKİNALP, *Yeni Hukuk*, N. 27-20. Konu hakkında Alman Federal Mahkemesi kararına ilişkin bkz. YANLI, s. 186-187, dn. 831.

²⁰² YANLI, s. 186-187; TOPALOĞLU, s. 2089.

²⁰³ Fransız hukuku bakımından bu yönde bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 200.

perdesinin kaldırılarak ortağın sorumluluğunun meydana gelmeyeceğinin altını çizmek gerekir²⁰⁴. Bu kapsamda tek ortağın sorumlu tutulabilmesi için hâkimiyeti, bilinçli şekilde kötüye kullanması gerekmektedir. Örneğin şirketin faaliyetlerinin devamı için gerekli olan taşınmazların elden çıkarılması, şirket çalışanlarının büyük çoğunluğunun sözleşmesinin feshedilmesi, faaliyetlerin durdurulması veya yavaşlatılması, şirketin mallarını düşük bedelle satın alınması veya şirkete fahiş bedelle mal satılması gibi²⁰⁵ şirket malvarlığındaki kötü niyetli eksiltmeler, faaliyet konusu ve malvarlığı ile orantısız şekilde risk alınması gibi durumlarda hâkimiyetin bilinçli şekilde kötüye kullanıldığından bahsedilebilir²⁰⁶. Dolayısıyla tek ortaklı şirkette kötüye kullanım durumunun varlığı, somut olayın özelliklerine göre tespit edilmeli²⁰⁷ ve şirkete tek ortağın hâkim olması, kendiliğinden tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yol açmamalıdır²⁰⁸.

SONUÇ

Küreselleşme ve uluslararası rekabetin bir sonucu olarak birçok hukuk sistemi tarafından kabul edilen tek ortaklı şirketlerde de sermaye şirketi olmanın bir sonucu olan ayrılık ve sınırlı sorumluluk ilkeleri geçerlidir. Şirketin tek ortağı ile şirket tüzel kişiliği farklı kişiler olup ortağın borcundan şirket sorumlu tutulamayacağı gibi şirketin borcu nedeniyle de ortağın sorumluluğuna gidilmesi kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte tek kişiden oluşan bir şirkette iç denetimin çok ortaklı şirketlere göre güç olması gibi şirket üzerindeki hâkimiyetin kolaylıkla kötüye kullanılabilmesi alacaklıların taşıdığı riski çoğaltabileceği için alacaklıların korunmasını sağlamak amacıyla şirketin borçlarından dolayı tek ortağın veya ortağın borçlarından dolayı şirketin sorumluluğuna gidilmesine yarayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi alternatif yollar önem kazanmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tek ortaklı şirketlerin kanunen geçerlilik kazanmasının altında yatan bir sebep olup tek ortaklı şirketlere yönelik endişeleri de azaltmıştır. Bununla birlikte bu yol, tek ortaklı şirketlere münhasır olmayıp birden fazla ortağı olan şirketlerde de uygulanan bir çaredir.

Son yıllarda gerek yabancı gerek Türk öğreti ve uygulamasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının sınırlı ve istisnai bir yol olduğu vurgulanmış ve başkaca bir alternatifin bulunmadığı durumlarda son çare olarak uygulanması gerektiği benimsenmiştir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının çeşitli hâllerde ortaya çıkabileceği kabul edilmişse de geçmiş yıllardan günümüze kadar öz kaynak yetersizliği, malvarlıklarının veya alanların birbirine karışması ve yabancı yönetim hâlleri olmak üzere başlıca üç sebep üzerinde durulmaktadır.

Şirketin mali durumunun ticari faaliyetlerini karşılamaya elverişli olmadığını ifade eden öz kaynak yetersizliği hâlinde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilip gidilemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Genel kabul gören görüşe göre; öz kaynak yetersizliği hâli başlı başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirmemektedir. Öz kaynak yetersizliği hâli, tek ortaklı şirketlerde de diğer şirketlerle aynı ölçüde tehlike arz etmektedir. Bununla birlikte tek ortaklı şirketlerde sermayenin korunmasına yönelik hükümler diğer şirketlerle aynı şekilde benimsenmiş ve kanun koyucu tek ortaklı şirketlere yönelik özel ek düzenlemeler yapma gereği duymamıştır. Tek ortaklı şirketin kötüye kullanıma elverişli yapısı gereği daha yüksek asgari sermaye miktarının kabul edilmesi gibi alacaklıları

²⁰⁴ GÖGER, s. 195. Kötü yönetimin ortaklara hatta tek ortağa müdahale etmek için yeterli sebep olmadığı yönünde bkz. FASTERICH, s. 34.

²⁰⁵ ÇAMOĞLU, *Alacaklıların Korunması*, s. 112.

²⁰⁶ GÖGER, s. 195.

²⁰⁷ ÇAMOĞLU, *Alacaklıların Korunması*, s. 113.

²⁰⁸ Şirkete hâkimiyetin tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yol açmayacağına ilişkin kabul, New York Eyalet Mahkemesi kararlarında da göze çarpmaktadır. Eyalet Mahkemesi, 2010 yılında verdiği bir kararda, şirketin tek ortağının da aralarında bulunduğu davalıların şirket üzerinde tam kontrol ve hâkimiyetinin olduğunu tespit etmiş, davalıların yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şirketi kullandıkları sonucuna ulaşarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermiştir. Bkz. United States District Court S.D. New York, *Motorola Credit ve Nokia v. Kemal Uzan* vd., No. 02 Civ. 0666 JSR, 27.09.2010. Kararın çevirisi ve incelemesi için bkz. ÇİÇEKLİ, Bülent: "Birleşik Devletler New York Güney Bölgesi Mahkemesi'nin Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasına İlişkin 27 Eylül 2010 Tarihli Kararının Tercümesi ve Yorumu", *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt 1, Sayı 2, s. 209 vd.

koruyan ek kanuni düzenlemeler yapılmadığı sürece tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yolu, uygulamada önem kazanmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce öz kaynak yetersizliği hâlinde mahkemeler tarafından tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp kaldırılmayacağı değerlendirilirken şirketin ortaklık yapısı da mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.

Malvarlıklarının ve alanların karışması durumunda, ortağın kendisi en başta ayrılık ilkesini ihlâl etmekte ve şirketle bir bütünmüş gibi davranmaktadır. Sonradan ise şirketin ayrı tüzel kişiliğinin bulunduğunu ve sınırlı sorumluluk ilkesi gereğince kendisinin sorumlu olmadığını öne sürmektedir. Dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bu durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla ortağın sorumluluğuna başvurulabilmelidir. Bununla birlikte; malvarlıklarının ve alanların karışması, tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli sayılmamakta ayrıca kötüye kullanımın da varlığı aranmaktadır. Kanaatimizce bu duruma tek ortaklı şirketler bakımından farklı yaklaşılmalıdır. Tek ortaklı bir şirket ile ortağın malvarlıklarının ve alanların birbirine karışmasını ispat eden kişi ayrıca tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığını da ispatlamak zorunda bırakılmamalı, tüzel kişiliğin kötüye kullanılmadığı tek ortak veya şirket tarafından ispat edilmelidir. Böyle bir kabul neticesinde kanaatimizce şirketin tek ortağına ticari hayatta temkinli davranma yükümlülüğü yüklenmiş olacak ve tek ortak ile şirketin malvarlıklarının veya alanların birbirine karıştırılmasının önüne geçilebilecektir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi kabul edilen son hâl, şirketin kendisine yabancı olan çıkarlar doğrultusunda yönetilmesini ifade eden yabancı yönetim durumudur. Yabancı yönetimin meydana gelebilmesi için şirketin yönetimi üzerinde bir veya birden fazla kişinin hâkimiyetinin söz konusu olduğu bağımlılık ilişkisinin varlığı gerekmektedir. Hâkim ortak, şirket üzerindeki etki ve hâkimiyetini, şirketin menfaatine aykırı çıkarlar doğrultusunda kullandığında; alacaklarına, şirket malvarlığına başvurarak kavuşamayan alacaklılar, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla hâkim ortağın sorumluluğuna gidebilmelidir. Bununla birlikte tek ortaklı şirketlerde hâkimiyet ve bağımlılık ilişkisi kolayca ortaya çıkabileceği için tek ortağın, kendi çıkarları veya üçüncü bir kişinin çıkarları doğrultusunda hareket edip etmediği titizlikle araştırılmalı, hâkimiyetin kötüye kullanıldığı hâllerle sınırlı olmak üzere tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına başvurulmalıdır.

Tek ortaklı şirketlerde tüzel kişilik perdesi kaldırılıp ortağın sorumluluğuna gidilirken kanun koyucunun sınırlı sorumluluk ilkesini üstün tutan ve tek ortaklı şirkete izin veren iradesi de göz önünde bulundurulmalı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının istisnai bir yol olduğu unutulmamalıdır. Aksi takdirde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, âdeta Demokles'in kılıcı gibi yatırımcıların tepesinde bir tehdit oluşturacak ve özellikle küçük yatırımcıları sermaye şirketlerine yatırım yapmaktan ve tek ortaklı şirket kurmaktan caydırabileceği gibi tek ortaklı şirketlerin kabul edilmiş amacına aykırı olarak saman adamlara başvurulmasına da yol açabilecektir. Tek ortaklı şirketlerde, şirketin ve ortağın menfaatleri ile alacaklıların korunması arasındaki dengenin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna ilişkin gelişecek içtihatlarla sağlanabileceği düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- AKYOL, Şener: *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- ALKANAT, Saadet Ece: *Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi*, Platon Plus Yayınları, İstanbul, 2022.
- ARKAN, Sabih: “Lifting the Corporate Veil in Turkish Company Law (An Overview)”, *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı Cilt I*, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 139-143.
- ATABEK, Reşat: “Tek Ortaklı Şirket”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1987, Cilt 14, Sayı 1, s. 23-35.
- AYAN, Özge: “Tek Kişilik Şirketlerin Uygulamaya Yansımaları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 23, Sayı 3, s. 25-51.
- AYDOĞAN, Fatih: “Tek Kişi Ortaklığı”, (Ed.) KAYA, Arslan / ENGİN, Baki İlkay / PASLI, Ali / AŞIKOĞLU, Şehriban İpek / OĞUZ, Elif: *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk*, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 271-280 (Avrupa Birliği Hukukuna Uyum).
- AYDOĞAN, Fatih: *Tek Kişi Ortaklığı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 (Tek Kişi).
- BAHTİYAR, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- BIRDS, John / CLARK, Brayn and Others: *Boyle & Birds' Company Law*, 9. Baskı, Jordan Publishing, Bristol, 2014.
- BOZKURT, Tamer: *Şirketler Hukuku*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ÇAMOĞLU, Ersin: “Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2016, Cilt 32, Sayı 2, s. 5-17 (Perdenin Kaldırılması).
- ÇAMOĞLU, Ersin: *Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu Karşısında Şirket Alacaklılarının Aktif Korunması (1969 Tarihli Teksirinden Tıpkı Basım)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022 (Alacaklıların Korunması).
- ÇEVİK, Kemal: “Fransız ve Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirket/Sınırlı Sorumlu Ticari İşletme”, *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 37-55.
- ÇİÇEKLİ, Bülent: “Birleşik Devletler New York Güney Bölgesi Mahkemesi'nin Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasına İlişkin 27 Eylül 2010 Tarihli Kararının Tercümesi ve Yorumu”, *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt 1, Sayı 2, s. 209-220.
- DEVELİ AYVERDİ, Emine / ALBAYRAK CEYLAN, Nazlı: “Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesinin Tüzel Kişilik Perdesinin Arkasına Saklanması: İngiliz Yüksek Mahkemesinin 2010 UKSC 51 Sayılı Kararı Çerçevesinde Bir İnceleme”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 10, Sayı 1, s. 47-79.
- DIGNAM, Alan / LOWRY, John: *Company Law*, 11. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- DOĞAN, Özgür: “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *Konya Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 1, Sayı 1, s. 37-55.
- DURAL, Mustafa: “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya Da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması)”, *Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara, 1998, s. 97-107.
- EROĞLU, Muzaffer: “Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirketler”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2008, Cilt 6, Sayı 64, s. 1253-1268.
- ERYİĞİT, Harun: *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkeleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ESEN, Emre: *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- FASTRICH, Lorenz: “Tek Ortaklı Anonim Şirketler ve Alman Hisse Hukukunda Yeni Gelişmeler”, *Türkiye ve Avrupa Birliği'nde Sermaye Şirketleri Reformu (Seminer: 07.06.2007)*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2007, s. 20-40.
- FRENCH, Derek / MAYSON, Stephen W. / RYAN, Christopher L.: *Mayson, French & Ryan on Company Law*, 31. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2014-2015.
- GÖGER, Yunus Emre: *Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesi ve Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

- GRIFFIN, Stephen: *Company Law Handbook*, 3. Baskı, The Law Society, London, 2013.
- GÜL, Hilal: “Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 91, Sayı 6, s. 203-215.
- GÜNAY, Sena Nur: *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016.
- GÜNER, Temel: *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- GÜRBÜZ USLU, Aslı E.: “Considerations on the Economic Effect of the New Turkish Commercial Code Provisions Regarding Single Member Companies”, *European Journal of Law and Economics*, 2016, Cilt 42, Sayı 1, s. 25-43.
- HAMILTON, Robert W. / MACEY, Jonathan R. / MOLL, Douglas K.: *Cases and Materials on Corporations Including Partnerships and Limited Liability Companies*, 11. Baskı, West Publishing, USA, 2010.
- HANNIGAN, Brenda: “Wedded to Salomon: Evasion, Concealment and Confusion on Piercing the Veil of the One-Man Company”, *Irish Jurist*, 2013, Cilt 50, s. 11-39.
- HARSA, Tulu: *Şirketler Topluluklarında Tek Elden Yönetim ve Hakim Şirketin Tek Elden Yönetimden Kaynaklanan Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.
- HIRSCH, Ernst: *Ticaret Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul, 1948.
- İYİGÜN, Serdar: “Şirketler Topluluğu ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması İlkesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2015, Cilt 13, Sayı 145, s. 109-156.
- JACINTO, Joaquin B.: “Beyond the Veil, Inc.: Assessing the Viability of the One Person Corporation as Tool for Estate Planning”, *Philippine Law Journal*, 2022, Cilt 95, Sayı 2, s. 424-455.
- KAPLAN, İbrahim: “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 25, Sayı 4, s. 37-46.
- KENDİGELEN, Abuzer: “Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İçticaret 1995/1 Sayılı “Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”inin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, Cilt 55, Sayı 1-2, s. 297-334.
- KERVANKIRAN, Emrullah: “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi'nin Kaldırılması”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 11, Sayı 3-4, s. 453-472.
- KESİK CANBULUT, Büşra: “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 18, Sayı 212, s. 3703-3715.
- KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar: *Anonim Şirketler Hukuku*, Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013.
- KUŞ, Ulaş Baran: *Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- KÜTÜKÇÜ, Doğan: “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2009, Sayı 63-64, s. 105-126.
- MOROĞLU, Erdoğan: *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- MUJH, Edwin C.: “Piercing the Corporate Veil as a Remedy of Last Resort after *Prest v Petrodel Resources Ltd: Inching Towards Abolition?*”, *Company Lawyer*, 2016, Cilt 37, Sayı 2, s. 39-71.
- NARÇİN TOSUN, Zela: “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2015, Cilt 10, Sayı 105, s. 89-103.
- NICHOLLS, Christopher C.: “Piercing the Corporate Veil and the “Pure Form” of the Corporation as Financial Innovation”, *Canadian Business Law Journal*, 2008, Cilt 46, s. 233-268.
- OCAKTAN, Hasan: *Anonim Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk İlkesi Karşısında Şirket Alacaklılarının Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2000.
- ODAMAN, Serkan: “Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Aynı İşverenin İşyerlerinde Aralıklı Çalışması Durumunda Kıdem Tazminatının Hesaplanması”, *Kamu-İş Dergisi*, 2000, Cilt 5, Sayı 4, s. 151-159.

- OKAN, Neval: “Avrupa Birliği’nde Birleşik Krallık, İrlanda, Belçika ve İspanya Hukuklarında Tek Üyeli Özel Limited Ortaklıklar (Single-Member Private Limited Companies)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Sayı 1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, s. 514-526.
- OTTOLENGHI, Smadar: “From Peeping Behind the Corporate Veil, to Ignoring it Completely”, *The Modern Law Review*, 1990, Cilt 53, Sayı 3, s. 338-353.
- ÖZKURT, Ayşegül: *Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ÖZTEK, Selçuk / MEMİŞ, Tekin: “Şirketler Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması”, (Ed.) ULUSOY, Erol: *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 195-216.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku I*, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I*, 4. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2022.
- SAĞLAM, İpek: “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, (Ed.) ULUSOY, Erol: *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 153-161 (Perdenin Aralanması).
- SAĞLAM, İpek: *Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak)*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1995 (Örtünün Aralanması).
- SAYIN, Hediye: *Tek Kişili Ortaklık*, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2008.
- SCHALL, Alexander: “The New Law of Piercing the Corporate Veil in the UK”, *European Company and Financial Law Review*, 2016, Cilt 13, Sayı 4, s. 549-574.
- SOLAK, Ekrem: “İngiliz Şirketler Hukukunda Prest v. Petrodel Resources Ltd [2013] Kararı Sonrası Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, (Ed.) KARAGÖZ, Havva / ÖZCANLI, F. Beril / PALANDUZ, Seda: *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 651-660.
- SPERANZIN, Marco: “Piercing the Corporate Veil in Italian Company and Banking Law”, (Ed.) ULUSOY, Erol: *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 163-171.
- SPOTORNO, Agustin Ricardo: “Piercing the Corporate Veil in the UK: The Never-Ending Mess”, *Business Law Review*, 2018, Cilt 39, Sayı 4, s. 102-109.
- ŞAHİN, Ayşe: “Yargı Kararlarında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Yoluyla İlişkili Şirketin Sorumlu Kılınması”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2022, Cilt 20, Sayı 233, s. 1603-1662.
- ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: “Hukukun Ekonomik Gerçekliğe Yanıtı: Tek Kişilik Şirketler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2007, Cilt 24, Sayı 1, s. 163-216.
- TAN, Cheng Han / WANG, Jiangyu / HOFMANN, Christian: “Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical & Comparative Perspectives”, *Berkeley Business Law Journal*, 2019, Cilt 16, Sayı 1, s. 140-204.
- TEKİL, Fahiman: *Anonim Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998.
- TEKİNALP, Gülören / TEKİNALP, Ünal: “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, *Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1995, s. 387-404.
- TEKİNALP, Ünal: *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979 (Bilanço).
- TEKİNALP, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020 (Yeni Hukuk).
- TOPALOĞLU, Mustafa: “Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt II*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 2083-2103.
- ULUSOY, Erol: “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, (Ed.) ULUSOY, Erol: *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 351-405.

- UPADHYAY, Nupur: “Piercing the Corporate Veil: An Analysis of Lord Sumption's Attempt to Avail a Troubled Doctrine”, *Auckland University Law Review*, 2015, Cilt 21, s. 114-141.
- YANLI, Veliye: *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- YARAR, Ali İhsan: *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tek Kişilik Şirket*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- YILMAZ, Lerzan: “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler”, (Ed.) ULUSOY, Erol: *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 233-256.
- YURDAKUL, Berk Arda: *Şirketlerde Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- YÜKSEL, Kemalettin: “Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması”, (Ed.) ULUSOY, Erol: *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 261-276.

Karar İncelemesi

Tanık Beyanı ve Aleyhe Değişirme Yasağı Çerçevesinde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, E. 2016/135 K. 2019/32 T. 22.01.2019 Sayılı Kararının İncelenmesi^(*)



Examination of the Decision of the General Assembly for Criminal Chambers of Court of Cassation Numbered, 2016/135 File no. 2019/32 Decision no. and 22.01.2019 Dated within the Framework of Witness Statement and Reformatio in Peius

Burak TAŞ



Araştırma Görevlisi Doktor
Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Berna Ayşen YILMAZ^()**



Araştırma Görevlisi
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Haksız Tahrik,
Tanık Beyanı,
Dolaylı Tanık,
Doğrudanlık İlkesi,
Reformatio in Peius.

Öz

İnceleme konusu yapılan karar esasen; tanığın önceki beyanlarının duruşmada okunup okunamayacağı, dolaylı tanığın beyanlarının hükme esas alınıp alınamayacağı ve şartları oluşmadan verilen haksız tahrik indirimine yönelik hükmün, sanık aleyhine temyiz başvurusu olmadığında temyiz aşamasında bozulup bozulamayacağı hususlarına dayanmaktadır. Karara konu olan olayda; ilk derece mahkemesi olayın doğrudan tanığını duruşmada dinlememiş, önceki beyanlarını okumakla yetinmiştir. Mahkeme, dolaylı tanığı ise bizzat duruşmada dinlemiştir. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanması noktasında ise sanık beyanı ile dolaylı tanığın ifadeleri çelişkili olmasına rağmen mahkeme, dolaylı tanığın beyanını esas almış ancak bunun gerekçesini ortaya koymamıştır. Temyiz aşamasında, Yargıtay, haksız tahrik hükümlerinin olayda uygulanmasının mümkün olmadığını kabul etmekle birlikte sanık aleyhine temyiz yoluna başvurulmadığı için kararı eleştirerek onamıştır. Ancak aleyhe değiştirme yasağı, cezanın değiştirilmesine gerek olmadan hukukun doğru uygulanması noktasında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Bu çalışma kapsamında Yargıtay'ın, tanığın önceki beyanlarının okunmasının hangi şartlarda mümkün olacağı hususunu yeterli olacak şekilde incelememesi, dolaylı tanığın beyanlarının hükme esas alınmasının hangi şartlarda mümkün olabileceğini ortaya koymaması ve haksız tahrikin şartları mevcut olmadığı için cezayı değiştirmeden haksız tahrik yönünden hükmü bozması gerekirken (aleyhe bozma yasağının doğru anlaşılması) kararı eleştirerek onaması hususları eleştirilmiş ve olması gerekene yönelik değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Keywords

Unjust Provocation,

Abstract

The decision subject to the review is essentially based on the issues of whether the previous statements of the witness can be read at the hearing, whether the statements of the indirect witness

^(*) Karar İncelemesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 11.01.2024, Kabul Tarihi: 04.06.2024.

^(**) Sorumlu Yazar.

*Witness Statement,
Indirect Witness,
Principle of
Directness,
Reformatio in Peius.*

can be taken as a basis for the judgement and whether the judgement regarding the unjust provocation remission given without conditions were met can be reversed on appeal in the absence of an appeal against defendant. In the case subject to decision, the court of first instance did not hear the direct witness at the hearing, but merely read out his previous statements. The court heard the indirect witness in person at the hearing. Although the statements of the defendant and the indirect witness were contradictory in terms of the application of the provisions on unjust provocation, the court relied on the statement of the indirect witness but did not provide a justification for this. At the appeal stage, the Court of Cassation acknowledged that it was not possible to apply the provisions on unjust provocation in the case, however criticized and upheld the judgement since no appeal was filed against the defendant. However, reformation in peius does not constitute an obstacle to the application of the provisions of unjust provocation in terms of the correct application of the law without the need to change the penalty. Within this study, the issues of not sufficiently examining the conditions under which it would be possible to read the previous statements of the witness, not revealing the conditions under which it would be possible to take the statements of the indirect witness as a basis for the judgement, and the fact that since the conditions for unjust provocation do not exist, the Court of Cassation should have reversed the judgement in terms of unjust provocation without changing the sentence (by misunderstanding of reformation in peius), however the Court criticized and upheld the judgement and evaluations were made for what should be.

I. OLAYIN ÖZETİ

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun (YCGK) E. 2016/135, K. 2019/32 ve T. 22.01.2019 sayılı kararına¹ esas teşkil eden olay şu şekilde gerçekleşir:

- Mağdurun arkadaşlarıyla birlikte boş bir arazide alkol de kullanmak suretiyle piknik yaptıkları sırada, daha önce mağdur tarafından tanınan ve aralarında herhangi bir husumet de bulunmayan sanık yanlarına gelmiş ve birlikte alkol alarak sohbet etmeye başlamışlardır.
- Sohbet üzerinden bir süre geçtikten sonra tuvalete gitmek üzere tarafların oturdukları yerden ayrılan tanık M.U. dışında mağdur, sanık ve tanık M.K.'un bulunduğu ortamda sanık tarafından mağdur bıçakla yaralanmıştır. Kolluk aşamasında susma hakkını kullanan sanığın sonraki aşamalarındaki beyanında yer alan ifadeye göre, olay yerinde bulunan ve tanımadığı üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen hakaret fiili sonrasında ve kendisine karşı gerçekleştirilen saldırılardan (bir kişi tarafından ellerinin arkadan tutulması, diğer bir kişi tarafından hayalarına vurulması ve mağdur tarafından kendisine saldırılmak üzere bıçak açılmaya çalışılması) korunmak için yaralama fiilini gerçekleştirmiştir. Mağdur ise; sanığın aniden cebinden çıkardığı ekme bıçağıyla karnına vurduğunu, sanığın bıçağı ikinci defa vuracağı sırada sağ eliyle bıçağı tuttuğunu ve elinin kesildiğini, sanığın oradan hızla uzaklaşıp gittiğini, yanında bulunan arkadaşlarının sanığın elinde bıçak olmasından dolayı olaya müdahale edemediklerini ifade etmiştir. M.U.'ın mahkemedeki beyanına göre ise; mağdur tarafından gerçekleştirilen hakaret ve sanığın biraz daha alkol ve et isteminin reddedilmesi üzerine yaralama eylemi gerçekleşmiştir. Tanık M.K.'un kollukta alınan beyanına göre ise; yanlarına gelen sanık, bir anda mağdurun karnına bıçak saplamıştır ve sanığın mağduru neden bıçakladığını, bıçağın sanığın elinde ya da cebinde olup olmadığını M.K. bilmemektedir. M.K.'un beyanında hakarete yönelik herhangi bir açıklama yoktur. Tanıklardan M.K. olay yerinde bulunurken (doğrudan tanık, olayın tek görgü tanığı), M.U. ise olay yerinden tuvalete gitmek üzere ayrıldığı için olay anında olay yerinde fiilen bulunmamaktadır (dolaylı tanık). M.U.'ın hem kolluk aşamasında hem de kovuşturma evresinde duruşma devresinde dinlenmesi söz konusuysen; adresinde bulunmadığı için duruşma devresinde dinlenemeyen M.K.'un kolluk aşamasındaki beyanının okunmasıyla mahkeme yetinmiştir.
- Sanık tarafından mağdurun sağ karın bölgesine bıçakla yapılan saldırı sonucunda karaciğer hasarı ile ince bağırsak delinmesi ortaya çıkmış; yaralama hayati tehlikeye neden olmuştur. Sanığın yeniden saldırıda bulunmasını engellemeyi amaçlayan mağdurun sağ el 3. ve 4. parmaklarında yaralanma neticesi meydana gelmiştir. Yapılan tıbbi müdahaleler sonucu mağdur kurtarılmıştır.

¹ Kararın aslı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (ET: 06.05.2024).

II. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 210/1 gereğince olayın delilinin tek bir tanığın beyanından oluşmasından anlaşılması gereken nedir ve birden fazla tanık beyanının ve başkaca delillerin bulunması durumunda önceki beyanlarını içeren tutanakların okunması yeterli sayılacak mıdır?
- Tanık beyanının hâkim tarafından mahkeme huzurunda dinlenmesinin istisnaları nelerdir, bu istisnaların CMK m. 210/1 açısından uygulama alanı bulması mümkün müdür ve somut olayda CMK m. 211/1 kapsamında yer alan ve önceki dinleme sırasında alınan beyanları içeren tutanakların duruşmada okunmasını olanaklı kılan herhangi bir nedenin gerçekleşmesi söz konusu mudur?
- Tanığın tanığının/dolaylı tanığın dinlenmesi ve beyanının hükme esas alınması mümkün müdür? Dolaylı tanık beyanına bir delil türü olarak hukuk düzeni tarafından hangi ölçüde geçerlik tanınması mümkündür?
- Aleyhe değiştirme yasağının koşulları nelerdir ve haksız tahrik hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağına tespit edilmesi, aleyhe değiştirme yasağı karşısında bozma sebebi teşkil edebilecek midir?

III. YARGI MERCİLERİNİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

- İlk derece mahkemesi olarak Mersin 5. Ağır Ceza Mahkemesi², mağdur ile sanığın arkadaşlarıyla içki içtikleri sırada aralarında birden tartışma çıktığını, mağdurun, sanığa hakaret etmesi nedeniyle sanığın yanında taşıdığı bıçağı mağdurun karnına bir kez saplayarak batına nafiz hayati tehlike geçirecek şekilde mağduru yaraladığını, mağdurun ayrıca elinde kesi oluştuğunu kabul etmiştir. Sanık ile mağdur arasında önceye dayalı bir husumetin bulunmamasını, sanığın imkânı bulunduğu halde hayati bölgeye yönelik yaralamasını sadece bir kez gerçekleştirmesini, olayın kendiliğinden ve aniden geliştiğini nazara alan mahkeme, sanığın, Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 86/1, m. 86/3-e, m. 87/1-d gereğince kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâlden mahkûmiyetine karar vermiştir. Ancak mağdurun, sanığa hakaret ettiğine yönelik tanık M.U.'ın beyanını göz önünde bulundurarak haksız tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılmasına karar vermiştir.
- Sanık müdafii tarafından yapılan başvuru üzerine temyiz mercii olarak denetimde bulunan Yargıtay 3. Ceza Dairesi³, öncelikle, sanığın hareketine devam etmesine engel bir sebebin mevcut olmadığını ve sanığın ilk darbeyi gerçekleştirmesinden sonra olay yerinden kaçmasını göz önünde bulundurarak sanığın fiilinin kasten yaralama suçuna vücut verdiği konusunda ilk derece mahkemesinin kararında bir isabetsizlik bulunmadığına işaret etmiştir. “Sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 29. maddesinin uygulanması yönünden aleyhe temyiz bulunmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir” diyerek olayda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması açısından gerekli şartlar bulunmamasına rağmen sanığın aleyhine temyiz başvurusu bulunmadığı gerekçesiyle sözü edilen hukuka aykırılığın bozma sebebi yapılamayacağına karar vermiştir.
- Ceza Muhakemesi Kanunu m. 308’de yer alan “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi” kapsamında Yargıtay 3. Ceza Dairesinin kararına itiraz eden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından; suçta kullanılan aletin öldürmeye elverişliliği, mağdurun eylemden önce sanığa karşı herhangi bir aktif müdahalesinin bulunmaması, hedef alınan vücut bölgesi, darbenin şiddeti, yaranın niteliği ve mağdurun elinde savunma kesisi oluştuğuna ilişkin rapor, mağdurun kendisini savunmaya yönelik olarak bir sonraki bıçak darbesini engellemeye çalışması nedeniyle fiilin kasten öldürme suçuna teşebbüsü oluşturması gerektiği ileri sürülmüştür. Yine “Mağdurdan sanığa yönelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz veya davranış olmadığı hâlde, haksız tahrik hük-

² Mersin 5. Ağır Ceza Mahkemesi, T. 17.01.2014, E. 2013/156, K. 2014/5 (UYAP).

³ Yargıtay, 3. CD, T. 03.11.2015, E. 2015/10539, K. 2015/30690 (Lexpera).

münün uygulanması suretiyle eksik ceza tayin edilmesi nedeniyle hükmün bozulması ve 1412 sayılı CMUK'nın 326/son maddesi uyarınca⁴ sanığın ceza miktarı yönünden kazanılmış hakkının korunması yerine, aksi görüşle onanmasına karar verilmesi kanuna aykırıdır” görüşüyle birlikte olağanüstü itiraz kanun yoluna başvurulmuştur.

- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının olağanüstü itirazı üzerine inceleme yapan Yargıtay 3. Ceza Dairesinin itiraz nedenlerini yerinde görmemesi üzerine incelemede bulunan Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/3-135 K. 2019/32 T. 22.01.2019 sayılı kararında oy çokluğuyla; mevcut delil durumuna göre olayın üzerinden uzun bir zaman dilimi geçtikten (6 yıl) sonra tanığın mahkemece dinlenmesinin gerekmediğine karar verilmiştir. Buna gerekçe olarak ise ayrıca olayın tek görgü tanığı olan M.K.'un duruşmada dinlenmesini sağlamak amacıyla birden fazla kez zorla getirme emri çıkartılmasına rağmen duruşma sırasında hazır bulunmasının sağlanamaması, şikâyetçinin beyanı, diğer tanığın soruşturma ve kovuşturma evresinde dinlenmiş olması, olay yeri inceleme raporu, yakalama tutanağı, adli muayene raporları, sanığın savunmasına göre olay anında mağdur ve sanığın yanında bulunan tanığın ifadesinin önem derecesi itibarıyla mutlaka dinlenmesinin gerekmediğinin anlaşılması ve tanığın soruşturma aşamasındaki beyanını içeren tutanağın CMK'nın 211. maddesi uyarınca duruşmada okunması gösterilmiştir. Bu nedenle ilk derece mahkemesi tarafından eksik inceleme yapılmadığına oy çokluğuyla karar verilmiştir.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulunda, sanığın işlediği kasten yaralama suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yapılan incelemede ise sanığın mağdurun kendisini darp ettiği yönündeki iddiasına rağmen sanığın vücudunda herhangi bir yaranın bulunmadığına ilişkin adli muayene raporunun bulunması ve sanığın kendisine hakaret eden kişinin mağdur değil üçüncü bir kişi olduğunu söylemesi karşısında, haksız tahrikin uygulama koşullarının bulunmadığına oy çokluğuyla karar verilmiştir. Ancak haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması konusunda aleyhe temyiz başvurusunda bulunulmaması ve suç vasfında meydana gelen bir değişiklik olmaması nedeniyle hükmün bozulmamasına ve Yargıtay 3. Ceza Dairesinin kararının şu ifadelerle onanmasına karar verilmiştir: *“Haksız tahrik hükmünün uygulanmaması gerektiğine ilişkin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı haklı bir nedene dayanmakta ise de, ikinci uyuşmazlık bakımından sanığın eyleminin kasten yaralama suçunu oluşturduğu sonucuna ulaşılması ve aleyhe yönelen temyiz bulunmaması nedeniyle haksız tahrik hükmünün uygulanmasını eleştiri konusu yapan Özel Daire kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır”.*
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında karşı oy kullanan iki üye, mağdur tarafından sanığa karşı hakaret teşkil eden bir fiilin bulunup bulunmadığı hususunun tespit edilerek suçun kasten yaralama veya kasten adam öldürmeye teşebbüs olduğunun belirlenmesi ve haksız tahrik hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağının tespit edilmesinde görgüye dayalı bilgisi olan tek tanığın duruşmada mutlaka dinlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Zira bu iki üyeye göre; mahkeme, kendi lehlerine beyanda bulunan mağdur ve sanıktan, sanığın beyanına üstünlük tanıyarak, sanığın ilk darbeyi gerçekleştirdikten sonra olay yerinden kaçtığını kabul ederek kasten yaralama suçunun gerçekleştiği sonucuna varmıştır. Haksız tahrik kurumunun uygulanmasında ise M.K.'un, mağdurun, sanığa hakaret ettiğini söylemesini konu edinen dolaylı tanık (M.U.) ifadesini temel almıştır. Olayın aydınlatılması konusunda tek görgü tanığı olan M.K.'un mahkeme tarafından duruşma sırasında dinlenmeden yalnızca kolluk aşamasında verdiği beyanı içeren tutanağın okunmasıyla yetinilerek hüküm kurulması, CMK m. 210/1 ve m. 217/1'e aykırılık oluşturduğu için eksik inceleme yapılarak karar verilmesi hukuka aykırı olacaktır. Yine yaralama olayını görmeyen tanık M.U.'ın *“tanık ... 'dan duyduğuma göre mağdur sanığa hakaret etmiş”* şeklindeki duruşma sırasında alınan beyanının haksız tahrik kurumunun uygulanması konusunda hükme esas alınmasının yasal olmadığına işaret edilmiştir.

⁴ Başsavcılık, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 8 gereği CMUK m. 326/son atfi yapma gereği duymuştur.

IV. DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

1. *Hukuki Probleme İlişkin*: CMK m. 210/1 gereğince olayın delilinin tek bir tanığın beyanından oluşmasından anlaşılması gereken nedir ve birden fazla tanık beyanının ve başkaca delillerin bulunması durumunda önceki beyanları içeren tutanakların okunması yeterli sayılacak mıdır?

Delillerin doğrudanlığı prensibi ve CMK m. 217/1 gereğince, mahkemenin delillerle doğrudan doğruya temasa geçmesi üzerine delillerin içeriğini aracısız biçimde öğrenmesi esastır⁵. Hâkim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir ve bu delilleri vicdani kanaatiyle serbestçe takdir eder⁶. Bunun sağlanmasında sözlülük de önem arz etmektedir. Duruşmada çelişmeli muhakemenin sözlü gerçekleşmesi gereği, doğrudanlık ilkesini tamamlar niteliktedir⁷. Bu prensipler gereğince; duruşma devresinde, soruşturma evresinde yazılı bir muhakeme işlemiyle tespit edilen delillere kural olarak atıf yapılamaz⁸. Sözü edilen kuralın tanık dinlenmesi hususundaki kanuni dayanağı ise CMK m. 210/1’de düzenlenmiştir. CMK m. 210/1’e göre “*Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez*”⁹. Bu hükümde duruşmanın sözlülüğü prensibi gereği tanıkların duruşmada dinlenmesinin zorunlu olduğu vurgulanmıştır. Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’nde bu hak, *Coy/Iowa*¹⁰ kararında vurgulandığı üzere, “*Bir kişi hakkında yüzüne karşı yalan söylemek, arkasından yalan söylemekten her zaman daha zordur*” anlayışına dayanılarak, tanık ifadelerinin, mahkemede sanığın huzurda bulunduğu durumda verilmesini gerektirecek şekilde yorumlanmıştır.

CMK m. 210/1 metninde, olayın delilinin bir tanığın açıklamalarından oluşmasından söz edilmişse de maddenin, olayın tek delilinin tek bir tanık açıklamasından ibaret olması şeklinde anlaşılması gerekmektedir¹¹. Olayda birden fazla tanığın var olması hâlinde¹² veya olayın tek tanığının yanı sıra başka delillerin bulunması durumunda da CMK m. 210/1 gereğince mahkeme huzurunda tanığın dinlenmesi zorunluluğu mevcut olacaktır¹³.

⁵ TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2019, s. 337.

⁶ TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 337.

⁷ DONAY, Süheyl: *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 349.

⁸ TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 337.

⁹ Benzer hüküm Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) m. 250’de “kişiyi bizzat dinleme ilkesi” başlığı altında (*Grundsatz der persönlichen Vernehmung*) şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bir olayın ispatı, bir kişinin algılamalarına dayanıyorsa, bu kişi duruşmada dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında tutulmuş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçmez*”. Bkz. YENİSEY, Feridun / OKTAR, Salih / OKTAR, Ayla: *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Strafprozeßordnung (StPO-RiStBV), Almanca Metin-Türkçe Çeviri*, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 367-368. StPO’nun 251. maddesi, koşulların varlığı halinde daha önce beyanda bulunmuş olan bir kişinin (tanık, bilirkişi veya birlikte suçlanan sanık söz konusu olabilir), duruşmada sözlü sorgu için hazır bulunamadığı durumları kapsayacak şekilde yazılı tutanakların okunmasına izin vererek bu ilkeye bir dizi istisna getirmektedir. Bkz. SPENCER, John R.: *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2008, s. 23.

¹⁰ Iowa Yüksek Mahkemesi’nin *Coy/Iowa* Kararı, Sayı: 86-6757, Tarih: 29.6.1988, 487 U.S. 1012 (1988). Bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/1012/> (ET: 20.4.2024).

¹¹ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 1160; ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku-II*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (2022), s. 129. Aksi yönde bkz. KÖSE, Metin: “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 1, s. 189.

¹² Kanun metninde olayın delilinin tek bir tanığın ifadesinden ibaret olmasından bahsedilmiş olmasına rağmen; birden fazla tanığın var olması durumunda da tanık ifadelerinin duruşma sırasında hâkim tarafından dinlenilmesi yerine yalnızca ifadeleri içeren tutanakların okunmasıyla yetinilmesi hâlinde “*sözlü tanıklığa*” aykırı hareket edileceği yönünde bkz. ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 129, 130; FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, US-A Yayınları, Ankara, 1996, s. 365. Tanık sayısının kaç tane olduğu önemli olmaksızın delil olarak yalnızca tanık ifadesinin bulunması hâlinde madde metninde yer alan bir tanığın açıklamasından söz edilebileceği konusunda bkz. ŞEN, Ersan: “Hazır Olmayan Tanığın İfadesiyle Mahkûmiyet ve Delillerin İspat Gücü”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2016, Cilt 11, Sayı 114, s. 105. Birden fazla tanık açıklamasının bulunması durumunda da CMK m. 210/1’in uygulama alanı bulabileceği yönünde ayrıca bkz. ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÛTÛNCÛ, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 326.

¹³ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 1160; ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 129-130. Tanığın yanı sıra diğer delillerin bulunması hâlinde CMK m. 210’un uygulama alanı bulamayacağı konusunda aksi yönde görüş için bkz. CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 309. “*Soruşturma evresinde dinlenen olayın tek tanığı olan tanık A.T.’nin de dinlenip tüm kanıtların birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz*

Tanığın beyanlarının doğruluğunun sınanabilmesi ve böylece çelişmenin sağlanabilmesi, adil yargılanma hakkının bir gereğidir¹⁴. CMK m. 210/1 ispat vasıtası olarak tanığın beyanının bulunması durumunda, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından dinlenen tanığın, kural olarak mahkeme huzurunda da dinlenilmesi gerektiğini ve soruşturma evresindeki ifadelerini içeren tutanakların okunmasının mümkün olmadığını ortaya koymak amacıyla getirilmiştir¹⁵. CMK m. 210'dan yalnızca tanığın önceki beyanını içeren tutanağın ya da yazılı açıklamalarının duruşma sırasında okunmasının yasaklandığı sonucu çıkarılmamaktadır. Tanık beyanına ilişkin bu tür belge delillerine başvurulmaması gerektiği ve belge delilinin ikinci planda olduğu sonucu da çıkmaktadır. Bu nedenle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında birden fazla tanığın dinlenilmesi ihtiyacı bulunması durumunda da önceki beyanlara ilişkin tutanakların okunmasıyla yetinilmemelidir¹⁶.

Doğrudanlık ile sözlülük prensipleri ve CMK m. 217/1 göz önünde bulundurulduğunda; tanık ifadesine başvurulması gereken her durumda tanık/tanıkların mahkeme huzurunda dinlenmesi gerekmektedir. Ceza muhakemesinin amacını oluşturan maddi gerçeğin elde edilmesi yükümlülüğünün bulunması da hâkim tarafından diğer delillerin bulunması hâlinde dahi tanık beyanının huzurunda dinlenerek değerlendirilmesini gerektirmektedir¹⁷. Hâkim veya mahkeme tarafından kural olarak delillerle doğrudan temas kurulması¹⁸ ve somut olayın ne şekilde gerçekleştiği konusunda doğrudan edinilen kanaat doğrultusunda karar verilmesi gerekmektedir¹⁹. Soruşturma evresinde yapılan dinleme esnasında tanığın beyanına ilişkin olarak düzenlenen tutanağın duruşma sırasında okunmasıyla yetinilmesi, söz konusu kişilerin dinlendiği ve beyanlarının delil olarak mahkemede tartışıldığı anlamına gelmeyecektir. Hâkim tarafından dinlenecek tanık hakkında şahsi bir kanaat elde edilebilmesi; eksik, yanlış veya çelişkili hususların giderilebilmesine ve tanık ifadesinin doğruluğunun kontrol edilebilmesine bağlıdır²⁰. Aynı zamanda bu durum, tanıkların önceki beyanlarını içeren tutanakların sanık veya müdafisi tarafından incelenmesine ve karşı çıkılmasına imkân vermektedir²¹. Sanık açısından tanığa soru sorma²² ve tanık tarafından verilen beyanların inanılabilirliğini ve güvenilirliğini doğrudan doğruya sorgulama olanağının tanınması ancak bu suretle gerçekleşmektedir²³. Bu nedenle söz konusu maddenin doğrudan delil ikamesine ilişkin getirilmiş bir kural olduğu²⁴ ve tanık ifadelerini içeren tutanakların somut olay kapsamında kullanılmasının istisnai nitelik taşıdığı kabul edilmelidir.

gerekleyle beraat kararı verilmesi...” Bkz. Yargıtay, 4. CD, T. 26.05.2008, E. 2008/2077, K. 2008/10747. Aynı yönde Yargıtay, 2. CD, T. 27.03.2008, E. 2008/20061, K. 2008/5806. Karar için bkz. PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2008, s. 1095-1096. Bir başka görüşe göre CMK m. 210 düzenlemesi olayın delilinin tek bir tanıktan ibaret olması haline ilişkindir ve bu nedenle olgunun ispatı yalnızca bir tanığın beyanına dayanmaktaysa bu tanığın duruşmada mutlaka dinlenmesi gerekir (Bkz. YURTCAN, Erdener: *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 731). Çeşitli sebeplerle tek tanık duruşmaya getirilemezse bu tek tanığın daha önceki beyanları tutanakla saptanmış olsa bile bunların okunması ile yetinilerek sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilemez (YURTCAN, s. 731).

¹⁴ DEMİR, Remzi: *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 498-499.

¹⁵ BİRTEK, Fatih: *AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 135.

¹⁶ ŞAHİN, Cumhuriyet: *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 605, 606.

¹⁷ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 129, 130.

¹⁸ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 147.

¹⁹ ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt)*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 128; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 147-148.

²⁰ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 127; ÜNVER / HAKERİ, s. 131, 132.

²¹ Anayasa Mahkemesi, *AZ. M. Başvurusu*, B. No: 2013/560, T. 16.04.2015, § 65.

²² ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 676-677, 678; ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 127, 142. AİHS'nin “adil yargılanma hakkı” başlığını taşıyan 6. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendine göre; şüpheli veya sanık “iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek” hakkına sahiptir. Bu bakımdan duruşma sırasında sanık veya müdafisi tarafından doğrudan veya hâkim aracılığıyla tanıklara soru sorulabilmesi imkanını ortadan kaldıracak şekilde önceki beyanlarını içeren tutanağın/tutanakların ya da yazılı açıklamalarının okunması, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine de yol açacaktır. Benzer yönde bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 676-677.

²³ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 142.

²⁴ BİRTEK, s. 135.

Olayın aydınlatılması hususunda tek görgü tanığı olan M.K.'un mahkeme tarafından herhangi bir vasıta olmadan, sözlü bir şekilde yüz yüze dinlenmesi gerekirken sadece tanık beyanının okunmasıyla yetinilmiştir. Bu beyan, savcı huzurundaki ifade tutanağı dahi olmayıp kolluk huzurunda tanığın olayla ilgili bilgilerine yönelik beyanlarını içeren tutanaktır. Kolluğun şahısları tanık sıfatıyla dinleme yetkisi bulunmamaktadır²⁵. Zira TCK m. 43/5 gereğince bir kişinin tanık sıfatıyla Kanun'da öngörülen usul çerçevesinde dinlenebilmesi ancak C. savcısı, hâkim veya mahkeme önünde mümkün olabilmektedir²⁶. Kolluk sadece yargılamada potansiyel olarak tanık olabilecek olan kişinin bilgisine başvurmaktadır. Tanığın kolluğa bildiklerini anlatması durumunda uygulanan yöntemle "bilgi alma" ismi verilmektedir²⁷. Polis, Vazife ve Salâhiyet Kanunu m. 15'te yer alan "*Polis; yaptığı tahkikat esnasında ifadelerine müraacaat lazımgelen kimseleri çağırır ve kendilerine lüzumu olan şeyleri sorar.*" hükmünden, bu işlemin bilgi alma niteliğinde olduğu sonucu çıkmaktadır²⁸. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4. maddesinde de bilgi alma, "*bir suçun tespiti veya aydınlatılmasına yönelik olarak, müşteki ve suçtan zarar gören ile suç işleme şüphesi altında bulunmayan diğer kişilerin dinlenmesi ve tutanağa geçirilmesi*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu nedenle kolluk tarafından tanık beyanına başvurulması mümkün değildir. Kolluk sadece tanık olabilecek kişilerden olayla ilgili bilgi alma yoluna başvurabilir.

Mahkemenin tanığı dinlemeden ve bizzat dinlemeye yeterli ve etkili bir gerekçe sunmadan tanığın olayla ilgili beyanlarına ilişkin tutanağı okumakla yetinmesi hukuka aykırıdır. Somut olayda tanık beyanlarının yanı sıra mağdurun beyanının, sanığın savunmasının, olay yeri inceleme raporunun, yakalama tutanağının ve adli muayene raporlarının da kasten yaralama ve kasten öldürmeye teşebbüs suçları ve haksız tahrik hükümleri açısından ispat aracı olarak yer aldığı doğrudur. Ancak görgü tanığının yanı sıra olayda başka bir tanığın ve başkaca delillerin olması, CMK m. 210/1 ve m. 217/1 gereğince tanıkların mahkeme huzurunda dinlenmeleri kuralının uygulanması gereğini ortadan kaldırmaktadır. Olay anında ve yerinde bulunan doğrudan tanığın kural olarak dinlenmesi gerekmektedir.

2. Hukuki Probleme İlişkin: Tanık beyanının hâkim tarafından mahkeme huzurunda dinlenmesinin istisnaları nelerdir, bu istisnaların CMK m. 210/1 açısından uygulama alanı bulması mümkün müdür ve somut olayda CMK m. 211/1 kapsamında yer alan herhangi bir nedenin gerçekleşmesi söz konusu mudur?

Tanık beyanının hâkim tarafından mahkeme huzurunda dinlenmesi esas olmakla birlikte; tanığa çeşitli nedenlerle ulaşılmamasının mümkün olmaması veya diğer delillerle birlikte olayın aydınlatılmış olması nedeniyle tanıklardan birinin ya da bir kısmının dinlenilmesine ihtiyaç olmadığına karar verilmesi durumlarında, önceki beyanların okunması ihtiyacı da ortaya çıkabilmektedir. Duruşma sırasında tanıkların hâkim tarafından dinlenmesi yerine delil kaybının önüne geçilmesi amacıyla önceki ifade tutanaklarının okunmasının mümkün olduğu nedenlere CMK m. 211/1'de yer verilmiştir²⁹.

²⁵ ŞEN, Ersan / SERDAR, Cem: "Ceza Muhakemesinde Tanık Dinlenirken Uyulması Gereken Usul Kuralları", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2023, Cilt 18, Sayı 197, s. 167; CENTEL / ZAFER, s. 264; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 618; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 306. "*Kolluğun tanık dinleme yetkisi bulunmamaktadır. Yasal anlamda tanıklıktan kasıt, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, gerekli görüldüğünde hakim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından duruşmaya çağrılmak suretiyle, naip veya istinabe yoluyla engel hali bulunmayan kişinin ispat edilmek istenen olayla ilgili bilgi ve görgüsü tespit edilmesidir. Tanığa yemin verme yetkisi olmayan kolluk görevlileri tarafından "ifade sahibi" olarak alınan ifadede yalan tanıklık suçu oluşmayacaktır.*" Bkz. Yargıtay, 3. CD, T. 04.10.2022, E. 2022/23951, K. 2022/5411; Yargıtay, 16. CD, T. 16.04.2018, E. 2018/4, K. 2018/1470 (Lexpera).

²⁶ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 618; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 306; CENTEL / ZAFER, s. 264.

²⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 618; CENTEL / ZAFER, s. 264; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 306.

²⁸ GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 283.

²⁹ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 142. Tanığın duruşmada dinlenmesi gerektiği kuralının daha az sınırlandırıldığı düzenleme için Norveç Hukuku örnek gösterilebilir. Norveç Ceza Muhakemesi Kanunu m. 297'de tanığın duruşmada sözlü olarak ifadesinin alınması kuralının istisnalarına şu şekilde yer verilmiştir: "*Bir tanık esas duruşmada hazır bulunmadığında, tanığın davada daha önce vermiş olduğu herhangi bir ifadenin mahkeme tutanağında ya da polis raporunda yer alması, ancak sözlü ifade almanın mümkün olmaması ya da orantısız bir zahmet veya masraf gerektirmesi hâlinde yüksek sesle okunabilir.*" (Bkz. <https://legislationline.org/sites/default/files/documents/>)

CMK m. 210'un kapsamına, ilk sorunun incelenmesi sırasında da belirtildiği üzere, tek veya birden fazla tanık beyanı ya da bunların yanı sıra başka delillerin bulunması da girmesine rağmen; beyan delillerin delillerinin, belge delilleri karşısında öncelikli konuma sahip olması nedeniyle olayda var olan tanıkların hepsinin dinlenmesi gerekmektedir. Ancak CMK m. 211'de yer alan, tanıkların mahkeme huzurunda dinlenmeyip önceki tutanakların okunmasıyla yetinilmesi istisnaları, CMK m. 210 açısından da geçerliliğini korumaktadır³⁰. Örneğin (madde metni bununla sınırlı olmasa da) olayın ispat edilmesini sağlayacak tek bir tanığın açıklamalarının bulunması ve bu tanığın ölmesi, sonradan akıl hastası olması, bulunduğu yerin öğrenilememesi vb. nedenlerle mahkeme huzurunda dinlenmesinin mümkün olmaması durumunda dahi önceki beyanına ilişkin tutanağın okunması söz konusu olabilecektir³¹.

CMK m. 210/1; suçun delilini oluşturan tanığın duruşmada, mahkeme huzurunda dinlenmesi imkânının bulunması hâlinde, kolluk, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkimi tarafından dinlenen kişinin beyanlarına ilişkin tutanakların duruşmada okunmamasını kapsamaktadır³². CMK m. 211/1'e göre tanığın önceki beyanlarına ilişkin tutanakların ve önceki açıklamalarının okunmasıyla yetinilebilecek durumlar ise şu şekildedir:

“a) Tanık veya sanığın suç ortağı ölmüş veya akıl hastalığına tutulmuş olur veya bulunduğu yer öğrenilemezse,

b) Tanık veya sanığın suç ortağının duruşmada hazır bulunması, hastalık, malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle belli olmayan bir süre için olanaklı değilse,

c) İfadesinin önem derecesi itibarıyla tanığın duruşmada hazır bulunması gerekli sayılmıyorsa, bu kişilerin dinlenmesi yerine, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar ile kendilerinin yazmış olduğu belgeler okunabilir.”

Somut olayda Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından;

- Tanık M.K.'un duruşmada dinlenmesini sağlamak amacıyla birden fazla kez zorla getirme emri çıkartılmasına rağmen duruşma sırasında hazır bulunmasının sağlanamaması;
- Şikâyetçinin beyanı, diğer tanığın soruşturma ve kovuşturma evresinde dinlenmiş olması, olay yeri inceleme raporu, yakalama tutanağı, adli muayene raporları, sanığın savunmasına göre; olay

30/Norway_Criminal_Procedure_Act_1981_am2013_en.pdf, ET: 21.12.2023). Bu hükümlerin CMK m. 211'e göre kapsamının daha geniş ve yoruma müsait olduğu görülmektedir. Türk hukukunda olduğu gibi kazuistik olarak sınırlı sebeplere yer verilmemiştir. AİHM ise *Kaste ve Mathisen v. Norway* (B. No: 18885/04 ve 21166/04, T. 09.11.2006) kararında söz konusu hükümlerin, Norveç Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almayan ancak Norveç Yüksek Mahkemesi'nin Sözleşme içtihadı ışığında yaptığı yorumlardan kaynaklanan ve aşağıdaki şekilde özetlenebilecek sınırlamalara tabi olduğunu ifade etmektedir: “(a) Genel bir kural olarak, tanıklar ‘sanığın huzurunda aleni bir duruşmada’ sorgulanmalıdır.

(b) Özel durumlarda, bir bütün olarak ele alındığında yargılamanın ‘uygun ve adil’ olması hâlinde istisnalar yapılabilir.

(c) İfadelerin okunması, sanığa ya da savunmasına ‘aleyhindeki bir tanığa, ifadesini verirken ya da yargılamanın daha sonraki bir aşamasında itiraz etme ve soru sorma konusunda yeterli ve uygun bir fırsat’ verilmesi hâlinde gerçekleşebilir. Mahkûmiyet kararının ‘yalnızca ya da belirleyici ölçüde’ ifadeye dayandırılması hâlinde özel bir dikkat gösterilmelidir.

(d) Tanığın, sanık ya da savunması tarafından sorulan sorulara cevap vermesi şart değildir. Kural olarak, tanık susma hakkını kullansa ya da başka nedenlerle konuşmamaı tercih etse bile ifadesi mahkemede okunabilir.”.

³⁰ Bkz. KARAKEHYA, Hakan: “Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Tespit Etme Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı, s. 729.

³¹ KANTAR, Baha: *Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap, Muhakeme Usulü*, 4. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1957, s. 270; SOYASLAN, Doğan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 427; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 1160. CMK m. 210'un uygulama alanı bulabilmesi için suçun delilinin tek bir tanığın açıklamasından oluşması gerektiği, suçun başka delilinin bulunmasını da kapsayan hâllerin m. 210 kapsamına girmeyeceği, CMK m. 211'in uygulanabilmesi için ise tanık delilinin yanı sıra suça ilişkin başka delillerin de mutlaka bulunması gerektiği, m. 211'in, m. 210 kapsamına giren durumlarda uygulama alanı bulamayacağı yönünde bkz. CENTEL / ZAFER, s. 309. Madde metninde yer alan “mutlaka dinlenir” ifadesinden dolayı CMK m. 211/1'de yer alan istisnaların, olaya ilişkin tek delilin tanık beyanı olması durumunda uygulama alanı bulamayacağı konusunda bkz. KARAKEHYA, s. 729; KÖSE, s. 189, 203, 204. CMK m. 211/1 kapsamında yer alan ve duruşma sırasında tanık veya suç ortağının önceki beyanlarını içeren tutanakların okunmasıyla yetinilebilecek hâllerin CMK m. 210 açısından uygulanmasının kıyas yasağına aykırı olacağı görüşü hakkında bkz. BİRTEK, s. 139.

³² ŞAHİN, s. 604.

anında mağdur ve sanığın yanında bulunan tanığın ifadesinin önem derecesi itibarıyla mutlaka dinlenmesinin gerekmediğinin anlaşılması;

- Tanığın soruşturma aşamasındaki beyanını içeren tutanağın CMK'nın 211. maddesi uyarınca duruşmada okunması;

nedenleriyle, mevcut delil durumuna göre olayın üzerinden uzun bir zaman dilimi geçtikten (6 yıl) sonra tanığın mahkemece dinlenmesinin gerekmediğine karar verilmiş ve CMK m. 211/1 kapsamında M.K.'un kolluktaki beyanlarını içeren tutanağın okunması yeterli görülmüştür.

CMK m. 211/1-c kapsamında; olayın aydınlatılması ve maddi gerçeğe ulaşılması açısından birden fazla tanığın bulunması nedeniyle bir ya da birkaç tanığın beyanının yeterli görülmesi³³, dinlenilmesi düşünülen tanıklardan birinin ya da birkaçının beyanının ispat değerinin bulunmaması³⁴ ya da olayda tanığın yanı sıra başka delillerin de bulunması nedeniyle³⁵ bazı tanıkların dinlenilmemesi gerektiğine mahkeme tarafından karar verilebilir. Yani kural, TCK m. 210/1 ve m. 217/1 gereğince, tanık ifadesine başvurulması gereken her durumda, birden fazla tanık veya tanığın yanı sıra başkaca delillerin bulunması ihtimalinde de tanık/tanıkların mahkeme huzurunda dinlenmesi iken; CMK m. 211'in diğer bentlerinde olduğu gibi “ifadesinin önem derecesi itibarıyla tanığın duruşmada hazır bulunmasının gerekli sayılmaması”, mahkeme huzurunda dinlemeye bir istisna olarak getirilmiştir. Somut olayda olayın çözüme kavuşturulması açısından suç tipinin belirlenmesinde ve haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tespit edilmesinde; adli muayene raporlarının, olay yeri inceleme tutanaklarının, tarafların beyanlarının vb. önemli olduğu yadsınamayacaktır. Failin yarasının niteliği, derecesi ve sayısı konusunda alınan bilirkişi raporu yol gösterici olmakla birlikte; mağdur tarafından engelleyici bir müdahalede bulunulup bulunulmadığını, mağdurun tahrik edici bir eyleminin olup olmadığını ya da failin, fiiline devam etmesini engelleyecek başka bir hâlin var olup olmadığını veyahut failin olaydaki kastının öldürmeye ya da yaralamaya yönelik olmasını belirleyecek süreç konusunda kovuşturma evresinde dinlenmeyen tanığın verdiği bilgiler kilit rol oynamaktadır. Yine karşı oy yazısında belirtildiği üzere; mağdur veya sanık ifadelerinin yanlı olması söz konusu olabileceği gibi dolaylı tanıktan elde edilen bilgiler, doğrudan tanığın ifadelerinin aktarılmasına dayandığından güvenilirliği konusunda şüphe duyulmasına neden olabilmektedir. Bu durumda olayın çözüme kavuşturulması açısından doğrudan/görgü tanıklığı yapmış olan kişinin bilgisine başvurulması, somut olaydaki şüphenin ortadan kaldırılarak maddi gerçeğe ulaşılması açısından zorunluluk arz etmektedir. Olayın üzerinden uzun bir zaman diliminin geçmiş olması da hâkim tarafından tanığın dinlenmemesi için gerekçe oluşturmamalıdır. Aradan geçen uzun zamanın, tanığın ifadesinin güvenilirliği noktasında ihtiyatla yaklaşılmasını gerektirdiği³⁶ doğrudur. Tanığın olayın ne şekilde gerçekleştiğini hatırlayamaması veya bazı hususlarda soruşturma evresinde alınan ifadeyle duruşma sırasında söyledikleri arasında çelişki bulunması durumunda; hâkim tarafından maddi gerçeğin ortaya çıkmasını temin etmek amacıyla önceki beyanların okunması da zaten CMK m. 212 gereğince mümkündür³⁷. Bu nedenle YCGK tarafından somut

³³ SOYASLAN, s. 426, 427.

³⁴ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 145.

³⁵ ŞAHİN, s. 623.

³⁶ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 616.

³⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 675. “Sanığın aşamalarda suçlamaları kabul etmemesi, tanık B'nin hazırlık beyanında sanığın gelip kendisini tehdit ettiği esnada katılan K'yi de giyabında tehdit ettiğini beyan etmesi, mahkemede ise; tehdit eylemiyle ilgili bir görgüsü olmadığını belirtmesi ancak hazırlık beyanı arasındaki çelişki kendisine sorulduğunda o beyanını da tekrar ettiğini söylemesi, buna karşın yine de tehdit sözleri duymadığını beyan etmesi karşısında; tanık beyanının aşamalarda ve kendi içinde çelişki arz eden beyanlarına ne suretle itibar edildiği ve sanık D'nin kabul edilen giyapta tehdit eyleminde de iletme kastının ne şekilde oluştuğu tartışılmadan yetersiz gerekçeyle mahkumiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirir.” Bkz. Yargıtay, 4. CD, T. 30.11.2021, E. 2019/8453, K. 2021/28205 (Karar için bkz. DEMİR, s. 502). Karşılaştırmalı hukukta birçok hukuki düzenlemede tanığın duruşmada dinlenmesi kuralına istisnalar öngörülmüştür. Örneğin Norveç Ceza Muhakemesi Kanunu m. 296'da da benzer istisnalara yer verilmiştir. “Dava açısından önemli olduğu düşünülen kanıtlar sunabilecek tanıklar, özel koşullar engel olmadıkça, esas duruşma sırasında sözlü olarak sorgulanmalıdır. Bu tür bir sorgulamada, tanığın daha önce davayla ilgili olarak verdiği ifadelerin mahkeme tutanaklarında ya da polis raporlarında yer alması; ancak tanığın ifadelerinin çelişkili olması ya da konuşmayı reddettiği veya hatırlamadığını beyan ettiği konularla ilgili olması hâlinde okunabilir. Aynı durum, tanığın davayla ilgili olarak daha önce vermiş olduğu yazılı ifadeler için de geçerlidir.”

olayın aydınlatılması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından görgü tanığının duruşma sırasında dinlenilmesine ihtiyaç duyulmaması tespiti yerinde değildir.

Ancak zorla getirme emrinin gereğinin yerine getirilememesi, tanığın adresinin bilinmemesinden ve bu nedenle kendisine ulaşılamamasından kaynaklanıyorsa³⁸ ve adresin tespit edilmesi için gerekli araştırmalar yapılmasına rağmen adresin belirlenememesi durumunda³⁹; CMK m. 211/1-a gereğince, tanığın bulunduğu yerin öğrenilememesi gerekçesiyle tanığın soruşturma evresindeki ifadesinin okunması yeterli olacaktır⁴⁰. Yargılamanın gereksiz yere uzamasına engel olmaya yönelik bu husus, usul ekonomisi ilkesi ve makul sürede yargılanma hakkı bakımından önem arz etmektedir. Tanığın adresine kesin bir şekilde ulaşmanın imkânsız olması ise şart değildir⁴¹. Somut olayda da mahkeme huzurunda dinlenilmeyen tanık ve şikâyetçinin adreslerinin araştırılmasına ve adreslerinin bildirilmesi hâlinde zorla getirme emri çıkarılmasına karar verildiği belirtilmiştir. Bu nedenle CMK m. 211/1-a gereğince kendisine ulaşılamayan tanığın ifadesini içeren tutanağın okunması zorunludur.

Bu bakımdan YCGK kararına yansıyan, tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesinin gerekmediği ve eksik araştırmaya dayalı olarak hüküm kurulmasından söz edilemeyeceği yönünde gerekçe olarak ileri sürdüğü argümanların, CMK m. 211/1'in (c) bendi açısından isabetsiz ancak (a) bendi açısından isabetli olduğunu söylemek gerekir. M.K.'un kovuşturma evresinde dinlenmemesi ve önceki beyanlarının okunmasıyla yetinilmesi hukuka uygundur; ancak diğer deliller ve aradan uzunca bir süre zarfının geçmiş olması nedenleriyle "tanığın ifadesinin önem derecesi itibarıyla mutlaka dinlenmesinin gerekmediği" yönünde ileri sürülen gerekçe hatalıdır. Karşı oy kullanan iki üyenin; haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında, mağdurun sanığa hakaret edip etmediğinin ve suçun, kasten yaralama veya kasten öldürmeye teşebbüs olduğunun belirlenmesi bakımından, olayın oluş şekli, sanığa karşı mağdurun etkili müdahalesi olup olmadığı, başkaca engel halin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi açısından (örtülü de olsa ifadesinin önemli olmasına vurgu yapılmıştır) görgüye dayalı bilgisi olan tek tanığın duruşmada mutlaka dinlenmesi gerektiği açıklaması ise doğrudur. Ancak bu iki üyenin istisna teşkil eden 211. maddenin 1. fıkrasının (a) bendini göz önünde bulundurmamaları nedeniyle ilk derece mahkemesi tarafından yapılan incelemenin eksik olduğu ve CMK m. 210/1 ve m. 217/1'e açıkça aykırılık teşkil ettiği şeklinde varmış oldukları sonuç yanlıştır.

AİHM de *Ferrantelli ve Santangelo/İtalya* kararında⁴², mahkûmiyetin, ölümünden önce dinlenmeyen/dinlenemeyen tanığın duruşma öncesindeki beyanlarına dayandırılmasının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmeyeceğini incelemiştir. Tanığın ölümünden önceki yirmi ay boyunca Hükümetin bir yüzleşme organize etmemiş olmasına rağmen Devletin bundan sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. AİHM, temyiz mahkemesinin savcılık aşamasındaki tanık beyanlarının ayrıntılı bir analizini yapmış olması ve beyanların bir dizi başka delil tarafından desteklendiğini tespit etmesi nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu karar da duruşmada dinlenmeyen tanığın beyanlarının ne şekilde hükme tesir edebileceğini göstermede önemli bir ölçüt sunmaktadır. Somut olayda ise bu gerekliliklerin karşılanmadığı görülmektedir.

³⁸ "Soruşturma aşamasında dinlenip olaya ilişkin bilgisi olduğu anlaşılan ancak kovuşturma aşamasında beyanı alınmayan tanık E.'nin yöntemince duruşmaya getirilip dinlenmesi, kendisini ulaşamaması hâlinde ise CMK'nın 211/1. maddesi gereğince ifadesi duruşmada okunarak, kanıtların buna göre değerlendirilmesi ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken adı geçen tanık dinlenmeden, dinlenmesinden vazgeçilmesine ilişkin karar verilmeden ve soruşturma beyanı da okunmadan hüküm kurulması, bozmayı gerektirir." Bkz. Yargıtay, 4. CD, T. 08.11.2021, E. 2019/4874, K. 2021/26423 (Karar için bkz. DEMİR, s. 501).

³⁹ KANTAR, s. 270.

⁴⁰ "Mağdurun aşamalarındaki ifadelerinde sanığın kendisini tehdit ettiğini duymadığını belirtmesi ve tehdidin sadece, tartışma sırasında aynı koşullarda bulunan tanık O. tarafından duyulduğunun anlaşılması karşısında, yargılama evresinde ulaşılamayan tanığın CMK'nın 210/1. maddesi uyarınca tekrar adres araştırması yapılarak temini ile çağırılıp ayrıntılı şekilde dinlenmesi, kendisine ulaşılamaması hâlinde ise CMK'nın 211/1. maddesi gereğince ifadesi duruşmada okunarak, sonucuna göre sanığın söylediği sözleri iletme kastı olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi gerekirken, eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçe ile karar verilmesi bozmayı gerektirir." Bkz. Yargıtay, 4. CD, T. 28.11.2013, E. 2012/26818, K. 2013/30114 (Karar için bkz. DEMİR, s. 501).

⁴¹ KANTAR, s. 270.

⁴² AİHM, *Ferrantelli ve Santangelo v. İtalya*, B. No: 19874/92, T. 07.08.1996, § 30, 52, 53.

1. *Hukuki Probleme İlişkin:* Tanığın tanığının/dolaylı tanığın dinlenmesi ve beyanının hükme esas alınması mümkün müdür? Dolaylı tanık beyanına bir delil türü olarak hukuk düzeni tarafından hangi ölçüde geçerlik tanınması mümkündür?

“Uyuşmazlığın taraflarından olmayan, fakat uyuşmazlık konusu maddî sorunla ilgili, duyu organlarından en az biri aracılığıyla bilgi edindiği adli bir faaliyet yürüten resmi makamlarca varsayılan üçüncü kişi”ye “tanık” denmektedir⁴³. Bu kişilerin beyanlarına da tanık açıklamaları denir⁴⁴. Görmek veya duymak suretiyle olayı doğrudan ve aracısız olarak öğrenen kişi, doğrudan tanık; olayla ilgili bilgileri başka bir kişiden öğrenen ve bu bilgi üzerinden tanıklık yapan kişi ise tanığın tanığı ya da dolaylı tanık olarak nitelendirilmektedir⁴⁵. Dolaylı tanığın bilgisine; suç teşkil eden fiilin işlenmesi sırasında beş duyu organıyla olay hakkında bilgi edinen tanığa ulaşılması imkânının bulunmaması, görgü tanığının tanıklık yapmaktan çekinmesi veya tanıklık yapmak amacıyla soruşturma veya kovuşturma makamlarının huzuruna giderek ifade vermemesi gibi tanıklık yapmadığı durumlarda başvurulur⁴⁶. Örneğin tanığın ifadesini soruşturma evresinde almış olan kolluk personeli veya Cumhuriyet savcısı, özellikle örgüt kapsamında işlenen suçlarla ilgili öğrenilen bilgiler çerçevesinde gizli soruşturmacının kimliğinin ortaya çıkmaması amacıyla ondan duyduğu bilgileri açıklayan ya da herhangi bir şekilde vaka hakkında görgü tanığından bilgi edinen üçüncü bir kişi, dolaylı tanık konumundadır⁴⁷.

Somut olay kapsamında olayın birden fazla tanığı bulunmaktadır. Birisi, olay sırasında mağdurun yanında bulunan, beş duyu organıyla olayın ne şekilde gerçekleştiğine şahit olan, doğrudan tanık/görgü tanığı olarak yer alan ve kolluk aşamasında edinilen beyanının okunulmasıyla yetinilen kişidir (M.U.). Bıçakla saldırı fiilinin gerçekleştiği sırada tuvalette bulunan ancak olay yerinde bulunan üçüncü bir kişiden bilgi edinen ve duruşma sırasında mahkeme huzurunda hâkim tarafından dinlenen başka bir tanık (M.K.) daha bulunmaktadır. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tespit edilmesi noktasında mahkeme huzurunda dinlenilmeyen, sadece yazılı beyanı okunan bir tanığın yanı sıra dolaylı tanığın beyanına da başvurulmuştur.

Somut olayda doğrudan tanığa göre uzak konumda olmasına rağmen hukuka aykırı olarak elde edilmeyen veya delil değerlendirme yasağı kapsamına girmeyen dolaylı tanığın⁴⁸ mahkeme tarafından dinlenmesi, ifadesinin tanık beyanı olarak delil teşkil etmesi ve değerlendirilmesi açısından bir sorun bulunmamaktadır⁴⁹. Doğrudanlık ilkesi, mahkemenin dolaylı tanıkları dinlemesini engellemez. Objektif imkânsızlık halleri dışında dolaylı tanığın bizzat dinlenmesi gerekir⁵⁰. Doğrudanlık ilkesi, mahkemenin bilginin asıl kaynağından gelen kanıtları dinlemeye mecbur olmasını gerektirir⁵¹. Eğer bir sanık, mahkemenin doğrudanlık ilkesine riayet etmediğinden şikâyetçi olmak isterse gerekçesi mahkemenin yanlış delil elde etmesi değil, mahkemeye doğrudan bilgi verebilecek olan tanığı çağırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi olmalıdır⁵². Bu yükümlülük, CMK m. 217/1 ile mahkemeye yüklenmiştir.

⁴³ FEYZİOĞLU, s. 28.

⁴⁴ GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 281.

⁴⁵ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 617, 618.

⁴⁶ Bu yönde bkz. ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, 30.

⁴⁷ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 26, 30, 31.

⁴⁸ ŞAHİN, s. 610.

⁴⁹ ÜNVER / HAKERİ, s. 131, 498; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÛTÛNCÛ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 148. Ancak dolaylı tanık olarak dinlenen kişilerin beyanlarının, mahkûmiyet hükmünün esasını oluşturacak olayların ispat edilmesinde kullanılmayacağı, ancak maddî vakiyaya ilişkin olarak diğer delillerle ispat edilemeyen ve boşluk olarak kalan kısımların doldurulmasında akıl yürütmeye yardımcı bir araç olarak kullanılmasının mümkün olabileceği de ifade edilmiştir. Bkz. BİRTEK, s.130.

⁵⁰ TANER, Fahri Gökçen: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 478.

⁵¹ GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 129.

⁵² SPENCER, s. 23.

Dolaylı tanık ile ilgili tartışmalar karşılaştırmalı hukukta da sıklıkla gündeme gelmektedir. Almanya'da Türkiye'de olduğu gibi dolaylı tanık beyanı, prensipte delil değerini haizdir. Önemli olan dolaylı tanık beyanının hükme esas alınmasında belli başlı ilke ve ölçütlere uygun bir değerlendirme yapılmasıdır. Bu nedenle, örneğin Almanya'da, sanığın saldırmakla suçlandığı çocuğun annesi, çocuğun kendisine söylediğini iddia ettiği bilgileri mahkemede delil olarak tekrarlayabilecektir. Almanya'nın aksine İngiltere'de prensipte dolaylı tanıktan edinilen bilgiler kabul edilmemekte ancak sıkı şartların mevcudiyeti halinde dolaylı tanığın beyanına önem atfedilebilmektedir⁵³. Dolaylı tanık kurumuna başvuru, İngiltere için oldukça sınırlı bir uygulamaya dayanmaktadır. Ancak Alman mahkemelerinde dolaylı tanıktan edinilen bilgilerin yanıltıcı olabileceği kabulü göz önünde bulundurularak dolaylı tanığın beyanları hükme esas alınabilmektedir⁵⁴. Alman mahkemeleri, dolaylı tanıktan edinilen bilgileri dikkatli bir şekilde ele alma yükümlülüğü getirmiştir⁵⁵. Alman içtihat hukukuna göre, dolaylı tanıklık, esasında mahkûmiyet için tek başına yeterli değildir ve daha güvenilir türde başka kanıtlarla desteklenmelidir⁵⁶.

Türk hukukunda da aynı yaklaşım benimsenmektedir. Bazı hâllerde dolaylı tanıklık, doğrudan tanıklık kadar değerli olabilir; örneğin başlangıçta olay mahallinde olmayıp sonradan olay mahalline gelen bir kişinin olanları orada bulunan doğrudan tanık olan kişilerden dinleyip duruşmada tanıklık yapması ve doğrudan tanıkların tanıklık yapmaya engel bir hâlinin mevcut olması, somut olayın özelliğine göre doğrudan tanıklık kadar değerli olabilir⁵⁷. Ancak delilin esas kaynağına ulaşma imkânı söz konusu ise artık ilk kaynağa ulaşılmalıdır yahut en azından ulaşma yolunda çaba sarf edilmelidir⁵⁸. Nitekim olaya ilk kaynaktan tanıklık edenlerle olayı bu kişilerden öğrenen kişi arasındaki zincirde ne kadar çok halka varsa dolaylı tanıklığın ispat değeri o denli düşüktür⁵⁹.

Dolaylı tanık beyanının hiçbir şekilde delil olarak değerlendirilemeyeceğini ve hükme esas alınmayacağını söylemek mümkün değildir. Ancak bu tür tanıkların elde etmiş oldukları bilgilerin, başka bir kişinin anlatımlarına dayalı olduğu ve kendisine aktarılan ve kendisinin algılamış olduklarıyla sınırlı olduğu için yanlış olma ihtimali daha fazladır⁶⁰ ve güvenilirliği tartışmalıdır⁶¹. Bu nedenle bunların tanıklıkları ikinci derecede öneme sahiptir⁶². Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere dolaylı tanık tarafından aktarılan bilgilerin gerçekte yaşanan olayı tamamen doğru bir şekilde yansıtması da mümkündür⁶³. Ceza muhakemesi hukukunun maddi gerçeğe ulaşma amacı göz önünde bulundurulduğunda, öncelikle, imkân bulunması hâlinde doğrudan tanığın/görgü tanığının dinlenmesi⁶⁴ mutlak zorunluluk

⁵³ Alman hukuk düşüncesinin etkisi, Almanca konuşulan dünyanın sınırlarının çok ötesinde hissedilmiş ve bunun bir parçası olarak "doğrudanlık ilkesi" diğer Avrupa ülkelerinde de yaygın bir şekilde benimsenmiştir. Bkz. SPENCER, s. 23-24. 2003 tarihli İngiltere Ceza Adaleti Kanunu'nun 114. maddesi uyarınca, dolaylı tanık, ceza davalarında ancak bir dizi "geçitten" birinin geçerli olması hâlinde kabul edilebilir. Bu tür bir "geçit", mahkemenin, dolaylı tanığın varlığının adaletin yararına olduğuna kanaat getirmesi hâlinde, dolaylı tanığın kabul edilmesine izin veren ve sözü edilen kanunun 114(1)(d) sayılı bendinde yer alan hükmüdür. Bu hükümde, mahkemenin, dolaylı delil beyanının kabul edilebilir olmasının adaletin yararına olacağına kanaat getirmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu husus AİHM kararında da belirtilmiştir. Bkz. AİHM, *Al-Khawaja ve Tahery v. Birleşik Krallık*, B. No: 26766/05 ve 22228/06, T. 15.12.2011, § 43.

⁵⁴ SPENCER, s. 23.

⁵⁵ SPENCER, s. 23.

⁵⁶ SPENCER, s. 23.

⁵⁷ DEMİREL, Muhammed: "Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Muhakemeye Katılan Süjelerin Tanık Olup Olamayacakları Sorunu", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 8, Sayı 1, s. 5-6.

⁵⁸ DEMİREL, s. 30.

⁵⁹ DEMİREL, s. 30.

⁶⁰ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 31; ŞAHİN, s. 609.

⁶¹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 149.

⁶² YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 525; FEYZİOĞLU, s. 29.

⁶³ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 618. Yazarlar tarafından; infilak sonucunda yangının ortaya çıktığını, olayın meydana geldiği anda olay yerinde bulunmaması nedeniyle olayı bizzat görmeyen ya da duymayan kişinin, olay yerinden geçmekte olan diğer kişilerden kısa bir süre sonra öğrenmesi örneğinde, olaya dair dolaylı tanığın bilgisinin, doğrudan tanıya göre gerçeği daha az aksettirdiği anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir (Bkz. KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 618).

⁶⁴ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 148; ŞAHİN, s. 610.

arz etmeli; ancak doğrudan tanığın ifadesine ulaşılamaması durumunda başvurulması mecburi olan dolaylı tanık beyanının kullanılması da doğrudanlık prensibinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmamalıdır⁶⁵. Ancak dolaylı tanığın aktardığı bilgilerin diğer delillerle birlikte değerlendirilerek doğru olup olmadığı mutlaka tespit edilmelidir⁶⁶. Nitekim AİHM kararlarında da dolaylı tanıklığa dayalı beyanların hükme esas alınması noktasında tek, belirleyici ve esaslı delili, dolaylı tanığın ifadelerinin oluşturmasının mümkün olmadığına ve mutlaka başka delillerle desteklenmesi gerektiğine işaret edilmiştir⁶⁷. Örneğin *Al-Khawaja ve Tahery v. Birleşik Krallık*⁶⁸ kararında, AİHM; dolaylı tanığın beyanlarının hükme esas alınmasının olumsuz sonuçları olabileceğini kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, Birleşik Krallık Ceza Adaleti Kanunu'nda yer alan ve titizlikle uygulanması gerektiği belirtilen güvencelerin iç hukukta bulunduğu durumlarda, mahkûmiyet kararının yalnızca veya belirleyici ölçüde dolaylı tanığın beyanlarına dayandırılması hâlinde 6. maddenin ihlal edilmeyeceğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre; dolaylı tanığın beyanlarının kanıtlanabilir şekilde güvenilir olduğu veya güvenilirliğinin uygun şekilde test edilip değerlendirilebildiği durumlarda, savunma haklarına saygı gösterilmiş, yeterli dengeleyici önlemler alınmış ve yargılama adil gerçekleştirilmiş olacaktır.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden somut olayda; fiilin kasten yaralama veya kasten öldürmeye teşebbüs suçunu mu oluşturduğu konusunda somut olayın gerçekleşme şartlarının aydınlatılması ve karşı oy yazısında da belirtildiği üzere haksız tahrik teşkil eden ve mağdurdan kaynaklanan hakaretimiz bir ifadenin bulunup bulunmadığının tespit edilmesinde, olay anında ve yerinde bulunan görgü tanığının bilgisine öncelikle başvurulması gerekmektedir. Aksi takdirde eksik inceleme ile hüküm kurulması söz konusu olacaktır. Ancak CMK m. 211/1-a'da yer alan, tanığın yerinin öğrenilememesi hâlinde doğrudan tanığın duruşma sırasında dinlenilememesi nedeniyle önceki beyanlarını içeren tutanakların okunması durumunda da önceki beyanını okunmakla yetinilen görgü tanığının ifadelerinin sanık veya müdafisi tarafından soru sorulmak suretiyle güvenilirliğinin ve inanılabilirliğinin sorgulanması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle dolaylı tanık beyanının dikkatle incelenmesi ve diğer delillerle (en azından emarelerle) birlikte ele alınması gerekmektedir⁶⁹. Özellikle sanığın ifadesinde kendisine karşı hakaret eden kişinin mağdur değil, mağdurun yanında bulunan üçüncü kişi olduğuna yönelik beyanı da göz önünde bulundurulmalıdır. Kararda, olay anında ve olay yerinde bulunan ve mahkeme huzurunda dinlenemeyen tanığın kolluktaki beyanında, mağdur tarafından sanığa hakaret edildiğine yönelik bir açıklamada bulunmadığı ifade edilmiştir. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanması noktasında sanığın kendi lehine olacak şekilde hakaret teşkil eden fiilin mağdurdan gelmediğini söylemesi karşısında, mağdurdan gelen hakaret fiilinin bulunduğuyla ilişkin dolaylı tanık beyanı dışında başka bir delil de bulunmamaktadır. Bu nedenle ilk derece mahkemesi tarafından haksız tahrik hükmünün uygulama koşullarının yalnızca dolaylı tanığın duruşmadaki beyanına dayandırılması doğru değildir ve bu açıdan Yargıtay Ceza Genel Kurulunun TCK m. 29/1'in uygulanmayacağı konusunda vardığı netice yerindedir.

Son olarak inceleme konusu davada haksız tahrikin varlığı veya yokluğu sorunu ilk derece mahkemesi tarafından çözülmeye çalışılmamıştır. Neden sanık beyanına değil de tanık beyanına üstünlük tanınıp hüküm kurulduğu hususu tartışılmamış ve gerekçelendirilmemiştir. Yargıtay incelemesinde de bu hususa vurgu yapılmamış olması önemli bir eksikliktir.

2. Hukuki Probleme İlişkin: Aleyhe değiştirme yasağının koşulları nelerdir ve haksız tahrik hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağının tespit edilmesi durumu aleyhe değiştirme yasağı karşısında bozma sebebi teşkil edebilecek midir?

⁶⁵ ŞAHİN, s. 610.

⁶⁶ ÜNVER / HAKERİ, s. 131; ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 31.

⁶⁷ AİHM, *X v. Federal Almanya Cumhuriyeti*, B. No: 8414/78, T. 04.07.1979; AİHM, *Haas v. Almanya*, B. No: 73047/01, T. 17.11.2005 (Karar için bkz. BİRTEK, s. 131).

⁶⁸ AİHM, *Al-Khawaja ve Tahery v. Birleşik Krallık*, B. No: 26766/05 ve 22228/06, T. 15.11.2011 (Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-108072%22%5D%7D>), ET: 20.4.2024).

⁶⁹ BİRTEK, s. 135-136.

Aleyhe değiştirme (*reformatio in peius*) yasağı, temyiz kanun yolu açısından CMK m. 307/5'te düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; “Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262'nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz”. Aleyhe değiştirme yasağının; eşitlik, aynı suçtan dolayı iki kez yargılanamama (*ne bis in idem*)⁷⁰, adil yargılanma hakkı ve sürpriz karar yasağı ile doğrudan bağlantısı bulunmaktadır. Aleyhe değiştirme yasağı, hukuki güvenliğin gerekleri kapsamında genel güveni koruyan bir ilkedir. Sanık, savcının aleyhine temyiz yoluna başvurusu nedeniyle mahkemenin verdiği cezanın olması gerekenden daha az olduğuna inanabilir. Bu, savcının sanık aleyhine temyiz başvurusunda bulunmaması hâlinde sanığın mahkemenin bir karar vererek devletin cezalandırma talebini karşıladığı varsayımıyla hareket edebileceği inancına dayanabilir. Bu inanç, mahkeme tarafından tespit edilen olgularla örtüştüğü ölçüde güçlenebilir. Sanık genellikle ilk derece mahkemesinin hukuki değerlendirmesinin adaletsizliğini hesaba katmak zorunda değildir. Kanun yolu sürecinde daha ağır bir ceza tehdidi altındadır. Meğerki savcı, sanık lehine temyiz başvurusunda bulunduğu devletin cezalandırma talebinin ilk derece mahkemesi tarafından belirlendiği şekilde olmaması gerektiğini savsun⁷¹.

CMK'ya göre aleyhe değiştirme yasağı yalnızca sanık lehine olacak şekilde kanun yoluna başvurulması hâlinde uygulama alanı bulabilecek bir ilkedir⁷². Yalnızca sanığın aleyhine veya bazı konularda sanığın lehine bazı konularda ise aleyhine kanun yoluna gidilmesi durumunda⁷³ ya da lehe kanun yoluna başvuran sanığın yanı sıra Cumhuriyet savcısının da sanığın aleyhine temyiz başvurusunda bulunması hâlinde⁷⁴ veyahut Cumhuriyet savcısı tarafından sanık lehine ancak katılan tarafından sanık aleyhine kanun yoluna başvurulması durumunda⁷⁵ aleyhe değiştirme yasağından söz edilemeyecektir.

Aleyhe değiştirme yasağı yalnızca sanık hakkında hükmedilen cezanın türü ve/veya miktarı ile ilgilidir. Suçun niteliğindeki veya unsurlarındaki değişiklikler nedeniyle sanığın aleyhine olacak şekilde, hakkında daha ağır bir cezayı gerektiren suçtan dolayı hüküm kurulabilmesi ve temyiz aşamasında suçun niteliğinin değişmesi nedeniyle ilk derece mahkemesi hükmünün bozulması mümkündür⁷⁶. Ancak aleyhe değiştirme yasağının sadece ceza ile sınırlı olacak şekilde yorumlanmaması gerekir. Alman hukukunda olduğu gibi bütüncül ve kapsayıcı bir bakış açısıyla yargılama neticesinde doğan hukuki sonuca odaklanmak yerinde olacaktır⁷⁷. İlk verilen hükümden öngörülen yaptırıma bağlı sonuçlar olan yan cezalar, güvenlik tedbirleri, hak yoksunlukları ve müsadere de aleyhe değiştirme yasağının kapsamında kabul edilmelidir⁷⁸. Ancak suçun vasfında değişiklik meydana gelmesine rağmen yaptırımın, tür ve miktar açısından öncekinden daha ağır olması mümkün değildir⁷⁹.

⁷⁰ HERKE, Csongor / TÓTH, Csenge D.: “Prohibition of Reformation in Peius and the Principle of Constitutionality”, *Journal of Politics and Law*, 2012, Cilt 5, Sayı 2, s. 49 vd.

⁷¹ HERKE / TÓTH, s. 51-52.

⁷² ERSOY, Uğur: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (reformatio in peius) Yasağı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 238 vd.; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 653; ÇINAR, Ali Rıza: “Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı, s. 638; KAYMAZ, Seydi: “Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı, s. 1400; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 750; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 847; ÜNVER / HAKERİ, s. 1908; DÜLGER, Murat Volkan / TAŞKIN, Şaban Cankat: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 784. Sözü edilen yasak, AİHS'de yer almasa bile AİHM tarafından bu yasağın önemi şu şekilde vurgulanmaktadır: “*Reformatio in peius yasağının ratio legis'i oldukça pragmatiktir. Temyiz mahkemelerinin ceza içtihadını düzene sokabilmek için belirli türdeki davalara erişebilmesi gerekiyorsa, alt derece mahkemelerinde mahkûm edilen başvuruçunun temyiz başvurusunda bulunmaktan caydırılmaması gerekir.*” Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hâkim Zupančić'in Katılma Şerhi, AİHM, *Ruslan Yakovenko v. Ukraine*, B. No: 5425/11, T. 04.09.2015.

⁷³ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 251.

⁷⁴ ÇINAR, s. 651; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 692; ÜNVER / HAKERİ, s. 1908.

⁷⁵ ÜNVER / HAKERİ, s. 1908.

⁷⁶ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 692.

⁷⁷ SOYER GÜLEÇ, s. 742.

⁷⁸ EKER KAZANCI, Behiye: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 270; SOYER GÜLEÇ, s. 742.

⁷⁹ ÇINAR, s. 648; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 692; DÜLGER / TAŞKIN, s. 784.

Suçun cezasının artırılmasını gerektiren nitelikli bir hâlin gerçekleştiği sonucuna varılması, neticenin gerçekleşmesi nedeniyle suçun teşebbüs aşamasında kalmadığının temyiz aşamasında anlaşılması veya fail hakkında cezasından indirim uygulanmasını gerektirecek herhangi bir neden bulunmamasına rağmen indirim nedeninin uygulanması durumlarında her ne kadar suçun niteliğinde bir değişiklik meydana gelmemişse de bu durumlar bozma sebebi yapılmalıdır. Söz konusu durumlarda da aleyhe değiştirme yasağı gereğince, daha ağır türde ve/veya miktarda cezanın verilmesi mümkün olmayacaksa da ilk derece mahkemesi tarafından direnme kararı verilmesi ya da bozmaya uygun olarak karar verilmesi sonucunda yeni delil durumuna göre farklı bir karar verilmesi olasıdır⁸⁰.

Somut olay kapsamında, ilk derece mahkemesi kararında; dolaylı tanığın, olay yerinde bulunan doğrudan tanıktan öğrendiği bilgi esas alınmış ve mağdur tarafından sanığa hakaret edilmesi üzerine yaralama fiilinin gerçekleşmesi nedeniyle haksız tahrik indirimi yapılması gerektiğine karar verilmiştir. Haksız tahrikten söz edebilmek için tepki fiilinin, haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelmesi gerekir⁸¹. Olayda, ilk derece yargılamasında bu şartın sağlanıp sağlanmadığı hususu tartışılmamıştır. İlk derece mahkemesi tarafından yeterli inceleme yapılmadan ve haksız fiile karşı tepki olarak fiilin işlendiğine ilişkin sübut da doğru bir şekilde ortaya konmadan hatalı olarak haksız tahrik indirimi uygulanmıştır⁸². Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından haksız tahrik kurumunun uygulama koşullarının oluşmadığı eleştiri konusu yapılmış; ancak sanık aleyhine temyiz nedenlerinin bulunmadığı gerekçesiyle hüküm bozulmamış, eleştirilerek onanmıştır. Bu nedenle suçun niteliğinin değişmemesi ve aleyhe temyiz nedenlerinin bulunmaması gerekçesiyle haksız tahrikin uygulama şartları bulunmamasına rağmen onama yönünde karar veren Yargıtay 3. Ceza Dairesinin ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararın bu kısmına ilişkin görüşü isabetli değildir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesindeki düşünceye iştirak ederek burada Yargıtay'ın, CMK m. 307/5 gereği cezayı değiştirmeden, kararı haksız tahrik yönünden bozması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak burada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kullanılan şu ifadenin yerinde olmadığını ve bu ifadeye katılmadığımızı da ifade etmek gerekir: "...sanığın ceza miktarı yönünden kazanılmış hakkının korunması yerine aksi görüşle onanmasına karar verilmesi kanuna aykırıdır.". Türk ceza hukuku doktrinde⁸³ ve yargı uygulamasında⁸⁴ da aleyhe değiştirme yasağının, kazanılmış hak kavramıyla açıklandığı görülmektedir. Buna göre sanık aleyhine temyiz talebi bulunmadığı takdirde sanık hakkında verilen ceza, bozmadan sonra tür ve miktar itibarıyla ağırlaştırılmayacak, sanık açısından verilen bu karar kazanılmış hak teşkil edecektir. Genellikle medeni yargılama hukukunda karşımıza çıkan bu kavram ise; "bir davada, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine (diğeri aleyhine) doğmuş ve kendine uyulması zorunlu olan" hakkı tanımlamaktadır⁸⁵. Ancak biz, Kunter tarafından ileri sürülen ve Türk ceza hukuku doktrinde de kendisine oldukça taraftar bulan, ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında kazanılmış haktan söz edilmesinin mümkün olamayacağı⁸⁶ görüşü gereğince, aleyhe değiştirme yasağının kazanılmış hakla açıklanamayacağını kabul ediyoruz. Bu görüşe göre ceza hukuku,

⁸⁰ ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku-II*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 250, 251.

⁸¹ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / KARADENİZ, Serra: *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 671.

⁸² Haksız tahrik hükümlerinin varlığı için genel olarak; tahrik oluşturan bir fiil bulunmalı, bu fiil haksız olmalı, haksız fiil nedeniyle failde hiddet veya şiddetli elem meydana gelmeli, fail tahrik edene karşı bir tepki fiili işlemeli ve tahrik fiiliyle işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 522-533.

⁸³ TANER, Tahir: *Ceza Muhakemeleri Usulü*, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950, s. 402'den akt. ÇINAR, s. 631.

⁸⁴ "...CMUK 326/son maddesi gereğince ceza miktarı yönünden sanığın kazanılmış hakkı saklı kalmak kaydıyla BOZULMASINA" bkz. Yargıtay, 12. CD, T. 28.02.2018, E. 2017/4163, K. 2018/2270. "Bozulan ilk hükümde karşı temyiz bulunmaması ve sanık yararına kazanılmış hak teşkil etmesi nedeniyle, 5275 sayılı Yasa'nın 108/2. maddesi gereğince mükerrir olan sanık hakkında koşullu salıverme süresine eklenecek miktar için Niğde 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2005/644-424 sayılı hükmüyle tayin edilen 1.080,- TL adli para cezasının esas alınması gerektiğinin gözetilmemesi, Bozmayı gerektirmiştir..." bkz. Yargıtay, 17. CD, 11.05.2015, E. 2015/1291, K. 2015/2051 (Lexpera).

⁸⁵ KAPLAN, Gürsel: "İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 8, Sayı 1-2, s. 119.

⁸⁶ KUNTER, Nurullah: "Aleyhte Düzeltme Yasağı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1952, Cilt 18, Sayı 3-4, s. 670. Bu yönde görüş için ayrıca bkz. SOYER GÜLEÇ, Sesim: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio In Peius) Yasağı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, s. 723, 746; ÇINAR, s. 631, 663.

kamu düzenini ve toplumun korunmasını temel almaktadır. Kazanılmış hak kavramının benimsenmesi halinde ise suçun, hak kazandıran bir vasıta olarak kabul edilmesi sonucu doğacak ve bu da ceza adaleti düşüncesine aykırılık teşkil edecektir⁸⁷. Aleyhe değiştirme yasağının, sanığın yararına kanun yoluna başvurulması halinde, önceden verilmiş olan kararda kendi aleyhine değişiklik yapılabileceği, cezasının ağırlaştırılabileceği korkusuyla sanığın kanun yoluna başvurmadan çekinmesini engellemek amacıyla öngörülmüş olduğu kabul edilmelidir⁸⁸

SONUÇ

İnceleme konusu karar esas itibarıyla olayın delilinin tek bir tanığın beyanından oluşmasından anlaşılması gerekenin ne olduğu ve buna bağlı olarak önceki aşamalarda verilen tanık beyanının duruşmada okunup okunamayacağı, doğrudanlık ilkesinin gereği olarak tanık beyanının mahkeme huzurunda alma zorunluluğunun istisnalarının kapsamı, dolaylı tanık beyanının hükme esas alınıp alınamayacağı ve son olarak şartları oluşmadan verilen haksız tahrik indirimine yönelik hükmün, sanık aleyhine temyiz başvurusu olmadığında, aleyhe bozma yasağı kapsamında, temyiz aşamasında bozulup bozulamayacağına ilişkindir.

İlk hukuki probleme ilişkin olarak; CMK m. 210 kapsamında olayın delilinin bir tanığın açıklamalarından oluşmasından söz edilmişse de olayda birden fazla tanığın var olması hâlinde veya olayın tek tanığının yanı sıra başka delillerin bulunması durumunda da CMK m. 210/1 gereğince mahkeme huzurunda tanığın dinlenmesi, tanığın beyanlarının doğruluğunun sınanabilmesi ve böylece çelişmenin sağlanabilmesi, adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu için zorunlu kabul edilmelidir. Bununla birlikte soruşturma evresinde yapılan dinleme esnasında tanığın beyanına ilişkin olarak düzenlenen tutanağın duruşma sırasında okunulmasıyla yetinilmesi, doğrudanlık ilkesinin gereklerinin sağlanmasının önünde engel teşkil edecektir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması adına tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmesi doğrudanlık ilkesi karşısında mümkün görülmemelidir. Hâlihazırda önceden beyanı alınmış tanığın ifadelerinin duruşmada okunmasıyla yetinilmemesi gerekir.

İkinci hukuki probleme ilişkin olarak, tanığın beyanlarının hâkim huzurunda dinlenmesinin istisnalarının düzenlendiği CMK m. 211'de detaylı belirlemeler yapılmıştır. Doğrudan tanıklık/görgü tanıklığı yapmış olan kişinin bilgisine başvurulması, somut olaydaki şüphenin ortadan kaldırılarak maddi gerçeğe ulaşılması açısından zorunluluk arz etmektedir. Mağdurun engelleyici bir müdahalede bulunulup bulunulmadığını, mağdurun tahrik edici bir eyleminin olup olmadığını ya da failin, fiiline devam etmesini engelleyecek başka bir hâlin var olup olmadığını veyahut failin olaydaki kastının öldürmeye ya da yaralamaya yönelik olmasını belirleyecek süreç konusunda kovuşturma evresinde dinlenmeyen tanığın verdiği bilgiler kilit rol oynamaktadır. Yine olayın üzerinden uzun bir zaman diliminin geçmiş olması da hâkim tarafından tanığın dinlenmemesi için gerekçe oluşturmamalıdır. Bu nedenle YCGK tarafından somut olayın aydınlatılması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından görgü tanığının duruşma sırasında dinlenilmesine ihtiyaç duyulmadığı şeklindeki CMK m. 211/1-c'ye atıfta bulunulan gerekçe hatalıdır. Ancak zorla getirme emrinin gereğinin yerine getirilememesi, tanığın adresinin bilinmemesinden ve bu nedenle kendisine ulaşılamamasından kaynaklanıyorsa ve adresin tespit edilmesi için gerekli araştırmalar yapılmasına rağmen adresin belirlenememesi durumunda; CMK m. 211/1-a gereğince, tanığın bulunduğu yerin öğrenilememesi gerekçesiyle tanığın soruşturma evresindeki ifadesinin okunması yeterli olacaktır. Somut olayda da mahkeme huzurunda dinlenilmeyen tanık ve şikâyetçinin adreslerinin araştırılmasına ve adreslerinin bildirilmesi hâlinde zorla getirme emri çıkarılmasına karar verildiği belirtilmiştir. Bu nedenle CMK m. 211/1-a gereğince kendisine ulaşılamayan tanığın ifadesini içeren tutanağın okunması zorunludur. Bu bakım-

⁸⁷ KUNTER, s. 670.

⁸⁸ Bu yönde bkz. SOYER GÜLEÇ, s. 725; ÇINAR, s. 632; CENTEL / ZAFER, s. 900; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÛTÛNCÛ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 691; ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 250-251; DÛLGER / TAŞKIN, s. 783.

dan YCGK kararına yansıyan, tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesinin gerekmediği ve eksik araştırmaya dayalı olarak hüküm kurulmasından söz edilemeyeceği yönünde gerekçe olarak ileri sürdüğü argümanların, CMK m. 211/1'in (c) bendi açısından isabetsiz ancak (a) bendi açısından isabetli olduğunu söylemek gerekir. M.K.'un kovuşturma evresinde dinlenmemesi ve önceki beyanlarının okunmasıyla yetinilmesi hukuka uygundur; ancak diğer deliller ve aradan uzunca bir süre zarfının geçmiş olması nedenleriyle “*tanığın ifadesinin önem derecesi itibarıyla mutlaka dinlenmesinin gerekmediği*” yönünde ileri sürülen gerekçe hatalıdır.

Üçüncü hukuki problem bakımından, dolaylı tanığın beyanının hükme esas alınıp alınmayacağı noktasında Yargıtay esaslı bir inceleme gerçekleştirilmemiştir. AİHM içtihatları dikkate alındığında, diğer delillerle desteklenmesi hâlinde dolaylı tanığın beyanının hükme esas alınmasında bir beis bulunmamaktadır. Somut olayda doğrudan tanığa göre uzak konumda olmasına rağmen dolaylı tanığın; mahkeme tarafından dinlenilmesi, ifadesinin tanık beyanı olarak delil teşkil etmesi ve değerlendirilmesi açısından bir sorun bulunmamaktadır. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından sanığın kendi lehine olacak şekilde hakaret teşkil eden fiilin mağdurdan gelmediğini söylemesi karşısında, mağdurdan gelen hakaret fiilinin bulunduğuyla ilişkin dolaylı tanık beyanı dışında başka bir delil de bulunmamaktadır. Bu nedenle ilk derece mahkemesi tarafından haksız tahrik hükmünün uygulanma koşullarının yalnızca dolaylı tanığın duruşmadaki beyanına dayandırılması doğru değildir ve bu açıdan YCGK'nin, TCK m. 29/1'in uygulanmayacağı konusunda vardığı netice doğrudur. Haksız tahrikin varlığı hususunda ilk derece mahkemesi tarafından haksız tahrikin şartlarının oluşup oluşmadığına yönelik belirsizlik giderilmeye çalışılmamıştır. Neden sanık beyanına değil de tanık beyanına üstünlük tanınıp hüküm kurulduğu hususu tartışılmamış ve gerekçelendirilmemiştir. Yargıtay incelemesinde de bu hususa vurgu yapılmamış olması önemli bir eksikliklerdir.

Son olarak dördüncü hukuki problem bakımından, ilk derece mahkemesi haksız tahrikin şartları konusunda hatalı bir değerlendirmede bulunmuştur. Haksız tahrikin şartlarından birine göre; tepki fiili, haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelmelidir. Olayda, ilk derece yargılamasında bu şartın sağlanıp sağlanmadığı hususu tartışılmamıştır. İlk derece mahkemesi tarafından yeterli inceleme yapılmadan ve haksız fiile karşı tepki olarak fiilin işlendiğine ilişkin sübut da doğru bir şekilde ortaya konmadan hatalı olarak haksız tahrik indirimi uygulanmıştır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi ise haksız tahrik kurumunun uygulanma koşullarının oluşmadığını eleştirmiş; ancak sanık aleyhine temyiz nedenlerinin bulunmadığı gerekçesiyle hükmü bozmamış, eleştirerek onamıştır. Ancak cezadan indirim yapılmasını gerektiren herhangi bir durumun, ki bu kapsama haksız tahrik de girmektedir, uygulanma şartlarının gerçekleşmediğinin tespit edilmesi hâlinde kararın bu gerekçeyle bozulmasına karar verilmelidir. Bu nedenle suçun niteliğinin değişmemesi ve aleyhe temyiz nedenlerinin bulunmaması gerekçesiyle haksız tahrikin uygulama şartları bulunmamasına rağmen onama yönünde karar veren Yargıtay 3. Ceza Dairesinin ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, kararın bu kısmına ilişkin görüşü isabetli değildir. Burada Yargıtay'ın, CMK m. 307/5 gereği cezayı ağırlaştırmadan kararı haksız tahrik yönünden bozması gerekmektedir.

Katkı Oranı Beyanı:

Çalışmaya Arş. Gör. Dr. Burak TAŞ %40, Arş. Gör. Berna Ayşen YILMAZ %60 oranında katkı sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- BİRTEK, Fatih: *AIHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- CENDEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ÇINAR, Ali Rıza: “Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayısı, s. 603-666.
- DEMİR, Remzi: *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- DEMİREL, Muhammed: “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Muhakemeye Katılan Sütelerin Tanık Olup Olamayacakları Sorunu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 8, Sayı 1, s. 1-35.
- DONAY, Süheyl: *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- DÜLGER, Murat Volkan / TAŞKIN, Şaban Cankat: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- EKER KAZANCI, Behiye: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ERSOY, Uğur: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (reformatio in peius) Yasağı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, US-A Yayınları, Ankara, 1996.
- GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- HERKE, Csongor / TÓTH, Csenge D.: “Prohibition of Reformation in Peius and the Principle of Constitutionality”, *Journal of Politics and Law*, 2012, Cilt 5, Sayı 2, s. 49-57.
- KANTAR, Baha: *Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap, Muhakeme Usulü*, 4. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1957.
- KAPLAN, Gürsel: “İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 8, Sayı 1-2, s. 115-134.
- KARAKEHYA, Hakan: “Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Tespit Etme Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayısı, s. 715-733.
- KAYMAZ, Seydi: “Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayısı, s. 1397-1451.
- KÖSE, Metin: “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 14, Sayı 1, s. 175-209.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- KUNTER, Nurullah: “Aleyhte Düzeltme Yasağı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1952, Cilt 18, Sayı 3-4, s. 664-679.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / KARADENİZ, Serra: *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VİL-LEMİN, Derya / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer: *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu*, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2008.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

- SOYER GÜLEÇ, Sesim: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio In Peius) Yasağı”, *Dokuz Eylöl Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, s. 701-750.
- SPENCER, John R.: *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2008.
- şAHİN, Cumhur / GÖKTÖRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku-II*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (2022).
- şAHİN, Cumhur / GÖKTÖRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku-II*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- şAHİN, Cumhur: *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- şEN, Ersan / SERDAR, Cem: “Ceza Muhakemesinde Tanık Dinlenirken Uyulması Gereken Usul Kuralları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2023, Cilt 18, Sayı 197, s. 164-170.
- şEN, Ersan: “Hazır Olmayan Tanığın İfadesiyle Mahkûmiyet ve Delillerin İspat Gücü”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2016, Cilt 11, Sayı 114, s. 104-113.
- TANER, Fahri Gökçen: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOğLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2019.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt)*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- YENİSEY, Feridun / NUHOğLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- YENİSEY, Feridun / OKTAR, Salih / OKTAR, Ayla: *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Strafprozeşordnung (StPO-RiStBV), Almanca Metin-Türkçe Çeviri*, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- YURTCAN, Erdener: *Ceza Muhakemesi Kanunu şerhi*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Kitap İncelemesi

Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yollarının Mukayeseli Analizi^(*)

Comparative Analysis on Appeals and Other Means of Recourse Against Judicial Decisions in Civil Matters

Cemal Mert TÜZEMEN



Doktora Öğrencisi

Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Kanun Yolu,
İstinaf,
Temyiz,
İçtihat Birliği,
Adil Yargılanma
Hakkı.

Öz

Yargılama sürecini denetleyen kontrol mekanizmaları, çeşitli amaçlar doğrultusunda hassas bir denge kurabilmelidir. Zira yargı süreci, özünde, yargı bağımsızlığı ile adil ve hızlı yargılanma hakkını gözetmelidir. Yargılama sürecinde hataları en aza indirme önceliği, bütün hukuk sistemlerinin ortak gayesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Çeşitli hukuk sistemlerinde karşımıza çıkan bir diğer ortak gaye ise hukuki uyumazlıklara etkili şekilde ve makul sürede çözüm bulmaktır. Dolayısıyla modern hukuk sistemleri, hataları en aza indirmek için yargı kararlarını defalarca kontrol mekanizmalarına tabi tutmak ile adil yargılanma hakkını tesis etmek arasında bir denge kurmak için çaba göstermektedir. Bu çalışmada, çeşitli ulusal hukuk sistemlerindeki kanun yolu sistemleri hakkında yazılmış makalelerin derlendiği “*Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*” kitabı incelenip, incelenen sistemlerin mukayesesi yoluyla bu hassas dengeyi kurarken dikkat edilmesi gereken hususlar ortaya konulacaktır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki mahkeme kararlarına karşı başvuru yolları ne kadar fazlaysa, bu kararların kalitesi o kadar artacak ve hata oranları azalacaktır. Fakat, hata oranlarını düşürme ve kaliteyi artırma süreci, aynı zamanda hukuki belirliliği ve adil yargılanma hakkını örselemek sonucunu doğurabilir.

Keywords

Appellate Review,
Appeal,
Cassation,
Stare Decisis,
Right to a Fair Trial.

Abstract

Appeal mechanisms that review the judicial process must establish a delicate balance between various objectives. Minimizing errors in the judicial process emerges as a common objective across all legal systems. Another common objective found in various civil law systems is to effectively resolve legal disputes in a reasonable amount of time. Therefore, modern legal systems strive to establish a delicate balance between minimizing errors by subjecting judicial decisions to multiple appeal mechanisms and ensuring the right to a fair trial. This study will examine the appeal systems in various national legal systems, as laid out in the book “*Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*”. By comparing these systems, the factors that need to be considered in order to strike a delicate balance between the right to a fair trial and the finality of judicial decisions will be identified. It is worth noting that, more recourse mechanisms against court decisions will result in high quality decisions, and the error rate will consequently decrease. However, it is also important to emphasize that the process of reducing error rates and increasing quality can simultaneously undermine legal certainty and the right to a fair trial.

^(*) Kitap İncelemesi.

Gönderim Tarihi: 09.03.2024, Kabul Tarihi: 03.04.2024.

GİRİŞ

İncelenecek olan kitap *Intersentia* yayıncılığın Avrupa Birliği üye devletlerinin hukuk sistemlerinin temellerine odaklanan *Ius Commune Europaeum* isimli kitap serisinin bir parçasıdır. İlk baskısı 2014 yılında yapılan kitap, çeşitli yargı sistemlerindeki kanun yolu mekanizmalarını inceleyen makalelerinin bir derlemesi niteliğindedir. Editörler, *A. Uzelac* ve *C.H. van Rhee*, kanun yolu ile alakalı makaleleri dört başlık altında kategorize etmeyi tercih etmiştir ve bu başlıklar, sırasıyla, “Sorunları Belirlemek: Kanun Yolu ve Adil Yargılanma Hakkı”, “Az İstinaf Çok Verimlilik”, “Çok İstinaf Az Verimlilik”, “En Yüksek Yargı Makamlarına Başvuru” ve “Özel Durumlarda Kanun Yolları” şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Farklı hukuk sistemleri, hata oranı az ve kaliteli yargı kararları ile hukuki belirlilik ve etkili yargılama arasındaki hassas dengenin kurulmasına yönelik olarak farklı yaklaşımlar sergilemektedir. Kimi hukuk sistemleri kontrolcü, kaliteye ve içtihat yeknesaklığına önem veren bir yaklaşım sergilerken kimi sistemler hukuki belirliliğe ve yargılama hızına öncelik vermektedir. Bu gözlemler ışığında, “*Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*” başlıklı kitap, yerel mahkeme kararlarını denetleyen kanun yolu mekanizmalarına odaklanmaktadır. Kitabın amacı, kanun yolu müessesesine yönelik farklı yaklaşımları ve bu yaklaşımların adil yargılanma hakkının korunması bakımından etkinlik ve verimlilik üzerindeki etkisini ortaya koymaktır. Makul süre içinde yargılanma hakkının etkili şekilde korunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 6. maddesi ile korunan adil yargılanma hakkının özünü oluşturmaktadır. Bu bağlamda kitap, kanun yolu müessesesine yönelik herhangi bir yaklaşımın doğruluk, isabetlilik ve kusursuz hukuki analiz ile hukuki kesinlik, etkililik, verimlilik ve öngörülebilirlik arasında hassas bir dengenin kurulmasını amaçlaması gerektiğini savunmaktadır. Bu kitaba katkıda bulunan yazarlar, çeşitli hukuk sistemlerindeki yaklaşımları incelemek suretiyle modern hukuk sistemlerindeki kanun yolu mekanizmalarını tartışmaktadırlar. Böylece çeşitli hukuk sistemlerinin mukayesesi yapılarak kanun yolu ile amaçlanan içtihat birliği ve insan haklarının etkin biçimde korunması arasındaki dengenin kurulmasında modern hukuk sistemlerinin ortak ve ayrık yaklaşımları ortaya koyulmaktadır.

Kitapta derlenen makaleler ışığında denilebilir ki, hâlihazırda, modern hukuk sistemlerinin kanun yolu müessesesine yaklaşımları oldukça farklıdır. Bu farklılıkların tasnif edilebilir farklılıklar olması dolayısıyla kitabın editörleri, katkıda bulunan bazı yazarların makalelerini “Az İstinaf Çok Verimlilik” ve “Çok İstinaf Az Verimlilik” şeklinde sınıflandırmayı tercih etmişlerdir. Bu farklı iki yaklaşım, en göze batan hâliyle, kanun yolu karşıtı İngiliz ve Amerikan hukuk mahkemeleri ile kanun yolu taraftarı olan sosyalist veya eski sosyalist hukuk sistemleri arasında kendini belli etmektedir. Nitekim İngiliz ve Amerikan hukuk sistemleri her yargı kararına karşı başvuruda bulunabildiği durumda hukuk sisteminin işleyemeyeceğini savunurken, sosyalist veya eski sosyalist hukuk sistemleri yargı kararlarına başvuru hakkını bir anayasal hak seviyesine yükseltmektedir.

Yargı kararlarına karşı kanun yolunun açık olmasının önemi ve bu açıklığın farklı sistemlerde neden bu kadar değişiklik gösterdiğinin açıklanması bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir gerçek ise kanun yoluna izin vermenin ve kısıtlamanın arkasında yatan sebeplerin neredeyse eşdeğer önem arz eden hukuki prensiplere dayanmasıdır. Kanun yolu taraftarlarının en dikkat çeken argümanları hata oranlarını düşürmek, hukuki ve isabetli kararların oluşmasını ve hukuka duyulan toplumsal güvenin artmasını sağlamak, yasaların gelişmesine önyak olmak ve hukuki normların uygulanmasında yeknesaklığı sağlamak olarak özetlenebilir. Bu bağlamda kanun yolu, hem kalitesi kontrol edilmiş ve denetlenmiş kararlar sunarak bireylerin menfaatini korumakta hem de yasanın nasıl uygulanacağına dair gelişmiş içtihatlar oluşturarak toplumun menfaatini gözetmektedir. Kanun yolu karşıtı sistemler ise yargı kararların kesinliğini, hukuki belirliliği, yargılama giderlerinin artmasını, yargılama süresinin azaltılmasını ve ekonomik olarak güçlü tarafın davayı uzatmak amacıyla kanun yoluna başvurabileceklerini öne sürerek kanun yolunun kısıtlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda kanun

yolu mekanizmaları ekonomik nedenlerden de büyük ölçüde etkilenmektedir. Zira kanun yolunun hiçbir suretle kısıtlanmamasının iş yükünü artırmak suretiyle devletlerin altından kalkamayacağı bir ekonomik yük yaratması muhtemeldir.

I. SORUNLARI BELİRLEMEK: KANUN YOLU VE ADİL YARGILANMA HAKKI

Kanun yolunun kısıtlanmasının davanın makul süre içinde sonuçlanması için gerekli olduğunu ileri süren görüş, ilk olarak, kitabın “Sorunları Belirlemek: Kanun Yolu ve Adil Yargılanma Hakkı” kısmında *Jon T. Johnsen* tarafından kaleme alınmış olan makalede¹ karşımıza çıkmaktadır. *Johnsen*, mahkeme sürecinin uzamasının yarattığı hukuki endişeleri özetledikten sonra, yargı süreçlerinde zaman planlaması için Avrupa standartlarının çerçevelerini belirlemek amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadını analiz etmektedir. Bu analiz çerçevesinde yazar, kanun yolu sürecinde geçen süreyi AİHS m. 6 kapsamında değerlendirmektedir. AİHM tarafından belirlenen zaman kullanım kriterlerinin “*keyfi, esnek ve karmaşık*” olduğu sonucuna varan yazar, davaların süresinin hesaplanmasında davanın tüm aşamalarının dikkate alınması gerektiğini ve olağanüstü karmaşık ve zaman alıcı kanun yolu yapılarının insan haklarının ihlaline sebebiyet verdiğini ileri sürmektedir. AİHM içtihadı ışığında; karmaşık olmayan, tarafların süreci uzatmak için çaba göstermedikleri ve savaş gibi olağanüstü durumların olmadığı davalar bakımından, yerel mahkeme, istinaf ve temyiz süreçlerinin azami ikişer yıl süre ile çözümlenmesinin gerektiğini belirtmemiz gerekir. *Johnsen*, Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonuna (CEPEJ) sunulan yargı istatistiklerine dayanarak, Kuzey ve Güney Avrupa ülkelerinde ortalama dava sürelerini karşılaştırmayı ve bu vesileyle kanun yolu süreçlerinin uzunluğunun insan hakları standartları açısından endişe yaratıp yaratmadığı sorusuna cevap bulmayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda Kuzey Avrupa ülkeleri üç ila yedi ay içinde kanun yolu süreçlerini sonuçlandırırken Güney Avrupa yargı sistemlerinde kanun yolu aşamalarında ortalama iki ila altı yıllık bir süreye ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla bu analizler ışığında, Güney Avrupa yargı sistemlerinde birçok dava sürecinin insan hakları standartlarıyla çeliştiğini iddia etmek mümkün olacaktır. Yazarın ifadesiyle, bu bulgudan çıkarılan sonuç, kanun yolu sürecinin sonuç bulması için gereken zamanın insan hakları ihlali hâline gelme noktasına yaklaştığı ve dolayısıyla daha rafine zaman yönetimi araçlarına ihtiyaç olduğudur. Kanun yolu sürecinde adil yargılanma hakkının kaçınılmaz olarak defaatle ihlal edilmesi, kanun yolu mekanizmasının sistemik bir eksiklikten mustarip olduğunu ortaya koymaktadır.

Sonrasında, Yargıç *Georg Kodek*'in makalesinde² de ele alınan mevcut Avrupa kanun yolu sistemlerindeki potansiyel insan hakları sorunları, bu kez yalnızca makul süre içinde yargılanma hakkı bağlamında değil, aleniyet ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Yazar, kanun yoluna başvurma hakkının sınırlandırılmasının insan hakları bakımından bir endişe yaratmadığını ileri sürmektedir. Zira AİHS m. 6, adil yargılanma hakkının tesisi için daha yüksek dereceli mahkemelerin varlığını şart koşmamaktadır. Ancak, yazara göre, kanun yolları mevcut ise bunlar -ilke olarak- birinci derece yargılama ile aynı standartlara tabi olmalıdır. Belirtmek gerekir ki çeşitli hukuk sistemlerinde, kanun yolu sürecinde tarafların katılımı olmadan karar verilmesi ve bu kanun yollarının büyük kısmının yalnızca yazılı deliller temelinde, duruşmasız ve aleniyet olmaksızın sonuçlandırılması söz konusudur. Pratikte karşılaşılan bu durum, AİHS m. 6'da düzenlenen, kararların aleni olarak verilmesi ilkesi açısından sorun teşkil etmektedir. Resmî gazete veya elektronik veri tabanında yayımlama gibi alternatif yöntemler, kararların rutin olarak anonimleştirilmesi ve/veya kısaltılması zarureti nedeniyle problemler yaratacaktır. Tüm bu nedenlerle, geniş bir kanun yolunun mevcudiyeti ve kişi başına çok sayıda kanun yolu başvurusu, bir avantajdan çok dezavantaj gibi görünmektedir.

¹ JOHNSEN, Jon T.: “Appeals and ‘Trial Within Reasonable Time’: A European Perspective”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 17-33.

² KODEK, George: “Appellate Proceedings in Civil Cases – Traditional Remedies in Light of Contemporary Problems”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 35-52.

Fokke Fernhout ise makalesinde³, Hollanda’da istinaf kararlarının etkililiğini değerlendirmektedir. Bu bağlamda yazar, istinafin etkililiğinin araştırılmasında, üst mahkemede bozulan ilk derece mahkeme kararlarının sayısının incelenmesinden daha karmaşık bir değerlendirme aracı olarak tanımladığı bir aracı tanıtmaktadır. Yazarın “değer kayması” olarak isimlendirdiği bu araç, üst mahkemenin verdiği kararlarının sonucunda malvarlığının ne denli el değiştirdiğini anlamak için kullanılmaktadır. *Fernhout*, araştırmasında üst mahkeme tarafından verilen kararlar neticesinde ne kadar parasal değer el değiştirdiğini ve bu kararların verilme sürecinde ne kadar para harcandığını karşılaştırarak Hollanda istinaf mekanizmasının verimliliğini eleştirmektedir. Zira yazarın bulgularına göre 2004 ila 2012 arasında sonuçlanan istinaf süreçleri, yılda ortalama 400 milyon avroya yakın bir değer el değiştirmesi sonucunu doğururken sadece 2008 yılında istinaf sürecinde harcanan yargılama masrafları 800 milyon avroyu aşmış bulunmaktadır. Yazar, bu doğrultuda, istinaf masraflarının istinaf süreçleri sonucunda el değiştiren ekonomik değere karşı dengede tutulmasının, kanun yolu mekanizmasına ilişkin politika kararlarına sağlam bir temel oluşturması gerektiğini ileri sürmektedir.

II. AZ İSTİNAF ÇOK VERİMLİLİK

İngiltere, geleneksel olarak, istinaf başvurularını kısıtlama konusunda en önde gelen örneklerden biridir. Kitabın “Az İstinaf Çok Verimlilik” başlıklı ikinci bölümünün ilk makalesinde⁴, *Neil Andrews*, İngiliz hukukunda istinafa yönelik altı ana kısıtlamayı saymaktadır: “(i) başvuruda bulunmak için süre sınırları, (ii) kanun yolu için izin alma gerekliliği; (iii) ilk derece mahkemesinin olgusal bulgularını ikinci dereceden sorgulamadan kaçınma, özellikle tanık ifadelerine ilişkin değerlendirmeler; (iv) yeni delil sunulmasına ilişkin kısıtlamalar; (v) ciddi ve temel hatalar veya son derece anormal kararlar dışında, takdir yetkisi kullanılan konuların incelenmesinden kaçınma; (vi) tamamen teorik hâle gelen konuları veya varsayımsal konuları incelemekten kaçınma”. Bunlara ek olarak, yazar, İngiltere’de yargı reformunun tümüyle “istinafa karşı” gerçekleştiğini gözlemlemektedir. Başarılı olma şansı olmayan istinaf başvuruları reddedilmektedir. İstinafa yönelik kısıtlamaların temel gerekçesi, çoğu durumda “davanın sona ermesi hükümetin yararınadır” ilkesi (*interest reipublicae ut finis sit litium*) ve yargı kararlarını “aynı konuların sonsuz bir şekilde yeniden denetlenmesine” yol açmaktan kaçınmaktır.

İstinafa ilişkin sınırlamalar Amerika Birleşik Devletleri’nde de mevcuttur. *Andrea Saltzman*’ın yazdığı makalede⁵, Amerikan eyalet mahkemelerinde istinaf incelemesi Kaliforniya örneği üzerinden açıklanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri’nde istinafin olağanüstü niteliği, Kaliforniya’daki yargı istatistiklerine ilk bakışta göze çarpmaktadır. Kaliforniya mahkemelerinde her yıl dosyalanan davalarda yaklaşık 9 milyon nihai karar verilirken, yalnızca yaklaşık 25.000 istinaf başvurusu yapılmakta, bunlardan yalnızca yaklaşık 10.000’i yazılı görüş yayımlanarak karara bağlanmakta ve istinaf kararlarının binden azı yerel mahkeme kararını bozmaktadır. Başka bir deyişle Kaliforniya eyalet mahkemelerinin her 9.000 kararından yalnızca biri istinaf süreci sonunda bozulmaktadır. Az bir miktarın konu olduğu davalarda, istinaf hakkı yalnızca davalıya ve sınırlı bir şekilde tanınmaktadır. Kaliforniya eyalet hukuk sisteminde, istinaf yalnızca kesinleşmiş kararlara karşı açık olup ara veya geçici kararlara karşı istinaf yoluna başvurulması mümkün değildir. İstinafta bozma olasılığı-

³ FERNHOUT, Fokke / HUIJTS, Jonathan / MOLENAARS, Lisa / VAN DER BAAREN, Luuk: “Wealth Shift as a Criterion to Assess the Impact of Appellate Proceedings – Applied to Dutch Civil Appeal”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 53-72.

⁴ ANDREWS, Neil: “Restrictions on Appeals in English Law”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 73-94.

⁵ SALTZMAN, Andrea: “Appellate Review in California: Limits on the Right to Recourse”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 95-104.

nın düşük olması da başvuruların bu kadar az olmasını açıklayabilir. Yazara göre “*istinafta bu kadar düşük bir başarı şansı ve istinafin yüksek maliyeti ve gecikmesi göz önüne alındığında, birçok davacının, her kadar ideal olmasa da, bir kararı istinaf etmemeyi tercih etmesi şaşırtıcı değildir*”. Bu bağlamda kanun yoluna ilişkin sınırlamaların düzeyi, fiiliyatta anlamlı bir kanun yolu mekanizması tesis edilmesinin önüne geçebilir.

Kaliforniya medeni usûl hukukunun karakteristik özellikleri, federal mahkemelerde de mevcuttur. *Richard Marcus* tarafından yazılan makalede⁶, *Mirjan Damaška*'nın öne sürdüğü iki ideal istinaf modeli incelenerek Amerikan istinafinin olağanüstü ve özel doğası ortaya koyulmaktadır. *Damaška*, davaları çözüme ulaştırmayı hedefleyen bir devlet ile içtihat birliğini hiyerarşik bir şekilde sağlamaya çalışan bir devlet tipini 1986 yılında ileri sürmüştür. *Marcus* da bu devlet tiplerini inceleyerek içtihat birliğini hiyerarşik bir şekilde sağlamaya çalışan devletlerin istinaf başvurularının önünün açılmasının bir sonucu olan iş yüküne çözüm getirilmediği sürece elverişli olmadığını ve bu bağlamda Amerika Birleşik Devletleri istinaf kısıtlamalarının yakın gelecekte kalkmayacağını öne sürmektedir. *Marcus*'a göre Amerikan yargı sisteminde istinafin nispeten zayıf ve sınırlı niteliği, hâkimlerin hukukun diğer alanlarında onlarca yıllık başarılı tecrübeden sonra atanmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle kararlarının daha kıdemli hâkimler tarafından rutin ve sık sık gözden geçirilmesi pek mantıklı bir yol olarak gözükmemektedir. Aksine, davacıların bir hak olarak sürekli istinaf yoluna gidebilmeleri, ilk derece mahkemelerine “daha aşağı oldukları” düşüncesini hissettirdiği için, “duruşma mahkemesinin merkezi öneminin baltalanması” sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda yazar, ilk derece mahkemesi hâkimlerinin, istinafta kararlarının onaylanıp onaylanmadığını çok önemsemediklerini ve hatta doğrudan duruşma deneyiminden yoksun olan istinaf mahkemeleri hâkimleri için “hafif bir küçümseme” dahi duyduklarını belirtmektedir. İstinaf başvuruları, kural olarak, sadece “nihai kararlara” karşı kabul edilebilir olduğundan ve ara kararlara karşı kabul edilebilir olmadığından, Amerikan mahkemelerindeki davaların büyük çoğunluğunda istinaf kati suretle mümkün değildir çünkü çoğu dava, mahkeme davayı esastan sonuçlandırma fırsatı bulmadan önce çözülmektedir.

Yargı sürecinin etkinliğini artıran ve yerel mahkemelerin kararlarını teyit eden istinaf müessesesine karşı önemli kısıtlamalar sadece Anglosakson hukuk sistemlerinde mevcut değildir. *Remco van Rhee* tarafından yazılan makalede⁷, Hollanda mahkemelerinde kanun yoluna ilişkin ulusal hukukun ayrıntılı incelemesi; bazı Avrupa medeni usûl hukuku sistemlerinin, daha belirgin bürokratik yargı yapılarına rağmen, verimliliğe değer verdiğini ve kanun yolu mekanizmalarını ihtiyatlı bir şekilde düzenlediğini göstermektedir. Bu bağlamda Hollanda'daki kanun yolu sisteminin birkaç özelliği, Hollanda sistemine neden “Az İstinaf Çok Verimlilik” başlığı altında yer verildiğini açıklamaktadır. Bu özelliklerden biri, “ara kararlara istinaf olasılıklarını ciddi şekilde sınırlayarak” tarafların geciktirme stratejilerine karşı önlem alıp etkili dava yönetimini tesis etmektir. Nihai kararlara karşı istinaf başvuruları da bazı yönlerden sınırlandırılmıştır ve bazı davalar için tamamen kaldırılmıştır. İstinaf kararları Hollanda'da genellikle bir temyiz denetiminden de geçmektedir fakat taraflar aralarında anlaşıp istinaf aşamasını atlamayı tercih etme imkânına da sahiptir. Bu durumda taraflar, doğrudan en yüksek mahkemeye başvurarak “sıçrama yoluyla temyiz” adı verilen bir temyiz üzerinde anlaşabilmektedir. İstinafin sınırlanmasındaki başarı, istatistiksel verilere de yansımaktadır. *Rhee*, Hollanda'daki düşük kanun yolu başvurusu sayısının, ikinci ve üçüncü derecedeki yargılamada nispeten yüksek mahkeme masraflarının yanı sıra istinaf masraflarına eklenen zorunlu avukatlık ücretinden de kaynaklanıyor olabileceğini ileri sürmektedir.

⁶ MARCUS, Richard: “Appellate Review in the Reactive Model: The Example of the American Federal Courts”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody's Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 105-126.

⁷ VAN RHEE, Remco: “Appeal in Civil and Administrative Cases in the Netherlands”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody's Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 127-160.

III. ÇOK İSTİNAF AZ VERİMLİLİK

Kitabın “Çok İstinaf Az Verimlilik” başlıklı üçüncü bölümünde, Çin Halk Cumhuriyeti istinaf sistemi incelenmektedir. *Peter C.H. Chan* tarafından yazılan makalede⁸, kararları nadiren incelenen ve bozulan ilk derece mahkemesi hâkimlerinin güçlü pozisyonunu tanımlayan makalelerin tam tersi bir durum söz konusudur. Çin Anakarası medeni usûl hukuku sisteminde, “bireysel Çinli hâkim kurumsal olarak zayıftır” gerçeği göze çarpmaktadır. Bu bağlamda ilk derece mahkemesi hâkimlerinin siyasi olarak atanan Yüksek Mahkeme hâkimleri tarafından yönetilen bürokratik bir hiyerarşinin disiplinli bir parçası olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle her türlü yargı kararının incelenmesi, kararlar verilmeden önce bile birden fazla düzeyde gerçekleşmektedir. Örneğin hâkimler somut davalarda kararların içeriği hakkında rehberlik sağlaması gereken üst yargı makamlarına başvuruya teşvik edilmektedir. Yargılama süreci doğrudan veya dolaylı olarak siyasi otoritelerin denetimi altındadır. Birçok kanun yolu imkânından sadece biri olmasına rağmen Çin Anakarası’nda istinaf başvurusunda sınırlama yoktur. Bu anlamda istinaf incelemesi, ilk derece mahkemesinin herhangi bir kararına karşı başlatılabilir ve prensip olarak üst mahkeme önünde yeni delil ve vakıaların ileri sürülmesinde bir engel yoktur. İnceleme, istinaf eden kişinin istinaftan önceki durumdan daha kötü bir pozisyonda kalmasına neden olabilir. Çin Anakarası’nda aleyhe bozma yasağı yoktur ve istinaf mahkemesi tarafların ileri sürmediği hukuka aykırılıkları resen inceleme konusu yapabilir. Bu bağlamda Çin istinafı, bir istinaf incelemesinden çok yargılamanın yenilenmesi şeklindedir. Çin mahkemelerinde dava süreleri oldukça kısadır ancak verimlilik sorununun önüne geçilememiştir. *Chan*’ın da belirttiği gibi, Çin’de nihai kararlar asla gerçekten nihai değildir. Herhangi bir nihai kararın, tarafın başvurusu üzerine veya mahkeme başkanının ve mahkemenin yargı komitesinin inisiyatifleriyle bozulma olasılığı vardır. Bu durumun getirdiği bir sonuç olarak arabuluculuğa dayalı çözümlere talep artmaktadır. Fakat yine de yargı kararları ile kesinleşmeye ihtiyaç duyan durumların varlığı göz ardı edilmemelidir. Yazara göre Çin’de istinaf sistemi bakımından büyük reformlara ihtiyaç duyulmaktadır.

Çin ve Slovenya’nın yargı sistemleri çok farklı olmalarına rağmen, istinaf sistemi açısından bir benzerliği paylaşmaktadırlar: Yargı kararlarının yeniden incelenmesi, asla bitmeyen istinaf süreçleriyle sonuçlanmaktadır. AİHM tarafından “usûli eksiklik” olarak nitelendirilen Slovenya istinaf sisteminin özel bir özelliği, istinafın “sonsuz bir iade döngüsüne” neden olma olasılığıdır. *Jorg Sladič*’in makalesinde⁹, pek çok reforma rağmen Slovenya medeni usûl hukukunda istinafla ilgili olarak neden sonsuz bir iade döngüsünden kaçınılmadığı analiz edilmektedir. Mahkeme kararlarından alınan açıklamalara dayanarak yazarın bu kısır döngünün açıklaması olarak ileri sürdüğü neden ise yasal düzenlemelerden kaynaklanmamaktadır. Yazara göre bu problemin nedeni, istinaf mahkemelerin kendi kendine belirledikleri yetki sınırlamalarında yatmaktadır. Bu sınırlamalar, “istinaf mahkemelerinin sadece ilk derece mahkemesinin kararını hukuki olarak incelemek için var olduğu ve kanun yolunun davaları sonuçlandırma yolu olarak kabul edilmediği” algısından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, istinaf mahkemelerine ilk derece mahkemesinin kararını değiştirme veya bozma yetkisi verilmiş olmasına rağmen, istinaf mahkemeleri genellikle kararları sadece bozmayı ve yeniden yargılama yapılmak üzere dosyaları birinci derece mahkemesine geri göndermeyi tercih etmektedir. Bunun arkasında yatan temel neden ise yargı kararlarına karşı anayasal başvuru hakkına dayanmaktadır. İstinaf mahkemelerin içtihadına göre istinaf sürecinde duruşmalar yapılması ve yeni delillerin değerlendirilmesi durumunda bu duruşmalar ve değerlendirmeler kontrole tabi olmayacağından, yargı kararlarına karşı başvuru hakkının ihlali söz konusu

⁸ CHAN, Peter C.H.: “Civil Appeals and Other Means of Recourse Against Judgments in China: A Critical Review of The Procedural Issues”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 161-210.

⁹ SLADIČ, Jorg: “Appeals in Civil Procedure in Slovenia: Why the Recent Reforms of Civil Procedure Did Not Manage to Avoid the Endless Cycle of Remittals”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 211-228.

olacaktır. Sonuç olarak *Sladić*'e göre Slovenya istinaf mahkemeleri, kendilerini temyiz mahkemeleri olarak kabul etmektedir. Bu nedenle kararların sürekli olarak bozulup dosyaların ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi sadece bir olasılık olmaktan öte, bazı davalar için kaçınılmaz kabul edilmektedir. 2004 ve 2008 medeni usûl hukuku reformları, bu eksikliği ele almayı ve istinaf düzeyinde yeniden inceleme yapılarak verilen kararları ve kararın kesinleşmesini teşvik etmeyi amaçlamıştır. Ancak bu girişimler pratikte yerini bulamamış ve mevcut mevzuat çerçevesinde sonsuz iade döngüsü kırılmamıştır.

Slovenya ile aynı hukuk geleneğinden gelen Hırvatistan'da da benzer sorunlar bulunmaktadır. Hırvatistan hukukuna göre istinaf hakkı, Anayasa tarafından temin edilen evrensel ve temel bir haktır. Bu hak, ara kararlara veya nihai kararlara karşı kullanılabilir. *Alan Uzelac*'ın makalesinde¹⁰ açıklandığı gibi, istinafin erişilebilirliği aynı zamanda davayı uzatma stratejilerinin uygulanabilmesi anlamına da gelmektedir. Hollanda'da yıllık 16,000 istinaf edilen hukuk davası olmasına karşın nüfusu dört kat daha az olan Hırvatistan'da yılda 70,000 istinaf edilen hukuk davası bulunmaktadır. Slovenya'da olduğu gibi, Hırvat hukuk sistemindeki istinaf verimliliğini artırmaya yönelik birçok reform girişimi şu ana kadar sadece zayıf değişikliklere yol açmıştır ve dolayısıyla birçok sorunun gelecekte ele alınması gerekmektedir.

Tekrarlayan reformların belirgin bir iyileşme getirmediği başka bir örnek ise İtalya'dır. *Francesca Ferrari*, makalesinde¹¹, istinafla ilgili İtalyan medeni usûl kurallarının sürekli değişimini, özellikle 2011 ve 2012 reformlarına odaklanarak açıklamaktadır. En son düzenlemelerin İtalyan hukuk kültürüne uygunluğunu sorgulayarak, istinafı sınırlandırma mekanizmalarının ve yeni delil sınırlamalarının dâhil edilmesi gibi birkaç görünüşte etkili değişikliğin başarı şansının düşük olduğu sonucuna varmaktadır. Yazara göre İtalyan istinaf sistemi, İtalyan medeni usûlünün diğer unsurları gibi, en etkisiz medeni usûl sistemlerinden birinin örneği olmakla beraber yargı kararlarına karşı oldukça cömert başvuru mekanizmaları sunmaktadır. İtalya'da, ilginç bir şekilde, anayasal bir istinaf hakkı bulunmasa da İtalyan Anayasası'nda her kararı veya emri Yüksek Mahkemeye (*Corte Suprema di Cassazione*) bir dilekçe yoluyla temyiz hakkı bulunmaktadır. Bu bağlamda yazara göre bu hak verimliliğin düşmesinde önemli bir rol oynamaktadır.

IV. MAHKEME KARARLARININ ÜÇÜNCÜ DERECEDE İNCELENMESİ: TEMYİZ

Kitaptaki üç makale özellikle yargı hiyerarşisinin en üst kademesine, yani temyize başvuru yollarını incelemektedir.

İlk makale¹², *Tanja Domej* tarafından yazılmış olup Almanya, Avusturya ve İsviçre'de temyiz başvurularının kabul edilebilirliği konusuna odaklanmaktadır. Üç Almanca konuşulan yargı bölgesi de aynı sorunla uğraşmaktadır: yüksek mahkemeye erişimi sınırlandırırken mahkemenin temel fonksiyonunu korumak ve yalnızca temyiz edilmesi gereken davaların yüksek mahkemeye ulaşmasını sağlamak. Bu üç hukuk sistemi de aynı sorunla uğraşsa da bulunan çözümlerin aynı olmadığını söylemek gerekmektedir. *Tanja Domej*, üç yargı bölgesi arasında “bugün ayrılığın belki de hiç olmadığı kadar büyük olduğu” sonucuna varmaktadır. Almanca konuşulan hukuk sistemlerinde, yüksek mahkemelere erişimi sınırlamak için iki temel model bulunmaktadır: Birincisi, değere bağlı temyiz (*Wertrevision*), ikincisi ise ilkesel değere bağlı temyiz (*Grundsatzrevision*) olarak karşımıza

¹⁰ UZELAC, Alan: “Features and Shortcomings of Appellate Review in Civil and Administrative Cases in Croatia”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody's Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 229-258.

¹¹ FERRARI, Francesca: “The Recent Amendments to the Italian Appeals System”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody's Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 259-276.

¹² DOMEJ, Tanja: “What Is an Important Case? Admissibility of Appeals to the Supreme Courts in the German-Speaking Jurisdictions”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody's Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 277-290.

çıkılmaktadır. İlkesel değere bağlı temyiz ile temyiz başvurusu yapabilmek adına istinaf mahkemesinin izin vermesi şartı birleştirilerek, izne bağlı temyiz (*Zulassungsrevision*) modeli Almanya’da 1924 yılında ilk kez tanıtılmıştır. Başlangıçta boşanma davaları bakımından *Reichsgericht* üzerindeki yükü hafifletmek için geçici bir önlem olması amaçlanan izne bağlı temyiz modeli, zamanla Almanya’da temyiz başvurularını sınırlandırmada genel kriter hâline gelmiştir. Avusturya ve İsviçre hukuku, değere bağlı temyiz modelini hâlâ kullanmaktadır. Her iki yargı alanı da değere bağlı temyiz ve ilkesel değere bağlı temyiz modelini birleştirmekte ancak bunu yaparken farklı yollar izlemektedirler. Avusturya hukukunda, dava değeri 5.000 avrodan az ise temyiz başvurusu kural olarak yapılamaz. Dava değeri 5.000 avro ile 30.000 avro arasında ise başvuru yapılması istinaf mahkemesinin izin vermesi şartına bağlıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki Avusturya hukukunda ilkesel değere bağlı temyiz dava değerine bakılmaksızın uygulanmaktadır. İsviçre hukuku, belirli bir parasal sınırı geçen davalar için *Bundesgericht*’e (Federal Mahkeme) başvuruya her zaman izin vermektedir. Fakat parasal sınırı geçemeyen davalar için davanın temyiz edilmesinin ilkesel öneme sahip olması şartı aranmaktadır.

Aynı hukuki kökenlere sahip birkaç yargı bölgesinde temyiz sistemlerinin zaman içinde nasıl şekillendiğini inceleyen başka bir makale¹³ ise *Aleš Galič* tarafından kaleme alınmıştır. Bu makalede, Yugoslavya’nın halefleri olan ülkelerdeki (Slovenya, Hırvatistan, Sırbistan, Karadağ, Bosna-Hersek ve Makedonya) medeni usûl hukuku reformlarının farklılıkları analiz edilmektedir. Bu yargı bölgelerinin hepsi, eski ortak hukuk ve uygulamadan miras kalan neredeyse sınırsız yüksek mahkemeye erişimle başlamış ve farklı yollarla erişimi sınırlandırmaya ve izne bağlı temyiz sistemini getirmeye çalışmıştır. Yazar, AİHM kararları ışığında kanun yoluna getirilen sınırlandırmaların neden AİHS m. 6 ile çelişmediğini açıkladıktan sonra, Yugoslavya’nın halefleri olan ülkelerdeki reform girişimlerinin birçok ülke için örnek niteliğinde olduğunu savunmaktadır.

Kitabın bu bölümü, *Pablo Bravo-Hurtado*’nun araştırmasını sunan bir makale¹⁴ ile sona ermektedir. *Bravo-Hurtado*, temyize ilişkin daha kapsamlı bir karşılaştırmalı perspektiften yola çıkarak, Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglosakson hukuk sistemi yaklaşımlarının temelde aynı amaca hizmet ettiğini savunmaktadır. Bu amacın yargı karar kriterlerinde yeknesaklık sağlamak olduğunu savunan *Bravo-Hurtado*, aynı hedefe ulaşmak için farklı yolların olası tarihsel nedenlerini tartışırken aynı zamanda Şili’nin özelliklerini de ele almaktadır. Özellikle Şili, Almanya ve Fransa gibi ülkelerde devam eden reformlar nedeniyle makale önemli konulara değinmektedir. Bu reformlar, başvuruya erişimi sınırlamayı amaçlayarak hukuki korumanın birliğini tehlikeye attığı için eleştirilmektedir. *Bravo-Hurtado*, *cassation* ile *certiorari* modellerini inceleyerek Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglosakson hukuk sistemi arasındaki benzerlikleri ve farklılıkları incelemektedir. İçtihat birliğini sağlama ortak hedefine rağmen iki gelenek, yüksek mahkemeye erişim konusunda neredeyse zıt yaklaşımlar sergilemektedir. *Cassation*, taraflara daha geniş erişim arayışındayken *certiorari* bu erişimi sınırlamayı amaçlar. Yazara göre bunun nedeni ise iki geleneğin aynı amaca farklı yollarla ulaşma arzusudur. Kıta Avrupası hukuk sistemi, görevi “hataları düzeltme” olarak tanımlanan bir yüksek mahkeme aracılığıyla birçok karar verilmesi suretiyle içtihat birliğini sağlamayı amaçlar, Anglosakson hukuk sistemi ise pek az örnek davalardaki önemli anlaşmazlıklarda “tavır alma” yoluyla içtihat birliği sağlar. Her iki yaklaşımın da avantajları ve dezavantajları olduğunu söylemek mümkündür: Kıta Avrupası yaklaşımı kontrolde güçlü olmakla birlikte iç tutarlılıkta zayıftır, Anglosakson yaklaşımı ise tam tersi özelliklere sahiptir.

¹³ GALIČ, Aleš: “Reshaping the Role of Supreme Courts in the Countries of the Former Yugoslavia”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 291-318.

¹⁴ BRAVO-HURTADO, Pablo: “Two Ways to Uniformity: Recourse to the Supreme Court in the Civil Law and the Common Law World”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 319-338.

V. KANUN YOLU İLE İLGİLİ ÖZEL KONULAR: TÜKETİCİ ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI, ULUSLARARASI YARGI YETKİSİ VE AİLE HUKUKU

Bu makale koleksiyonu, belirli alanlarda kanun yoluyla ilgili sorunları ele alan üç makale ile sona ermektedir. İlk makale¹⁵, *Christopher Hodges* tarafından yazılmış olup Avrupa Birliği (AB) düzeyinde tartışılan bir konuya odaklanmaktadır: tüketici uyuşmazlık çözümü yolları (CDR). CDR mekanizmaları zaman içinde giderek daha gelişmiş bir hâle gelmekle birlikte, beraberinde iki ana sorun getirmiştir. Bu sorunlardan ilki, CDR sonrasında bir mahkeme tarafından herhangi bir yeniden inceleme imkânının bulunup bulunmadığı ile alakalıdır. CDR mekanizmaları tahkim modeli tabanlı bir gelişim sergilediğinden ve tahkimde de ancak önemli bir hukuki hata yapıldığında veya önemli bir usûli eksiklik bulunduğu istinaf müessesesi konu olabileceğinden CDR kararlarına karşı istinaf yolunun mümkün olup olmadığı AB düzeyinde önemli bir tartışma konusu haline gelmiştir. Makaledeki analizine göre İsveç, Hollanda, Almanya ve Birleşik Krallık uygulamasında CDR kararlarının tüketici için bağlayıcı olmadığı anlaşılmaktadır. Estonya ve Portekiz hukukunun görüşü ise CDR kararlarının tüketici bakımından bağlayıcı olmasının anayasal haklara aykırı olduğu yönündedir. Benzer olarak ombudsman sistemli CDR kararlarının bağlayıcılığı da AB’de tüketicinin kararına bırakılmıştır. Dolayısıyla yazara göre CDR bakımından istinaf yolunun olması elverişli değildir. CDR’ın istinaf bakımından oluşturduğu sorunların ikincisi ise hukuki konuların ne ölçüde yeniden incelenebileceği sorusudur. Zira, *Hodges*’a göre, CDR tahkim modeline dayandığı ve tahkimde hakemler kanunun belirsiz olduğu durumlarda takdir yetkisini haiz olduğu için hukuki konuların mahkeme önünde yeniden incelenmesi sorunlu olacaktır. Yazar bu düşüncesini, CDR sistemlerinde alınan kararların hukuka dayanmasının zorunlu olmadığını açıklayarak desteklemektedir. Yazar sonuç olarak CDR mekanizmalarında istinaf yolu için ilkel bir ihtiyaç veya haklı bir gerekçe bulunmadığını öne sürmektedir. *Hodges*, ayrıca, CDR heyetinin hukukun uygulanması bakımından mahkemeye başvurabileceği bir mekanizmanın bulunması gerektiğini savunmaktadır.

Gina Gioia’nın makalesi¹⁶, ulusal mahkemelerin uluslararası yargı konularındaki kararlarının AB ortak adalet alanı içinde bağlayıcılığını tartışmaktadır. Bu alanda, kararların genel olarak karşılıklı tanınması yönündeki genel çabaya rağmen, bir AB ülkesinde alınan yetkisizlik kararlarının genellikle başka bir AB ülkesinin topraklarında tanınmaması durumunu ele almıştır. Bu bağlamda İngiltere ve Galler, Almanya, Fransa ve İtalya’da yetkisizlik kararlarına karşı başvuru sistemleri analiz edilmiştir. Makaleden anlaşıldığı üzere, dört üye devletinde de yetkisizlik kararına karşı temyize gitmek için farklı yöntemler mevcuttur. Farklılıklara rağmen yetkisizlik kararlarının dört üye ülkenin hukuk sisteminde de temyize konu olabileceğini söylemek mümkündür. Burada ortaya çıkan bir sorun ise ilk derece mahkemesinin yetkisizlik kararının temyiz edilmesinin ardından, temyiz süreci devam ederken, söz konusu mahkemenin davayı yetkili gördüğü başka bir üye devletin mahkemesine gönderebilmesidir. Yüksek mahkeme, ilk derece mahkemesini yetkili görürse başka bir üye devletin mahkemesine gönderilmiş ve hâlihazırda görülen bir davanın ilk derece mahkemesinin devletinde de görülmesi sorunu ortaya çıkacaktır.

Son olarak *Sladana Aras*’ın makalesi¹⁷, çocukların bakım hakkı bağlamında Hırvat kanun yolu prosedürünü ele almaktadır. Hırvat anayasasına göre çocukların bakımına ilişkin mahkeme kararlarının istinaf edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda *Aras*, Hırvat istinaf mahkemelerinde görülmüş davaları inceleyerek, çocuk bakımına ilişkin kararların hukuki etkinliğe ulaşması

¹⁵ HODGES, Christopher: “Consumer ADR and Appeals”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 339-352.

¹⁶ GIOIA, Gina: “Recourse Against Judgments on International Jurisdiction”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 353-362.

¹⁷ ARAS, Saldana: “The Powers of the Appellate Court in the Context of the Effective Protection of a Child’s Right to Maintenance”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 363-372.

için, istinaf sürecinin başlamasından itibaren en az bir ila üç yıl geçtiği sonucuna varmaktadır. Bu sonuca bir çözüm getirmek amacıyla Hırvatistan'da 2011 yılında yürürlüğe giren değişikliğe göre istinaf mahkemesi, çocuk bakımına ilişkin davalarda, ilk derece mahkemesinin kararını yalnızca bir kez geri gönderme yetkisine sahiptir.

VI. SONUÇ

Bu ciltte toplanan makaleler ışığında belirtmek gerekir ki ulusal hukuk sistemlerinde, yargı kararlarına karşı başvuru araçları tasarlanırken adil yargılanma hakkı ve içtihat birliğinin sağlanması arasında denge kurulmasına ehemmiyet verilmesi elzemdir. Kanun yolu başvurusuna konu olan mahkeme kararının hukuki önemi ve değerine orantılı olarak titiz ve hızlı bir denetlemenin mali açıdan sürdürülebilir olduğu bir kanun yolu sistemiyle adil yargılanma hakkının gözetildiği ve olağanüstü iş yükünün üst mahkemelere yüklenmediği bir sistem oluşturulabilir. Ulusal düzeyde hukuk normlarının doğru uygulanması ve içtihat yeknesaklığı önemli bir gayedir. Ancak fiiliyatta adil yargılanma hakkının tesisi açısından ancak idealizmden uzaklaşarak bir sonuca varılabildiği gerçeğini göz ardı etmemek gerekir. Zira hiçbir hukuk sistemi, tüm yargı kararlarının tam ve sınırsız şekilde tekrar incelenmesi imkanını sağlayabilecek bir altyapıya sahip değildir. Hukuk sistemleri, etkili bir kanun yolu sistemi oluştururken, kanun yolunu sınırlamaktan filtrelemeye ve nihayetinde temel öneme sahip olmayan konularda yargı kararlarına karşı başvuruların tamamen önünü kapatan araçlara başvurmaktadır. Ancak bu araçların içtihat yeknesaklığı ve adil yargılanma hakkı arasında kurulacak hassas dengenin sağlanması için gerekli olduğunu belirtmemiz gerekir.

Kanun yolu sürecinin uzaması, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, kanun yoluna başvurunun sınırlandırılmasının, bazı ülkelerde davaların makul süre içinde sonuçlanması adına gerekli bir araç olduğunu kabul etmemiz gerekmektedir. Kanun yoluna başvurunun etkin bir sınırlandırmaya tabi olmadığı Çin ve Slovenya, Hırvatistan ve İtalya gibi ülkelerde çok sayıda başvuru olmasının adil yargılanma hakkına ve hukuki belirlilik ilkesine aykırı durumlar ortaya çıktığı aşikardır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, kanun yolunun ne denli sınırlandırılacağı bir ülkenin altyapısına göre değişiklik gösterebilir. Aleniyet ilkesinin adil yargılanma hakkı bakımından gözetilmesi gerektiğinden bahisle, ideal bir kanun yolu sistemi oluşturmak adına ülkeler kendi kapasitelerine göre kanun yollarına başvuruyu sınırlandırmalıdır. Kanun yoluna başvuruyu sınırlandırırken irdelenmesi gereken bir başka husus ise kanun yollarının verimliliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan verimlilik sadece bozma kararlarının sayısı ile değil, yukarıda bahsedilen "değer kaybı" gibi araçlarla da değerlendirilmelidir. Böylece kanun yolu mekanizmalarının maliyeti bakımından da bir analiz yapılması mümkün olacak ve ideal kanun yolu sisteminin kurulması adına gerçekçi çıkarımlar yapılabilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki kanun yoluna başvuru hakkının sınırlandırılması, üst mahkemelerin içtihat birliğini sağlama amacından feragat etmesi anlamına gelmemektedir. Zira "sıçrama yoluyla temyiz" veya "izne bağlı temyiz" gibi müesseseler yoluyla iş yükünü kontrol altında tutarak içtihat birliğinin sağlanması mümkün gözükmektedir. İlk derece mahkeme kararlarının kalitesini artırma yoluyla kanun yolu ihtiyacının azaltılması ideal bir kanun yolu mekanizmasının kurulması açısından önemli bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- ANDREWS, Neil: “Restrictions on Appeals in English Law”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 73-94.
- ARAS, Saldana: “The Powers of the Appellate Court in the Context of the Effective Protection of a Child’s Right to Maintenance”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 363-372.
- BRAVO-HURTADO, Pablo: “Two Ways to Uniformity: Recourse to the Supreme Court in the Civil Law and the Common Law World”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 319-338.
- CHAN, Peter C.H.: “Civil Appeals and Other Means of Recourse Against Judgments in China: A Critical Review of The Procedural Issues”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 161-210.
- DOMEJ, Tanja: “What Is an Important Case? Admissibility of Appeals to the Supreme Courts in the German-Speaking Jurisdictions”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 277-290.
- FERNHOUT, Fokke / HUIJTS, Jonathan / MOLENAARS, Lisa / VAN DER BAAREN, Luuk: “Wealth Shift as a Criterion to Assess the Impact of Appellate Proceedings – Applied to Dutch Civil Appeal”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 53-72.
- FERRARI, Francesca: “The Recent Amendments to the Italian Appeals System”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 259-276.
- GALIČ, Aleš: “Reshaping the Role of Supreme Courts in the Countries of the Former Yugoslavia”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 291-318.
- GIOIA, Gina: “Recourse Against Judgments on International Jurisdiction”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 353-362.
- HODGES, Christopher: “Consumer ADR and Appeals”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 339-352.
- JOHNSEN, Jon T.: “Appeals and ‘Trial Within Reasonable Time’: A European Perspective”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 17-33.
- KODEK, George: “Appellate Proceedings in Civil Cases – Traditional Remedies in Light of Contemporary Problems”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 35-52.
- MARCUS, Richard: “Appellate Review in the Reactive Model: The Example of the American Federal Courts”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 105-126.
- SALTZMAN, Andrea: “Appellate Review in California: Limits on the Right to Recourse”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 95-104.

SLADIČ, Jorg: “Appeals in Civil Procedure in Slovenia: Why the Recent Reforms of Civil Procedure Did Not Manage to Avoid the Endless Cycle of Remittals”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 211-228.

UZELAC, Alan: “Features and Shortcomings of Appellate Review in Civil and Administrative Cases in Croatia”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 229-258.

VAN RHEE, Remco: “Appeal in Civil and Administrative Cases in the Netherlands”, (Ed.) UZELAC, Alan / VAN RHEE, Remco: *Nobody’s Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*, 1. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 127-160.