



Cilt/Vol: 12 Sayı/Issue: 2 Aralık/December-2024



**SAKARYA  
HUKUK DERGİSİ  
(SHD)**

---

**THE SAKARYA  
JOURNAL OF LAW  
(THE SJL)**

CILT/VOLUME: 12 SAYI/ISSUE: 2  
E-ISSN 3023-6894

ARALIK/DECEMBER 2024  
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/shd>

# SAKARYA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

THE SAKARYA  
JOURNAL OF LAW/SJL



**SAKARYA**  
ÜNİVERSİTESİ

---

---

# The Owner on Behalf of Sakarya University

## Sakarya Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi

---

---

Prof. Dr. Hamza Al  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye

---

---

### Editor in Chief / Baş Editör

---

---

Alper Işık  
Department of General Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
alper@sakarya.edu.tr

---

---

### Associate Editor / Yardımcı Editör

---

---

Gizem Çoşgun Yıldırım  
Department of Commercial Law  
Sakarya-Türkiye  
gizemcosgun@sakarya.edu.tr

---

---

### Editorial Board / Yayın Kurulu

---

---

Gizem Çoşgun Yıldırım  
Department of Commercial Law  
Sakarya-Türkiye  
gizemcosgun@sakarya.edu.tr

Muammer Fatih Öztürk  
Private Law Department  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
fatihozturk@sakarya.edu.tr

Fatmagül Gökçe  
Department of Maritime Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
ffatmagulgokce@sakarya.edu.tr

Fatih Eraslan  
Private Law Department  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
fatiheraslan@sakarya.edu.tr

Cemre Edip Yalçın  
Department of Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
cemreyalcin@sakarya.edu.tr

Yunus Emre Bozcu  
Department of Public Law  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
yunusbozcu@sakarya.edu.tr

Rumeysa Demir  
Department of Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
rumeysasenoglu@sakarya.edu.tr

Ebrar Sena Oruçhan  
Department of Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
ebraroruchan@sakarya.edu.tr

---

---

## Preflight Editor/ Ön Kontrol Editörü

---

---

Yunus Emre Bozcu  
Department of Public Law  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
yunusbozcu@sakarya.edu.tr

Fatih Eraslan  
Private Law Department  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
fatiheraslan@sakarya.edu.tr

---

---

## Turkish Language Editor/ Türkçe Dil Editörü

---

---

Ebrar Sena Oruçhan  
Department of Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
ebraroruchan@sakarya.edu.tr

Rumeysa Demir  
Department of Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
rumeysasenoglu@sakarya.edu.tr

---

---

## English Language Editor/ İngilizce Dil Editörü

---

---

Cemre Edip Yalçın  
Department of Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
cemreyalcin@sakarya.edu.tr

Fatmagül Gökçe  
Department of Maritime Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
ffatmagulgokce@sakarya.edu.tr

---

---

## Statistics Editor/ İstatistik Editörü

---

---

Muammer Fatih Öztürk  
Private Law Department  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
fatihozturk@sakarya.edu.tr

---

---

## Ethics Editor/ Etik Editörü

---

---

Gizem oşğun Yıldırım  
Private Law Department  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
gizemcosgun@sakarya.edu.tr

---

---

## Editorial Board / Editör Kurulu

---

---

Şafak Narbay  
Private Law Department  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
safaknarbay@sakarya.edu.tr

İbrahim Özbay  
Private Law Department  
Tokat Gaziosmanpaşa University  
Tokat-Türkiye  
ibrahim.ozbay@gop.edu.tr

Ayhan Döner  
Department of Public Law  
Erzincan Binali Yıldırım University  
Erzincan-Türkiye  
adoner@erzincan.edu.tr

Murat Doğan  
Department of Private and Civil Law  
Erciyes University  
Kayseri-Türkiye  
murat.dogan@erciyes.edu.tr

Mariam Jikia  
Department of Public International Law  
Technical University of Georgia  
Georgia-Tbilisi  
Jiqiamari07@gtu.ge

Sophio Demetrashvili  
Department of Public International Law  
Technical University of Georgia  
Georgia-Tbilisi  
Demetrashvilisopo07@gtu.ge

Nana Rosepashvili  
Department of Public International Law  
Technical University of Georgia  
Georgia-Tbilisi  
Rosepashvilinana07@gtu.ge

Ketevan Jmcharadze  
Law Faculty Department  
Georgian-American University  
Georgia-Tbilisi  
ketijincharadze@gau.edu.ge

Larisa Vasileska  
Department of Law  
St Kliment Ohridski-Bitola University  
Macedonia- Kirchova  
larisa.vasileska@uklo.edu.mk

---

# Indexing

---



# Contents

## Research Article

- 1 Alman Hukuku Örneğinde Medeni Usul Hukukunda Sürpriz Karar Verme Yasası  
*The Prohibition of Surprise Decisions in Civil Procedural Law in the Example of German Law*  
**Doğukan Algan, Merve Uysal** . . . . . 609-642
- 2 Kefalet Sözleşmesinin Şekli Geçerlilik Şartları ve Ticaret Hukuku Açısından Özellik Arz Eden Hususlar  
*Validity Conditions Regarding the Form of the Guarantee Agreement and Special Issues in Terms of Commercial Law*  
**Temel Güner** . . . . . 643-682
- 3 Bağlı Tüketici Kredilerinde Kredi Verenlerin Sorumluluğu Bakımından Kredi Miktarı Sınırlaması  
*Credit Amount Limitation in Terms of Liability of Creditors in Linked Consumer Credits*  
**Davut Gürses, Ecem Deveci** . . . . . 683-695
- 4 Türk İflâs Hukukunda Tasfiye Masrafları Bağlamında İflâs Tasfiyesinin Akıbetinin Belirlenmesi  
*Determining the Outcome of Bankruptcy Liquidation in the Context of Liquidation Costs in Turkish Bankruptcy Law*  
**Yakup Oruç, Furkan Bilge** . . . . . 696-720
- 5 Türk Yargıtay Kararları Işığında Metaverse’te Özel Boşanma Sebepleri  
*Special Grounds for Divorce in Metaverse in the Light of Court of Cassation Decisions*  
**Doğa Ekrem Doğanç, Merve Özaydın** . . . . . 721-775
- 6 Danıştay Kararları Işığında İdari Yorum  
*Administrative Interpretation in the Light of the Decisions of the Council of State*  
**Emine Cin** . . . . . 776-803
- 7 Yükümlülük Kavramının Anavatanı: H.L.A. Hart’ın Hukuk Teorisinde Bir Cevap Arayışı  
*The Homeland of the Concept of Obligation: The Search for an Answer in H.L.A. Hart’s Legal Theory*  
**Fatih Güneş** . . . . . 804-830
- 8 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Actio Popularis: Çevre Kirliliği ve İklim Değişikliği Bağlamında Bir Değerlendirme  
*Actio Popularis in the Judgments of the European Court of Human Rights: An Evaluation in the Context of Environmental Pollution and Climate Change*  
**Cansu Koc Basar, Serkan Ekiz** . . . . . 831-868
- 9 Konut Kapıcılarının Ücret Alacaklarından Kat Malikleri ile Yöneticilerin Sorumluluğu  
*Responsibility of Flat Owners and Building Managers for the Unpaid Wages of Janitor*  
**Didem Yardımcıoğlu** . . . . . 869-898
- 10 İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Bir Sebep Olarak İçtihadî Hata Teorisi  
*As a Reason Eliminating the Responsibility of the Administration: The Theory of Jurisprudential Error*  
**Ahmet Bağrıaçık** . . . . . 899-916
- 11 Arabuluculuğun Meslek Olarak Değerlendirilmesi  
*Assessment of Mediation as a Profession*  
**Ferhat Yıldırım** . . . . . 917-934

12	Video Oyunlarında Kullanılan Mikro Ödeme Yöntemlerinin Haksız Rekabet ve Tüketici Hukuku Açısından Değerlendirilmesi <i>Evaluation of Micro Transactions Methods Used in Games in Terms of Unfair Competition and Consumer Protection Law</i> <b>Tayfun Türe</b> . . . . .	935-963
13	Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü İlkesi Çerçevesinde Taksirli İflâs Suçuna (TCK m. 162) İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme <i>Within the Framework of the Principle of the Obligation to Act Like a Prudent Businessman Relating to the Crime of Negligent Bankruptcy ((Art. 162 of the TCC) a Legal Assessment</i> <b>Fatih Yurtbaşı</b> . . . . .	964-991
14	Mart 2022 Tarihli Fransız Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu Tasarısının Genel Hükümlerine Dair Bazı Tespitler <i>Some Remarks on the General Provisions of the Draft French Code of Private International Law of March 2022</i> <b>Can Yöney</b> . . . . .	992-1014
15	Amerikan İdare Hukuku'nda Beklenen Gelişme: Chevron Doktrini Artık Hükümsüz <i>An Expected Development in American Administrative Law: Chevron Doctrine No Longer Applicable</i> <b>Özge Atıl Kaya</b> . . . . .	1015-1032
16	“Uluslararası Hukukun Etkinliği Meselesi” Hakkında Bir Değerlendirme <i>An Assessment on “The Issue of the Effectiveness of International Law”</i> <b>Hakkı Hakan Erkiner</b> . . . . .	1033-1062
17	Uluslararası Tahkimde Elektronik Tahkim Kararları ve E-İmza <i>Electronic Arbitral Awards and E-Signature in International Arbitration</i> <b>Ahmet Cemal Ruhi</b> . . . . .	1063-1076
18	Yapay Zeka, Deepfake ve Yeni Nesil Cinsel Suçlar <i>Artificial Intelligence, Deepfake and Contemporary Sexual Crimes</i> <b>Efe Can Karabulut</b> . . . . .	1077-1111
19	Ceza Normunun Yorumlanmasında Bir Araç Olarak Madde Gerekçesi <i>Explanatory Notes as a Tool for the Interpretation of Criminal Norms</i> <b>Derya Tekin</b> . . . . .	1112-1137
20	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Devletlerarası Başvuru Usulü ve Başvuruların Temelleri <i>Inter-State Application Procedure to the European Court of Human Rights and Bases of Applications</i> <b>Özgür Aydın</b> . . . . .	1138-1160



## Alman Hukuku Örneğinde Medeni Usul Hukukunda Sürpriz Karar Verme Yasağı

### *The Prohibition of Surprise Decisions in Civil Procedural Law in the Example of German Law*

Doğukan Algan<sup>1\*</sup>   
Merve Uysal<sup>2</sup> 

<sup>1\*</sup> Doktora Öğrencisi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, Türkiye  
dogukanalghan@gmail.com

<sup>2</sup> Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye  
merve.uysal@marmara.edu.tr

\*Sorumlu Yazar/Corresponding Author



Geliş Tarihi/Received: 17.05.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 07.08.2024  
Yayımlanma Tarihi / Available Online: 28.10.2024

**Öz:** Sürpriz karar verme yasağı, hukukî dinlenilme hakkının önemli bir unsurudur. Bu yasak kapsamında hâkim, kararını tarafların açıkça gözden kaçırdıkları ya da önemsiz addettikleri bir hususa veya taraflardan farklı değerlendirdiği bir hususa dayandıramaz. Buna ek olarak bir mahkemenin içtihadını gerekçe sunmaksızın değiştirmesi de sürpriz karar verme yasağı kapsamında kabul edilmektedir. Sürpriz karar verme yasağı, âdil yargılanma hakkının eyleme geçirilerek güvence altına alınmasını sağlar. Yasak, davanın tarafları, fer'i müdahiller, ilgililer, geçici hukukî koruma taleplerinin tarafları başta olmak üzere çok sayıda kişiyi kapsamına alır. Yasağın konu bakımından kapsamını ise "husus" ifadesi oluşturur. Husus ifadesi ile, sınırlayıcı olmaması kaydıyla, vakıalar, maddî hukuka ilişkin düzenlemeler, usul hukukuna ilişkin düzenlemeler, örf ve âdet, sözleşme hükümleri, öğretî görüşleri ve yargı kararları kastedilir. Sürpriz karar verme yasağı çerçevesinde vakıaya ilişkin hususlar ile hukukî hususları ayırtırmak güç olsa da Alman hukukunda sürpriz karar verme yasağına ilişkin düzenlemeler ayırım yapılmasını kolaylaştırmaktadır. Bu bağlamda, Alman yargı kararları temel alınarak sürpriz karar verme yasağına konu olan medeni usul hukukuna ilişkin hukukî hususlar somutlaştırılmıştır. Çalışmada çevirisi yapılan kararlarda parantez içinde belirtilen ifadeler, okuma kolaylığı sağlanması açısından dipnotlarda gösterilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Sürpriz Karar, Sürpriz Karar Verme Yasağı, Hukukî Husus, Hukukî Dinlenilme Hakkı, İşaret ve Müzakere Etme Ödevi

**Abstract:** The prohibition of surprise decisions is an element of the right to be heard. According to this prohibition, the judge should not base his decision on a matter, which the parties have clearly overlooked or considered unimportant, or on a matter which the judge has assessed differently from the parties. In addition, a change in a court's jurisprudence without giving reasons is also considered to fall within the scope of the prohibition of surprise judgments. The prohibition of surprise judgments ensures that the right to a fair trial is guaranteed through its implementation. The prohibition applies to a wide range of persons, including the parties of the action, interveners, the persons concerned and applicants for interim relief. The scope of the prohibition is based on the concept of "matter". The term "matter" refers to facts, the provisions of substantive and procedural law, customs and usage, contractual provisions, doctrines and judicial decisions, provided that they are not restrictive. Although it is difficult to distinguish the matters of substantial and procedural legal provisions in determining the existence of a prohibition of surprise decisions, the related current provisions of German law ease the difficulties of making this distinction. In this context, the legal issues relating to the prohibition of surprise decision-making are explained within the help of the translations of related German court decisions. The sources specified in parentheses in the content of the decision texts have been included in the footnotes in order to facilitate the reading.

**Keywords:** Surprise Decisions, Prohibition of Surprise Decisions, Legal Matter, Right to be Heard, Duty of Notification and Disclosure

### Extended Abstract

It is debatable whether the prohibition of surprise judgments is an element of the right to be heard or constitute only one of the judge's duty to clarify the case. The prohibition of surprise judgments is not explicitly regulated in Turkish law; however, the concept of surprise judgments is included in the preamble of Article 32 of the Draft Civil Procedure Code and in the report of the Justice Commission entitled "Right to be heard". On the other hand, the prohibition of surprise judgments is regulated in the

**Cite as (ISNAD):** Algan, Doğukan – Uysal, Merve. "Alman Hukuku Örneğinde Medeni Usul Hukukunda Sürpriz Karar Verme Yasağı". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2) (2024), 609-642. <https://doi.org/10.56701/shd.1486003>

Austrian Code of Civil Procedure (§ 182a öZPO) and the German Code of Civil Procedure (§ 139/2 dZPO). The prohibition of surprise decisions prevents the parties from becoming objects of the proceedings by concretising the right to be heard, which is a procedural safeguard. Through the implementation of these safeguards, introduced within the scope of the prohibition, the right to a fair trial is guaranteed and the necessity, which obliges the completion of the proceedings within a reasonable period of time is also ensured, so that both the procedures established by the court and the decision can be legally foreseeable.

The prohibition of surprise judgments can be divided into two categories, broad and narrow, based on the ground and effects of the prohibition. In a general sense, the prohibition of surprise judgment can be defined as a change or deviation from established case law without any justification. The prohibition of surprise judgments in the broad sense is closely linked to the principle of legal certainty. The prohibition of surprise judgments in the narrower sense is related to the right to be heard rather than the principle of legal certainty. In the narrow sense, the prohibition of surprise judgment is based on the judge's consideration of a matter which the parties clearly overlooked or considered insignificant or which the judge assessed differently from the parties. In such case, the judge should point out the relevant issue, discuss it with the parties and give them the opportunity to explain it, so that the surprise decisions can be prevented.

The personal scope of the prohibition consists of persons, who are likely to be personally surprised by a judicial decision. In particular the term "person" according to the narrow sense of the prohibition of surprise judgments, refers to the parties to a lawsuit, the parties to an uncontested judicial proceeding and the parties to a provisional measure of legal protection. However, the prohibition of surprise judgments in a broad sense affects in addition to the parties, interveners and interested parties, lawyers, judges, academics and anyone who has to take account of the decision.

Within the framework of the definition and scope of the prohibition of surprise judgement in German law, there are three grounds of the rules on the prohibition of surprise judgement . Firstly, the provision of § 139 dZPO, secondly the right to be heard, stipulated in Article 103 GG and thirdly the explanation through *nobile officium*.

In German law, the prohibition of surprise decisions was accepted by the decisions of the German Federal Court of Justice before an explicit provision introduced into German law. On 3 June 1976, however, a provision was introduced in § 278 dZPO, entitled "Hauptverhandlung". The provision has an explanatory nature. In this regulation, it is stated that the surprise decision deals with the legal questions. § 278/3 dZPO remained in force until 2001. On 27 July 2001, the Code of Civil Procedure was substantially amended by the Civil Procedure Reform Act. As part of these amendment, the prohibition of surprise judgements was removed from § 278/3 dZPO and moved to § 139 dZPO. According to § 139 dZPO, the prohibition of surprise judgment is not violated if the court bases its judgment (i) on a matter which one of the parties has clearly overlooked or considered unimportant, (ii) provided that the matter does not relate to a subsidiary claim/accessory claim, and (iii) provided that the parties are given the opportunity to explain this matter.

Issues (*Gesichtspunkte*) constitute the scope of the prohibition of surprise judgment in terms of subject matter. What makes an issue important in the proceedings is related the question, whether if it affects the decision. The existence of an issue affecting the decision obliges the judge to give the parties the opportunity to make submissions by imposing a duty to point out and deliberate. The term "issue" refers to both factual and legal issues. Legal issues refer to all legal assessments made by the court with regard to the legal basis of the facts. In this context, the rules of law on the merits and the procedure, the rules of evidence and ease of proof, the burden of proof and evidence, legal concepts, opinions, customary rules and contractual provisions constitute the legal grounds.

In German law, the legal issues according to § 139/2 dZPO are used in a broader sense alongside § 182a ÖZPO, which limits the subject matter of the surprise decision to "legal grounds" in Austrian law. According to the doctrine of German law, not only substantive law but also procedural matters are to be taken into account in the application of § 139/2 ZPO. In German law, the following procedural issues may be taken into account in the context of the prohibition of surprise judgment within the framework of the related court decisions: inadmissibility of the action (*Unzulässigkeit der Klage*), deliberate rejection of a party's submissions on the grounds that they were made out of time (*beabsichtigte Zurückweisung von Vorbringen als verspätet*), abandonment of a request for evidence due to an error as to the burden of proof or an incorrect assessment of the burden of proof (*Verzicht einer Partei auf den Beweisantritt mangels richtiger Erfassung der Beweislast oder wegen Irrtums über den Beweisantritt*).

## Giriş

Bir davada hukukî korunma talep eden kişinin talebinin karşılanmaması ya da davanın lehine sonuçlanacağını düşünen kişinin aksi yönde bir kararla karşılaşması mümkündür. Yargılama, doğası gereği kısmen belirsiz olmakla birlikte taraflar beklentilerini karşılamayan kararlara şaşırabilecektir<sup>1</sup>. Sürpriz karar, yargının *de facto* ortaya çıkardığı bazı belirsizliklere yönelik tepkinin kavramsallaşmış hâlidir. Sürpriz karar verilmesi, tarafları ve toplumu öngörülemez bir yargı sürecinin parçası hâline getireceğinden yasaktır.

Sürpriz karar verme yasağı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda<sup>2</sup> (HMK) açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte, HMK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'nun "hukukî dinlenme hakkı" kenar başlıklı 32. maddesinin gerekçesinde ifade edilmiştir<sup>3</sup>. Öğretide, hukukî niteliği bakımından hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile yakın ilişkisi bağlamındaki çalışmalar yanında<sup>4</sup>, âdil yargılanma ve hukuki dinlenme hakkının bir unsuru olarak incelendiği de gözlemlenmiştir<sup>5</sup>. Türk hukukunda bu yasağın

<sup>1</sup> Katharina Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren* (Wien: Universität Wien, Doktora Tezi, 2018), 1.

<sup>2</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), *Resmî Gazete* 27836 (4 Şubat 2011), Kanun No. 6100.

<sup>3</sup> Bkz. a.ş. 13.

<sup>4</sup> Varol Karaaslan, "Hakimin Tarafsızlığı İlkesi ile Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Mihbir Özel Sayısı 4/2 (2014), 114; Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 283; Nur Bolayır, *Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019) 130; Gizem Bal, "Medeni Yargılamada Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi", *SDE Akademi Dergisi* 2/5 (2022), 85; Ali Cem Budak - Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), 93 (55). M. Sarbach, mahkemenin, tarafların şaşırarak olmaları hâlinde anayasal hukukî dinlenme hakkı gereği aydınlatma ödevini yerine getirmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu çerçevede sürpriz karar, mahkemenin taraflara açıklama imkânı tanımaksızın ileri sürülmeyen vakıaları değerlendirdiği durumlarda ya da mahkemenin daha önce dile getirilmemiş ya da uygulanması beklenmeyen bir hukukî sebebe dayalı olarak karar verdiği durumlarda ortaya çıkabilir. Eğer taraflar açıklama yapmak suretiyle bu durumu bertaraf edebilecekler ise açıklama hakkı tanınmalıdır. Diğer taraftan, yazar, bilgi verme ve soru sormaya ilişkin ödevde dair açık bir hükmün bulunmayışı sebebiyle, sürpriz karar verme yasağının, hukukî dinlenme hakkından türetilip türetilmeyeceğinin belirsiz olduğunu, bu yönde bir ödevin dürüstlük ilkesinden kaynaklandığının düşünülebileceğini ifade etmektedir. Martin Sarbach, *Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht* (Bern: Stämpfli AG Bern, 2003), 239-240.

<sup>5</sup> Fritz Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO* (Berlin: Albert Ludwings Universität, 1979) 119 vd.; Hans - Willi Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess* (Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns KG, 1984) 232-233; Wolfram Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör* (Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns KG, 1989) 62 (209); Hakan Pekcanitez, "Hukuki Dinlenme Hakkı", *Seyfullah Edis'e Armağan* (2000), 787-788; Muhammet Özekes, *Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenme Hakkı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 31, 60, 85; Melanie Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz* (Hamburg: Dr. Kovac, 2003), 51-52; Daniel Willisegger, *Grundstruktur des Zivilprozesses* (Basel: Schulthess, 2012), 263-264; Yavuz Alangoya, "Dava Temeli, Hakimin Dava Malzemesinin Toplanması ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında", *Yavuz Alangoya Makaleler* (İstanbul: Beta Basım, 2012), 308; Paul Oberhammer vd., *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung* (Zürich: Legalis, 2013), Art. 56 (4); Nilüfer Boran Güneysu, *Medenî Usûl Hukukunda Karar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 48-49; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Şerhi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 128; Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2014), 399-400; Emel Hanağası, *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 108; Pekcanitez, sürpriz karar verme yasağının hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir yansıması olduğunu ifade etmekle birlikte hukukî dinlenme hakkının bir unsuru olarak nitelendirmektedir. Hakan Pekcanitez vd., *Medenî Usûl Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017) 833, 880; Hilmi Şeker, *Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gereke* (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2018), 542. Şafak Güleç, *Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021) 150 vd. Kern, hukukî dinlenme hakkının işaret ve müzakere etme

anıldığı mahkeme kararları<sup>6</sup> incelendiğinde kavramın anlamı ve “sürpriz karar”dan söz edebilmek için hangi şartların bulunması gerektiği konusunda bir görüş birliği olmadığı söylenmelidir. Bu çerçevede, çalışmada, Alman ve Avusturya medeni yargılama hukuklarındaki düzenlemelere yer verilmiş ve özellikle sürpriz karar verme yasağı kavramı ve bu yasağın kapsamı ile ilgili tartışmalar, Alman Yüksek Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi kararları ile somutlaştırılmıştır.

Bir kararın “sürpriz” olarak nitelendirilerek yasaklanmasının temelinde, taraflar açısından beklenmedik bir durum oluşturan hukukî sebebin ya da maddi bir vakianın varlığı ve bunların açıkça gözden kaçırılmış olması veya önemsiz addedilmesi<sup>7</sup> yatmaktadır. Türk hukukunda sürpriz karar verme yasağı, HMK’da açıkça düzenlenmediği için, Avusturya hukukunda § 182a öZPO<sup>8</sup>’de anılan “hukuki hususlar” (*rechtliche Gesichtspunkte*) terimi ve Alman hukukunda § 139/2 dZPO<sup>9</sup>’de anılan “hukuki ve maddi hususlar” (*rechtliche und tatsächliche Gesichtspunkte*) terimlerinden yola çıkılarak Türk hukuku bakımından değerlendirme yapılabilecektir.

Sürpriz karar verme yasağının konu bakımından kapsamının belirlenebilmesi için § 139/2 dZPO’da sürpriz karar verme yasağının kapsamının belirlenmesinde kullanılan temel ölçüt olan “*Gesichtspunkt*” terimi ele alınacaktır<sup>10</sup>. Öncelikle “*Gesichtspunkt*” ifadesinin anlamı ortaya konmalıdır. Bu kelime, sözlükte, “noktai nazar”, “bakış açısı”, “görüş açısı”, “mütalâa”, “görüş” ve “düşünce” ifadeleriyle Türkçe’ye çevrilmiştir<sup>11</sup>. Kelime, madde metnindeki anlamı itibarıyla bir hukukî sürece konu edilebilecek her şeyi ifade eder. Dolayısıyla Türkçe’ye “husus” olarak çevrilmesi isabetli olacaktır<sup>12</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki aynı kelimenin istinaf aşamasında dikkate alınabilecek yeni iddia ve savunma vasıtalarını düzenleyen § 532/2-1 dZPO’da da yer aldığı ve husus anlamında kullanıldığı görülmektedir<sup>13</sup>. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun birçok hükmünde “husus” ifadesi kapsayıcı anlamda kullanılmıştır<sup>14</sup>.

Husus olarak çevrilen “*Gesichtspunkt*” ile ilgili birbirine yakın olmakla birlikte farklı tanımlar yapılmıştır<sup>15</sup>. Bazı yazarlar, hüküm bakımından önem arz eden vakıaları ve hukukî sebebi husus olarak

---

ödevi açısından genel bir yükümlülük doğurmadığını, hukukî dinlenilme hakkının temelde tarafın beyanının dikkate alınmasını ve değerlendirilmesini amaçladığını ve bu nedenle ödev ile hukukî dinlenilme hakkı arasında bir uyum olmadığını ifade etmektedir. İşaret ve müzakere ödevi hukukî dinlenilme hakkı kapsamındaki gerekliliklerin ötesine geçer mahiyeti haiz olup bunun ihlâli her durumda hukukî dinlenilme hakkının ihlâli anlamına gelmemektedir. Friedrich Stein vd., *Zivilprozessordnung* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2016), § 139 (88, 122-123). Aydemir, mahkemenin kararını yargılama boyunca hiç tartışılmamış ve taraflarca öngörülmemiş bir nedene dayandırması ve taraflara hukukî sebep konusunda açıklama imkânı tanınmaması durumunda verilen kararın sürpriz karar olacağını ve hukukî dinlenilme hakkının ihlâlüne sebebiyet vereceğini ifade etmektedir. Dilek Aydemir, “Taleple Bağlılık ve Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması İlkelerinin Birlikte Uygulanışında Davayı Aydınlatma Ödevinin Önemi”, *İlamat Torbası* (Ekim 2020), 20.

<sup>6</sup> “Yargılama sırasında taraflarca bilinmeyen ya da bilinmesi mümkün olmayan bilirkişi raporlarına istinaden hüküm kurulması, tarafların bilgisine ulaştırılmayan delillerle karar verilmesi adil yargılanma hakkının ihlalini teşkil etmektedir. Mahkeme iki tarafa eşit şekilde hukuki dinlenilme hakkı tanıyarak hükmünü vermelidir. Anayasamızın 36. maddesi, HMK’nın 27. ve AİHS’nin 6. maddesi birlikte değerlendirildiğinde tarafların bilgilenme hakkı, açıklama ve ispat hakkı ile dikkate alınma hakkı ihlal edilmemelidir. Yargı organları yargılamanın seyrine uygun düşmeyen sürpriz karar vermemelidir. Yargı organı tarafların bilgilenme açıklama ve itiraz imkânını ortadan kaldıracak şekilde uygulama yapmamalı, tarafların yokluğunda oluşturduğu delilleri hukuki değerlendirmesine esas almamalıdır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), K. 2012/796 (14 Kasım 2022). Ayrıca bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi (9. HD), K. 2020/7547 (14 Eylül 2020).

<sup>7</sup> Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 176; Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 61-63; Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 265-268; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (76).

<sup>8</sup> Zivilprozessordnung (öZPO): Avusturya Medenî Usûl Kanunu.

<sup>9</sup> Zivilprozessordnung (dZPO): Alman Medenî Usûl Kanunu.

<sup>10</sup> İfadenin içerisinde yer aldığı hükmün çevirisi için bkz. dip 102.

<sup>11</sup> Karl Steuerwald, *Almanca – Türkçe Sözlük* (İstanbul: Abc Kitabevi, 1998) 254; Osman Nazım Kıyığı, *Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü* (München: C. H. Beck, 1999), 348.

<sup>12</sup> Pekcanitez, “husus” yerine “hukuki nokta” ifadesini kullanmıştır. Pekcanitez, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, 787.

<sup>13</sup> Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 262.

<sup>14</sup> Bir kısmı için bkz. HMK m.28/4, 31, 43/2, 44/2, 55, 70/2, 73/1, 119/1, 137/1.

<sup>15</sup> Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 262.

tanımlamaktayken<sup>16</sup>; bazı yazarlar hem hükmün dayanağı olan vakiya hem de atlama faaliyetine ilişkin olan konuları husus olarak tanımlamaktadır<sup>17</sup>. Bu değerlendirmelerden yola çıkılarak “*Gesichtspunkt*” kelimesinin kapsamının geniş anlaşıldığı belirtilmelidir. Husus ifadesi hem hukukî sebepleri hem de vakıaları kapsamaktadır<sup>18</sup>. Hukukî sebepler ile vakiya ilişkin hususlar pek çok yargılamada iç içe geçtiğinden çoğunlukla birlikte ele alınmaktadır<sup>19</sup>. *Gesichtspunkt* teriminden hareketle sürpriz kararın konusunu açıklamak ve yargılama hukukundaki görünümünü ifade etmek için “husus”, “vakia”, “hukukî sebep”, “bakış açısı” terimlerinin birlikte kullanılması gerekmiştir.

Bu çerçevede, çalışmanın birinci bölümünde, sürpriz karar verme yasağı kavramı ve amacı, Alman hukukundaki görüşlerle birlikte açıklanacaktır. Bir sonraki bölümde ise, öğretilerde sürpriz kararın etkisi gözetilerek, geniş anlamda ve dar anlamda sürpriz karar verme yasağı olmak üzere yapılan ayırım incelenecektir. Bu ayırım, sürpriz karar verme yasağının kişi bakımından kapsamının belirlenmesinde önemlidir. Sürpriz kararın konu bakımından kapsamına ise çalışmanın üçüncü bölümünde yer verilmiştir. Çalışmada, sürpriz kararının konusunu oluşturabilecek usul hukukuna ilişkin hususlar Alman Yüksek Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi kararlarından örneklerle açıklanacaktır.

## I. Sürpriz Karar Verme Yasağı Kavramı ve Amacı

### A. Genel olarak sürpriz karar verme yasağı kavramı

Sürpriz karar verme yasağının açıklanabilmesi için öncelikle sürpriz karar kavramını tanımlamak gerekir. Sürpriz kelimesi, Fransızca bir ad olup “beklenmeyen ve insanı şaşırtarak sevindiren ve üzen olay, beklenmedik olay, şaşırtı” olarak tanımlanmıştır<sup>20</sup>. Karar kelimesi, Arapça bir ad olup “bir iş ya da sorun hakkında düşünülerek verilen kesin yargı, ... tartışılarak verilen kesin yargı, hüküm ... bu yargıyı bildiren belge” olarak açıklanmaktadır<sup>21</sup>. Terim, Fransızca ve Arapça bir adın birleşmesi neticesinde oluşmuştur.

Sürpriz karar verme yasağı yeni bir kavram değildir. Alman Medenî Usûl Kanununda<sup>22</sup> (§ 139 dZPO) ve Avusturya Medenî Usûl Kanununda<sup>23</sup> (§ 182a öZPO) bu kavrama ilişkin açık düzenlemeler mevcuttur. Alman hukukunda, sürpriz karar verme yasağı dZPO’da düzenlenmeden önce yargı kararlarıyla varlığı

<sup>16</sup> Hanns Prütting – Markus Gehrlein, *ZPO Kommentar* (Köln: Luchterhand, 2010), § 531 (9).

<sup>17</sup> Wolfgang Krüger vd., *Münchener Kommentar zur ZPO* (München: C. H. Beck, 2022), § 531 (21).

<sup>18</sup> Krüger vd., *Münchener Kommentar zur ZPO*, § 139 (41); Hans – Joachim Musielak vd., *Zivilprozessordnung* (München: Franz Vahlen, 2023), ZPO § 139 (17).

<sup>19</sup> Rolf Stürner, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß* (Tübingen: J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], 1982), 65 (87); Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 56; Schumann, “Die absolute Pflicht zum richterlichen Hinweis (§ 139 Abs 2 ZPO)”, 182-183. Auernig, hukukî hususun evrensel ve geçerli bir tanımını yapmanın mümkün olmadığını ifade etmektedir: Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 235.

<sup>20</sup> Sevgi Özel vd., *Türkçe Sözlük* (Ankara: Dil Derneği, 2012), “Sürpriz”, 1471. Yılmaz, çalışmasında Amerika Birleşik Devletleri’nin yargılama hukukunda dava değiştirme yasağını anlatırken sürpriz teşkil eden değişikliklerle ilgili -kelimenin hukuk literatüründeki anlamının ortaya konması açısından- şu ifadelere yer vermiştir: “Eğer değiştirme istemi duruşmada yapılıyorsa, değişikliğin karşı taraf için özellikle bir sürpriz oluşturup oluşturmadığına bakılacaktır. Çünkü eğer karşı taraf umulmadık bir durum ile karşılaşır ve ona bu umulmadık durum karşısında tavır takınma olanağı verilmezse, karşı taraf, dilekçenin değiştirilmesinden büyük zarar görür ve bu hukuken kabul edilemez. Yapılmak istenen değişikliğin karşı taraf için bir sürpriz oluşturması, bu tür bir değişikliği karşı tarafın hiçbir şekilde beklemiyor, ummuyor olmasına bağlıdır.” Ejder Yılmaz, *Medenî Yargılama Hukukunda İslah* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 112.

<sup>21</sup> Özel vd., “Sürpriz”, 886.

<sup>22</sup> Sürpriz karar verme yasağı Alman Medenî Usûl Kanunu § 139/2’de düzenlenmiştir.

<sup>23</sup> Sürpriz karar verme yasağı Avusturya Medenî Usûl Kanunu § 182a’da düzenlenmiştir. Düzenleme şöyledir: “Mahkeme, tarafların maddî ve hukukî hususlardaki iddialarını [argümanlarını] onlarla müzakere eder. Yan talebe ilişkin olmayan hususlarda mahkeme, kararını taraflardan birinin gözden kaçırdığı açıkça anlaşılan veya önemsiz addettiği hukukî sebeplere [hususlara] dayandıracaksa, söz konusu hukukî sebepleri [hususları] taraflarla müzakere etmesi ve onlara beyanda bulunma imkânı tanınmış olmalıdır.” Çeviri için bkz. Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 11.

kabul edilmektedir<sup>24</sup>. Benzer bir durum, Avusturya hukuku bakımından da söz konusudur<sup>25</sup>. Zira, § 182a öZPO'daki düzenleme büyük ölçüde § 139 dZPO'dan alınmıştır. İsviçre Medenî Usûl Kanununda (sZPO) ise konuya dair düzenleme mevcut olmamasına rağmen yargı kararlarında sürpriz karar verme yasağına yer verilmiş, temel haklar ile yargılama güvenceleri ve ilkelerinden yola çıkılarak öğretici ve içtihatlarla bu yasağın geçerliliği kabul edilmiştir<sup>26</sup>.

Türk hukukunda sürpriz karar verme yasağına ilişkin farkındalık -yukarıda anılan ülkelere nazaran- geç ortaya çıkmıştır<sup>27</sup>. Yasak, öğretilerde belirli ölçüde izah edilmiş<sup>28</sup>, yargı kararlarına konu edilmesiyle birlikte uygulamada gelişim göstermiştir<sup>29</sup>. Türk hukukunda sürpriz karar verme yasağına ilişkin düzenleme -5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun<sup>30</sup> 226. maddesindeki düzenleme hariç tutulursa<sup>31</sup>- yoktur. Yasak, temel haklar, yargılama güvenceleri ve ilkeler nezdinde incelenmektedir. Hukukumuzda sürpriz karar verme yasağı, kimi yazarlar tarafından hukukî dinlenilme hakkının unsuru olarak<sup>32</sup> kimi yazarlar tarafından ise hâkimin davayı aydınlatma ödevinin<sup>33</sup> bir unsuru olarak kabul

<sup>24</sup> BGH, NJW 1976, s. 474; BVerfGE, 24.3.1976, 42, 64, §§ 9, 15 ve 18. Alman Anayasası m. 103/1'in sürpriz kararları düzenleme öncesinde de yasakladığına ilişkin bkz. Ekkehard Schumann, "Die absolute Pflicht zum richterlichen Hinweis (§ 139 Abs 2 ZPO)", *FS für Dieter Leibold* (2009), 183.

<sup>25</sup> OGH, 13.2.1969, 2 Ob 216/68 ([www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at)). Aynı yönde bkz. OGH, 4.11.1980, 4 Ob 599/79 ([www.360.lexisnexis.at](http://www.360.lexisnexis.at)); OGH, 2.5.1984, 1 Ob 544/84 ([www.360.lexisnexis.at](http://www.360.lexisnexis.at)); OGH, 28.4.1988, 7 Ob 519/88 ([www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at)). Ayrıca bkz. Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 11, dip. 30.

<sup>26</sup> M. Sarbach, *Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht*, 76; Roland Sarbach, *Das Verbot überraschender Rechtsanwendung im ordentlichen Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung* (Bern: Dike AG, 2017), 88, dip. 438-439.

<sup>27</sup> Sürpriz karar verme yasağı ilk defa 1959 tarihli Su Komisyonu Tasarısında düzenleme alanı bulmuştur. Tasarının 89/2 maddesinde sürpriz karar verme yasağına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Düzenleme şöyledir: "[Y]argıç re'sen nazara alınacak hukukî sebep ve dava şartları hakkında hazır bulunan taraflardan izahat almadıkça karar veremez." Tülay Özer, *HUMK'tan HMK'ya Medenî Usul Kanunu Tasarıları* (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, 2012), 387.

<sup>28</sup> Bkz. a.ş. 13-15.

<sup>29</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), K. 2012/796 (14 Kasım 2012); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi (9. HD), K. 2020/7547 (14 Eylül 2020).

<sup>30</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), Resmî Gazete 25673 (4 Aralık 2004), Kanun No. 5271.

<sup>31</sup> Sürpriz karar verme yasağı açısından doğrudan sayılabilecek düzenleme 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun ("CMK") suç niteliğinin değişmesi kenar başlıklı 226'ncı maddesinde yer almaktadır. Düzenlemeye göre, suçun hukukî niteliğinin değişmesinden önce sanığa haber verilmesi ve savunmasını yapacak hâlde bulundurulması gerekir. Aksi durumda iddianamede kanunî unsurları gösterilen suçun değiştiği hükümden başka bir hükme dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemez (CMK m.226/1). Ayrıca cezanın artırılmasını ya da cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâllerin duruşma sırasında ortaya çıkması durumunda da aynı hüküm uygulama alanı bulur (CMK m.226/2). Düzenleme suç teşkil eden bir eylemin iddianamedeki hukukî nitelendirmeden farklı bir hukukî nitelendirmeye tabi tutulacak olması durumunda mahkemeye işaret (haber verir) ve müzakere (açıklama imkânı tanır) ödevini yüklediğini göstermektedir. Burada kovuşturmanın sınırlarını ve yol haritasını iddianamenin belirlediğini ifade etmek gerekir (CMK m.170). Nitekim hüküm ancak iddianamede atıf yapılan suça ilişkin fiil ve suçun faili hakkında verilebilmektedir (CMK m.225/1). Diğer taraftan mahkeme fiilin nitelendirmesinde iddia ve savunmalarla bağlı olmamakla birlikte (CMK m.225/2) 226'ncı maddedeki düzenleme bundan kaynaklı riskleri bertaraf edebilir mahiyeti haizdir. Her ne kadar hukuk yargılamalarında fiili, faili ve nitelendirmeyi belirgin hâlde getiren iddianame tanzimi mahiyetinde bir soruşturma işlemi / usûl işlemi yok gibi görünse de ön inceleme aşamasının buna benzer şekilde ele alınabileceğini belirtmek isteriz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 226'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "yukarıdaki fıkralarda yazılı bildirimler [CMK m.226/1, 2 ve 3], varsa müdafie yapılır. Müdafii sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanır" hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, kararında, "ceza yargılamalarında sanığa yöneltilen suçlama ve bunun hukuki nitelendirmesiyle ilgili tam ve detaylı bilgi verilmesi[nin], yargılamanın bir bütün olarak adil olmasını garanti edecek önemli bir gereklilik" olduğunu ifade etmiştir. Kararın devamında -sürpriz karar verme yasağı ile bağlantılı addedilebilecek- şu ifadelerle yer verilerek söz konusu hüküm iptaline karar verilmiştir: "Bazı durumlarda iddia makamının isnada ilişkin hukuki değerlendirmesi, yargılamayı yapan mahkeme tarafından isabetli görülmeyebilir. Bunun yanı sıra iddia makamının da yargılama sürecinde kendi hukuki nitelendirmesini değiştirmesi söz konusu olabilir. Bu hâllerde isnadın niteliğinde değişiklik yapılması gündeme gelecektir. Yargılama sürecinde isnadın niteliğinin değiştiği durumlarda, sanığın yeni vasıflandırmaya göre savunmasını düzenleyebilmesi ve bu savunmasını mahkemeye sunabilmesi için nitelik değişikliğinin isnadı öğrenme hakkının bir gereği olarak sanığa bildirilmesi gerekir. Bu durum silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine uygun adil bir yargılamanın da gereğidir. Dolayısıyla isnadın niteliğinin değiştiği durumlarda sanığın isnadı öğrenme hakkından ve bununla bağlantılı olarak duruşmada hazır bulunma hakkı ile savunma hakkından yararlandırılması gerekmektedir." Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2024/57 (22 Şubat 2024) (60-61).

<sup>32</sup> Bkz. dip. 5.

<sup>33</sup> Alman hukukunda *Hinweis- und Erörterungspflicht* olarak ifade edilmektedir. Leo Rosenberg vd., *Zivilprozessrecht* (München: C.H. Beck, 2010) § 77 (16). Türk hukukunda ise "aydınlatma ödevi" olarak ifade edilse de kavramın birden çok kelimeyle ifade edildiği belirtilmiştir. Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 5.

edilmektedir<sup>34</sup>. Sürpriz karar verme yasağı bunların haricinde hukukî güvenlik ilkesiyle, tasarruf ilkesiyle, taraflarca getirilme ilkesiyle ve hâkimin hukuku re'sen uygulamasıyla bağlantılıdır.

Hukukî güvenlik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin<sup>35</sup> ve âdil yargılanma hakkının<sup>36</sup> alt ilkelerindedir. Bu ilke, belirlilik ilkesi, öngörülebilirlik ilkesi ve istikrar unsurlarından oluşur<sup>37</sup> ve bu ilkeyle hukukî güvenliğin sağlanması amaçlanır. Hukukî güvenlik ilkesi, kazanılmış hakların korunmasını, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireyin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duymasını ve devletin de yasal düzenlemelerini bu güvene uygun şekilde yapmasını kapsar<sup>38</sup>. Meriç'e göre hukukî güvenlik ilkesi "vatandaşın kanun, hâkim ve idarenin sürprizlerinden korunmasına hizmet etmektedir."<sup>39</sup> Bu doğrultuda, mahkeme kararlarının sürprize açık olmaması gerekir<sup>40</sup>. Farklı yönde ve çelişki oluşturan mahkeme kararlarının süreklilik arz etmesi toplumun yargı sitemine olan güvenini azaltır ve hukukî belirsizlik yaratır<sup>41</sup>.

Hukukî güvenlik ilkesinin unsuru olan belirlilik ilkesi, vakiya uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi ve bu aşamada belirlenen kuralın uygulama sınırlarının tespiti ile -gerekirse yorum yöntemleri vasıtasıyla- bu sınırların ne şekilde anlaşıldığının belirlenmesini içerir. Bu unsur açısından hukukî güvenlik ilkesi, sürpriz karar verme yasağı ile doğrudan bağlantılıdır. Hâkimin bir hukukî sebebi ya da vakiyayı iki taraftan farklı değerlendirmesi hâli belirlilik ilkesinin ihlâlinin bir görünümüdür. Yine hâkimin önceki içtihadlardan<sup>42</sup> ayrılarak gerekçe bildirmeksizin farklı yönde bir karar vermesi de bu unsurun ihlâline sebebiyet verir<sup>43</sup>. Hukukî güvenlik ilkesinin bir diğer unsuru olan öngörülebilirlik ilkesine göre, davacı, iddiasını mahkeme nezdinde ileri sürmeden önce yargılamanın seyrini ve muhtemel sonucunu belirli kesinlik derecesinde öngörebilmelidir<sup>44</sup>. Hukukî güvenlik ilkesi, sürpriz karar vermeyi yasaklayarak ve ispat hakkını temin ederek öngörülebilirliği sağlar<sup>45</sup>. Öngörülebilirlik ilkesi kapsamında hâkimin takdir yetkisini ne şekilde kullandığını ve kuralı vakiya ne şekilde uyguladığını taraflara yansıtması da sürpriz karar verme yasağı ile bağlantılıdır. Belirlilik ve öngörülebilirlik, bilhassa, benzer vakıaların aynı hukukî sebeplere dayanarak yeknesak bir biçimde değerlendirilmesini konu alır. Değerlendirme mahkemeden mahkemeye değişiklik göstermemelidir. Hukukî güvenlik ilkesi bağlamında ele alınması gereken son unsur, istikrardır. Hukukî istikrar, hukuk

<sup>34</sup> Bkz. dip. 4.

<sup>35</sup> Esra Atalay, "Yargısal Temel Haklar", Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1997) 444-445; Pekcanitez vd., *Medenî Usûl Hukuku*, 2151-2152. Hukukî güvenlik ilkesinin hukuk devleti ilkesinin ön koşulu olduğu hususunda bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2013/65 (22 Mayıs 2013).

<sup>36</sup> Hukukî güvenlik ilkesi, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının içinde zımnen mevcut bir ilkedir. Bir kanuni düzenlemenin bireylerin davranışını ona göre düzenleyebilecek kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde hukuki yardım almak suretiyle, bu kanunun düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir. Öngörülebilirliğin mutlak bir ölçüde olması gerekmez. Kanunun açıklığı arzu edilir bir durum olmakla birlikte bazen aşırı katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yoruma açık formüllerdir." Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2013/3063 (26 Haziran 2014) (41).

<sup>37</sup> Nedim Meriç, "Medenî Usûl Hukuku Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi (Yargılamanın Hukukî Güvenilirliği)", Anayasa – Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku İlişkisi, XVIII. Antalya Toplantısı, *Türk Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Birliği* (Ankara: Adalet Bakanlığı 2023), 32-40.

<sup>38</sup> Mesut Köksoy, *İcra Hukukunda Güvenlik İlkesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018) 23-24; Meriç, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi (Yargılamanın Hukukî Güvenilirliği)*, 31.

<sup>39</sup> Meriç, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi (Yargılamanın Hukukî Güvenilirliği)*, 31.

<sup>40</sup> İbrahim Ermenek, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar", *Medenî Usûl ve İcra – İflas Hukuku Dergisi* 9/26 (2013), 44-45; İbrahim Ermenek, *Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014) 42.

<sup>41</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), K. 13279/05 (20 Ekim 2011) (57); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) K. 582/05 (9 Şubat 2016) (52/e, f).

<sup>42</sup> Alman Yüksek Mahkemesine (BGH) göre bir davada kamunun soyut çıkarını etkileyen bir hukuk sorunu hukukun yeknesak bir biçimde geliştirilmesini ve uygulanmasını sağlayacak şekilde karara bağlanacak ise bu hüküm içtihat olarak değerlendirilebilecek nitelikte addedilebilir. BGH, NJW 2002, s. 2957; BGH, NJW 2003, s. 1944.

<sup>43</sup> Meriç, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi (Yargılamanın Hukukî Güvenilirliği)*, 34.

<sup>44</sup> Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 16; Halil Akkanat, *Medenî Hukukun Uygulanmasında Yöntem* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024) 161 (314).

<sup>45</sup> Pinar Çiftçi, *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 305.

kurallarının ve yargı mercileri tarafından verilen kararların devamlılık arz etmesi şeklinde ifade edilmektedir<sup>46</sup>. İlk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesinin kararlarında Yargıtay içtihatlarının dikkate alınmaması<sup>47</sup> ve içtihat değişiklikleri hukukî güvenliği zedeleyerek<sup>48</sup> sürpriz kararlara mahal verebilecektir<sup>49</sup>.

Tasarruf ilkesi, kişinin ihlâl edildiğini düşündüğü bir hakkı mahkeme nezdinde ileri sürüp sürmeyeceğini, kime karşı ve ne zaman ileri süreceğini, bu iddiasını ne kadar süre sürdüreceğini ve vazgeçip geçmeyeceğini kendisinin belirlemesidir<sup>50</sup>. Bu haliyle tasarruf ilkesi<sup>51</sup>, yargılamaya ilişkin sürecin başlaması, devamı, neticelenmesi ve konusu hakkında özgürce karar verebilecek konumdaki iki kişinin karşı karşıya olduğu fikrini esas alır<sup>52</sup>. Tasarruf ilkesi, davanın açılmasını, davanın konusunun belirlenmesini, hüküm verilene değin davanın sonlandırılabilmesini (davanın geri alınması, davadan feragat edilmesi, davanın kabul edilmesi ve tarafların sulh olmaları) ve kanun yoluna başvurulması konusundaki muhtariyeti kapsar<sup>53</sup>. Bu ilkeyle bağlantılı olarak taraflarca getirilme ilkesi, dava malzemesinin konuyu en iyi bilen taraflarca getirilmesidir (HMK m.25)<sup>54</sup>. Bu ilke hukukî dinlenilme hakkı ile birbirini tamamlar mahiyeti haizdir. Taraflarca getirilenlerin hâkim tarafından dikkate alınması ve taraflara bunlarla ilgili açıklama hakkı tanınması zaruridir<sup>55</sup>. Taraflarca getirilme ilkesinin kapsamını uyuşmazlığa ilişkin vakıaların ve bu vakıaları ispatlamaya yarar delillerin mahkemeye getirilmesi oluşturur<sup>56</sup>.

Tasarruf ilkesi, sürpriz kararın var olabileceği ihtimalini ortaya çıkartan başat bir ilkedir. Dava açılması ile sürpriz kararın var olabileceği ihtimali ortaya çıkmaktadır. Yine dava konusu üzerindeki tasarruflar sürpriz karara geniş bir çerçeve çizmektedir. *Aydemir*, tasarruf ilkesi çerçevesinde, tarafın hukuk bilgisinin yetersizliği sebebiyle ya da başkaca bir sebeple yanlış hukuk kuralının uygulanmasını istemeleri hâlinde hâkimin uygulanması gereken hukuk kuralını tespit ederek tarafların bilgisine

<sup>46</sup> Meriç, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi (Yargılamanın Hukukî Güvenilirliği)*, 36. Kuralların yüksek mahkemeler tarafından tutarlı bir şekilde uygulanması gerektiği hususunda bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) K. 21911/03 (24 Mart 2009) (29-30).

<sup>47</sup> Volf Çernis, *Tatbikattan Çizgiler* (İstanbul: Sermet Matbaası, 1962), 15-16.

<sup>48</sup> Hukukî güvenlik ve ona dayanan güvenin korunması ilkeleri yüksek mahkeme kararlarının geçmişe etkili olarak değiştirilmesi, yüksek mahkemelerin kendi kararlarıyla bağlı olmaları ve içtihatların değişmesi açısından da ele alınmakta ise de bu durumlarda mahkemenin taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmadığı, mahkemenin objektif üçüncü kişi durumunda olduğu, mahkeme içtihatlarının değişmesinin güven ilkesinin etkili olduğu vatandaş- devlet ilişkisi açısından değil, -maddi hukuk ilişkisinin etkili olduğu- vatandaş - vatandaş ilişkisi ile bağlantılı olduğu ifade edilmektedir. Murat Atalı, *Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014), 83, dip. 224-225.

<sup>49</sup> Meriç, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi (Yargılamanın Hukukî Güvenilirliği)*, 36; Yılmaz, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, 19.

<sup>50</sup> Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2001) 94; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 128 (161); İlhan E. Postacıoğlu – Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015) 156 vd.; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017) 621; Pekcanitez vd., *Medenî Usûl Hukuku*, 783-784.

<sup>51</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Nedim Meriç, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 19 vd.; Wolfram Henckel, *Prozeßrecht und materielles Recht* (Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1970), 118 vd.

<sup>52</sup> Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 266; Wolfgang Grunsky ve Fritz Baur, *Zivilprozessrecht* (Bielefeld: Luchterhand, 2003), 24 (36); Pekcanitez vd., *Medenî Usûl Hukuku*, 784.

<sup>53</sup> Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, 94; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (İstanbul: Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, 2001), 1917; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 296-297; L. Şanal Görgün, *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 336; Pekcanitez vd., *Medenî Usûl Hukuku*, 784.

<sup>54</sup> Nedim Meriç, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/Özel Sayı (2009), 380; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 128 (175); Grunsky - Baur, *Zivilprozessrecht*, 27 (40). "6100 sayılı Kanun'un 25. maddesinde yer alan taraflarca getirilme ilkesi gereği hâkim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz. Bu ilkenin anlamı, hükme esas teşkil edecek vakıaların ve delillerin oluşturduğu dava malzemesinin toplanması yetkisinin hâkime değil, taraflara ait olduğudur. Bu ilke uyarınca hâkim, taraflarca getirilen dava malzemesini, 'getirildikleri şekilde' hükme esas almakla yükümlüdür." Anayasa Mahkemesi (AYM) K. 2013/1436 (6 Mart 2014) (39).

<sup>55</sup> Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, 5 (13).

<sup>56</sup> Volkan Özçelik, *Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020) 121; Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, 95-98.



sunması ve taraflara açıklama imkânı tanınması koşuluyla tespit ettiği hukuk kuralını uygulayabileceğini ifade etmiştir<sup>57</sup>. *Karaaslan* ise, uyuşmazlığın esastan çözümü için talep sonucunun değiştirilmesi gerektiği durumlarda hâkime, karşı tarafın izni aranmaksızın dava değişikliği yapabileme yetkisi tanınması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür<sup>58</sup>. Bu gibi bir durumda ilgili tarafın uygulanacak kuralı bilmesi ve kural ile ilgili açıklama yapabilmesi gerekir. Aksi hâlde verilen karar taraf ve / veya taraflar için sürpriz karar niteliğinde olur. Sürpriz karar verme yasağı kapsamında hâkimin taraflara hukukî sebeplerle ya da vakıalarla ilgili açıklama yapma imkânı tanınması tasarruf ilkesine müdahale teşkil etmez. Hâkim, kendi iradesini tarafların iradesi yerine koymadığı müddetçe hâkim tarafından yerine getirilen ödev ve işlemler, tasarruf ilkesini ihlâl etmeyecektir. Bununla birlikte taraflarca getirilme ilkesi bakımından -aşağıda- varılan sonuçlara bu ilke bakımından da varılması mümkündür<sup>59</sup>. Hâkim, taraflarca getirilme ilkesi çerçevesinde kararını taraflarca getirilen vakıalara dayandırabilir<sup>60</sup>. Tarafların yargılamanın efendileri olduğunun kabulü ile sürpriz karar verme yasağı ve taraflarca getirilme ilkesi arasında, *prima facie* (ilk bakışta), bir bağlantının bulunduğu söylenemeyebilir<sup>61</sup>. Taraflarca getirilme ilkesiyle sürpriz karar verme yasağı arasındaki ilişkiyi hâkimin yargılamadaki rolü belirleyecektir. Hâkim, bir nevi hakem konumunda -pasif konumda- ise sürpriz karara konu olabilecek her türlü hususa yönelik yürütülecek faaliyet, bu ilkeyle çatışma hâlinde olacaktır. Aksi durumda hâkim, yargılamada aktif bir rol üstleneceğinden sürpriz karara konu olabilecek hukukî sebeplere ya da vakıalara yönelik bunlarla ilgili tarafların farkındalıklarının temini için gereken işlemleri tesis edecek, ödevleri yerine getirecektir<sup>62</sup>. Sürpriz karar verme yasağı hakkaniyete uygun bir yargılama neticesinde âdil bir sonuca varılmasını hedefler. Tasarruf ilkesi ile taraflarca getirilme ilkesinin uygulama sınırları, bu hedef gözetilerek belirlenmelidir<sup>63</sup>.

Kanaatimizce, taraflarca getirilme ilkesi, sürpriz karara konu olabilecek hususların tespitinin kolay hâle gelmesini ya da zorlaşmasını sağlar. Tarafların getirdikleri vakıalar ve deliller, uygulanacak hukuk normunun belirlenmesinden tarafların uyuşmazlığa yaklaşımına kadar yargılamanın her aşamasında belirleyici etki gösterir. Diğer taraftan öğretilerde, sürpriz karar verme yasağının kanun metinlerine dahil edilmesindeki temel nedenin taraflarca getirilme ilkesinin yetersizliği<sup>64</sup> ile gerçeğin ortaya çıkartılabilmesinin sağlanması olduğu ifade edilmiştir<sup>65</sup>. Gerek tasarruf ilkesi gerekse de taraflarca getirilme ilkesi sürpriz karar verme yasağı çerçevesinde değerlendirilir ise, bu ilkelerin sürpriz karar verme yasağını dışlayan değil, tamamlayan ve uygulama sınırlarını belirginleştiren bir yapıya sahip oldukları sonucuna varılabilir<sup>66</sup>.

<sup>57</sup> Aydemir, *Taleple Bağlılık ve Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkelerinin Birlikte Uygulanışında Davayı Aydınlatma Ödevinin Önemi*, 17.

<sup>58</sup> Karaaslan, *Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 161-162. Aynı yönde bkz. Ozan Tok, "Manevi Tazminat Talebi ve Davasının Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/2, 17-18.

<sup>59</sup> Erwin Nowak, *Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit* (Bochum: Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, 1991), 25.

<sup>60</sup> İlhan E. Postacıoğlu – Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 159 vd.; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 1919; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, 297-298; Görgün, *Medenî Usûl Hukuku*, 338; Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 625.

<sup>61</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 6-7.

<sup>62</sup> Nowak, *Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit*, 24; Kuru, *Hukuku Muhakemeleri Usulü*, 1920; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, 298. Hâkimin taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalara nazaran daha pasif konumda olduğu hususunda bkz. Pekcanitez vd., *Medenî Usûl Hukuku*, 796.

<sup>63</sup> Egbert Peters, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß* (Tübingen: J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], 1983), 107.

<sup>64</sup> Aksi yönde bkz. Taşpınar, medeni yargılamanın hakların en iyi şekilde yerine getirilmesi amacı çerçevesinde sadece biçimsel eşitliği hedeflemediğini, iddia ve savunma hakkının kullanılmasını ve adil yahut doğru yargılama yapılmasının gerçek eşitliği sağlamaya yönelik olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre hakların gerçekleştirilmesi yahut korunması tarafsız ve bağımsız bir yargı örgütüne yerine getirilecektir. Bu kapsamda dava malzemesinin toplanması ya da delillerin getirilmesi gibi yargılamaya yön verecek konularda taraf etkinliğinin kabul edilmesi yerindedir. Taraflar arasındaki ilişki açısından -yabancı- üçüncü kişi olarak addedilecek hâkimin yetkilerinin artırılması suretiyle taraf ilişkisine müdahale edilmesi doğru olmayacaktır. Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, 106.

<sup>65</sup> Ermenek, *Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, 148-149.

<sup>66</sup> Grunsky - Baur, *Zivilprozessrecht*, 29-30 (42); Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 1919; Pekcanitez, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, 758.

Yukarıda sayılan ilkelerin yanı sıra sürpriz karar verme yasağı açısından hâkimin hukuku re'sen uygulamasının da ele alınması gerekir. Hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi, tarafların ileri sürdüğü vakıalar çerçevesinde hâkimin uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralını araştırarak belirlemesi hususunda özerkliğe sahip olmasıdır<sup>67</sup>. Hukukun re'sen uygulanması, hukukun uygulanmasına ilişkin sorumluluğun taraflara değil, hâkime ait olduğunu ortaya koyar. Hukukun re'sen uygulanması, tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesi dikkate alındığında, taraflar ile hâkim arasındaki iş bölümünde hâkimin üzerine düşen kısmı ifade eder<sup>68</sup>. Bu ilke (i) hâkimin hukuku kendi inisiyatifıyla ve taraflarca ileri sürülmesinden bağımsız olarak tespit edip uygulaması gerektiğini, (ii) tarafların -kural olarak- tek taraflı ya da anlaşma marifetiyle vakıaların hukukî değerlendirmesini değiştiremeyeceklerini ve (iii) tarafların mer'i hukuk bilgisinden muaf oldukları sonuçlarının çıkartılmasını sağlamaktadır<sup>69</sup>. Hukukun re'sen uygulanması ilkesi taraflarca beklenmeyen bir hukuk normunun uyuşmazlığa tatbik edilmesi sonucunu doğurabilecektir<sup>70</sup>. Böyle bir sonuç taraflar açısından -taraflar öncesinde bilgilendirilmedilerse ve beyanda bulunma imkânı tanınmadıysa- sürpriz olacaktır<sup>71</sup>. Sürpriz karar verme yasağı çerçevesinde hâkimin tarafların hukukî değerlendirmelerini dikkatle incelemesi, eksik ya da yanlış değerlendirildiğini düşündüğü bir husus var ise açıklaması ve taraflara da konu ile ilgili açıklama imkânı tanınması, hâkimin taraflardan farklı bir hukukî sebebe dayanacak olması durumunda tarafları, konu ile ilgili bilgilendirmesi ve açıklama yapmalarına imkân tanınması beklenmektedir<sup>72</sup>. Aksi durum mahkeme tarafından verilen kararın sürpriz karar olarak nitelendirilmesine yol açabilecektir<sup>73</sup>. Nihayetinde hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi, mahkemenin tarafların hukukî bakış açılarıyla ve argümanlarıyla bağlı olmaksızın kanunun uygulamasında serbestçe hareket etme hakkına işaret etmekte, mahkemenin kanunu bilme ve re'sen araştırma ödevi olduğunu ortaya koymaktadır. Bu hak ve ödev, tarafların, hukukî bakış açılarını ve argümanlarını sunmalarını yasaklamamaktadır. Tarafların uyuşmazlığa ilişkin hukukî bakış açılarını sunmaları hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesini daraltmamakta ya da engellememektedir. Aksine, hâkimin uygulanacak hukuk kuralını tespit edebilmesinde yapıcı bir katkı sunmaktadır. Hâkim tarafların ileri sürdükleri hukukî sebeplerle bağlı olmamakla birlikte hukuku re'sen uygulaması ilkesi çerçevesinde uyuşmazlığı olası tüm hukukî bakış açılarını dikkate alarak değerlendirmelidir. Bu değerlendirme -öncesinde de belirtildiği üzere- sürpriz karara yol açabilecek mahiyeti haizdir<sup>74</sup>. *Postacıoğlu*, bir tarafın ileri sürdüğü vakıalara açıkça veya örtülü olarak uygulanmasını talep ettiği hukukî sebeplerin re'sen dikkate alınabileceğini, ancak örtülü olarak dahi ileri sürülmeyen yahut tarafça inkâr edilen vakıaya uygulanabilecek hukukî sebebin tatbikinin sürpriz karar teşkil edeceğini ifade etmiştir. Bu düşünce aynı zamanda hâkimin hukuku re'sen uygulaması yönündeki yetkisine getirilen bir sınırdır<sup>75</sup>. Hâkim hukukî sebebi re'sen belirlese dahi

<sup>67</sup> Arwed Blomeyer, *Zivilprozeßrecht – Erkenntnisverfahren* (Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1985), 117-118; Yavuz Alangoya, *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979) 96, dip. 6; Bolayır, *Medenî Usul Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi*, 14; Cenk Akil, "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57/3 (2008), 3 vd. Postacıoğlu – Altay, *Medenî Usul Hukuku Dersleri*, 179 vd.; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 1926-1927; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, 305-306; Görgün, *Medenî Usul Hukuku*, 345; Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 902 vd

<sup>68</sup> Sarbach, *Das Verbot überraschender Rechtsanwendung im ordentlichen Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 32 (92); Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 95.

<sup>69</sup> Isaak Meier, *Iura novit curia* (Zürich: 1975), 3.

<sup>70</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 7.

<sup>71</sup> Sarbach, *Das Verbot überraschender Rechtsanwendung im ordentlichen Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 42 (118-120).

<sup>72</sup> Bolayır, *Medenî Usul Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi*, 109. Açıklama hakkının Fransız hukukundaki görünümü için bkz. Bolayır, *Medenî Usul Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi*, 115-117.

<sup>73</sup> Atalı, *Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı*, 147.

<sup>74</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 11.

<sup>75</sup> İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Vârisleri Koll. Şti., 1975), 240; Bolayır, *Medenî Usul Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi*, 113.

sürpriz karar vermemek adına gerektiğinde tespit ettiği ve yeni olarak kabul edilebilecek hukukî sebebi taraflarla tartışmalıdır<sup>76</sup>.

Türk hukukunda sürpriz karar kavramına 2011 yılında yürürlüğe giren HMK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'nun "hukukî dinlenilme hakkı" kenar başlıklı 32'nci maddesinin<sup>77</sup> (şimdi HMK m. 27) gerekçesinde yer verilmiştir<sup>78</sup>.

Umar, sürpriz karar verme yasağının Türk hukuk öğretisinde ilk defa *Postacıoğlu* tarafından ortaya konduğunu ifade etmiştir<sup>79</sup>. *Postacıoğlu*, 1975 tarihli eserinde, vakılarda bir değişiklik olmaksızın hâkimin vakıalara uygulamaya düşündüğü hukukî sebebin farklılaşması durumunda -bu hâlde önceki hukukî sebebin taraflarca bilebilir olması gerekir- geç de olsa belirtilmesi ve diğer tarafa açıklama imkânı tanınması gerektiğini, aksi hâlde yeni bir hukukî sebebin vakıaya uygulanamayacağını ifade etmiştir<sup>80</sup>.

Özekes<sup>81</sup>, sürpriz kararı "yargılamanın adil ve hakkaniyete uygun şekilde yürütülmesi durumunda tarafların öngöremedikleri bir kararlar karşılığın olarak" ifade etmek suretiyle şöyle tanımlamıştır: "Sürpriz karar, eksik veya yanlış yapılan bir yargılama ile yargılamayla ilgili tüm veya bazı kişileri hayrete düşürecek, umulmadık, sürpriz bir kararın verilmesidir. Sürpriz karar, ilgilinin yargılamanın o ana kadarki seyrine göre, haklı olarak beklemediği, umulmadık bir kararlar karşılığınasıdır". Yazar'a göre, tarafların iddia ve savunmalarına dayanak teşkil eden hukukî sebepleri ortaya koyarak tartışmaları, hâkimin bunları tartışarak değerlendirmesi ve eksik ya da yanlış olan hukukî sebepleri tamamlamak suretiyle karar vermesi beklenmektedir. Kararın yargılama içerisinde tartışılmış ve değerlendirilmiş bir ihtimale dayanmaması hâli sürpriz karar olarak addedilmelidir<sup>82</sup>.

Karaaslan'a<sup>83</sup> göre, davayı belirli hukukî sebep ya da sebepler çerçevesinde yürüten, topladığı delillerle ya da tutumuyla yahut ara kararları ile belirli hukukî sebeplere ağırlık verdiği anlaşılan hâkimin, tarafları önceden uyarmak suretiyle onlara açıklama hakkı tanımaksızın başkaca bir hukukî sebebe dayalı olarak karar vermesi sürpriz karar olarak kabul edilmelidir. Yine mahkemenin -gerekçesini

<sup>76</sup> Pekcanitez vd., *Medenî Usûl Hukuku*, 1430.

<sup>77</sup> HMK m. 27'ye karşılık gelmektedir.

<sup>78</sup> Gerekçenin ilgili kısmı şöyledir: "Yargı organları, her iki tarafın iddia ve savunmaları ile delillerini değerlendirip, hangi maddi ve hukukî sebeplerle karar verdiklerini gerekçelerine yansıtımlıdır. Ortaya çıkacak karar, hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlarla tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Bu durum 'sürpriz karar yasağı' olarak da ifade edilmektedir." Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/1574)* (Ankara: TBMM, 2008), 18-19. Sürpriz karar verme yasağı, ilk defa 1959 tarihli Su Komisyonu Tasarısında düzenleme alanı bulmuştur. Tasarının 89/2 maddesinde sürpriz karar verme yasağına ilişkin şu düzenlemeye yer verilmiştir: "Yargıç re'sen nazara alınacak hukukî sebep ve dava şartları hakkında hazır bulunan taraflardan izahat almadıkça karar veremez." Özer, *HUMK'tan HMK'ya Medenî Usul Kanunu Tasarıları*, 387.

<sup>79</sup> Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 153.

<sup>80</sup> Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 435. Ayrıca bkz. Alangoya, sürpriz karar verme yasağını 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 75'inci maddesi kapsamında ele almaktadır. Alangoya, *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, 97, dip. 6. Üstündağ, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 73'üncü maddesindeki "kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hakim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikan davet etmedikçe hükmünü veremez" hükmü çerçevesinde sürpriz karar verme yasağını ele almıştır. Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000), 261.

<sup>81</sup> Özekes, *Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, 185. Benzer yönde bkz. Pekcanitez, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, 787-788; Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 128; Görgün, *Medenî Usul Hukuku*, 351.

<sup>82</sup> Özekes, *Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, 188; Karaaslan, *Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 253.

<sup>83</sup> Karaaslan, *Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 253-254. Benzer yönde bkz. Boran Güneysu, *Medenî Usul Hukukunda Karar*, 47-48; Ejder Yılmaz, "Hukukî Dinlenilme Hakkı", *Tahkimde Hukukî Dinlenilme Hakkı*, ed. Ziya Akıncı - Yasin Ekmen (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 18-19; Berk Demirkol, "Karşılaştırmalı Hukukta Hakem Kararlarının Tenfizinde Hukukî Dinlenilme Hakkı", *Tahkimde Hukukî Dinlenilme Hakkı*, ed. Ziya Akıncı - Yasin Ekmen (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 194; Tuna Acar, *Türk ve Mukayeseli Medenî Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 79-80.

açıklamaksızın ve taraflara açıklama yapma imkânı vermeksizin- içtihadından dönmesi de bu kapsamda değerlendirilir.

Alman usûl hukuku öğretisinde sürpriz karar tanımı farklı şekillerde yapılmıştır. *Helbig*<sup>84</sup>, mahkemenin § 139 dZPO'da belirtilen bir "husus"la (*Gesichtspunkt*) ilgili bakış açısını önceden taraflara iletmiş olmasına karşın sonrasında bu görüşünü değiştirmek istemesi durumunda tarafları bilgilendirmesi gerektiğini, yine mahkemenin müstakar içtihadından sapmak istemesi hâlinde tarafları bilgilendirmesi gerektiğini ve bir uyuşmazlıkta öğretiye ya da içtihatlarla konu olmamış bir bakış açısını dikkate alacak olması durumunda mahkemenin tarafları bilgilendirmesi gerektiğini ifade ederek aksi tutumun sürpriz karar verme yasağını ihlâl edeceğini belirtilmiştir. *Auernig*'e<sup>85</sup> göre sürpriz karar, basit ifadesiyle, bir mahkemenin kararını taraflardan birinin ya da her ikisinin de beklemediği hukukî sebeplere dayandırmasıdır. *Kilimann*<sup>86</sup>, mahkemenin önceden müzakere edilmemiş<sup>87</sup> hukukî sebebi ya da vakıyayı kararının temeli hâline getirmesi ve böylelikle uyuşmazlığa -önceki seyrine nazaran- farklı bir yön vermesi durumunda ortaya çıkan kararın sürpriz karar olacağını ifade etmektedir.

Alman hukukunda sürpriz karar verme yasağının hukuki dayanağı tartışmalıdır ve buna dair Öğretide üç temel dayanak ileri sürülmüştür Birincisi, maddî dava yönetimine ilişkin § 139 dZPO düzenlemesidir. İkincisi, Alman Anayasasının hukukî dinlenilme hakkına ilişkin (*Grundgesetz*, "GG") 103. maddesidir<sup>88</sup>. Üçüncüsü ise, bu yasağın *nobile officium*<sup>89</sup> kaynaklı olduğu düşüncesidir<sup>90</sup>.

Yukarıda belirtildiği gibi, sürpriz karar verme yasağının varlığı -Alman hukukunda, § 139 dZPO'nun yürürlüğe girmesinden önce de- yargı kararlarında kabul edilmekteydi<sup>91</sup>. Alman Federal Yüksek Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*, "BGH"), GG'nin yürürlüğe girmesinden (23.5.1949) bu yana yasağın bulunduğunu, yasağa aykırı kararların, medenî usûl hukukunun genel ilkeleri ile hâkimin davayı aydınlatma ödevine (*Hinweis- und Aufklärungspflicht des Richters*<sup>92</sup>) aykırı olduğunu ifade etmiştir<sup>93</sup>. BVerfG'nin de aynı yönde kararları mevcuttur<sup>94</sup>. Hâliyle, sürpriz karar verme yasağına ilişkin 1976 yılında getirilen düzenleme durumu açıklığa kavuşturur niteliktedir<sup>95</sup>.

Sürpriz karar verme yasağı, ilk olarak, 3 Haziran 1976'da Yedinci Alman Federal Meclisi'nin (*Deutschen Bundestag*) kabul ettiği Yargılama Usûlünün Basitleştirilmesine ve Hızlandırılmasına İlişkin Kanun (*Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren*) ile Alman Medenî Usûl Kanununun "ana celse" (*Hauptverhandlung*) kenar başlıklı § 278 dZPO düzenlemesinde öngörülmüştür<sup>96</sup>: "Mahkeme, kararını, taraflardan birinin gözden kaçırdığı açıkça anlaşılan veya önemsiz

<sup>84</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 122.

<sup>85</sup> Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 103.

<sup>86</sup> Dag Weyland - Ralf Kilimann, *Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO* (München: Franz Vahlen, 2024), BRAO § 112e (53).

<sup>87</sup> Müzakere kapsamında mahkeme vakıaların ve uyuşmazlığın hukukî yönlerine ilişkin görüşlerini yansıtan açıklamalar yapılmalıdır. BGH, NJW 1980, s. 1794.

<sup>88</sup> Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 119.

<sup>89</sup>Örücü'ye göre "noble office" ya da "nobile officium" mahkemenin davalarda karar verirken saklı tuttuğu "nasafet yetkisi" olarak tanımlanabilir. Esin Örücü, "Karşılaştırmalı Hukukçu Gözüyle İskoç Hukuk Sistemi", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18 (1990), 74.

<sup>90</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 4.

<sup>91</sup> BGH NJW 1980, s. 1795.

<sup>92</sup> Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 5.

<sup>93</sup> BGH, NJW 1976, 474.

<sup>94</sup> BVerfG, 42, 64. Alman Anayasasının 103'üncü maddesinin birinci fıkrasının bu tür kararları düzenleme öncesinde de yasakladığına ilişkin kararlar için bkz. Schumann, "Die absolute Pflicht zum richterlichen Hinweis (§ 139 Abs 2 ZPO)", 183, dip. 54.

<sup>95</sup> Stürner, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*, 62 (82); Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 50.

<sup>96</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 1; Stürner, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*, 4 (4); Peters, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*, 74; Blomeyer, *Zivilprozeßrecht – Erkenntnisverfahren*, 114; Nowak, *Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit*, 7. Düzenlemenin konumu itibarıyla işaret

*addettiği [hukukî] bir hususa dayandıracaksa, o husus sadece bir yan talebe ilişkin olmadıkça, bu hususta taraflara beyanda bulunma imkânı vermelidir*<sup>97</sup>.” Alman Medenî Usûl Kanununun § 278/3’ün yasalaşmasındaki itici güç, Prof. Dr. Rolf Bender olmuştur. Bender, sürpriz kararları “yargı sisteminin kanseri (*Krebsschaden unserer Justiz*)” olarak nitelendirmiş ve norm ile yasaklanması gerektiğini ifade etmiştir<sup>98</sup>. Bu düzenleme yargısal faaliyetlerin geliştirilmesi yolunda bir kilometre taşı olarak nitelendirilmiştir<sup>99</sup>. Hâkimin ilgili hukukî hususları, taraflara işaret edip etmemesi gerektiği yönündeki tartışma, taraflar lehine çözüme kavuşturulmuştur<sup>100</sup>. Bu düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle birlikte, tarafları ileri sürdükleri vakıaları değiştirmeye ya da tamamlamaya sevk edip etmeyeceğine bakılmaksızın, sürpriz karar yasağına konu olabilecek hukukî sebepler, hâkim tarafından taraflara işaret edilmeli ve tarafların açıklama yapmalarına imkân tanınmalıdır.

Medenî Usûl Reform Kanunu ile 27.7.2001 tarihinde Alman Medenî Usûl Kanununda önemli değişiklikler yapılmıştır. İlk derecedeki yargılamanın düzenlenmesi ve güçlendirilmesi amacı çerçevesinde hâkimin işaret etme ödevi yeniden düzenlenmiştir. Hâkimin davayı maddî anlamda sevk yetkisinin (*materielle Prozessleitung*) bir görünümü/unsuru olarak kabul edilen işaret etme ödevini de (*Hinweispflicht*) kapsayan sürpriz karar verme yasağı, § 278/3 dZPO’dan alınarak § 139 dZPO’ya<sup>101</sup> yerleştirilmiştir. Bu değişiklik, sürpriz karar yasağının yargılamanın tamamı için geçerli olduğu düşüncesini hâkim kılmıştır<sup>102</sup>. § 139/4 dZPO ile işaret etme ödevinin daha erken yerine getirilmesi<sup>103</sup> ve tutanağa geçirilmesi gerektiği kararlaştırılmıştır<sup>104</sup>. Düzenlemenin yürürlüğe girmesini takiben öngörülen ödevlerin -geçmişte ileri sürüldüğü gibi- yargılamayı uzatacağı yönünde itirazlar ileri sürülmüştür<sup>105</sup>. Hüküm, temelde dava malzemesinin tamamlanmasına odaklanmıştır<sup>106</sup>. Paragrafın kenar başlığı “*davanın maddî bakımdan yürütülmesi*”dir (*materielle Prozessleitung*)<sup>107</sup>.

ve müzakere ödevini belirli bir aşamayla sınırlandırdığı yönünde çıkarım yapılabileceğine ve diğer çıkarımlara ilişkin bkz. Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 61 vd. Nowak, iki düzenlemenin arasında yakın ilişki olduğunu, birinin vakıaların açıklığa kavuşturulmasına vurgu yapmasına karşın diğerinin hukukî hususları konu edindiğini, ancak 139’uncu paragrafın uygulamasında hukukî hususlarla ilgili aydınlatma ödevinin de kabul edildiğini belirtmektedir. Yazara göre 278’inci paragrafın üçüncü fıkrasındaki düzenleme 139’uncu paragrafın birinci fıkrasındaki ödevi tüm hukukî hususlar bakımından genişletici etki doğurmuş ve düzenlemeyle birlikte gerek hâkim gerekse de taraflar açısından hukukî kesinlik oluşmuştur. İşaret ve müzakere ödevi ile açıklama hakkı tanınması bu iki hükmün etkileşiminden doğmaktadır. Nowak, *Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit*, 28-29. Alman Medenî Usûl Kanununun ana celse kenar başlıklı § 278/3 dZPO düzenlemesi şöyledir: Auf einen rechtlichen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es Gelegenheit zur Äusserung dazu gegeben hat.

<sup>97</sup> Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 9.

<sup>98</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 3, dip. 12.

<sup>99</sup> Peters, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*, 75.

<sup>100</sup> Peters, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*, 75.

<sup>101</sup> “[1] Mahkeme, gerektiği takdirde, olayı ve uyuşmazlığı maddî ve hukukî açıdan taraflarla müzakere etmeli ve onlara sorular yönelmelidir. Mahkeme, tarafların önemli bütün vakıalar hakkında zamanında ve tam olarak açıklama yapmalarına, özellikle ileri sürülen vakıalar hakkındaki eksik bilgileri tamamlamalarına, delilleri bildirmelerine ve uygun taleplerde bulunmalarına gayret eder. [2] Mahkeme, kararını taraflardan birinin gözden kaçırdığı açıkça anlaşılabilir veya önemsiz addettiği bir hususa dayandıracaksa, o husus sadece bir yan talebe ilişkin olmadıkça, bu hususta tarafları bilgilendirmeli ve onlara bu hususta beyanda bulunma imkânı vermelidir. Aynı durum, mahkemenin, bir hususu, her iki taraftan farklı değerlendirdiği hallerde de geçerlidir. [3] Mahkeme, re’sen göz önünde bulundurulması gereken hususlara ilişkin tereddütlü noktalara dikkat çeker. [4] Bu maddeye göre yapılacak uyarılar mümkün olan en erken safhada yapılır ve tutanağa geçirilir. Uyarıların yapıldığı ancak söz konusu tutanak içeriği ile ispatlanabilir. Tutanak içeriklerine karşı sadece sahtecilik iddiasında bulunulabilir. [5] Mahkemenin yaptığı uyarıdan sonra taraflardan birinin derhal beyanda bulunma imkânı bulunmuyorsa, o tarafın talebi üzerine mahkeme, ilgili tarafın beyanlarını yazılı olarak bildirebilmesi için süre belirler.” Hükümün çevirisi şuradan alınmıştır: Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 9-10.

<sup>102</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 61; Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 51; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (57).

<sup>103</sup> Schumann, *Die absolute Pflicht zum richterlichen Hinweis (§ 139 Abs 2 ZPO)*, 177.

<sup>104</sup> Peter Gottwald, “2001 Reform Kanunu’nun Ardından Almanya’da Medenî Usûl Hukuku”, çev. Murat Atalı ve Mustafa Göksu, *Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi* 2/3 (2006), 688-689.

<sup>105</sup> Gottwald, “2001 Reform Kanunu’nun Ardından Almanya’da Medenî Usûl Hukuku”, 689.

<sup>106</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 50.

<sup>107</sup> Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 5.

Sürpriz karar verme yasağına ilişkin aranan koşullar düzenlemenin (§ 139 dZPO) lafzından çıkartılabilir. Düzenlemeye göre (§ 139 dZPO), mahkeme hükmünü (i) taraflardan birinin açıkça gözden kaçırdığı ya da önemsiz addettiği bir hukukî sebebe ya da vakiyaya dayandıracak ise, (ii) bu hukukî sebebin ya da vakianın bir yan talebe/fer'î talebe ilişkin olmaması şartıyla, (iii) tarafların bu hukukî sebep ve vakia ile ilgili açıklama yapabilmelerini sağlaması gerekir; aksi hâlde verilen karar sürpriz karar verme yasağına aykırı olur<sup>108</sup>.

Bu bağlamda, yeni düzenleme (§ 139/2 dZPO) ile yürürlükten kaldırılan düzenlemenin (mülga § 278/3 dZPO) birbiriyle örtüştüğü; ancak § 139/2 dZPO'nun § 278/3 dZPO tarafından çizilen sınırın ötesine geçtiği belirtilmiştir<sup>109</sup>. § 278/3 dZPO'da yer alan ve kaldırılan önceki düzenleme ile sonrasında yürürlüğe giren § 139/2 dZPO'da yer alan -yeni- düzenleme, birbiriyle benzerlik göstermektedir; ancak aralarında üç önemli fark bulunmaktadır<sup>110</sup>. Birinci fark, önceki düzenlemede taraflardan birinin gözden kaçırdığı veya önemsiz addettiği hususun (*Gesichtspunkt*), hukukî bir husus (*rechtlichen Gesichtspunkt*) olarak nitelendirilmesidir<sup>111</sup>. Mevcut düzenlemede, hukukî husus ile vakıalar arasında bir ayırım yapılmayarak her ikisi de düzenleme kapsamına alınmıştır<sup>112</sup>. Önceki düzenlemedeki (mülga § 278/3 dZPO) hukukî hususa ilişkin ifadenin (*rechtlichen Gesichtspunkt*) vakıaları kapsayıp kapsamadığı konusunda iki görüş ortaya çıkmıştır. Birinci görüş, önceki düzenleme bakımından da hukukî sebep ile vakia arasında ayırım yapılmasının pek mümkün olmadığı, dolayısıyla mevcut düzenlemenin bir şeyi değiştirmekten ziyade yazılı hâle getirdiği (açıklayıcı nitelikte olduğu) ileri sürmüştür<sup>113</sup>. İkinci görüş ise lafzi yorumu esas alarak, önceki düzenleme (mülga § 278/3 dZPO) döneminde hukukî sebepler dışında bir hususun dikkate alınamayacağını savunmuştur<sup>114</sup>.

İki düzenleme (mülga § 278/3 dZPO ve § 139/2 ZPO) arasındaki ikinci fark, mevcut düzenlemede hâkimin taraflara ilgili hukukî sebebe ya da vakiyaya işaret etme ödevini yerine getirmesi gerektiğinin açıkça ifade edilmiş olmasıdır. Önceki düzenlemede taraflara beyanda bulunma imkânı verilmesi yeterli görülmekteydi<sup>115</sup>. Öğretide bazı yazarlar, değişiklik öncesinde de mahkemenin işaret etme ödevinin bulunmasına rağmen bu değişikliğin açıkça öngörülmesinin faydalı olduğunu ifade etmişlerdir<sup>116</sup>. Üçüncü ve son fark, yeni düzenlemeye (§ 139/2 dZPO) eklenen son cümledir. Bu cümle, hükmün içeriğini genişletmiş, mahkemenin bir hukukî sebebi ya da vakiyayı iki taraftan farklı değerlendirmesi hâlinde hâkimin, tarafları uyarması gerektiğini ve taraflara bunlar hakkında beyanda bulunma imkânı vermesi gerektiğini düzenlemiştir. Hâkim burada hukukî değerlendirmesini, başka bir deyişle, hukukî bakış açısını taraflarla paylaşmalıdır. Taraflara, hâkimin hukukî değerlendirmesini -hukukî bakış açısını- paylaşmasını takiben bunu değiştirmek için açıklama yapmak suretiyle çaba sarf edebilme imkânı tanınmalıdır<sup>117</sup>.

Tüm bu tanımlamalardan anlaşılabilirce üzere bir mahkeme, kararını henüz tarafların müzakere etmediği bir hukukî sebebe ya da vakiyaya dayandırır ve bu durum ilgili tarafı yargılamanın geldiği

<sup>108</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 53-54.

<sup>109</sup> Peters, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*, 79.

<sup>110</sup> Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 260.

<sup>111</sup> Blomeyer, *Zivilprozeßrecht – Erkenntnisverfahren*, 103.

<sup>112</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 54, 106-107; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (64); Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 260.

<sup>113</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 25a; Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 51; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (64); Prütting –Gehrlein, *ZPO Kommentar*, § 4 (12); Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (13); Musielak vd., *Zivilprozessordnung*, ZPO § 139 (17).

<sup>114</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 106-107; Nowak, *Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit*, 76.

<sup>115</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 106-107.

<sup>116</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 107; Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 261, dip. 30.

<sup>117</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 106-107; Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 262.

aşamadaki seyrine değin beklemediği bir hükümlerle karşı karşıya bırakacaksa sürpriz karar söz konusu olacaktır<sup>118</sup>.

Yukarıda yer verilen tanımlar dikkate alınarak sürpriz karar verme yasağı, kanaatimizce, şöyle tanımlanabilir: Mahkemenin muhataplarına açıklama hakkı tanımaksızın (i) müstakar içtihadından dönmek istemesinin ya da kararını (ii) tarafların açıkça gözden kaçırdıkları veya (iii) tarafların açıkça önemsiz addettikleri yahut (iv) taraflardan farklı değerlendirdiği bir hususa dayandırmasının yasak olmasına sürpriz karar verme yasağı denir.

## B. Sürpriz karar verme yasağının amacı

Sürpriz karar verme yasağı, bir yargılama hukuku güvencesi olan<sup>119</sup> hukukî dinlenilme hakkının somutlaştırılmasını amaçlar<sup>120</sup>. Bu amaç, tarafların usûlî nesnelere hâline getirilmesini engeller. Nitekim, hukukun re'sen uygulanması, hâkimin, tarafların ileri sürdükleri vakılardan beklenmedik sonuçlar çıkarmasına sebep olabilir. Hâkimin anılan sonuçları yargılamanın son aşamasında ortaya koyması ya da ortaya koymaksızın bunlara dayanarak karar vermesi taraflar ve ilgililer nezdinde beklenmedik bir etki doğurur. Sürpriz karar verme yasağı ile karara etki eden ve tartışılmayan bir hususun, kararın temeli hâline getirilmesi engellenir. Hâkim karara etki eden ve tartışılmayan hukukî sebebe ya da vakiyaya kararını dayandırmak istiyorsa taraflara, o hususla ilgili açıklama yapma imkânı tanınmalıdır. Böylelikle âdil yargılanma hakkı temin edilmiş olur. Taraflara açıklama hakkı tanımaksızın belirtilen hukukî sebebe ya da vakiyaya dayalı olarak karar verilir ise taraflar gafil avlanmış olurlar. Bununla birlikte, sürpriz karar verme yasağından ötürü ilk derece mahkemesinin uyuşmazlığı kapsamlı bir şekilde ele alması gerekeceğinden yargılama hızlanabilecek ve uyuşmazlık, tarafların kanun yollarına başvurma isteklerinin azalması suretiyle çözülebilecektir<sup>121</sup>. Açıklananlar doğrultusunda sürpriz karar verme yasağının -sınırlayıcı olmamak kaydıyla- üç amacı olduğu söylenebilir: Âdil yargılanma hakkının eyleme geçirilmesini sağlamak, âdil yargılanma hakkını güvence altına almak ve yargılamaları hızlandırarak etkin hâle getirmek<sup>122</sup>.

Sürpriz karar verme yasağının amaçları yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Sürpriz karar verme yasağı çerçevesinde hâkimin uyarısı ile davada önemli hukukî sebeplerin ve vakıaların ortaya çıkması sağlanır ve taraflar, dava malzemelerini bu çerçevede değerlendirerek sınırlandırır. Hâkimin uyarısı üzerine taraflar, hâkimin hukukî bakış açısını öğrenebilecek ve böylece hâkimin kanaatini sarsma imkânları olacaktır<sup>123</sup>. Belirtmek gerekir ki, sürpriz karar verme yasağı, gerekçeli kararın taslağının önceden taraflarla paylaşılmasını ve bu çerçevede bir tartışma yürütülmesini amaçlamaz<sup>124</sup>. Sürpriz karar verme yasağı vasıtasıyla, hukukî öngörülebilirlik sağlanır, hukukî dinlenilme hakkı etkin bir şekilde temin edilir ve âdil yargılanma hakkı korunur. Ayrıca kararın hukukî temeli güvence altına alınarak hatalı kararlardan kaçınılır ve kararın vakiyaya ilişkin yönü ile hukukî yönü belirli hâle gelir. Böylelikle kararın vakiyaya ve hukuka ilişkin yönü tarafların bakış açıları da gözetilerek mümkün olduğunca kapsamlı bir

<sup>118</sup> Musielak vd., *Zivilprozessordnung*, ZPO § 139, (19); Volkert Voverk vd., *BeckOK ZPO* (2023), ZPO § 139 (6); Weyland - Kilimann, *Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO*, BRAO § 112e (53). BVerfG, NJW 1991, 2823; BFH, BeckRS 2010, 25016317; BVerwG, NVwZ 2012, 1491; VerGH Bln, BeckRS 2021, 10206.

<sup>119</sup> Budak - Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 70 (10).

<sup>120</sup> Kern, Alman Medenî Usûl Kanununun pek çok açıdan hukukî dinlenilme hakkının somutlaştırılmasına yönelik olduğunu ifade etmektedir. Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 128 (26).

<sup>121</sup> Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 4.

<sup>122</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 51-53, 61; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (58-59).

<sup>123</sup> Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 257-258.

<sup>124</sup> Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (66). Almanya'da gerekçeli karar taslağının önceden taraflarla paylaşıldığı bir model denemesi yapılmış olup bu model Stuttgarter Modell olarak isimlendirilmiştir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 17-22.

şekilde ele alınır ve ilk derece mahkemesinin kararını tekrardan gözden geçirmesi gerekliliği -hata yapması ihtimali- ortadan kalkmış olur<sup>125</sup>.

Sonuç olarak, sürpriz karar verme yasağı, tarafların yargılamanın gidişatıyla alâkalı farkındalıklarının artması ve bilgi sahibi olmalarının sağlanması marifetiyle âdil yargılanma hakkını ve hukukî dinlenme hakkını somutlaştırmakta<sup>126</sup>, tarafların vakıalar üzerinde hâkimiyet kurmalarını sağlamakta ve taraflara vakıaların hukukî sebeplerle uyumunu kontrol edebilme imkânı<sup>127</sup> getirmektedir.

## II. Geniş ve Dar Anlamda Sürpriz Karar Verme Yasağı

Sürpriz karar, ortaya çıkış şekli ve etkisi itibarıyla ikiye ayrılarak ele alınabilir. Bunlar geniş anlamda ve dar anlamda sürpriz karardır. Geniş anlamda sürpriz karar verme yasağında içtihadın değişmesi suretiyle yargılamadaki tarafları aşan sayıda kişi için beklenmedik bir etki söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle, hukukî güvenlik ilkesi ile ilişkilidir. Dar anlamda sürpriz karar verme yasağı ise, yargılamanın sùjeleri arasındaki sürece odaklanmaktadır.

### 1. Geniş anlamda sürpriz karar verme yasağı

Geniş anlamda sürpriz kararın konusunu mahkemenin içtihadı<sup>128</sup> oluşturur. Bir mahkeme içtihadının değişmesi, yargılamanın taraflarından ziyade kamuoyu açısından sürpriz teşkil edebilir<sup>129</sup>. Geniş anlamda sürpriz karar verme, bir mahkemenin çok sayıda kişiyi etkileyen ve süreklilik kazanmış (müstakar) kararlarını vermiş olduğu sonraki tarihli bir karar ile -gerekçeye yer vermeksizin- değiştirmesidir<sup>130</sup>.

Geniş anlamda sürpriz kararın, önceki içtihadından farklı yönde karar vermek isteyen mahkeme tarafından önlenmesi bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz dar anlamda sürpriz karara göre daha basittir. Mahkemenin, önceki içtihadını değiştirme konusundaki gerekçelerini belirterek, mevcut uyumsuzluğun diğer uyumsuzlıklardan ayrılan yönlerini, uyumsuzluğa bu aşama itibarıyla uygulanacak ölçütleri belirtmesi yeterlidir. Bu haliyle geniş anlamda sürpriz karar hukukî güvenlik ilkesi ile ilişkilidir<sup>131</sup>. Mahkemenin bir hukukî sebebe yahut vakıaya ilişkin bakış açısını ve benimsediği çözüm tarzını benzer uyumsuzlıklarda da sergilemesi durumunda kişilerde güven oluşur. Kişiler, benzer bir uyumsuzluğa taraf olmaları hâlinde mahkemenin önceki çözüm tarzını benimseyeceği konusunda bir beklentiye sahip olurlar. Dolayısıyla, mahkemenin verdiği karar ile toplumda yarattığı beklentinin farkında olması ve kararını değiştirecek olması hâlinde beklentiyi karşılar mahiyette gerekçe tanzim ederek hukukî güvenliği temin etmesi elzemdir<sup>132</sup>.

<sup>125</sup> Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 162.

<sup>126</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 136.

<sup>127</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 136-137.

<sup>128</sup> Alman Yüksek Mahkemesi (BGH)'ne göre bir davada kamunun soyut çıkarını etkileyen bir hukuk sorunu hukukun yeknesak bir biçimde geliştirilmesini ve uygulanmasını sağlayacak şekilde karara bağlanacak ise bu hüküm içtihat olarak değerlendirilebilecek nitelikte addedilebilir. BGH, 4.7.2002, V ZR 75/02 (München), NJW 2002, s. 2957; BGH, 27.3.2003, V ZR 291/02 (Düsseldorf), NJW 2003, 1944. Hukuk kurallarının ve kavramların yüksek mahkemeler tarafından yorumlanması alt dereceli mahkemeler açısından -kuralların tatbikinde- bir kılavuz görevi görmektedir. Toplumsal alandaki değişimi ve gelişimi dikkate alan bir uygulama hukukun gelişimine de katkı sağlar. BAG, 5.12.1979, 4 AZN 41/79 (Düsseldorf / Köln), NJW 1980, 1812. İchtihadın hâkim yapımı hukuk olduğu ve norm mertebesine erişebileceği hususunda bkz. Rudolf Wassermann, *Der Soziale Zivilprozess* (Neuwies - Darmstadt: 1978), 121.

<sup>129</sup> Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, 61-62 (207); Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 3.

<sup>130</sup> Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 3; Pekcanitez vd., *Medenî Usûl Hukuku*, 884.

<sup>131</sup> Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 3.

<sup>132</sup> Çiftçi, *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*, 359.



Münferit bir davada hukukun yorumlanması ve uygulanmasında hata yapılabilir. Hata neticesinde verilen karar kesin nitelikte olabilir. Hatalı kararın kamunun / toplumun çıkarları üzerinde kalıcı bir etkisi olması durumunda farklı yöndeki kararlar arasındaki ilişki sürpriz karar olarak nitelendirilebilir<sup>133</sup>. İctihatlarda yeknesaklığın sağlanamaması, tahammül edilemez farklılıkların ortaya çıkması ve devam etmesi bir yüksek mahkeme kararı ile giderilmelidir<sup>134</sup>. Aksi durum, sürpriz karar verme yasağının ihlâlüne sebebiyet verecektir.

Geniş anlamda sürpriz karar verme yasağında karar, davanın taraflarının ötesinde, fazla sayıda kişiyi etkileyebilir. Geniş anlamda sürpriz karar -tarafların, müdahillerin ve ilgililerin yanı sıra- avukatlar, hâkimler, akademisyenler ve kararı dikkate almak durumunda olan derece mahkemeleri üzerinde etki gösterir. Karar, zikredilen kişiler ya da gruplar için sürpriz sayılabilecek iken, yargılamanın tarafları için -belirli koşulların varlığı hâlinde- sürpriz sayılmayabilir. Mahkeme, yargılama sırasında içtihadın değişmesi gerektiğine ilişkin bakış açısını taraflara yansıtmış ve tarafların bu konuda açıklama yapmasına imkân tanımış ise karar, taraflar açısından sürpriz olmayacaktır<sup>135</sup>. Mahkemenin nihai olarak hangi hukukî görüşü benimseyeceğini bildirmesine gerek yoktur. Mahkemenin kararla ilgili hukukî sebebe ya da vakiya ilişkin değerlendirmesini çeşitli ihtimalleri dikkate alarak işaret etmiş olması yeterlidir<sup>136</sup>.

## 2. Dar anlamda sürpriz karar verme yasağı

### a. Genel olarak

Dar anlamda sürpriz karar verme yasağı, birden fazla unsurun bir araya gelmesi ile ortaya çıkar. Dar anlamda sürpriz kararın varlığı için yargılamada karara etki eden<sup>137</sup> bir hukukî sebebi ya da vakiyayı (i) taraflardan birinin açıkça gözden kaçırması<sup>138</sup> ya da (ii) açıkça önemsiz addetmesi<sup>139</sup> veya (iii) hâkimin her iki taraftan ya da tarafların birinden farklı değerlendirmesi gerekmektedir<sup>140</sup>. Bunların neticesinde hâkim, ilgili hukukî sebebe ya da vakiya tarafların dikkatini çekmez, müzakere etmez ve hukukî sebep ya da vakia ile ilgili açıklama yapmalarına imkân tanımaz ise taraflar ya da taraflardan biri sürpriz karar ile karşılaşmış olur.

Dar anlamda sürpriz karar verme yasağının anlaşılabilmesi açısından yasağın unsurlarının ele alınması gerekmektedir. Öncelikle karara etki eden hukukî sebep ya da vakia ifadesine değineceğiz. Sürpriz karar açısından her hukukî sebep ya da vakia önem arz etmemektedir. Sürpriz karara konu olabilecek hukukî sebeplerin ya da vakiaların sınırlandırılmaması hâlinde sürpriz kararı engellemeye yönelik işlemler yargılamanın yapılmasını engelleyecek boyuta ulaşabilir. Sürpriz karar yasağının uygulama alanının genişletilmesi yargılamanın sürdürülmesini güçleştirecek bir boyuta ulaşabileceğinden sınırının hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan ölçülülük ilkesi çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir<sup>141</sup>. Sürpriz karar verme yasağı özelinde etki, karara temel teşkil eden vakialar ve hukukî sebepler dikkate alınarak

<sup>133</sup> BGH, 4.7.2002, V ZB 16/02 (KG), NJW 2002, 3030.

<sup>134</sup> BGH, 1.10.2002, XI ZR 71/02 (Stuttgart), NJW 2003, 66 vd.

<sup>135</sup> Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 2; M. Sarbach, *Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht*, 84-85; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (87); Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, 64-65 (219).

<sup>136</sup> Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, 65 (221).

<sup>137</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 23.

<sup>138</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 23; Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 265-268.

<sup>139</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 23; Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 265-268, Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 63; Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 176.

<sup>140</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 23.

<sup>141</sup> Christian Rumpf, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", *Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler* (Ankara: 1993), 44.

belirlenir. Hukukî sebep ya da vakıa özelinde sürpriz karar verme yasağına aykırılığın oluşması için bunların karara dayanak teşkil etmesi/etki etmesi gerekmektedir<sup>142</sup>. Nitekim § 139/2 dZPO'daki düzenlemeye göre, taraflardan birinin gözden kaçırdığı açıkça anlaşılabilir ya da önemsiz addettiği hukukî sebep ya da vakıa atlama faaliyetinin bir unsuru olmalıdır<sup>143</sup>.

Dar anlamda sürpriz karar verme yasağı kapsamında değerlendirilen bir diğer unsur taraflardan birinin bir hukukî sebebi ya da vakıayı açıkça gözden kaçırmasıdır. Taraflar, yargılamada kararı etkileyen bir hukukî sebep ya da vakıa hakkında düşünmemiş ve değerlendirmede bulunmamış olabilirler. Tarafların hukukî sebep ya da vakıa için yorum yapmamaları ya da bunlara değinmemeleri -farkında olmamaları- bunları gözden kaçırdıklarını ortaya koyacaktır<sup>144</sup>. Bu durum tarafların dilekçelerinden ve sözlü ifadelerinden anlaşılabilir<sup>145</sup>. Tarafların dilekçelerine ve beyanlarına konu olmayan hususlar gözden kaçan hususlardır<sup>146</sup>. Yine taraflardan birinin karar etki etmekten uzak vakıaları ileri sürmesi, karara etki edecek bir hukukî sebebi ya da vakıayı açıkça gözden kaçırdığını ortaya koyan hâllerden biridir. Bu durumda tarafın ya bir kuralı tamamıyla yanlış değerlendirdiği ya da gözden kaçırdığı sonucuna ulaşılabilir<sup>147</sup>. Mahkemenin kararını taraflardan herhangi birinin ele almadığı bir bakış açısına dayandıracak olması hâlinde de taraflarca açıkça gözden kaçırılmış bir hukukî sebebin ya da vakıanın varlığından bahsedilir<sup>148</sup>. Diğer taraftan bir tarafın vakıa anlatımı bütüncül bir yaklaşımla ele alındığında anlatımda boşluklar olduğu tespit ediliyorsa gözden kaçan hususun varlığı kabul edilebilir<sup>149</sup>. Bu bakış açısıyla bir yargılamada, benzer yargılamalarda doldurulması / belirtilmesi kolay boşlukların olduğu görülmekte ise, gözden kaçırılan bir hususun varlığından bahsedilecektir. Örneğin, tazminat talepli bir davada tarafın ya da vekilin faiz talebini ileri sürmemiş olması bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>150</sup>.

Tarafların gözden kaçırdıkları husus, delillere ilişkin olabilir. Alman hukukunda, Türk hukukundakinin aksine, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı uygulanmadığından taraflar, sözlü yargılamanın (*mündliche Verhandlung*) sonuna kadar yeni bir iddiada bulunabilir ve karşı taraf, bu iddiaya karşılık yeni delil gösterebilir. Alman İstinaf Mahkemesi (OLG), davacının dava dilekçesinde herhangi bir delile dayanmaksızın ileri sürdüğü bir iddiaya karşılık davalının cevap dilekçesinde bu iddiaya istinaden delil göstermemiş olmasını, davalının bu vakıayı gözden kaçırmış olabileceğine dayandırmıştır. Buna göre, davacının, dava dilekçesinde bu iddiaya ilişkin delil göstermemiş olması, davalının delil ikame yükünün varlığını gözden kaçırmaya sebep olabilir. Bu sebeple, mahkemenin davalıya hatırlatmada bulunulmamış olması, sürpriz karar verme yasağına aykırı bulunmuştur<sup>151</sup>:

<sup>142</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 23, 26 vd.; Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 54. Pekcanitez, karara etki eden husus ifadesinin yerine "kararın önemli hususları" ifadesini kullanmıştır. Pekcanitez, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, 787. Hanağası, silahların eşitliği ilkesi açısından, ihlâlin karara etki edecek nitelikte bulunması hakkında şu görüşü dile getirmiştir: "[S]ilahların eşitliği ilkesinin ihlâl edildiğinin kabulü için, erişilmek istenen bilgi ve belgeler yargılamaya ilgili olup, kararda etkili olabilecek nitelikte bulunmalıydılar. Bu belgeler elde edilmiş, talep edilen bilgilere ulaşılmış olsa dahi yargılamanın sonucu değişmeyecek idiyse, yargılamanın silahların eşitliği ilkesine ve hakkaniyete aykırı yürütüldüğü sonucu çıkarılamaz." Hanağası, *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, s. 369. Akkaya, usûl kurallarına ilişkin mutlak istinaf sebeplerine dair açıklamalarından usûle aykırılığın mahkeme kararına etkisi ifadesiyle hüküm ile usûl hatası arasında "illiyet bağı"nın varlığı ifadesinin birbirine denk düştüğü ve dolayısıyla "etki" kelimesine "illiyet bağı" ile karşılık oluşturulduğu görülmektedir. Tolga Akkaya, *Medenî Usul Hukukunda İstinaf* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 190.

<sup>143</sup> Stein vd., *Zivilprozessordnung*, §139 (72); Schumann, *Die absolute Pflicht zum richterlichen Hinweis (§ 139 Abs 2 ZPO)*, 183; Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 58.

<sup>144</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 61-63, 175; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (76); Vowerk vd., *BeckOK ZPO*, ZPO § 139 (38); Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, 63 (213). Pekcanitez, bu durumu "tarafların kararın önemli hususlarını görmeme(si)" olarak ifade etmiştir. Pekcanitez, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, 787.

<sup>145</sup> Krüger vd., *Münchener Kommentar zur ZPO*, ZPO § 139 (42).

<sup>146</sup> Musielak vd., *Zivilprozessordnung*, ZPO § 139 (22).

<sup>147</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 92-93.

<sup>148</sup> Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 176.

<sup>149</sup> Nowak, *Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit*, 41.

<sup>150</sup> Peters, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*, 116.

<sup>151</sup> OLG Köln, NJW 1995, 2116.

*“Landgericht (LG) yargılamasının esaslı bir eksiklik (wesentlicher Mangel) içermesi sebebiyle § 539 ZPO uyarınca hükmün kaldırarak ilk derece mahkemesine gönderilmesi isabetli gözükmektedir. Heyet duruşmasında tarafların da üzerinde anlaştıkları gibi kanun yoluna götürülen kararın sürpriz karar niteliğinde olması halinde esaslı bir yargılama hatasından söz edilir. Davalının, davacı tarafından görevlendirme kapsamının genişletildiğine dair iddialarına karşı davacı tarafından delil sunulması gerektiği açıktır. Somut uyuşmazlıkta davalının delile başvurmamış olması, ancak dava dilekçesinde görevlendirme kapsamının genişletildiğine dair hiç tanık gösterilmemiş olduğu ve bu nedenle cevap dilekçesinde tanık bildirmesi gerektiğinin gözden kaçırılmış olmasına dayanabilir.*

*Dava dosyasından, LG'nin bu hususu, 16.6.1994 yılında yapılan sözlü yargılamada işaret etmiş olduğu anlaşılacaktır. Tarafların heyet duruşmasında üzerinde anlaştıkları beyanları da böyle bir hatırlatmada bulunulmadığını göstermektedir. Ancak heyete göre LG, bu hususa işaret etmek zorundadır (§§ 139, 278 III ZPO). Mahkeme, bir tarafın gözden kaçırılmış olduğu hukuki bir hususu (rechtlicher Gesichtspunkt) § 278/3 ZPO uyarınca ilgili tarafa bu hususta açıklama yapma imkânı vermeden kararına esas alamaz. Bu doğrultuda hukuki husus kavramından karara dayanak teşkil edebilecek, her türlü değerlendirmenin anlaşılması gerekir ki bu hususlar, yargılama hukuku ile de ilgili olabilir (Stein vd., Zivilprozessordnung, § 278 [32, 34]; Prütting – Gehrlein, ZPO Kommentar, § 278 [29]). Buna göre reddedilen delil başvurusu da ilgili düzenlemedeki diğer şartlarla birlikte işaret edilmesi gereken bir hukuki husustur.*

*Davacının, ilk derece yargılamasında delil başvurusu hususunu gözden kaçırılmış olduğu kabul edilmelidir, çünkü taraflardan hiçbiri, -açıkça karara etki eden bu noktaya- dayanmamıştır (BGH, NJW 1991, 637 (638f.); 1993, 667).*

*Davacının, ilk derece yargılamasında vekil ile temsil edildiği ve vekilin kendiliğinden gerekli delil başvurularını yapması gerektiği ise LG'nin işaret etme ödevini ortadan kaldırmaz. § 278/2 ZPO, vekil ile takip edilen yargılamalarda da geçerlidir (BGH, NJW 1989, 717 [718]; NJW-RR 1993, 569 [570]). Vekil ile takip edilen yargılamalarda da dava, taraflarca gözden kaçırılan hususlar sebebiyle ikinci derece mahkemesine intikal edebilir ve maddi gerçeğe uygun verilecek karara etki edebilecek hususlar ilk defa bu yargılamada tartışılabilir.*

*LG'nin kararı yargılama hatasına dayanmaktadır. İstinaf yargılamasında ileri sürülen noktalardan davacının usulüne uygun olarak delil başvurusunda bulunabileceği tespit edilmektedir.*

*Karara etki edebilecek hususların ilk kez ikinci derece yargılamasında dikkate alınması gerektiği için heyet, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeksizin esas hakkında kendisi karar vermeyi uygun bulmamıştır (§ 540 ZPO). Taraflar da duruşmada dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi konusunda bir itirazda bulunmamışlardır. “*

İspat yüküne ilişkin bir kuralın usulî bir kusur oluşturabilecek şekilde yorumlanması neticesinde verilen karar, sürpriz karar niteliğinde olacaktır<sup>152</sup>. Taraflar ispat yükü ve delil ikame yükü konusunda bir hususu gözden kaçırıyor ya da önemsiz addediyorsa yahut mahkeme hususu taraflardan farklı değerlendiriyor ise, mahkeme bu konudaki bakış açısını taraflara açıklamalıdır<sup>153</sup>. Örneğin bir taraf ispat yükünün ya da delil ikame yükünün kendi üzerinde olduğunun farkında olmadığı için delil sunmama doğrultusunda davranış sergiliyorsa işaret ve müzakere ödevi yerine getirilerek açıklama imkânı tanınmalıdır<sup>154</sup>. Bu durumda ispat yükü ile delil ikame yükü birbirinden ayrılmalı, ispat yükünün ve delil

<sup>152</sup> İspat yüküne ilişkin kuralın içtihadı uygun olarak yorumlanmasının sürpriz karar teşkil etmeyeceği hususunda bkz. OGH, 29.10.1998, 6 Ob 3/98d.

<sup>153</sup> Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 184.

<sup>154</sup> BGH, NJW 1982, 581-582; OLG Köln, NJW 1995, s. 2116; BVerfG, NJW 1998, s. 2044.

ikame yükünün kimde olduğu belirlenerek tarafların bakış açıları incelenmelidir. Taraflar ispat yükünün birbirlerinin üzerinde olduğunu düşünerek ispat yükünün yerine getirilmesine önem atfetmeyebilirler yahut ispat yükünün kendileri tarafından yerine getirilmesi gerektiğini gözden kaçırabilirler. Bununla birlikte taraflardan biri ispat yükü altında olduğunu düşünmesine karşın, diğer taraf ispat yükü altında olabilir. Diğer taraf bu durumun farkında değil ise, hâkimin işaret ve müzakere ödevini yerine getirerek tarafların husus ile ilgili açıklama yapmalarına imkân tanınması gerekir. İspat yükünü yerine getirmek için işlemler tesis etmesi gerektiğini bilmeyen taraf için verilen karar sürpriz karar niteliğinde olacaktır.

Dar anlamda sürpriz karar verme yasağı kapsamında değerlendirilen diğer bir unsur, tarafların bir hukukî sebebi ya da vakıyı açıkça önemsiz addetmeleridir. Taraflardan biri diğerinin vakıya ya da hukukî sebebe ilişkin bakış açısının uygun olmadığını düşünerek önemsiz addedebilir. Dikkat edileceği üzere burada kararı etkileyecek hukukî sebebe ya da vakıya atfedilen önem düzeyinde bir farklılık ya da farkındalık eksikliği vardır<sup>155</sup>. Bu durum yargılamanın başlangıcında ya da ilerleyen aşamalarında olabilir. Taraf, yargılamanın başında önemli olarak değerlendirdiği bir hukukî sebebi ya da vakıyı ilerleyen aşamalarında önemsiz olarak değerlendirebilir. Burada amaç hukukî dinlenme hakkının tesisi olduğundan tarafın sözü edilen hukukî sebebi ya da vakıyı fark edip etmemesi ya da önem atfedip etmemesindeki kusuru dikkate alınmamaktadır<sup>156</sup>. Yargılamada taraflardan biri bir hukukî sebep ya da vakı hakkında bakış açısını ortaya koyarken (dilekçesinde yer verirken) diğer tarafın söz konusu hukukî sebebe ya da vakıya hiç değinmemesi bu hukukî sebebi ya da vakıyı önemsiz addettiğini gösterir<sup>157</sup>. Yine taraflardan birinin bir hukukî sebebe ya da vakıya değinmiş olmasına karşın zaman içerisinde görüşünü değiştirerek o hukukî sebebe ya da vakıya itibar etmediği yönünde bir anlam çıkartılabiliyor ise, bunları önemsiz addettiği söylenebilecektir<sup>158</sup>. Yargılamada bir tarafın diğer tarafın beyanlarını takip etmesi beklendiği gibi kendi beyanlarını takip etmesi ve anımsaması daha fazla beklenmektedir. Bu bağlamda bir taraf, yargılamanın başında kısaca değindiği bir hukukî sebebi ya da vakıyı yargılamanın ilerleyen aşamalarında önemsiz addederek değinmeyebilir. Eğer taraf, yargılamanın geldiği aşama itibarıyla önemsiz addettiği hukukî sebebin veya vakıanın karar ile ilgili olmasını -makul bir şekilde- bekleyemiyorsa buna dayalı olarak karar verilmemeli, hâkim tarafın dikkatini bahse konu hukukî sebebe ya da vakıya çekerek taraflara açıklama yapma imkânı tanınmalıdır<sup>159</sup>.

Örneğin, Alman Yüksek Mahkemesi (BGH), 1997 yılında karar verdiği ödenmeyen komisyon ücretine ilişkin bir davada davacının davalıdan talep ettiği komisyon ödemelerini yeterince somutlaştırmaması sebebiyle davacıyı uyarmasına rağmen bununla ilgili açıklama imkânı vermemesini sürpriz karar verme yasağına aykırı bulmuştur<sup>160</sup>:

*“Oberlandesgericht (OLG) tarafından yürütülen yargılamada işaret etme yükümlülüğü yeterince yerine getirilmemiştir. Zira, bir hususa işaret edilmesi, kuşkusuz ancak işaret edilen husus hakkında tarafa tepki vererek, yeni vakıalarla iddia ve savunmasını tamamlayarak ve bunlara ilişkin yeni belgeleri mahkemeye sunarak bildirilen şüpheleri ortadan kaldırma imkanının kendisine verilmesi halinde anlam kazanır (BGHZ 127, 254 [260] NJW 1995, 399). İstinaf mahkemesi ise, davacıya bu hususu işaret ettikten sonra sözlü yargılamayı (mündliche Verhandlung) sona erdirmiş, yargılamanın sona erdirileceği duruşma günü tayin etmiş ve davacının yargılamaya devam etmek için yaptığı başvuruyu (Wiederöffnung der Verhandlung) reddetmiştir. Bu şekilde yapılan bir yargılama mahkemenin uyarısını anlamsız (sinnlos) kılmakta, mahkemenin işaret etme*

<sup>155</sup> Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (76).

<sup>156</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 62.

<sup>157</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 63; Laumen, s. 176.

<sup>158</sup> Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 265.

<sup>159</sup> Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 74-75.

<sup>160</sup> BGH, NJW-RR 1997, 441, I, II/2.

*yükümlülüğü (§ 139 ZPO) (gerichtliche Hinweispflicht) ve sürpriz karar verme yasağının (§ 278/3 ZPO) (Verbot von Überraschungsentscheidungen) koruduğu amaca aykırıdır (BGHZ 127, 254 [260] NJW 1995, 399; BGH, NJW-RR 1994, 566). “*

Kararda, § 253/2-2 ZPO hükmünde öngörülen şartları taşımadığı gerekçesiyle yargılamada ileri sürülen vakıalar haklı (*schlüssig*) görülmemiştir. Alman hukukunda *Schlüssigkeitsprüfung* olarak adlandırılan bu denetim, Türk hukuku öğretisinde “haklı kılınma/görülme” olarak çevrilmiş ve “Alman hukukunda davacı veya davalının verdikleri dilekçede yer alan vakıaların iddiayı haklı çıkarıp çıkarmadığı noktasında dilekçeler üzerinde yapılan inceleme<sup>161</sup>” olarak veya “dava dilekçesinin davanın temelini teşkil eden vakıalar yönünden kabule şayan olup olmamasının incelenmesi” olarak tanımlanmıştır<sup>162</sup>. Kararda, mahkeme tarafından sürpriz karar verilmemesi ve tarafların bu karara hazırlıklı olmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Mahkemenin bu eksikliği tarafa hatırlatmayarak işaret etmemiş olması sürpriz karar verme yasağını ve dolayısıyla âdil yargılanma hakkını ihlal etmiştir. Türk hukuku bakımından benzer bir anlayış, somutlaştırma yükü bakımından geçerlidir. Zira, tarafların uygulanacak maddi hukuk kuralına göre tayin edilen, bu hükmün koşul unsurları karşılayan bütün vakıaları iddia etmiş olması ve bu vakıalar hakkında muayyen unsurlara (zaman, mekân, kişi, oluş şekli) temas ederek açıklamış ve somutlaştırmış olması gerekir<sup>163</sup>. Bu noktada HMK m. 31 uyarınca somutlaştırmaya yönelik açıklamaların yapılmasını sağlamak, hâkimin aydınlatma ödevinin bir gereğidir. Bu yapılmaksızın tarafların gözden kaçırdıkları ya da önemsiz addettiklerin bir hususa dayalı olarak verilecek karar, taraflar için sürpriz karar niteliğinde olacaktır<sup>164</sup>.

Taraflardan birinin kararla ilgili olduğunu düşündüğü bir hukukî sebebi yahut vakıayı doğru ve açık bir şekilde belirtmesine karşın, mahkeme bahse konu hukukî sebebin veya vakıanın önemsiz olduğu yönünde bir görünüş yaratır ise, mahkemenin bakış açısındaki değişiklik ile ilgili tarafların dikkatini çekmesi ve taraflara açıklama imkânı tanınması gerekir<sup>165</sup>.

Dar anlamda sürpriz karar verme yasağı kapsamında değerlendirilen son unsur hâkimin bir hukukî sebep ya da vakıayla ilgili olarak taraflardan farklı bir bakış açısına sahip olmasıdır. Farklı bakış açısının varlığı için bir hukukî sebep ya da vakıa hakkında en az iki kişi arasında farklı değerlendirmenin ve dolayısıyla görüş ayrılığının varlığı gerekir. Hâkimin tarafların birinden farklı bakış açısına sahip olmasının temelinde ilgili tarafın gözden kaçırdığı ya önemsiz addettiği bir hukukî sebep ya da vakıa olabilir<sup>166</sup>. Hâkimin farklı bakış açısına sahip olması hâlinde ilgili tarafa karşı işaret ve müzakere ödevini yerine getirmesi beklenmektedir<sup>167</sup>. Mukayeseli hukukta *Koch*, mahkemenin yalnızca taraflardan birinden farklı değerlendirdiği bir hukukî sebebin ya da vakıanın varlığı hâlinde işaret ve müzakere ödevinin bulunmadığını, bu ödevin her iki taraftan farklı değerlendirdiği bir hukukî sebebin ya da vakıanın bulunması hâline özgü olduğunu ifade etmektedir. Bu çerçevede tarafların bir hukukî sebebe ya da vakıaya ilişkin görüşlerini bildirmeleri durumunda mahkemenin taraflardan birinin görüşüne katılma niyeti var ise, işaret ve müzakere etme ödevi bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>168</sup>. Örneğin mahkeme yargılamada alınan bilirkişi raporuna karşı itirazlar neticesinde ek rapor alma iradesi sergilemez ise, taraflar nezdinde rapordaki teknik ya da özel bilgiyi temel alarak karar vereceği

<sup>161</sup> Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 126, dip. 26.

<sup>162</sup> M. Kâmil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi* (Kazancı Matbaacılık: İstanbul, 1990) 160, dip. 375a.

<sup>163</sup> Taner Emre Yardımcı, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 4, 10.

<sup>164</sup> Yardımcı, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*, 296.

<sup>165</sup> Nowak, *Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit*, 50.

<sup>166</sup> Pekcanitez, kimi durumda tarafın ilgili hukukî noktayı tespit etmesine karşın mahkemenin başka bir hukukî sebebe göre karar verebileceğini belirterek bunun sürpriz karar teşkil edebileceği hususunda bkz. Pekcanitez, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, 787.

<sup>167</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 70-71.

<sup>168</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 95-96.

düşüncesi oluşacağından tespitlerin aksi yönünde verilen karar sürpriz karar olarak nitelendirilecektir<sup>169</sup>.

## b. Kişi bakımından kapsamı

Geniş anlamda sürpriz karar verme yasağının aksine dar anlamda sürpriz karar verme yasağının kişi bakımından sınırlarının belirlenmesi önem arz eder. Geniş anlamda sürpriz karar verme yasağında karar, davanın taraflarının ötesinde, fazla sayıda kişiyi etkileyebilir. Bu durumda sürpriz kararın -kişi bakımından- kapsamı, kararın etkilediği kişi ya da kişiler ölçüsünde genişleyecektir.

Kişi bakımından sürpriz karar verme yasağının kapsamını bir karara şaşırın ya da bir karara şaşırma ihtimâli bulunan kişi veya kişiler oluşturur<sup>170</sup>. Sürpriz karar verme yasağı, kural olarak, bir davada davanın tarafları olan davacıyı ve davalıyı kapsar. Davacı ve davalı haricinde fer'i müdahilin konumunu değerlendirmek gerekir. Fer'i müdahil, davada üçüncü kişi konumundadır ve davayı kazanmasında hukukî yararı bulunan taraf yanında -ona yardımcı olmak amacıyla- davada yer alabilen kişidir (dZPO § 66). Her ne kadar karar taraflar hakkında verilmekte ise de fer'i müdahil de karardan etkilenir (dZPO § 68). Dolayısıyla sürpriz karar, tarafların haricinde fer'i müdahil için de aynı etkiyi doğurur<sup>171</sup>. Bu sebeple davanın taraflarının yanı sıra fer'i müdahile de sürpriz kararın etkilerinden korunabilmesi için açıklama imkânı tanınması gerekir.

Çekişmesiz yargı işinde, takibi talebe bağlı işlerde, mahkemeye başvuran kişi ilgili olarak kabul edilmektedir (FamFG<sup>172</sup> § 7/1). Bunun yanı sıra hakkı doğrudan etkilenen kişiler ile hakkı doğrudan etkilenmekle birlikte FamFG ya da diğer kanunlar uyarınca re'sen çağrılmaları gereken yahut kendi imkânları ile katılabilecek kişiler mecburi ilgili (*Beteiligte*) olarak nitelendirilmektedir (FamFG § 7/2)<sup>173</sup>. İhtiyari ilgili ise, FamFG'de ya da diğer kanunlarda ilgili olarak dinlenebileceği belirtilen kişilerdir (FamFG § 7/3)<sup>174</sup>. Alman hukukunda çekişmesiz yargı işinde verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde olup olmadığı tartışmalıdır<sup>175</sup>. Sübjektif bir hakkın gerçekleşmesi, maddi hukuk normunun gerekliliklerinin objektif olarak karşılanabilmesi ve uyuşmazlığın kesin olarak çözülmesi suretiyle çelişkili karar riskinin önlenmesi için kararın maddi anlamda kesin olması gerekiyor ise, çekişmesiz yargı işi kapsamında verilen kararın maddi anlamda kesin hüküm etkisi doğuracağı kabul edilmektedir<sup>176</sup>. Gerek maddi anlamda kesin hüküm etkisi doğuracak çekişmesiz yargı işi kararlarında gerekse de maddi anlamda kesin hüküm etkisi doğurmayan kararların sürpriz karar olarak nitelendirilmesi mümkündür. Maddi anlamda kesin hüküm etkisi doğuran kararlarda sürpriz karara konu hukukî sebep ya da vakiya istinaden ilgililerin bilgilendirilmesi ve neticesinde açıklama imkânı tanınması gerekmektedir. Kesin nitelikte olmayan kararlarda ise, sürpriz karar nitelendirmesi yapılacak olsa dahi kararın ortadan kaldırılarak bertaraf edilme imkânı vardır. Bununla birlikte çekişmesiz yargı işinde verilen- maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen- karara karşı kanun yoluna başvurulmasının neticesinde kararın değiştirilecek ya da kaldırılacak olması durumunda -yeni bir delil yahut vakia ileri

<sup>169</sup> BGH, BeckRS 1969, S. 30379581.

<sup>170</sup> Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 72.

<sup>171</sup> Fer'i müdahilin hukukî dinlenilme hakkına ilişkin olarak bkz. Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 128 (41).

<sup>172</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG): Alman Aile ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Kanun.

<sup>173</sup> Ashı Aras, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2017), 126.

<sup>174</sup> Aras, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*, 127.

<sup>175</sup> Tartışmalar için bkz. Walther J. Habscheid, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Bielefeld: Heimat, 1956), 90 vd.; Wolfgang Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, (Bielefeld: Gieseking, 1974), 487-493. Ayrıca bkz. Aras, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*, 184.

<sup>176</sup> Habscheid, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 222-223, 305; Johannes Bärmann, *Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht* (Berlin – Heidelberg: Springer, 1968), 161. Aras, çekişmesiz yargı işinde maddi anlamda kesin hüküm etkisi doğuran işleri "çekişmesiz yargının hakiki ihtilâflı işleri" şeklinde nitelendirmektedir. Aras, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*, 184.

sürülme dahi- ilgiliye / ilgililere açıklama hakkı tanınması gerekir<sup>177</sup>. Tarafa açıklama yapma imkânı tanınması sürpriz kararları engeller<sup>178</sup>.

Geçici hukukî korumalar bakımından verilen kararlar ise öncelikle geçici hukukî koruma talep edeni ve karşı tarafını ilgilendirir (dZPO § 938). Geçici hukukî koruma kararlarının sürpriz karar verme yasağının kapsamında olduğunu belirtmekle birlikte<sup>179</sup> öğretilerdeki farkı yönde görüşler vardır. Bir görüşe göre, karşı tarafa haber verilmeden alınan geçici hukukî koruma önlemlerinin sürpriz karar çerçevesinde değerlendirilemeyeceği, ancak nihaî kararlar açısından sürpriz karar değerlendirmesinin yapılabileceği ifade edilmiştir<sup>180</sup>. Karşı taraf dinlenmeden verilen geçici hukukî koruma kararları sürpriz etki doğurmakta ise de taraf için beklenebilir olması sebebiyle sürpriz karar olarak nitelendirilemeyecektir<sup>181</sup>.

*Pekcanitez*, çoğu durumda karşı tarafa haber vermeden alınan geçici hukukî koruma kararlarının sürpriz karar olarak nitelendirilemeyeceğini, bu kararların uyuşmazlık hakkında verilmiş sürpriz karar olmadığını ifade etmiştir<sup>182</sup>. *Özkes*, sürpriz kararın nihaî kararlar için söz konusu olacağı ve geçici hukukî korumalara ilişkin kararların bu çerçevede değerlendirilmeyeceğine ilişkin görüşe tam olarak iştirak etmemektedir. Burada uyuşmazlığın esasına ilişkin kararın varlığı tek başına bir ölçüt olarak algılanmamalıdır. Eğer karar, ilgili düzenlemeler dikkate alındığında, beklenmedik bir karar ise sürpriz karar olarak nitelendirilebilecektir<sup>183</sup>.

Geçici hukukî korumalar açısından sürpriz karar verme yasağı ile sürpriz etki arasında ayırım yapılmalıdır. Geçici hukukî koruma talebi neticesinde verilen kararın ya da kesinleşen bir icra takibinde borçlunun malvarlığı unsurları üzerinde tatbik edilen haciz işleminin sürpriz etki doğurması amaçlanmıştır<sup>184</sup>. Sürpriz etki, yani tarafların beklemedikleri bir kararla karşılaşmaları durumu, sonuçtan ziyade sürecin amacı olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim beklenen ya da öngörülen bir geçici hukukî koruma kararı, karardan beklenen menfaatin elde edilmesini engelleyebilecektir. Karşı tarafın açıklama ve ispat hakkının kullanmasının ertelenmesi durumunda oluşacak sürpriz etki hukukî süreçte kalıcı bir dezavantaja dönüşecek ise, buna izin verilmemelidir<sup>185</sup>.

Geçici hukukî koruma talebinde karşı taraf dinlenmeden karar verilmesi şart değildir. Karşı tarafın dinlenmemesi için karara konu işlemin gerçekleşmesine yönelik bir risk bulunmalı ve tüm koşullar bu risk gözetilerek değerlendirilmelidir<sup>186</sup>. Bu bağlamda geçici hukukî korumalar hukukî dinlenilme hakkının farklı formda uygulandığı alandır. Buradan hukukî dinlenilme hakkının bulunmadığı gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Geçici hukukî korumalarda -icra hukukuna özgü bazı işlemler hariç<sup>187</sup>- gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde karşı tarafın sonradan dinlenilmesi suretiyle hukukî dinlenilme hakkı sağlanmaktadır<sup>188</sup>.

<sup>177</sup> BGH, NJW 64, 2107-2108.

<sup>178</sup> Bärmann, *Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht*, 202.

<sup>179</sup> Pekcanitez vd., *Medenî Usûl Hukuku*, 884-885.

<sup>180</sup> Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, 62, 104.

<sup>181</sup> Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, 62, 104.

<sup>182</sup> Pekcanitez, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, 787.

<sup>183</sup> Özkes, *Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, 193.

<sup>184</sup> Grunsky - Baur, *Zivilprozessrecht*, 46 (52); Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 1.

<sup>185</sup> Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, 102, 104 (352, 360).

<sup>186</sup> Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, 104 (361).

<sup>187</sup> Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, 105-106; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 128 (99-100).

<sup>188</sup> Blomeyer, *Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren*, 107; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 128 (37); Pekcanitez, *Hukukî Dinlenilme Hakkı*, 764-765.

### III.Sürpriz Karar Verme Yasağının Konu Bakımından Kapsamı

Geniş ve dar anlamda sürpriz karar verme yasağı şeklindeki ayırım, sürpriz karar verme yasağının konu bakımından kapsamının tespitinde önemlidir. Geniş anlamda sürpriz karar verme yasağı, nihaî karar (*hüküm*) ile ilişkilidir. Dar anlamda sürpriz karar verme yasağının kapsamını ise, belirli şartlar dâhilinde verilen hem nihai hem ara kararlar oluşturur ve özellikle davanın tarafları üzerinde etkisini gösterir. Sürpriz karar yasağının uygulanabilmesi için yargı yetkisini haiz bir merci tarafından kurucu unsurları gözetilerek verilmiş bir kararın bulunması gerekir<sup>189</sup>. Kurucu unsurları bulunmayan -yok hükmündeki<sup>190</sup>- ya da etki doğurmayan bir karar<sup>191</sup>, sürpriz karar olarak nitelendirilemeyecektir<sup>192</sup>. Netice itibarıyla, sürpriz karar verme yasağının uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle geçerli bir ara karar<sup>193</sup>, nihaî karar<sup>194</sup> ya da geçici hukukî koruma kararı<sup>195</sup> var olmalıdır. Nitekim nihaî karar dışındaki kararlar da uyuşmazlık üzerinde kısmen ya da tamamen sürpriz etki gösterebilir ve tarafların usûlî konularını olumsuz yönde etkileyebilir<sup>196</sup>.

Sürpriz kararın konusunu tespit etmek kolay değildir. Yukarıda belirtildiği gibi, sürpriz kararın konusunu oluşturabilecekler geniş yorumlanmalıdır. Bu nedenle Alman hukuku ve Avusturya hukuku, yasağın düzenlendiği maddelerle sadece vakia, hukukî sebep veya hukukî hususlardan değil, genel olarak "*Gesichtspunkt*" teriminden bahsetmiştir<sup>197</sup>.

Mahkemenin gerek usûl hukuku gerekse de maddî hukuk bakımından tesis ettiği işlemleri adeta hükme giden bir zincir gibi değerlendirmek gerekmektedir. Hâliyle mahkemenin işlemleri birbiri ile uyum içerisinde olmalıdır. Mahkemenin taraflarda belirli yönde beklenti yaratacak işlemlerinde değişikliğe gitmesi ya da işlemin neticesinde olması gereken sonucun tatbikinden vazgeçmesi hâlinde işaret ve müzakere ödevi yerine getirilerek taraflara açıklama yapma imkânı verilmelidir<sup>198</sup>. Yine, benzer şekilde, hâkimin hüküm bakımından önem arz eden hukukî bir hususta taraflara uyarıda bulunarak dikkatlerini çekmelerini takiben görüşünü değiştirmesi durumunda tarafları tekrardan uyarması ve değişen duruma göre tarafların beyan sunmalarına imkân tanınması gerekmektedir<sup>199</sup>. Mahkeme, kararını yargılama sırasında müzakere edilmemiş ve gayretli bir tarafın dahi öngöremeyeceği bir vakıaya ya da hukukî hususa dayandırmamalıdır<sup>200</sup>.

Sürpriz kararı etkileyen hukukî sebeplerin ve bu sebepler kullanılarak yapılan nitelendirmenin kapsamının belirlenmesi güçtür. Bu çerçevede uyuşmazlıkla ilgili tüm hukukî sebeplerin müzakere edilmesinin gerekip gerekmediği, gerekiyor ise ne şekilde müzakere edileceği, yine uygulanması

<sup>189</sup> Muhammet Özkes, "Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm", *Yargıtay Dergisi* 26/4 (Ekim 2000), 667-668; Boran Güneysu, *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, 193 vd.

<sup>190</sup> Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi* (İade-i Muhakeme) (Ankara: Turban Kitabevi, 1977), 60-62; Özkes, "Medenî Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm", 670-687; Recep Akcan, *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri* (Ankara: Nobel Yayın, 1999), 41.

<sup>191</sup> Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi* (İade-i Muhakeme), 62-63; Özkes, *Medenî Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm*, 687-693; Akcan, *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri*, 41.

<sup>192</sup> Özkes, *Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, 186; Boran Güneysu *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, 281-290.

<sup>193</sup> Abdurrahim Karşlı, *Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler* (Ankara: Kudret Basım, 2001), 150; Boran Güneysu, *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, 147-165.

<sup>194</sup> Karşlı, *Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler*, 150-153; Özkes, *Medenî Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm*, 665; Boran Güneysu, *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, 111-147.

<sup>195</sup> Boran Güneysu, *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, 166-172.

<sup>196</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsscheidungen nach § 278 III ZPO*, 47-48; Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 60; Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 2.

<sup>197</sup> Bkz. yuk. 5-6.

<sup>198</sup> Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 267.

<sup>199</sup> BVerG, NJW 1996, 3202.

<sup>200</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Cepek / Çek Cumhuriyeti, B. No: 9815/10 (5 Aralık 2013), (48); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Portekiz Profesyonel Futbol Ligi / Portekiz, B. No: 4687/11 (17 Ekim 2016), (59); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Les Authentiks ve Supras Auteuil 91 / Fransa, B. No: 4696/11 ve 4703/11 (27 Ocak 2017), (50).



muhtemel kuralların uyuşmazlıktan bağımsız bir biçimde müzakere edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Bu yönde bir faaliyet, hâkimin tarafsızlığını da zedelememelidir. Genelde hukukî nitelendirme yargılamanın son safhasında yapılır. Dolayısıyla hâkimin hukukî bakış açısını ortaya koyması ile hükme esas teşkil edecek nihâî hukukî görüşün ortaya konması birbirinden ayrılmalıdır<sup>201</sup>. Taraflar açısından yasal çerçevenin yargılamanın başından itibaren açık olması ve müzakere gerektiren bir husus bulunmaması durumunda, mahkeme de belirlenen bu çerçeve içerisinde kalır ise, sürecin sürpriz karar verme yasağı açısından değerlendirilmesine gerek kalmayacaktır<sup>202</sup>. Ancak tarafların bir vakıya ilişkin farklı hukukî nitelendirmelerde bulunmaları farklı koşul vakıaları dikkate almalarına ve buna bağlı olarak farklı vakıaları hâkimin dikkatine sunmalarına sebep olabilir. Haliyle, bu gibi durumlarda, hukukî nitelendirme sürpriz karar açısından önem arz eden bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukukî nitelendirmenin temel aracı olan hukukî sebebe ilişkin hususun geniş şekilde anlaşılması gerekir<sup>203</sup>. Vakıanın dayandığı hukukî sebeple ilgili mahkeme tarafından yapılan tüm değerlendirmeler, bu kapsamdadır<sup>204</sup>. Bunun yanı sıra esasa ve usûle dair hukuk kuralları, ispatla ilgili kurallar ve ispat kolaylıkları, ispat yükü ve deliller, hukukî kavramlar, görüşler, örf ve âdet kuralları, sözleşme hükümleri hukukî sebep altında değerlendirilen hususlardır<sup>205</sup>. Örneğin, tarafların dayandıkları ve geçerliliği konusunda herhangi bir iddia ya da savunmada bulunmadıkları bir sözleşme mahkeme tarafından geçersiz kabul edilerek karar verilir ise, mahkemenin işaret ve müzakere ödevini yerine getirmemiş olması sürpriz karar verme yasağına aykırılık teşkil edecektir<sup>206</sup>.

Alman hukuku öğretisi ve içtihatlarında sadece maddi hukuka ilişkin değil, usûl hukukuna ilişkin hususların da § 139/2 ZPO hükmünün uygulanmasında dikkate alınacağı belirtilmiştir<sup>207</sup>. Örneğin, mahkemenin, davalının cevap dilekçesinde ileri sürdüğü iddiaları dikkate almadan karar vermiş olması sürpriz kararın konusunu oluşturabilir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG) davalının usulüne uygun olarak cevap dilekçesinde ileri sürdüğü hususların mahkeme tarafından dikkate alınmamasının, hukuki dinlenme hakkı (GG m. 103/1) ve sürpriz karar verme yasağına aykırı bulunduğunu şu şekilde ifade edilmiştir<sup>208</sup>:

*“İlk derece mahkemesi, davalının hukuki dinlenme hakkını (GG m. 103/1) ihlal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre GG m. 103/1 uyarınca mahkeme, yargılamaya katılan kişilerin ileri sürdüğü hususları dikkate almalı ve değerlendirmelidir (BVerfGE 58, 353 [356] = NJW 1982, 30). Yargılama hukukuna ilişkin temel bir hak olarak hukuki dinlenme hakkı ile mahkemece verilen kararın tarafların esasa ilişkin beyanları konusunda bilgilendirilme ve beyanlarının dikkate alınmamasına sebep olacak yargılama hataları olmaksızın verilmesi güvence altına alınmalıdır (BVerfGE 50, 32 [35] = NJW 1979, 413). Bu bağlamda GG m. 103/1, ZPO'da geçerli diğer ilkeler uyarınca kanun veya mahkeme tarafından belirlenen süreler içerisinde mahkemeye sunulan tüm dilekçelerin dikkate alınmasını gerektirir (BVerfGE 34, 344 [34]). Ayrıca hukuki dinlenme hakkının sağlanması, mahkemenin taraflara, § 296/1 ZPO uyarınca ileri sürecekleri iddia ve*

<sup>201</sup> Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 62.

<sup>202</sup> Auernig, *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*, 67-68.

<sup>203</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 55.

<sup>204</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 55.

<sup>205</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 24-25a; Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 55; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (65-66); Musielak vd., *Zivilprozessordnung*, ZPO § 139 (19).

<sup>206</sup> BGH, NJW 1999, s. 2124.

<sup>207</sup> Musielak vd., *Zivilprozessordnung*, ZPO § 139 (19); Bernhard Wiczorek vd., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze* (Berlin: Walter de Gruyter, 2013), § 139 (204).

<sup>208</sup> BVerfG, NJW 1987, 485, 1/2.

*savunma araçları için öngörülen sürenin geçirilmesinden sonra bunların sunulmasına izin verilip verilmeyeceğini belirleyen hususların dikkate alınmasını zorunlu kılar.*

*İlk derece mahkemesi, bu zorunluluğa uymamıştır; çünkü cevap dilekçesinde davalının vekilinin dilekçelerinin doğrudan karşı tarafa tebliğ etmiş olduğuna dair işaret edilen husus, açıkça dikkate alınmamıştır. Burada, bu hususun hangi sebeple dikkate alınmadığı önem arz etmez (BVerfGE 53, 219 [222 vd.]). Bu, ilgili kararın gerekçesinden anlaşılabilirdiği gibi, davalının ileri sürdüğü hususların reddedilmesi de bu ihlale dayanmaktadır; çünkü mahkeme hükmün gerekçesinde dilekçelerin avukatlar arasında tebliğ edilmiş olması halinde asıl davanın davacısının, davalının ileri sürdükleri malzemelere sözlü yargılamanın sonuna kadar dayanmasını kendisinden beklenebilir (zumutbar) bulmuştur. Ancak, davalının ileri sürdüğü bu husus dikkate alınmış olsaydı davalı lehine bir karara varılmış olacağı sonucuna varılamaz."*

Vakıaların ileri sürülme zamanı, Alman ve Türk hukukunda farklı şekillerde düzenlenmiş olmasına rağmen önemli olan kanunda belirtilen sürede usulüne uygun ileri sürülen hususların dikkate alınmadan karar verilmiş olup olmadığıdır. Bu konuda bir tereddüt var ise, mahkeme öncelikle bu hususta gerekirse aydınlatma ödevini de yerine getirerek taraflara açıklama yaptırmalı ve bu vakıanın dikkate alınıp alınmayacağına karar vermelidir.

İşaret ve müzakere ödevinin kapsamının belirlenmesine tarafların avukat ile temsil edilip edilmediklerine de bakılmalıdır<sup>209</sup>. Muhatabların vekil ile temsil edilip edilmemeleri durumundaki kapsam farklılık gösterebilir<sup>210</sup>. Taraflar avukat ile temsil edilmiyorlarsa açıklama haklarını kullanabilecekleri ölçüde hukukî görüş sunulmalıdır. Mahkeme, bakış açısının içeriğini tarafın açıklama hakkının kullanılabilmesine olanak sağlayacak ölçüde detaylandırmalıdır. Bu detaylandırma, aynı zamanda mahkemenin hukukî görüşünü açıklaması anlamına gelebilir<sup>211</sup>. Mahkeme, izah edilen gereklilikler doğrultusunda, hukukî bakış açısını açıklamak ve aynı zamanda tarafların bunlarla ilgili açıklama yapmalarına imkân tanımak durumundadır.

Tarafların ya da taraflardan birinin avukat ile temsil edilmesi işaret ve müzakere ödevinin uygulanmaması için bir gerekçe olarak kabul edilemez<sup>212</sup>. Avukat ile temsil durumunda gözden kaçan bir hususun olmayacağı ya da önemsiz addedilen bir hususun bulunmadığı kesin bir şekilde söylenemeyecektir. Öyle ki, amacı maddî gerçeğe ulaşarak tarafların menfaatini temin etmek olan yargılamanın, sırf avukatla temsil ediliyor diye tarafın aleyhinde sonuç doğurmasını kabul etmek mantıklı değildir<sup>213</sup>. Avukatların da hata yapabileceği ve bazı hususları gözden kaçırabilecekleri gözletilmelidir<sup>214</sup>.

Taraflarca tesis edilen usûl işlemleri irdelendiğinde tarafların bilmedikleri anlaşılabilir, öngöremedikleri ve kendilerinden bilmelerinin beklenmesi makul sayılmayacak hukukî sebepler -hâkim vasıtasıyla- müzakere edilmelidir. Müzakere konusunun sınırlarını, yukarıda belirtildiği üzere kararı etkileyen hususlar oluşturur<sup>215</sup>. Bu çerçevede mahkemenin hükmünü tarafların beklediklerinden farklı bir hukuk

<sup>209</sup> Bir kişinin avukat ile temsil edilmesi durumunda ona karşı ödevin yerine getirilmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin farklı yöndeki kararlar için bkz. Nowak, *Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit*, 44, dip. 18-25.

<sup>210</sup> Ayrıca bkz. Sarbach, *Das Verbot überraschender Rechtsanwendung im ordentlichen Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 208 (667).

<sup>211</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 90.

<sup>212</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 91-92; Nowak, *Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit*, 47; Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 103-104, 201. Bu yönde bir karar için bkz. BGH, NJW-RR 1990, s. 857.

<sup>213</sup> Tarafın hakkının avukat seçimindeki becerisine bağlı olmaması gerektiği hususunda bkz. Stürner, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*, 19 (15).

<sup>214</sup> Tarafın ya da vekilinin kusurunun bu kapsamda değerlendirilemeyeceği hakkında bkz. Krüger vd., *Münchener Kommentar zur ZPO*, § 139 (42); Musielak vd., *Zivilprozessordnung*, ZPO § 139 (22); Volkert Vowerk vd., *BeckOK ZPO* (2023), ZPO § 139 (17); Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 174-175, 199-200.

<sup>215</sup> Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, 190; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (72).

kuralına dayandırması sürpriz karar olarak değerlendirilecektir<sup>216</sup>. Aynı şekilde mahkemenin kararını, tarafların kararın verildiği tarihte kadarki sürece değin beklemek zorunda olmadığı bir hukukî nitelendirmeye (hukukî hususa) dayandırması durumunda sürpriz karar verme yasağının ihlâl edildiği söylenebilecektir<sup>217</sup>. Mahkemenin usûlî konularda vermek istediği kararları da bu kapsamda ele almak gerekir. Örneğin, mahkemenin yargılamanın ilerleyen aşamalarında görevsizlik ya da yetkisizlik kararı vermek istemesi durumunda konu ile ilgili tarafların beyanlarını alması gerekecektir<sup>218</sup>.

Yargılama sırasında uyuşmazlığa uygulanacak kuralın değişmesi söz konusu olabilir. Derhâl uygulanması gereken bir kural değişikliğinin varlığı hâlinde bunun taraflarca öngörülebilir olup olmadığına bakılması gerektiği düşünülebilir ise de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi<sup>219</sup>, ister usûle isterse esasa ilişkin olsun, değişen kuralın uygulanmasının tartışmaya yol açabileceği kanaatindedir. Bu bağlamda değişen hukuk kuralına işaret edilerek müzakere yürütülmelidir. Bu çerçevede ilgili tarafa / taraflara uygulanacak hükmün işaret edilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde taraf, hazırlıksız yakalanmış ve âdil yargılanma hakkı ihlâl edilmiş olacaktır.

Sürpriz karar verme yasağının kapsamının özellik arz eden hususlardan biri de karara temel teşkil etmeyen, ancak alternatif bir gerekçe olarak kullanılan yan hususlardır (*Hilfsbegründung*)<sup>220</sup>. Kararın dayanağını teşkil eden ve kararın oluşmasını sağlayan -karara etki eden- ana hususların yanı sıra karara etki eden ana hususları destekleyen yan hususlar (*Hilfsbegründung*) da bulunabilmektedir. Yan hususların kararı destekleyen bir etkisi bulunduğu gibi kimi durumlarda ana hususun ortadan kaldırılarak yan hususa dayalı karar verilebilmesi de mümkündür. Kanun yoluna başvuru imkânı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kararı etkileyen yan hususlar da sürpriz karar verme yasağı kapsamında değerlendirilmelidir<sup>221</sup>. Ana husus ve yan hususla ilgili tasnifin temeli Alman medenî usûl hukukunda izah edilmiştir. Bu çerçevede, kısaca, ilgili düzenlemeye ve düzenleme kapsamındaki açıklamalara yer vererek tasnifi belirgin hâle getireceğiz.

Sürpriz karar verme yasağının kapsamının belirlenmesinde, § 139 dZPO uyarınca, aslî alacaklar/talepler (*Hauptforderung*) ile fer'i alacaklar/talepler (*Nebenforderung*) arasında ayırım yapılmıştır. § 139/2 dZPO'da yan talepler/fer'i alacaklar (*Nebenforderung*) -sürpriz karar verme yasağı özelinde- dışlanmıştır<sup>222</sup>. Düzenlemeye göre taraflardan birinin gözden kaçırdığı açıkça anlaşılan ya da önemsiz addedilen husus, yan talebe (*Nebenforderung*) ilişkin olmamalıdır. Bu bağlamda faiz ve yargılama gideri gibi ana talebe bağlı olan talepler yan taleptir<sup>223</sup>. Fer'i alacakların/yan talebin çerçevesini dava konusunun değerinin tespitine ilişkin § 4 dZPO çizmektedir. Bu düzenlemeye göre, semereler, faiz ve masraf ile kambiyo senetlerine mündemiç alacağı ek olarak ileri sürülen talepler fer'i alacak veya fer'i hak niteliğindedir. Kimi yazarlar talebin nitelendirilmesinde toplam dava değerinin yüzde 5'i ile yüzde 20'si arasında değişen oranların dikkate alınacağı kanaatindedir<sup>224</sup>. Bu anlayışta fer'î talebin, aslî talebin

<sup>216</sup> Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (67); Musielak vd., *Zivilprozessordnung*, ZPO § 139 (19).

<sup>217</sup> BVerwG, BeckRS 2022, 17176.

<sup>218</sup> Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (68); Pekcanitez vd., *Medenî Usûl Hukuku*, 1285.

<sup>219</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Alexe / Romanya, B. No: 66522/09 (3 Ağustos 2016), (41-42, 44).

<sup>220</sup> Koch *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 58.

<sup>221</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 29 vd.; Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 59-60.

<sup>222</sup> Helbig, *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*, 23, 67 vd.; Heinz Thomas vd., *Zivilprozessordnung* (München: C.H. Beck, 2012), § 139 (24); Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (82-83); Krüger vd., *Münchener Kommentar zur ZPO* § 139 (44); Musielak vd., *Zivilprozessordnung*, ZPO § 139 (20); Vowerk vd., *BeckOK ZPO*, ZPO § 139 (37); Richard Zöller – Reinhard Greger, *Zivilprozessordnung* (Köln: Dr. Otto Schmidt KG, 2024), § 139 (5).

<sup>223</sup> Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 177; Prütting –Gehrlein, *ZPO Kommentar*, § 139 (82-83).

<sup>224</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 66, dip. 226; Stein ve diğerleri yan taleplere ilişkin %10 ila %15'ine kadar varsayımsal bir oran belirlenmesini geniş bulduklarına ilişkin bkz. Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (85). Yan taleplere ilişkin %10 ilâ 15 oranını zikreden görüş için bkz. Musielak vd., *Zivilprozessordnung*, ZPO § 139 (20). Uyuşmazlığın özelliğine göre daha düşük bir oran kabul edilebilecek olmakla birlikte %10 oranının dikkate alınabileceği yönünde bkz. Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 178.

ekonomik değerine yakın olduğu ya da aştığı durumlarda, önemli ölçüde hak kayıpları yaşanacağından değiştirilmesi gerektiği fikri mevcuttur. Ayrıca uyuşmazlığın ilk derece mahkemesinde nihayete erdirilebilmesi için yan taleplerin de dikkate alınması gerekmektedir<sup>225</sup>. Bununla birlikte Alman usul hukuku öğretisinde fer'i alacağı ilişkin taleplerin, ana talebin bileşeni oldukları; bu nedenle hukukî dinlenilme hakkı nazara alınarak bu taleplere karşı bütüncül bir yaklaşım sergilenmesi gerektiği ve belirli oranların temel alınması yerine § 4 dZPO<sup>226</sup> hükmünün esas alınmasının isabetli olacağı ifade edilmiştir<sup>227</sup>. Bu bağlamda, asıl talep temel alınarak oransal bir yaklaşım belirlemektense taraflar için önem arz eden, hukukî ve fiili açıdan ayrıntılı bir şekilde yargılamaya konu edilerek müzakere edilmiş yan talebin, hükmün amacı gözetilerek sürpriz karar verme yasağı kapsamında değerlendirmesi daha mantıklı görünmektedir<sup>228</sup>.

Netice itibarıyla maddî hukuka ilişkin düzenlemelerin yanı sıra usûl hukukuna ilişkin düzenlemeler, örf ve âdet, sözleşme hükümleri ve bunların yorumlanması<sup>229</sup>, hukukî argümanlar, öğreti ve yargı kararları kelimenin kapsamında kabul edilmektedir<sup>230</sup>. Buradan bir kanun maddesinin mahkeme tarafından ne şekilde yorumlanacağına paylaşılması gerektiği yönünde bir çıkarım yapılmamalıdır. Bir hükme ilişkin yorum sorunu var ise, tarafların yorum sorununun varlığından haberdar olmaları yeterlidir. Daha fazlasının temin edilmesi hâlinde mahkeme, adeta, gerekçeli kararın taslağını önceden taraflara iletmiş ve tartışmaya açmış olacaktır<sup>231</sup> ki bu durum, hâkimin tarafsızlığını etkileyecektir.

## Sonuç

Sürpriz karar verme yasağına ilişkin olarak Türk hukukunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte kavrama Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporunun "hukukî dinlenilme hakkı" kenar başlıklı 32'nci maddesinin gerekçesinde yer verilmiştir. Yasağın hukukî dinlenilme hakkının mı yoksa hâkimin davayı aydınlatma ödevinin mi bir unsuru olduğu konusunda görüş birliği yoktur.

Sürpriz karar verme yasağı Alman hukukunda § 139/2 dZPO'de ve Avusturya hukukunda § 182a öZPO'de düzenlenmiştir. Alman hukukunda § 139/2 dZPO'de hukukî ve maddi hususların; Avusturya hukukunda § 182a öZPO'de ise hukukî hususların yasağın kapsamına girdiği ifade edilmiştir.

Sürpriz karar verme yasağı ortaya çıkış şekli ve etkisi itibarıyla dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılarak ele alınabilir. Geniş anlamda sürpriz karar verme yasağı bir mahkeme içtihadının gerekçe sunulmaksızın değiştirilmesi suretiyle tarafların, müdahillerin ve ilgililerin yanı sıra kararı dikkate almak durumunda olan çok sayıda kişinin şaşırılması olarak ifade edilebilir. Dar anlamda sürpriz karar verme yasağı ise, yargılamada karara etki eden bir hususu taraflardan birinin açıkça gözden kaçırmaması ya da açıkça önemsiz addetmesi veya hâkimin taraflardan farklı değerlendirmesidir.

<sup>225</sup> Stürner, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*, 65-66 (89-90); Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 178; Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 64-65.

<sup>226</sup> Alman Medenî Usûl Kanunu § 4'te yer alan hüküm şöyledir: "(1) Für die Wertberechnung ist der Zeitpunkt der Einreichung der Klage, in der Rechtsmittelinstanz der Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels, bei der Verurteilung der Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, entscheidend; Früchte, Nutzungen, Zinsen und Kosten bleiben unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. (2) Bei Ansprüchen aus Wechseln im Sinne des Wechselgesetzes sind Zinsen, Kosten und Provision, die außer der Wechselsumme gefordert werden, als Nebenforderungen anzusehen."

<sup>227</sup> Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 66-67.

<sup>228</sup> Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (84).

<sup>229</sup> Sözleşme ifadesi ile usûl hukukunda netice doğuran ispat sözleşmelerini de bu çerçevede ele almak gerekir. İspat sözleşmeleri için bkz. Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, 111 vd.

<sup>230</sup> Laumen, ss. 168-169; Koch, *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*, 54-55; Karaaslan, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 263; Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (65-66).

<sup>231</sup> Stein vd., *Zivilprozessordnung*, § 139 (66).

Yasak ile hukukî dinlenme hakkının somutlaştırılması temin edilerek tartışılmayan bir hususun kararın temeli hâline gelmesi engellenir. Hâkimin kararını böyle bir hususa dayandırmak istemesi hâlinde taraflara açıklama yapma imkânı tanınması gerekir. Böylelikle âdil yargılanma hakkı korunur ve yargılama hızlandırılarak etkin hâle getirilir. Sürpriz karar verme yasağı ile aynı zamanda hukukî öngörülebilirlik sağlanır. Sürpriz karar verme yasağı kişi bakımından davanın taraflarını, müdahilleri, ilgilileri, geçici hukukî koruma taleplerinin taraflarını, karara şaşırma ve / veya şaşırma ihtimali bulunanları kapsar. Konu bakımından ise, maddi ve hukukî hususlar sürpriz karar verme yasağının kapsamındadır. Alman hukukunda taleplerin niteliği dikkate alınarak ana husus ve yan husus ayrımı yapılmış ise de Türk hukukunda bu yönde bir ayırım yoktur.

Hukukî hususlar, esasa ve usûle ilişkin hukuk kurallarını, ispata ilişkin kuralları, ispat yükü ve delilleri, hukukî kavramları, görüşleri, örf ve âdet kurallarını, sözleşme hükümlerini, bunların yorumlanmasını içerir. Hâkim karara etki edecek hukukî hususları taraflarla müzakere etmelidir. Alman hukukunda sürpriz karar verme yasağı kapsamında değerlendirilen usul hukukuna ilişkin hususlar hakkında Türk hukuku açısından da bu konulardaki kanuni sınırların her iki ülke hukukunda farklı olduğu yönler olsa da benzer bir yaklaşımın geçerli olduğu söylenebilir.

## Kaynakça

- Acar, Tuna. *Türk ve Mukayeseli Medenî Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Akcan, Recep. *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri*. Ankara: Nobel Yayınları, 1999.
- Akil, Cenk. "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57/3 (2008), 1-62.
- Akkanat, Halil. *Medenî Hukukun Uygulanmasında Yöntem*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024.
- Aktepe Artık, Sezin. *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.
- Alangoya, Yavuz. *Medenî Usul Hukukunda Vakıtların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979.
- Alangoya, Yavuz. "Dava Temeli, Hakimin Dava Malzemesinin Toplanmasındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında". *Yavuz Alangoya Makaleler (2012)*, 283-331.
- Aras, Aslı. *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2017.
- Arslan, Ramazan. *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1977.
- Atalay, Esra. "Yargısal Temel Haklar". *Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan (1997)*, 437-454.
- Atalı, Murat. *Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014.
- Auernig, Katharina. *Das Überraschungsverbot Verhinderung und Bekämpfung von Überraschungsentscheidungen im Zivilprozess und im Schiedsverfahren*. Wien: Universität Wien, Doktora Tezi, 2018.
- Aydemir, Dilek. "Taleple Bağlılık ve Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkelerinin Birlikte Uygulanışında Davayı Aydınlatma Ödevinin Önemi". *İlamat Torbası (Ekim 2020)*, 3-24.
- Bal, Gizem. "Medeni Yargılamada Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi". *SDE Akademi Dergisi* 2/5 (2022), 70-96.
- Bärmann, Johannes. *Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht*. Berlin – Heidelberg: Springer, 1968.
- Blomeyer, Arwed. *Zivilprozeßrecht – Erkenntnisverfahren*. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1985.
- Bolayır, Nur. *Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Boran Güneysu, Nilüfer. *Medenî Usûl Hukukunda Karar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Budak, Ali Cem – Karaaslan, Varol. *Medenî Usul Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023.
- Çernis, Volf. *Tatbikattan Çizgiler*. İstanbul: Sermet Matbaası, 1962.
- Çiftçi, Pınar. *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Demirkol, Berk. "Karşılaştırmalı Hukukta Hakem Kararlarının Tenfizinde Hukukî Dinlenilme Hakkı". *Tahkimde Hukukî Dinlenilme Hakkı*. ed. Ziya Akıncı – Yasin Ekmen. 179-198. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

- Ermenek, İbrahim. "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar". *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi* 9/26 (2013), 3-55.
- Ermenek, İbrahim. *Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Gottwald, Peter. "2001 Reform Kanunu'nun Ardından Almanya'da Medenî Usûl Hukuku". çev. Murat Atalı ve Mustafa Göksu. *Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi* 2/3 (2006), 687-704.
- Görgün, L. Şanal. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Grunsky, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts*. Bielefeld: Giesecking, 1974.
- Grunsky, Wolfgang – Baur, Fritz. *Zivilprozessrecht*. Bielefeld: Luchterhand, 2003.
- Güleç, Şafak. *Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Hanağası, Emel. *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Habscheid, Walther J. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*. Bielefeld: Heimat, 1956.
- Helbig, Fritz. *Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO*. Berlin: Albert Ludwings Universität, 1979.
- Henckel, Wolfram. *Prozeßrecht und materielles Recht*. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1970.
- Karaaslan, Varol. "Hakimin Tarafsızlığı İlkesi ile Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki". *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Mihir Özel Sayısı* 4/2 (2014), 97-130.
- Karaaslan, Varol. *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Basım, 2019.
- Kıyığı, Osman Nazım. *Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü*. 2. Cilt. München: C.H. Beck, 1999.
- Krüger, Wolfgang vd. *Münchener Kommentar zur ZPO*. München: C. H. Beck, 2022.
- Koch, Melanie. *Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz*. Hamburg: Dr. Kovac, 2003.
- Köksoy, Mesut. *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. İstanbul: Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, 2001.
- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.
- Laumen, Hans – Willi. *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns KG, 1984.
- Meriç, Nedim. "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/Özel Sayı (2009) 377-424.
- Meriç, Nedim. *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Meriç, Nedim. "Medenî Usûl Hukuku Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi (Yargılamanın Hukukî Güvenilirliği)". Anayasa – Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku İlişkisi, XVIII. Antalya Toplantısı, *Türk Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği* (2023), 31-51.

- Musiellak, Hans – Joachim vd. *Zivilprozessordnung*. München: Franz Vahlen, 11. Basım, 2023.
- Nowak, Erwin. *Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit*. Bochum: Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, 1991.
- Örücü, Esin. “Karşılaştırmalı Hukukçu Gözüyle İskoç Hukuk Sistemi”. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18 (1990), 71-81.
- Özekes, Muhammet. *Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Özekes, Muhammet. “Medenî Usûl Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”. *Yargıtay Dergisi* 26/4 (2000), 661-699.
- Özer, Tülay. *HUMK’tan HMK’ya Medenî Usul Kanunu Tasarıları*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, 2012.
- Özçelik, Volkan. *Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Pekcanitez, Hakan. “Hukuki Dinlenilme Hakkı”. *Seyfullah Edis’e Armağan* (2000), 753-791.
- Pekcanitez, Hakan vd., *Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, 2017.
- Peters, Egbert. *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983.
- Postacıoğlu, İlhan E. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Vârisleri Koll. Şti., 6. Basım, 1975.
- Postacıoğlu, İlhan E. – Altay, Sümer. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Prütting, Hanns – Markus Gehrlein. *ZPO Kommentar*. Köln: Luchterhand, 2010.
- Rosenberg, Leo vd., *Zivilprozessrecht*. München: C.H. Beck, 17. Basım, 2010.
- Rumpf, Christian. “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara: 1993, 25-48.
- Sarbach, Roland. *Das Verbot überraschender Rechtsanwendung im ordentlichen Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*. Bern: Dike AG, 2017.
- Sarbach, Martin. *Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht*. Bern: Stämpfli AG Bern, 2003.
- Schumann, Ekkehard. “Die absolute Pflicht zum richterlichen Hinweis (§ 139 Abs. 2 ZPO)”. *FS für Dieter Leipold* 2009, 175-200.
- Stein, Friedrich vd., *Zivilprozessordnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 23. Basım, 2016.
- Stuerwald, Karl. *Almanca – Türkçe Sözlük*. İstanbul: Abc Kitabevi, 1998.
- Oberhammer, Paul vd., *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*. Zürich: Legalis, 2013.
- Stürner, Rolf. *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1982.
- Şeker, Hilmi. *Esbab-ı Mucibe’den Retoriğe Hukukta Gerekeçe*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, 2018.
- TBMM, Türkiye Büyük Millet Meclisi. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/1574)*. Ankara: TBMM, 2018.
- Thomas, Heinz vd., *Zivilprozessordnung*. München: C.H. Beck, 33. Basım, 2012.



- Tok, Ozan. "Manevi Tazminat Talebi ve Davasının Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması". *Sakarya Üniversitesi Dergisi* 3/2, 17-18.
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2. Basım, 2014.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul: Nesil Matbaacılık, 7. Basım, 2000.
- Vorwerk, Volkert vd. *BeckOK ZPO*. 51. Basım, 2023. [www.beck-online.beck.de](http://www.beck-online.beck.de)
- Waldner, Wolfram. *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns KG, 1989.
- Wassermann, Rudolf. *Der Soziale Zivilprozess*. Neuwies – Darmstadt: 1978.
- Weyland, Dag - Kilimann, Ralf. *Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO*. München: Franz Vahlen, 20. Basım, 2024.
- Wieczorek, Bernhard vd. *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*. Berlin: Walter de Gruyter, 4. Basım, 2013.
- Willisegger, Daniel. *Grundstruktur des Zivilprozesses*. Basel: Schulthess, 2012.
- Yardımcı, Taner Emre. *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Yıldırım, M. Kâmil. *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*. Kazancı Matbaacılık: İstanbul, 1990.
- Yıldırım, M. Kâmil. *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf*. İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000.
- Yılmaz, Ejder. *Medenî Yargılama Hukukunda Islah*. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Basım, 2013.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. 1. Cilt, Ankara: Yekin Yayınları, 3. Basım, 2017.
- Yılmaz, Ejder. "Hukukî Dinlenilme Hakkı". *Tahkimde Hukukî Dinlenilme Hakkı*. ed. Ziya Akıncı – Yasin Ekmen. 1-20. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Zöllner, Richard – Reinhard Greger. *Zivilprozessordnung*. Köln: Dr. Otto Schmidt KG, 35. Basım, 2024.

## Makale Bilgi Formu

**Yazar(lar)ın Notları:** Bu araştırma makalesi Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Öğretim ve Sınav Uygulama Esaslarının 29/3 maddesi uyarınca tez savunmasına girilebilmesi için tezle ilişkili makale yayımlanması şartına istinaden "Medenî Usûl Hukukunda Sürpriz Karar Verme Yasağı" konulu doktora tezinden türetilmiştir. Derginin yazım kuralları ile DergiPark'ta yayımlanan SHD Makale Şablonu arasında fark olduğu görülmüştür. Makalenin DergiPark'a yükleneceği gözetilerek başlıklarladaki büyük – küçük harf tercihi şablon dikkate alınmıştır.

**Yazar(lar)ın Katkıları:** Bu makalenin yazımına tüm yazarlar eşit katkıda bulunmuştur. Tüm yazarlar son metni okudu ve onayladı.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazarlar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Kefalet Sözleşmesinin Şekli Geçerlilik Şartları ve Ticaret Hukuku Açısından Özellik Arz Eden Hususlar

### *Validity Conditions Regarding the Form of the Guarantee Agreement and Special Issues in Terms of Commercial Law*

Temel Güner<sup>ID</sup>

Dr. Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku  
Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye  
temelguner@hacettepe.edu.tr



**Öz:** Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 12/1 gereği, sözleşmelerin geçerliliği kural olarak şekle tabi değildir. Ancak özellikle ivazsız olarak sorumluluk altına giren zayıf konumdaki kişileri korumak, onları sorumluluk altına girmeden önce bir kez daha düşünmeye sevk etmek amacıyla bazı sözleşmeler şekle tabi tutulmuştur. Bu bağlamda şekle tabi tutulan sözleşmelerden birisi de kefalet sözleşmesidir. Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde akdedilmesi, sorumlu olunacak azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise buna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılması gerekmektedir (TBK m. 583/1). Ayrıca kefil olan kişi evli ise eşin rızası alınmalıdır (TBK m. 584). Şekle ilişkin bu şartlar bütün kefalet sözleşmeleri için geçerlidir. Ancak bu şartların uygulama alanı ticaret hukuku açısından özellik arz edebilmektedir. Nitekim TBK m. 584/3'te, ticari işletme ile ilgili işletme sahibi; ticaret şirketleri ile ilgili ortak ve yöneticiler tarafından verilen kefaletlerde eşin rızasının aranmayacağı öngörülmüştür. Ayrıca TBK m. 603'te, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin şartların, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında akdedilen diğer sözleşmelerde de aranacağı öngörülmüştür. Bu noktada avalın da TBK m. 603 kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Yine Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 7/2'de, ticari işlerde müteselsil kefalet karinesi öngörüldüğünden, ticari işlerde müteselsil kefaletin söz konusu olabilmesi için buna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılmasının gerekli olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Çalışmamızda kefalet sözleşmesinin şekli geçerlilik şartları ve bu şartların ticaret hukuku açısından özellik arz eden durumları incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** El Yazısı, Müteselsil Kefalet, Kefalet Tarihi, Eşin Rızası, Aval

Geliş Tarihi/Received: 08.01.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 11.10.2024  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:  
28.10.2024

**Abstract:** In accordance with the provision of Article 12/1 of the Turkish Obligations Code (TOC), the validity of contracts is not subject to formality as a rule. However, some contracts have been formalized in order to protect those in a weak position who take on responsibilities gratuitously and to encourage them to think twice before taking on responsibilities. In this context, one of the contracts subject to form is the surety agreement. In order for the guarantee agreement to be valid, it must be concluded in writing and the date of guarantee, the maximum amount to be guaranteed and, in case of joint guarantee, the relevant statement must be written in handwriting (TOC 583/1). Additionally, if the guarantor is married, his/her spouse's consent must be obtained (TOC 584). These conditions regarding the form of the surety agreement are valid for all surety agreements. However, the application area of these conditions may be specific in terms of commercial law. As a matter of fact, in Article 584/3 of TOC, it is regulated that the consent of the spouse will not be required for guarantees given by the business owner of the commercial enterprise and the partners and managers of the commercial companies. Also, in TOC 603, it is stated that the conditions regarding the form of surety, the capacity to act as guarantor and the consent of the spouse will also be required in other contracts concluded by real persons regarding the provision of personal guarantee. At this point, the question arises whether the aval will be evaluated within the scope of TOC 603. Again, since Article 7/2 of the Turkish Commercial Code stipulates the presumption of joint and several suretyship in commercial transactions, the question arises whether it is necessary to write the will of joint surety in the handwriting of the guarantor in commercial works. In our study, the formal validity conditions of the surety agreement and the special situations of these conditions in terms of commercial law are examined.

**Keywords:** Hand Writing, Joint Guarantees, Guarantee Date, Partners's Consent, Aval

## Extended Abstract

In order for the contract of surety to be valid, the contract must be drawn up in writing, the maximum amount for which the guarantor will be liable, the date of surety and, in the case of joint surety, the phrase joint guarantee will must be written in the handwriting of the guarantor. In cases where joint representation is involved, it should be considered sufficient for these elements to be written in handwriting by one of the representatives and for the other representative to sign the contract. Because the purpose of the handwritten writing requirement is to prevent the mentioned elements filled in later against the guarantor. If the items in question are handwritten by one of the representatives, it will not be possible to fill them in against the guarantor. Even if people who cannot write signs the contract at a notary, the mentioned issues must be written in the guarantor's handwriting. Because the purpose of this condition is to prevent fraud and to ensure that the guarantor acts more consciously when becoming a party to the contract. It is not possible to assume that this purpose will always be achieved when the contract is drawn up in the presence of a notary.

In accordance with Article 583 of the Turkish Commercial Code (TTK), when it is desired to become a joint guarantor, the will to be a joint guarantor must be written in the handwriting of the guarantor. However, since the presumption of joint guarantee in commercial transactions is regulated in Article 7/2 of the Turkish Commercial Code, it is not necessary for the phrase joint guarantee to be written in the handwriting of the guarantor in commercial transactions. Because Article 7/2 of the Turkish Commercial Code is a special provision according to Article 583 of the Turkish Code of Obligations. Due to the relationship between special provisions and general provisions, in case of guarantee in commercial transactions, Article 7/2 of the Turkish Commercial Code should be taken as basis.

Another formal condition of surety is the consent of the spouse. However, when a commercial business owner gives surety for a debt related to her commercial enterprise, the consent of her spouse will not be required. The point that should be noted here is that the consent of the spouse is not required for the guarantee that the merchant will give not for the debt of her own commercial enterprise, but for the debt of another business related to her commercial enterprise. Because the debt of the commercial enterprise is the debt of the merchant. It is not possible for the merchant to act as guarantor for her own debt. In addition, although the name of the business owner is mentioned within the scope of the exception in the law, considering that the provision aims to eliminate the difficulty that people who run a commercial enterprise will face in finding a guarantor, the consent of the spouse should not be required for the guarantee given by the person who runs the enterprise with a operating lease arrangement for the debts of other enterprises related to the own enterprise. Another point that should be taken into consideration at this point is that the commercial enterprise whose debts are guaranteed is related to the commercial enterprise of the merchant who is the guarantor. If there is no commercial relationship between the commercial enterprise belonging to the merchant who is the guarantor and the commercial enterprise whose debt is guaranteed, the consent of the spouse is necessary.

The consent of the spouse will not be required for the guarantee given by the partners and managers of the commercial company regarding the company. However, at this point, the consent of the spouse should not be required for the guarantee given by the person only for the debts of the company of which she is a partner or manager. The consent of the spouse is required for guarantees to be given for the debt of another commercial company related to the trading company. Because the purpose of making an exception to the requirement of spouse's consent for commercial companies is to prevent the difficulties that commercial companies will experience in finding a guarantor. If a trading company with which a trading company has commercial relations needs a guarantor, the company itself can be the guarantor, so there is no need for partners or managers to be guarantors.

Article 603 of the TCC stipulates that the conditions regarding the form of surety, the capacity to act as guarantor and the consent of the spouse will also be required in other contracts concluded under other names by real persons regarding the provision of personal guarantee. It has been discussed whether aval, which is a type of personal guarantee in both doctrine and judicial practice, should be evaluated within the scope of Article 603 of the TCC, and different opinions have been put forward on the subject. In its decision dated 2018, General Assembly of the Supreme Court of Appeals for Unification of Jurisprudence ruled by majority vote that the consent of the spouse will not be required in the aval, thus ending the discussions in terms of judiciary. In our opinion, this decision that the spouse's consent will not be required in the aval is not appropriate. Since the formal conditions regarding the bill of exchange are specifically regulated in the TCC, the formal conditions regarding the guarantee should not be applied to the bill of exchange. Because the provisions regarding the form of suretyship aim to protect the guarantor, and the provisions regarding the aval aim to protect the creditor. But, the purpose of the provision regarding the spouse's consent is to prevent family integrity from being damaged due to economic reasons. In order for this purpose to be realized, the consent of the spouse must be necessary in the aval. Of course, requiring the consent of the spouse in the aval may cause some negativities in commercial life. As a matter of fact, the legislator, realizing this, clearly stipulates that the consent of the spouse will not be required for guarantees given regarding commercial enterprises and commercial companies. Thereby, the negative consequences of the spouse's consent in business life have been eliminated.

## Giriş

Kefalet sözleşmesine genellikle hatır ilişkisi sebebiyle başvurulması, kefil olan kişinin bilinçsizce sorumluluk altına girmesine neden olmaktadır. Gerçekten de, kefil olan kişi çoğunlukla kefil olduğu miktarı ödemek amacıyla değil, borçluyu arasındaki arkadaşlık veya akrabalık (hatır) ilişkisine zarar vermemek amacıyla sözleşmeye taraf olmakta, borçlunun zaten borcunu ödeyeceği düşüncesiyle hareket etmektedir. Ancak uygulamada genellikle bunun aksi gerçekleşmekte, kefil, sözleşmede kararlaştırılan miktarı alacaklıya ödemek zorunda kalmaktadır. Kefilin hatır ilişkisine dayalı olarak bilinçsizce sorumluluk üstlenmesi aileyi, bununla bağlantılı olarak toplumsal yapıyı etkilemektedir. Bunun önüne geçmek, kefil sözleşmeye taraf olmadan önce bir kez daha düşünmeye sevk etmek amacıyla kefalet sözleşmesi için bazı şekli şartlar öngörülmüştür<sup>1</sup>.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 583'te, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde akdedilmesi, sorumlu olunacak azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefil olunacaksa buna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılması şart kılınmıştır. Ayrıca TBK m. 584'te, kefil olan kişi evli ise eşin rızası aranmıştır. Bu şartlar bütün kefalet sözleşmeleri için geçerlidir. Ancak bu şartların uygulama alanı ticaret hukuku açısından özellik arz edebilmektedir. Nitekim kefalet sözleşmesinin geçerliliği için eşin rızası gerekli olmakla birlikte TBK m. 584/3'te, ticari işletme ile ilgili işletme sahibi; ticaret şirketleri ile ilgili ortak ve

<sup>1</sup> Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (Ankara: 2013), 73; Seza Reisoğlu, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19/1 (1962), 373; Haluk Tandoğan, "Kefaletin Geçerlilik Şartları", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 9 (1978), 37; Cevdet Yavuz, "Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri", *Avrupa Araştırmaları Dergisi* 12/1-2 (2004), 27; Turgut Öz (ed.), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2023), 861-862; Banu Bilge Sarıhan, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil ve Eşin Rızası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30/1(2022), 228; Cansu Kızıllırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekline İlişkin Türk Borçlar Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemeler", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 48/65 (2016), 134; Oğuzhan Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi ve Eşin Rızası* (Ankara: Seçkin, 2022), 92; Deniz Onur Aras, "Avalde Eş Rızasının Aranmasına Gerek Bulunmadığına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararının Değerlendirilmesi", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/1-1(2020), 160; Alper Uyumaz, "Feriye Demirbaş, "Kefalet Sözleşmesine İlişkin Şekil Kuralları Açısından Kefilin Sorumluluğunun Sınırı ve Kapsamı", *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (2014), 40; Fikriye Ceren Sadioğlu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi Özel Sayı* (2017), 201; Nilgün Başalp Yıldırım, "Avalde Eşin Rızası ve Özellikle TBK m. 603 Hükümünün Dolanılması Sorunu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 37/3 (2021), 8; Emrah Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 153; Seda Öktem Çevik, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* 8/89-90 (2012), 115; Heinrich-Vogt Honsell, Peter Nedim-Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar, Obligationrecht I, Auflage 5*. Basel: Helbing Lichtenbahn Verlag, 2011, 2890, Nr. 1.

yöneticiler tarafından verilen kefalette eşin rızasının aranmayacağı öngörülmüştür. Ayrıca her ne kadar TBK m. 603'te, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin şartların, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında akdedilen diğer sözleşmelerde de aranacağı öngörülse de, kambiyo senetlerine özgü bir teminat türü olan avalin, bir şahsi teminat türü olmasına rağmen TBK m. 603 kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Yine her ne kadar TBK m. 583'te müteselsil kefalet söz konusu olduğunda buna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılması şart koşulsada, Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 7/2 gereği müteselsil kefalet karinesinin geçerli olduğu ticari işlerde, müteselsil kefalet iradesinin kefilin el yazısı ile yazılmasının gerekli olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Çalışmamızda, kefalet sözleşmesinin şekli geçerlilik şartları ve ticaret hukuku bağlamında tartışmalı olan hususlar incelenmiştir.

## I. Sözleşmenin Yazılı Şekilde Akdedilmesi

TBK m. 583 gereği, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde akdedilmesi, sorumlu olunacak azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefil olunacaksa buna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılması gerekir. Her ne kadar TBK m. 15/1'de, güvenli elektronik imzanın el ile atılmış imza gibi hüküm ve sonuç doğuracağı ifade edilse de, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu<sup>2</sup> m. 5'te, teminat sözleşmelerinin elektronik imza ile akdedilemeyeceği öngörülmüştür. Bu nedenle kefilin imzasının da el ile atılması gerekir<sup>3</sup>.

TBK m. 583'te öngörülen el ile yazma şartının amacı, sorumluluk altına giren kefilin kefilin kefilini korumak olduğundan bu şart sadece kefil bakımından aranacaktır<sup>4</sup>. Bununla birlikte kefalet sözleşmesi ile alacaklı da sorumluluk altına giriyor ise sözleşmede alacaklının imzasının bulunmasının gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, şekle ilişkin şart sadece kefilin kefilini koruma amacıyla öngörüldüğünden yükümlülük altına girse dahi alacaklı bakımından uygulanmayacağını, dolayısıyla alacaklının imzası olmaksızın da sözleşmenin kurulabileceğini savunmaktadır<sup>5</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, münhasıran kefilin kefilini koruma amacı güden TBK m. 583'teki el yazısı ile yazmaya ilişkin şartlar, işin doğası gereği alacaklı bakımından uygulanmamalıdır. Ancak kefalet sözleşmesi ile alacaklı da yükümlülük altına giriyor ise TBK m. 14/1 gereği sözleşmede alacaklının da imzası bulunmalıdır<sup>6</sup>.

## II. El ile Yazılması Gereken Hususlar

Yazılılık şartının yerine getirilebilmesi için, sözleşmenin elektronik ortamda veya daktiloyla yazılması da mümkündür. Ancak kanun koyucu, sözleşmenin bütün unsurlarının elektronik ortamda veya

<sup>2</sup> 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 23/1/2004 Sayı: 25355.

<sup>3</sup> Burak Özen, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 223; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II 3. Baskı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 352; Ece Baş, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 70/2 (2012), 130; Reisoğlu, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", 379; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 77; Sarıhan, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 230; Kızılırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 136; Nihat Taşdelen, *Kefalet Sözleşmesinde Şekil*, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, (İstanbul: Beta, 1998), 733; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 94.

<sup>4</sup> Özlem Acar, *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 156; Kadir Berk Kapancı, "Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen 'Ticari İşlerde Teselsül Karinesi' Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/2 (2016), 145; Şamil Demir, "Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 108 (2013), 89; Hasan Ayrancı, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53/2 (2004), 101; Uyumaz-Demirbaş, "Kefilin Sorumluluğunun Sınırı", 40.

<sup>5</sup> Serkan Ayan, *Kefalet Sözleşmesi* (Ankara: Adalet, 2018), 194; Tandoğan, "Kefaletin Geçerlilik Şartları", 42; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 219.

<sup>6</sup> Nami Barlas, "Kefaletin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2006), 5; Nami Barlas, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri", *İzmir Barosu Dergisi* 2 (2011), 11; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 157; Reisoğlu, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", 379; Sarıhan, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 227; Kızılırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 135. Farklı yönde bkz. Yavuz, "Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi", 28; Uyumaz-Demirbaş, "Kefilin Sorumluluğunun Sınırı", 40; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 197; Honsell-Vogt-Wiegand. 2890, Nr. 2.

daktiloyla yazılmasına izin vermemiş, sahteciliği önlemek ve kefilin sözleşmeyi akdederken daha bilinçli hareket etmesini sağlamak amacıyla, sorumlu olunacak azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefil olunacaksa buna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılmasını şart kılmıştır (TBK m. 583/1). Böylece beyaza imza atmak suretiyle kefil olmanın önüne geçilmiştir<sup>7</sup>.

Aşağıda, geçerli bir kefalet sözleşmesinden bahsedilebilmesi için kefilin el yazısı ile yazılması gereken; sorumlu olunacak azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefalet konuları incelenmiştir.

### A. Kefilin sorumlu olacağı azami miktar

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kefilin el yazısı ile yazılması gereken hususlardan birisi, sorumlu olunacak azami miktardır<sup>8</sup>. Asli borç para dışında bir borç olsa dahi kefilin, sorumlu olacağı azami miktarı sözleşmeye el yazısı ile yazması gerekir<sup>9</sup>. Bu şartın yerine getirilebilmesi için asıl alacağı gönderme yapılması yeterli değildir. Sorumlu olunacak miktarın mutlaka sözleşmede özel olarak gösterilmesi gerekir<sup>10, 11</sup>. Yine basit hesaplamayla tespit edilebilir olsa dahi, sorumlu olunacak miktar sözleşmede özel olarak belirtilmedikçe geçerli bir kefaletten bahsedilemeyecektir. Örneğin aylık 10.000 TL kira bedeliyle toplam 12 aylık kira sözleşmesi akdedilmiş ve sorumlu olunacak miktar özel olarak belirtilmeksizin kira sözleşmesinden kaynaklanan borç için kefil olunmuşsa, kefilin 120.000 TL için kefil olduğu basit hesaplamayla tespit edilebilmektedir. Ancak sorumlu olunacak miktar sözleşmede özel olarak belirtilmediği için kefalet sözleşmesi geçersiz sayılacaktır<sup>12</sup>. Nitekim sorumlu olunacak miktarın kefilin el yazısı ile yazılması şartının amacı, kefilde sorumlu olacağı miktar konusunda farkındalık yaratmaktır<sup>13</sup>. Asıl alacağı atıf yapılması bu amaca hizmet etmemektedir<sup>14</sup>. Dolayısıyla uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere, sorumlu olunacak miktar özel olarak gösterilmeksizin kira sözleşmesinin

<sup>7</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 77; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 184; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 123, 136; Uyumaz-Demirbaş, "Kefilin Sorumluluğunun Sınırı", 49; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 193-196; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 187.

<sup>8</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/1122 (15 Şubat 2022): "...625.000 TL altıyüzyirmibeşbintürklirası" yazısının davalıların eli ürünü olmadığı tespit edildiği, TBK'nın 583. maddesi gereği kefalet sözleşmesinde bulunması gereken unsurların tamamının bir arada olması gerektiği, birinin dahi eksikliğinde kefalet sözleşmesinin geçerli olmayacağı..."

<sup>9</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 81; Kızıllırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 137; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 198.

<sup>10</sup> Ali Çelik, *Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 53-54; Tandoğan, "Kefaletin Geçerlilik Şartları", 42; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 233; Gümüş, *Özel Hükümler*, 359; Barlas, "Geçerlilik Şartları", 9; Demir, "Uygulama Alanı", 90; Sarıhan, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 230; Taşdelen, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 748; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 199-200.

<sup>11</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/134 (15 Ocak 2019): "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 583. maddesi uyarınca kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde düzenlenmesi ve kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkça gösterilmesi zorunludur. Kefilin sorumluluğu sözleşme kapsamındaki borçlar için ve sözleşme süresince geçerli olup, davada talep edilen makul süre tazminatı olup, belli muayyen olduğundan söz edilemez. Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinde de bu bedelden davalı kefilin sorumlu olacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece makul süre tazminatı yönünden davalı kefil hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir..."; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/3589 (3 Mayıs 2016): "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 583. maddesi (mülga 818 Sayılı Borçlar Kanununun 484. maddesi) uyarınca kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde düzenlenmesi ve kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkça gösterilmesi zorunludur. Kefilin sorumluluğu sözleşme kapsamındaki borçlar için ve sözleşme süresince geçerli olup, davada talep edilen hor kullanmadan kaynaklanan eski hale getirme bedeli ve tazminat niteliğinde olan erken tahliye nedeniyle yeniden kiraya verme süresi (makul süre) kira bedelinin belli muayyen olduğundan söz edilemez. Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinde de bu bedellerden davalı kefilin sorumlu olacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece davalı kefil hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir..."

<sup>12</sup> Alper Uyumaz-Hüseyin Bulut, "Kira Sözleşmesinde Kefaletin Güvence Olarak Gösterilmesi", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/1 (2023), 70; Barlas, "Geçerlilik Şartları", 11; Barlas, "Kefaletle İlişkin Düzenlemeler", 16; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 84; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 204. Kefil olunacak miktarın sözleşmede gösterilmesi şartının gelişim sürecine ilişkin olarak bkz. Tandoğan, "Kefaletin Geçerlilik Şartları", 47-52; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 82-84; Uyumaz-Demirbaş, "Kefilin Sorumluluğunun Sınırı", 43-44.

<sup>13</sup> Honsell-Vogt-Wiegand. 2893, Nr. 11.

<sup>14</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/17367 (21 Aralık 2015): "...Kefalet sözleşmesi BK'nın 484. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kefilin sorumlu olacağı miktarın sözleşmede açıkça gösterilmesi gerekir. Yanlar arasındaki sözleşmenin genelinde ve 6. maddesinde kefilin sorumlu olacağı miktar açıkça gösterilmemiştir. Bu maddede kefilin de borçluya birlikte teminat taahhüdünde bulunduğu yazılıdır. Bu maddenin yorumundan kefaletin geçerli olduğundan bahsedilemez..."

altının kefil tarafından imzalanması durumunda geçerli bir kefaletten söz edilemeyecektir<sup>15</sup>. Yine miktar kısmının, daha sonra kefil tarafından doldurulmak üzere tamamen boş bırakılması durumunda da sözleşme geçersiz sayılacaktır<sup>16</sup>.

İsviçre Borçlar Kanunu<sup>17</sup> m. 493/1'de, sorumlu olunacak azami miktarın sayısal (*zahlenmässig*) olarak gösterilmesi şartı aranırken, TBK m. 583'te bu yönde bir şarta yer verilmemiştir. Bu noktada, Türk hukukunda sorumlu olunacak miktarın sayısal olarak gösterilmesinin gerekip gerekmediği sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide bir görüş, her ne kadar TBK'de sorumlu olunacak miktarın sayısal olarak gösterilmesi gerektiği yönünde bir düzenlemeye yer verilmese de hükmün mehzadaki gibi yorumlanması gerektiğini, dolayısıyla sorumlu olunacak miktar rakamla veya yazıyla sayısal olarak belirtilmedikçe kefaletin geçerli olmayacağını savunmaktadır<sup>18</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, Türk kanun koyucu, mehaz düzenlemeden farklı olarak sorumlu olunacak miktarın sayısal olarak gösterilmesi yönünde bir şarta yer vermemiş, sorumlu olunacak miktarın sözleşmede gösterilmesini yeterli saymıştır. Bu nedenle sorumlu olunacak miktarın rakamla veya yazıyla sayısal olarak belirtilmesi şartı aranmamalıdır<sup>19</sup>. Kanaatimizce bu konuda, sorumlu olunacak miktarın tespiti için kefalet sözleşmesi dışındaki başka unsurlara bakmaya gerek olup olmadığı esas alınmalıdır. Sorumlu olunacak miktarın tespiti için kefalet sözleşmesi dışındaki unsurlara bakmaya gerek var ise sözleşme geçersiz sayılmalıdır. Örneğin "aylık 10.000 TL olmak üzere kira sözleşmesi boyunca kefilim" şeklindeki bir kefalette, sorumlu olunacak miktarın tespiti için kefalet sözleşmesi dışındaki bir unsura (kira sözleşmesine) bakılması gerekeceğinden sözleşme geçersiz sayılmalıdır. Yine sorumlu olunacak kira süresi ve miktarı belirtilemeksizin kefilin kira sözleşmesi süresince sorumlu olacağını öngören sözleşmeler geçersiz sayılmalıdır. Ayrıca bir yıllık kira borcu için kefil olunmasına karşın kira sözleşmesi kendiliğinden uzamışsa, uzama süresine de kefil olduğunu açıkça belirtilmedikçe kefil sadece bir yıllık kira miktarından sorumlu tutulmalıdır<sup>20</sup>. Ancak "aylık 10.000 TL'den 12 aylık kira borcu için kefilim" denildiğinde, kefalet sözleşmesi dışındaki unsurlara bakmaya gerek olmaksızın, basit hesaplama yoluyla kefalet sözleşmesinden sorumlu olunacak miktar tespit edilebildiğinden bu kefaleti geçerli saymak gerekir. Zira

<sup>15</sup> Hayriye Şen Doğramacı, "Kira Bedelinin Ödenmesini Teminat Altına Almaya Yönelik Hukuki Çareler", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5/2 (2019), 302. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/2732 (17 Ekim 2023): "...Taraflar arasındaki kira sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktar ve kefalet tarihine ilişkin el yazısı ile yazılmış bir ibare bulunmadığı, bu durumda Kanun'un 583 üncü maddesinde belirtilen şekil şartlarına uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu..."

<sup>16</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 787. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2001/791 (2 Şubat 2001): "... BK.nun 484. maddesine göre kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar iradesine mütevakıftır. Davacı tarafından 24.7.1996 tarihli sözleşmenin 150.000.000.-TL. limit ile imzaladığı ve dava dışı Celal Akyol'a bu sözleşmeye dayalı olarak kredi kullandırıldığını ve çeşitli tarihlerde düzenlenen zeyilnameler ile kullanılan kredi limitinin yükseltildiği anlaşılmaktadır. Ne varki sözleşmenin 21, 22, 23 sahifelerinde davacı kefilin açığa atılmış imzalarının bulunduğu görülmektedir. Bu durumda kredi sözleşmesi düzenlenirken davalı bankanın davacıdan üzerinde miktar belirtilmeden açığa imza aldığı kabulü gerekir. Boş olarak imzalanan kefaletle ilişkin kısımların sonradan doldurulmak suretiyle kefalet limitinin belirlenmesi yukarıda açıklanan yasal maddesi ile bağdaşmaz. Bir başka deyişle açığa imzalı kısma sonradan limit yazılması, imza atanı o miktar ile sınırlı olarak kefil haline getirmez".

<sup>17</sup> *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*, BBl 1905 II 1, 1909 III 725, 1911 I 845.

<sup>18</sup> Barlas, "Geçerlilik Şartları", 11; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 84-85; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, s. 213.

<sup>19</sup> Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 202, 203. TBK m. 583 hükmünde sadece sorumlu olunacak azami miktarın belirtilmesi şartının öngörüldüğü, sorumlu olunacak miktarın rakamla belirtilmesini şart kılan bir düzenleme bulunmadığı bu nedenle, sorumlu olunacak miktarın belirlenebilir olmasının yeterli sayılmasının ihtimal dâhilinde olduğu yönünde bkz. Uyumaz-Demirbaş, "Kefilin Sorumluluğunun Sınırı", 46.

<sup>20</sup> Yargıtay 6. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/11649 (27 Ekim 2014): "TBK. 583. (BK 484) maddesine göre kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde düzenlenmesi kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkça gösterilmesi gerekir. Sözleşmede uzayan dönemdeki borçtan kefilin sorumlu olabilmesi için azami hangi süre ile hangi miktar ile sorumlu olacağını gösterilmiş olması şarttır. Somut olayda, davacı alacaklı, davalı kiracı ve kefil hakkında başlattığı icra takibinde, 2012 Ağustos ayından 2014 yılı Mart ayına kadar olan dönem için kira alacağının tahsilini istemiştir. Dayanak kira sözleşmesine göre kefilin uzayan dönemlerde sorumlu olduğu miktar belirtilmediğinden davalı kefil borçlu 17/08/2012 dönemine kadar doğacak alacaklardan sorumludur. Bu nedenle Mahkemece, davalı kefil hakkındaki itirazın sorumlu olduğu 16 günlük kira bedeli üzerinden kaldırılması gerekirken tüm alacak üzerinden kaldırılması doğru değildir..." Bu konuda bkz. Yılmaz, Süleyman. Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kira Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57/3 (2008), 763 vd., özellikle 766-767.



bu durumda sayısal olarak ifade edilmese de sorumlu olunacak miktar sözleşmede belirtilmiştir. Yukarıdaki örneklerden farklı olarak burada, kefalet sözleşmesi dışındaki unsurlara atıf yapılmamakta sorumlu olunacak miktar sözleşmede özel olarak belirtilmektedir. Kefil olan kişi basit hesaplamayla da olsa ne kadar miktar için sorumluluk üstlendiğinin farkına varabilmekte, dolayısıyla sorumlu olacağı miktarın bilincine sözleşmeye taraf olmaktadır. Nitekim 12.4.1944 tarih ve 14/13 sayılı içtihadı birleştirme kararında<sup>21</sup>, sözleşmede kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilip gösterilmediğinin ve sözleşme içeriğinden böyle muayyen bir miktarın anlaşılmasına olanak bulunup bulunmadığının hâkim tarafından resen gözetilmesi gerektiği belirtilmiş, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi de, 2015 tarihli bir kararında benzer yönde hüküm tesis etmiştir<sup>22</sup>.

TBK m. 583'te, sorumlu olunacak miktarın yazı veya rakamla belirtilmesi gerektiği yönünde bir zorunluluk öngörülmemekle birlikte öğretide bazı yazarlar, miktar üzerinde tahrifat yapılmasının önüne geçmek amacıyla sorumlu olunacak miktarın yazıyla belirtilmesinin uygun olacağını<sup>23</sup>, hem yazı hem de rakamla farklı miktar belirtilmişse yazıya itibar edilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>24</sup>. Kanaatimizce sorumlu olunacak miktarın yazıyla yazılması şartı aranmamalı, rakamla yazılan miktarlar da geçerli kabul edilmelidir<sup>25</sup>. Ayrıca kefilin korumak açısından, ister yazı-yazı, ister rakam-rakam, isterse yazı-rakam şeklinde çifte miktar belirlenmiş olsun, sözleşmenin en düşük miktar üzerinden kurulduğu kabul edilmelidir<sup>26</sup>. Burada kambyo senetlerindeki yazı-rakam söz konusuysa yazıya itibar edilir kuralı (TTK m. 676/1) uygulanmamalıdır. Zira kıymetli evrak hukukuna ilişkin düzenlemelerin temel amacı kamu itimadını korumakken, kefaletle ilişkin düzenlemelerin temel amacı kefilin korumaktır. Ancak miktardan biri el yazısı ile diğeri elektronik ortamda veya daktiloyla yazılmış ise daha yüksek olsa dahi el yazısı ile yazılan miktar esas alınmalıdır.

Kural olarak herhangi bir yasaklayıcı düzenleme bulunmadığından<sup>27</sup> sorumlu olunacak miktarının yabancı para birimi ile gösterilmesi de mümkündür<sup>28</sup>. Ancak sorumlu olunacak miktarın yabancı para birimi ile gösterilmesi -özellikle kur şokunun yaşandığı dönemlerde- kefil açısından beklenmedik sonuçlara yol açabilir. Örneğin Euro kurunun 5 TL olduğu 10.04.2018 tarihinde 30.0000 Euro borç için kefil olan bir kişi, sözleşmenin kurulduğu anda 150.000 TL sorumluluk altına girmişken, Euro kurunun 34,71 TL olduğu 05.04.2024 tarihinde sorumluluk miktarı yaklaşık 1.040.000 TL'dir. Bu durum, kefalet sözleşmesinde sorumlu olunacak azami miktarın kefilin el yazısı ile yazılması şartı ile ulaşılmak istenen amaçla bağdaşmaz<sup>29</sup>. Bu örnekte kefilin, sözleşmeyi akdederken sorumlu olacağı miktarın bilincinde olarak hareket ettiği söylenemez. Bu nedenle kanaatimizce ticari amaç güdülmeyen işlemler sebebiyle

<sup>21</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, K. 1944/13 (12 Nisan 1944).

<sup>22</sup> Yargıtay 6. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/2545 (16 Mart 2015): "...Sözleşme süresi bir yıl olarak belirtilmiş ise de sözleşmenin özel şartları 10 maddede kefilin 5 yıl süre ile tıpkı kiracı gibi sorumlu olduğu belirtilmiş ve taraflarca imza altına alınmıştır. Bu durumda sözleşmede aylık kira ve kefilin sorumlu olduğu süre belirtilmiş olduğundan kefil bu süre içerisinde ödenmeyen kira bedellerinden sorumludur. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabul kararı verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir..."

<sup>23</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 85.

<sup>24</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 85; Çelik Al., *Müteselsil Kefaletin Kurulması*, 41; Kızıllırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 138.

<sup>25</sup> Melek Fettah, *Kefaletin Geçerliliği Bakımından Azami Meblağın Belirlenmesi*, Hüseyin Hatemi'ye Armağan (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), 712; Kızıllırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 138; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 95. Nitekim öğretide miktarın el yazısıyla belirtilmesi şartından rakamdan başka bir şeyin anlaşılacağı da ifade edilmektedir. Bkz. Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 133.

<sup>26</sup> Aynı yönde bkz. Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 171.

<sup>27</sup> Ancak 13 Eylül 2018 tarihli 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile "Türkiye'de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılmayacağı." öngörülmüştür. Dolayısıyla kararda bahsi geçen sözleşmelerde döviz endeksli kefalet verilmesi de mümkün değildir.

<sup>28</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 87; Taşdelen, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 751; Kızıllırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 137; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 97; Ayrancı, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesi", 102; Barlas, "Kefaletle İlişkin Düzenlemeler", 16; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 174.

<sup>29</sup> Berk Kenan Koyuncu-Feyza Sayın, "Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılma Sorununa Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 70/1 (2012), 342, Gülçin Elçin-Grassinger, *Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları* (İstanbul: Alfa, 1996), 182.

verilen kefaletler açısından kefil olunacak miktarın TL olarak gösterilmesi yönünde bir zorunluluk öngörülmesi veya kur farkına ilişkin üst sınır konulması yerinde olacaktır<sup>30</sup>. Bu yönde bir düzenleme yapılan kadar bu gibi durumlarda kefil, mahkemeden sözleşmenin uyarlanmasını isteyebilmelidir. Nitekim TBK m. 138/1'de, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenemeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirirse borçlunun, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiş, bu hükmün yabancı para borçları bakımından da uygulanacağı ifade edilmiştir<sup>31</sup>. Hatta kefil ile borçlu arasındaki rücu ilişkisi dikkate alındığında kefilin sözleşmenin uyarlanmasını talep etmesi bir zorunluluktur. Zira TBK m. 591 gereği kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Kefil gibi borçlunun da sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etme hakkı mevcuttur. Kefil, kefalet sözleşmesinin uyarlanması talebinde bulunmasa dahi asıl borç ilişkisinin uyarlanmasını talep etmek zorundadır. Aksi takdirde, uyarlama def'i ileri sürülmüş olsaydı borçlunun ödemedeki kurtulacağı ölçüde borçluya rücu hakkını kaybeder (TBK m. 591/3).

Sorumlu olunacak azami miktarın kefilin el yazısı ile yazılması şartı kefil koruma amacıyla öngörülmesi bir şarttır. Ancak bu şartın kefil yeterince koruduğunu söylemek mümkün değildir. Şöyle ki, 10.000 TL'lik borcun 1.000 TL'lik kısmı için kefalet veren bir kişi, ilk 1.000 TL ödendiğinde değil 10.000 TL'nin tamamı ödendiğinde sorumluluktan kurtulmaktadır. Bu nedenle TBK m. 583/2'de yazılı şekilde uyularak kefilin sorumluluğunun borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırabileceği öngörülmüştür<sup>32</sup>. Bu kapsamda kefil, kefalet sözleşmesi akdedilirken borcun belirli bir kısmı ödendiği takdirde sorumluluğunun sona ereceği yönünde bir hüküm öngörebilir. Ancak madde metninde kefilin sorumluluğunun sonradan sınırlandırılması durumunda da yazılı şekle şartına uyulması gerektiği ifade edilmiştir. Kefilin sorumluluğunu sonradan sınırlandıran sözleşmeler ibra anlamına gelir. TBK m. 132 gereği ibra sözleşmesi herhangi bir şekle şartına tabi değildir. Dolayısıyla kefilin sorumluluğunu sonradan azaltan sözleşmeler yazılı şekle uyulmasa dahi geçerli kabul edilmelidir<sup>33</sup>.

## B. Kefalet tarihi

Kefalet sözleşmesinin kuruluş tarihi, kefilin sorumluluğunun tespiti açısından önem arz etmektedir. Nitekim kefil, aksi kararlaştırılmadıkça kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlardan sorumludur (TBK m. 589/3). Süreli kefalette sürenin bitişi, kefalet tarihine göre belirlenmektedir. Süre öngörülmesiz gerçek kişilerce akdedilen kefalet sözleşmesi, kurulduğu tarihten itibaren on yılın geçmesiyle kendiliğinden sona ermektedir (TBK m. 598/3)<sup>34</sup>. Kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa dahi, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilmektedir (TBK m. 598/4). Yine kefil olan kişinin kefalet ehliyetine sahip olup olmadığı kefalet tarihine göre tespit edilmektedir. Ayrıca kefalet tarihi eşin rızası bakımından da önem arz etmektedir. Nitekim eşin rızası, evlilik birlikteliği içinde akdedilen kefalet sözleşmeleri bakımından aranmaktadır. Kefil kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda evli değilse eşin rızası aranmayacaktır<sup>35</sup>. Sözleşmede kefalet tarihi belirtilmezse, eşin rızası bulunmaması sebebiyle sözleşmenin geçersiz olmasının önüne geçmek isteyen alacaklı, kefalet sözleşmesine evlilik tarihinden önceki bir tarihi

<sup>30</sup> Benzer yönde bkz. Barlas, "Kefaletle İlişkin Düzenlemeler", 16.

<sup>31</sup> Aynı yönde bkz. Seza Reisoğlu, "Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları", *Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi* 13/3-4 (1986), 150; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 88; Taşdelen, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 751-752; Koyuncu-Sayın, "Uyarlama Sorununa Bir Bakış", 341; Grassinger, *Kefilin Savunma İmkânları*, 181-183; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 176, Fettah, *Azami Miktarın Belirtilmesi*, 713.

<sup>32</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 85; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 172-173.

<sup>33</sup> Barlas, "Kefaletle İlişkin Düzenlemeler", 14-15.

<sup>34</sup> Kızılırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 140.

<sup>35</sup> Kızılırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 139; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 206.

atabilir<sup>36</sup>. Yine sözleşmede kefalet tarihi belirtilmezse alacaklı, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten önceki alacaklarını teminat kapsamına sokabilmek için kefalet tarihini eski bir tarih olarak atabilir<sup>37</sup>. Bu tür kötüye kullanımların önüne geçmek isteyen kanun koyucu, kefalet tarihinin kefilin el yazısı ile yazılması şartını aramıştır<sup>38</sup>. Dolayısıyla kefalet tarihi sözleşmede kefilin el yazısı ile yazılmadıkça geçerli bir kefaletten bahsedilemeyecektir<sup>39</sup>.

Hazır olanlar arasında akdedilen sözleşmelerde bu şartın yerine getirilmesi kolaydır. Nitekim hazır olanlar arasında önerinin muhatabına ulaştığı anda kabul edilmesi gerekeceğinden öneriyi alan kefil, aynı anda kefalet tarihini de yazarak kabul iradesini beyan edecek ve sözleşme kurulacaktır. Aynı şekilde öneri kefil tarafından yöneltilmişse kefil, tarihi el yazısı ile atarak öneriyi alacaklıya yöneltecek alacaklı aynı anda öneriyi kabul ettiği takdirde sözleşme belirtilen tarihte kurularak hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olacaktır (TBK m. 4). Sözleşmenin hazır olmayanlar arasında akdedildiği durumlarda ise kefalet tarihinin kefilin el yazısı ile yazılması mümkün olmayacaktır. Zira hazır olmayanlar arasında sözleşme, kabul beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla kurulmakta, hüküm ve sonuçlarını ise kabul beyanının gönderildiği andan itibaren doğurmaktadır (TBK m. 11). Dolayısıyla önerinin kefil tarafından gönderildiği durumlarda, kabul beyanının ne zaman gönderileceği ve kefile ne zaman ulaşacağı belirli olmadığından kefilin kefalet tarihini (sözleşmenin kurulduğu tarihi) belirtmesi mümkün olmayacaktır. Yine önerinin alacaklı tarafından yöneltilmesi durumlarda da kabul beyanının alacaklıya ne zaman ulaşacağını tespit etmek, bir diğer ifadeyle sözleşmenin ne zaman kurulacağını kabul beyanına yazmak mümkün olmayacağından kefalet tarihinin kefilin el yazısı ile yazılması şartı yerine getirilemeyecektir<sup>40</sup>.

### C. Müteselsil kefalet ibaresi

Kefalet, adi ve müteselsil kefalet olmak üzere iki alt başlığa ayrılmaktadır. Bu ayrım, kefile başvurulabilmesi için öncelikle asıl alacaklıya veya taşınmaz rehnine başvurulmasının gerekip gerekmediği noktasında önem arz etmektedir. Nitekim adi kefalette kefile başvurabilmek için, öncelikle asıl borçlu aleyhine takip başlatıp, alacağın tahsil edilemediğini belgelemek veya alacak taşınmaz rehniyle güvence altına alınmış ise öncelikle taşınmaz rehnine başvurmak gerekmekte, aksi takdirde kefil, tartışma veya taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilmektedir (TBK m. 585/1)<sup>41</sup>. Müteselsil kefalette ise, alacaklının kefile başvurabilmek için asıl

<sup>36</sup> Mahmut Bilgen, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 28; Çelik Al., *Müteselsil Kefaletin Kurulması*, 39, 42; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 240; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 101, 164; Demir, "Uygulama Alanı", 91.

<sup>37</sup> Barlas, "Geçerlilik Şartları", 8; Bilgen, *Kefalet*, 27; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 164; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 128, 132; Kızıllırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 139; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 178-179.

<sup>38</sup> Sarıhan, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 229; Kızıllırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 139; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 178.

<sup>39</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/512 (13 Kasım 2019): "...Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesi gereğince kefalet sözleşmesinde kefalet tarihinin belirtilmesi gerektiği ve kefalet tarihinin kefil tarafından el yazısı ile açıkça yazılması gerektiği, bunun kanunda yer alan emredici bir düzenleme olduğu, mahkemelerce resen göz önüne alınması gerektiği, kredi sözleşmesi içerisinde yer alan davacının imzalı beyanını içeren kısımda kefalet tarihinin açıkça el yazısı ile belirtilmediği, bu nedenle de davacının kefalet sözleşmesinin geçerli olmadığı, geçersiz kefalet sözleşmesine dayanılarak davalı banka tarafından davalı aleyhine yapılan icra takibinden dolayı davacının davalıya borçlu olmadığına tespitine karar verilmesi gerektiği..." Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/348 (10 Şubat 2020): "...Kefalet sözleşmesinin kefalet tarihine ilişkin şekil şartı eksik bulunduğundan sözleşmenin geçersiz olduğunun kabulü ile..."

<sup>40</sup> Konu hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 98 vd. Yazar hazır olmayanlar arasında kefalet sözleşmesi kurulamayacağı görüşü yerine, hazır olmayanlar arasındaki kefalet sözleşmeleri bakımından sözleşmenin kurulması ile hüküm ve sonuçlarını doğurması anının aynı kabul edilmesini, dolayısıyla kefilin kabul beyanında kefalet tarihini el yazısıyla yazmasını ve sözleşmenin bu anda kurulmuş kabul edilmesini önermektedir. Dolayısıyla hazır olmayanlar arasında kefil sadece öneriye davette bulunabilecek, kefil kabul beyanında sorumlu olacağı azami miktarı, müteselsil kefil olma iradesini, kabul tarihini el yazısıyla yazacak, kefalet tarihini sonuç bağlanan durumlarda kabul beyanında belirtilen tarih dikkate alınacaktır. Bkz. Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 102.

<sup>41</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 160 vd.; Eren, *Özel Hükümler*, 788, 790; Yavuz, "Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi", 31; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 101 vd.

borçlu aleyhine takip başlatması gerekmekte, ifada geciken asıl borçluya ihtar çekmesi yeterli olmakta, ihtar sonuçsuz kaldığı takdirde direkt kefile başvurabilmektedir (TBK m. 586)<sup>42</sup>. Yine müteselsil kefalette kefil, alacaklıya karşı taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi def'ini ileri süremez. Sadece teslimine bağlı taşınır ve alacak rehni söz konusu ise rehni paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir (TBK m. 586/2)<sup>43</sup>.

Adi işlerde adi kefalet kural, müteselsil kefalet istisna nitelik taşımaktadır. Adi işlerde müteselsil kefalet kararlaştırılmak isteniyorsa kefilin, müteselsil kefil olduğunu sözleşmede el yazısı ile belirtmesi gerekir<sup>44</sup>. Ancak sözleşmede müteselsil kefalet iradesine yer verilmemesi -sorumlu olunacak azami miktar ve kefalet tarihinden farklı olarak- kefaleti tamamen geçersiz kılmaz. Bu durumda sözleşme adi kefalet olarak ayakta tutulur<sup>45</sup>. Bu şartın sağlanabilmesi için sözleşmede mutlaka müteselsil kefalet ibaresinin kullanılmasına gerek yoktur. Bu anlama gelen ifadelerin kullanılması örneğin; öncelikle asıl borçlu takip edilmeden kefile başvurulabileceğinin ifade edilmesi yeterlidir<sup>46</sup>.

### 1. Ticari işlerde müteselsil kefalet karinesi

Kefilin korunması ilkesinin geçerli olduğu adi işlerde adi kefalet karinesi geçerliyken, alacaklının korunması ilkesinin geçerli olduğu ticari işlerde müteselsil kefalet karinesi geçerlidir<sup>47</sup>. Nitekim TBK m. 583'te, aksi kefilin el yazısı ile belirtilmedikçe adi işlerde adi kefaletin geçerli olacağı öngörülürken; TTK m. 7/2'de, aksi kanun veya sözleşme ile belirtilmedikçe ticari işlerde müteselsil kefaletin geçerli olacağı düzenlenmiştir.

TTK m. 7'de işin sadece borçlu açısından ticari iş niteliği taşıması şart koşulmuştur. Bu nedenle müteselsil kefalet karinesinin uygulanabilmesi için işin ayrıca kefil açısından da ticari iş niteliği taşıması şart değildir<sup>48</sup>. Dolayısıyla borçlu açısından ticari iş söz konusu olduğu takdirde tacir olmayan bir kişi tarafından verilen kefalet de müteselsil kefalet sayılacaktır<sup>49</sup>. Hatta müteselsil kefalet ticari işe bağlanan bir sonuç olduğundan taraflardan hiç birisi tacir sıfatını haiz olmasa dahi müteselsil kefalet gündeme gelebilecektir. Örneğin iki esnaf arasında akdedilen cari hesap sözleşmesine kefil olan kişi müteselsil

<sup>42</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 168 vd.; Bilgen, *Kefalet*, 23; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 16.

<sup>43</sup> İfade edelim ki, her ne kadar adi kefalet ile müteselsil kefalet arasında bu temel farklar söz konusu olsa da 6098 sayılı TBK ile birlikte müteselsil kefalet adi kefaletle yaklaştırılmış, bu iki kefalet türü arasındaki fark azaltılmıştır. Nitekim talilik, her ne kadar adi kefalet sözleşmesini karakterize eden bir özellik olsa da, 818 sayılı EBK'ya nazaran 6098 sayılı TBK ile müteselsil kefalet bakımından da bir adım ön plana taşınmıştır, her ne kadar müteselsil kefalet sözleşmesinde alacaklı borçlu aleyhine takip başlatmak zorunda değilse de, kefile başvurabilmek için ifada geciken asıl borçluya ihtar çekmesi gerekmekte, ihtar sonuçsuz kaldığı takdirde kefile başvurulabilmektedir (TBK m. 586)<sup>43</sup>. Bunun da ötesinde müteselsil kefil, aynı teminat göstermek suretiyle öncelikle asıl borçluya başvurulmasını da talep edebilmektedir (TBK m. 590/2). Bu nedenle öğretilerde adi kefalet ile müteselsil kefalet arasındaki fark çok azaldığından sözleşmede müteselsil kefalet ibaresini yazmaya gerek olmadığı dahi söylenmektedir. Bkz. Kızılırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 141. Benzer yönde tespitler için bkz. Sevgi Bozkurt Yaşar, "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet Sözleşmesinin Özellikleri Kefilin Sorumluluğu ve Takibi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/175-178 (2019), 438; Barlas, "Kefaletle İlişkin Düzenlemeler", 20.

<sup>44</sup> Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 170.

<sup>45</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 89; Tandoğan, "Kefaletin Geçerlilik Şartları", 38; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 206; Kapancı, "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi", 147; Kızılırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 141; Nuri Aziz Midyat, "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefaletin Şekil Koşuluna Etkisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 75/2 (2017), 690; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 171; Aytekin Çelik, "Ticari İşlerde Birlikte Borç Altına Girilmesi ve Ticari Bir Borca Kefil Olunmasının Sonuçları", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1 (2023), 351; Demir, "Uygulama Alanı", 91; Öz, *Özel Hükümler*, 862; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 92; Bozkurt Yaşar, "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet", 457; Çelik Al., *Müteselsil Kefaletin Kurulması*, 43; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 177; Honsell-Vogt-Wiegand. 2893, Nr. 12.

<sup>46</sup> Mehmet Çelebi Can-Fahri Erdem Kaşak, "Ticarî Borçlara Kefalet Hâlinde Ticarî İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sifatının El Yazısıyla Belirtilmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği", *Terazi Hukuk Dergisi* 15/162 (2020), 268; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 172; Kızılırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 140.

<sup>47</sup> Çelik Ay., "Ticari Bir Borca Kefil Olunması", 331, 341.

<sup>48</sup> Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku 25. Baskı* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2019);78, dn. 1; Rıza Ayhan, Çağlar, Hayrettin, Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Baskı (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022) 31; Can-Kaşak, "Ticarî Borçlara Kefalet", 269; Çelik Ay., "Ticari Bir Borca Kefil Olunması", 343.

<sup>49</sup> Çelik Ay., "Ticari Bir Borca Kefil Olunması", 344. Teselsül karinesinin uygulanabilmesi için, alacaklı ya da borçlunun tacir olması gerektiği, kefilin tacir olmasına ise gerek olmadığı yönünde bkz. Ağca Toplandı, "Teselsül Karinesi", 384.

kefil olacaktır<sup>50</sup>. Bu noktada ifade edelim ki, kefil ticari işin varlığından haberdar olmasa dahi müteselsil kefalet sonucu doğacaktır<sup>51</sup>.

Ticari iş TTK m. 3 ve TTK m. 19 dikkate alınarak tespit edilecektir. Eğer TTK'de düzenlenmiş bir husus söz konusu ise, tarafların sıfatına bakılmaksızın bir ticari işin varlığı, dolayısıyla kefaletin müteselsil kefalet niteliği taşıdığı kabul edilecektir. Yine TTK'de düzenlenmemekle birlikte bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlemler ticari iş sayıldığından, bu işlem için verilen kefalet müteselsil kefalet sayılacaktır. Son olarak bir taraf için ticari iş niteliği taşıyan sözleşmeden kaynaklı borçlar diğer taraf için de ticari iş sayıldığından bu kapsamda da müteselsil kefalet söz konusu olabilecektir<sup>52</sup>. Ancak bu noktada aynı zamanda tüketici işlemi niteliği taşıyan ticari işlerde müteselsil kefalet karinesinin uygulanmayacağına işaret etmek gerekir. Zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>53</sup> (TKHK) m. 4/6'da emredici şekilde, tüketici lehine verilen kefaletlerin adi kefalet sayılacağı öngörülmüştür<sup>54</sup>. Örneğin bir öğrenci ile kamyonet sahibi bir esnaf arasında akdedilen ev eşyası taşıma sözleşmesinde, taraflar tacir olmamasına ve yapılan iş tarafların ticari işletmesini ilgilendirmemesine rağmen ev eşyası taşıma TTK'de düzenlenen bir husus olduğundan (TTK m. 894) mutlak ticari iş söz konusudur. Ancak burada öğrencinin borcu için kefil olduğunda ticari iş (TTK m. 7/2) gerekçesiyle müteselsil kefaletin varlığından söz edilemez. Burada aynı zamanda öğrenci açısından bir tüketici işlemi söz olduğundan TKHK m. 4/6 gereği adi kefalet var sayılacaktır<sup>55</sup>. Yine Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu<sup>56</sup> (BKKKK) m. 24/5'te, kredi kartları için verilen kefaletin adi kefalet sayılacağı öngörülmüştür. Kredi kartında işlem banka açısından ticari iştir, TTK m. 19/2 kapsamında kart alan için de ticari iştir. Ancak BKKKK m. 24/5 gereği kredi kartları için alınan kefalet adi kefalet sayılacaktır<sup>57</sup>. Bununla birlikte tacirlere verilen kurumsal kredi kartlarında adi kefalet karinesi uygulanmayacaktır (BKKKK m. 43/1)<sup>58</sup>.

Son olarak, TTK m.7/2'de öngörülen teselsül karinesi bir adi karene olduğundan sözleşme ile de aksinin kararlaştırılması mümkündür. Dolayısıyla kefil, bir ticari iş sebebiyle kefil olmasına rağmen adi kefil olduğunu kararlaştırabilir. Ancak ticari işlerde müteselsil kefalet karinesinin aksinin alacaklıyla kararlaştırılması gerekir. Kefaletin adi kefalet olduğuna ilişkin, kefil ile borçlu arasındaki anlaşmalar alacaklıya karşı ileri sürülemez<sup>59</sup>.

## **2. Müteselsil kefalet iradesinin kefilin el yazısı ile yazılması şartının ticari işlerde kefalet durumunda uygulanıp uygulanmayacağı sorunu**

TBK m. 583'te, sorumlu olunacak azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise buna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılması şartı aranmıştır. TTK m. 7/2'de, ticari bir borca kefil olunması durumunda kanun veya sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça müteselsil kefaletin söz konusu olacağı düzenlenmiş ancak herhangi bir şekil şartına yer verilmemiştir. Dolayısıyla sorumlu olunacak azami miktarın ve kefalet tarihinin kefilin el yazısı ile yazılması şartı ticari işlerde kefalet durumunda

<sup>50</sup> Çelik Ay., "Ticari Bir Borca Kefil Olunması", 344, dn. 59. Taraflardan birinin tacir olması gerektiği yönünde bkz. Ağca Toplandı, "Teselsül Karinesi", 34.

<sup>51</sup> Çelik Ay., "Ticari Bir Borca Kefil Olunması", 344.

<sup>52</sup> Can-Kaşak, "Ticari Borçlara Kefalet", 269; Çelik Ay., "Ticari Bir Borca Kefil Olunması", 343; Pınar Ağca Toplandı, "Teselsül Karinesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 90 (2010), 391; Bozkurt Yaşar, "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet", 448 vd.

<sup>53</sup> 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Resmi Gazete Tarih: 28/11/2013 Sayı: 28835.

<sup>54</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Arat, "Tüketici Hukukunda Kefalet Sözleşmesi", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi* 19/41 (2016), 219 vd.

<sup>55</sup> Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 78; Kapanç, "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi", 137; Can-Kaşak, "Ticari Borçlara Kefalet", 269; Çelik Ay., "Ticari Bir Borca Kefil Olunması", 345. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şebnem Akipek Öcal-Tamer Bozkurt, "Yargıtay Kararları Işığında Tüketici İşlemlerinde Ticari Hükümlerin Uygulanabilirliği Sorunu", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/2 (2023), 669.

<sup>56</sup> 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 1/3/2006 Sayı: 26095.

<sup>57</sup> Can-Kaşak, "Ticari Borçlara Kefalet", 269; Çelik Ay., "Ticari Bir Borca Kefil Olunması", 346.

<sup>58</sup> Çelik Ay., "Ticari Bir Borca Kefil Olunması", 346.

<sup>59</sup> Çelik Ay., "Ticari Bir Borca Kefil Olunması", 346; Ağca Toplandı, "Teselsül Karinesi", 388.

da uygulanacaktır<sup>60</sup>. Ancak bu noktada, müteselsil kefalet karinesi öngörülen ticari işlerde, müteselsil kefil olduğuna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılmasının gerekli olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir.

Öğretide bir görüş, TBK m. 583/1'in emredici nitelik taşıdığını, TTK m. 7/2'de ise sadece müteselsil kefalet karinesi öngörüldüğünü, TTK m. 7/2 özel hüküm olmasına rağmen ticari işler bakımından da emredici nitelik taşıyan TBK m. 583/1'in uygulanması gerektiğini, TTK m.7/2'nin uygulama alanı bulabilmesi için kanunda aksine düzenlemenin yapılmaması gerektiğini, TBK m. 583/1'de TTK m.7/2'nin aksinin kararlaştırıldığını, kaldı ki TTK m. 7/2'nin kefaletin şekil şartlarını düzenlemediğini sadece müteselsil kefalet karinesi öngördüğünü, bu nedenle ticari işlerde kefalet durumunda da müteselsil kefil olduğuna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılması gerektiğini savunmaktadır<sup>61</sup>.

Öğretide savunulan diğer görüşe göre ise, müteselsil kefil olduğuna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılması şartı, müteselsil kefaletin tarafların iradesine bırakıldığı durumlarda aranır. Kanun gereği müteselsil kefaletin öngörüldüğü durumlarda müteselsil kefalet iradesinin ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. TTK m. 7/2, TBK m. 583'e göre özel hüküm niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla ticari işler bakımından öncelikle TTK m.7/2 uygulanmalıdır<sup>62</sup>.

Her iki görüşün gerekçeleri dikkate alındığında kanaatimizce ikinci görüşe üstünlük tanınmalıdır. Nitekim müteselsil kefalet ticari işe bağlanan kanuni bir sonuçtur. Tıpkı TKHK m. 4/6'da, tüketici işlemlerinde tüketicinin alacağı için verilen kefaletler kanunen müteselsil kefalet sayıldığı gibi, ticari iş sebebiyle verilen kefaletler de kanunen müteselsil kefalet sayılmıştır<sup>63</sup>. Bu nedenle ticari işlerde müteselsil kefalet sonucunun doğabilmesi için -kefilin el yazısı ile yazılması bir tarafa- müteselsil kefalet iradesinin belirtilmesine dahi gerek yoktur. Elbette bir kanuni düzenleme ile ticari iş söz konusu olmasına rağmen müteselsil kefaletin uygulanmayacağı öngörülebilir. Nitekim TTK m.7/2'de açıkça, ticari işlerde müteselsil kefalet karinesinin adi bir karine olduğu, kanun veya sözleşme ile bunun aksinin kararlaştırılabileceği öngörülmüştür. Bu kapsamda kanun koyucu, TKHK m. 4/6'da, ticari iş niteliği taşısa dahi tüketici lehine verilen kefaletlerin adi kefalet sayılacağını öngörmüş, özel bir kanun hükmü ile TTK m. 7/2'nin aksini kararlaştırmıştır. Ancak TTK m. 7/2'de aksi kanun ile kararlaştırılmadıkça ifadesindeki kanundan kasıt, TBK m. 583'deki gibi genel bir kanun hükmü değil, TKHK m. 4/6'deki gibi özel bir kanun hükmüdür. Bir özel hükmün aksi ancak başka bir özel hükümle kararlaştırılabilir. Bir genel hükümle bir özel hükmün aksinin kararlaştırıldığı söylenemez. TTK m. 7/2 özel, TBK m. 583 ise genel hükümdür. Dolayısıyla TBK m. 583, TTK m.7/2'nin değil, TTK m.7/2, TBK m. 583'ün aksini kararlaştırmakta, ticari işlerde müteselsil kefil olduğuna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile

<sup>60</sup> Atilla Altop, "Kefalet Sözleşmesine İlişkin Olarak Türk Borçlar Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan ve Birbirleri ile Çeliştikleri Düşünülen Bazı Hükümlere İlişkin Bir Değerlendirme", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/2 (2017), 57; Çelik Ay., "Ticari Bir Borca Kefil Olunması", 352; Kızılırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 141.

<sup>61</sup> Efe Can Yıldırım, *Birlikte Kefalet* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 92-93; Ömer Cemre Koç, *Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmede Üstlenenin Hukuki Konumu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 79; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 35; Bilgen, *Kefalet*, 324; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 172; Kapanıcı, "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi", 164.

<sup>62</sup> Hüseyin Ülgen-Mehmet Helvacı-Arslan Kaya-Fusun Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku, Kısaltılarak Güncellenmiş 8. Baskı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 25; Ayhan-Çağlar-Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku*, 32; Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 72; Ali Bozer-Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku 5. Baskı*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018), 369; Cevdet Yavuz-Faruk Acar- Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler 10. Baskı* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014), 1421; Serkan Ayan, *Kefalet Sözleşmesi* (Ankara: Adalet, 2018), 61-64; Ahmet Cemal Ruhi-Canan Ruhi, *Türk Kefalet Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 33; Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku 3. Baskı* (Ankara, Legem Yayıncılık, 2019), 179; Şefika Deren Gündüz, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 89; Bozkurt Yaşar, "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet", 457; Can-Kaşak, "Ticari Borçlara Kefalet", 272 vd.; Asuman Sarı İyim, Alman Hukuku Kiyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, 47; Midyat, "Teselsül Karinesi", 681; Çelik Ay., "Ticari Bir Borca Kefil Olunması", 355 vd.; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 134; Altop, "Bazı Hükümlere İlişkin Bir Değerlendirme", 62; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 61, 210.

<sup>63</sup> Bu noktada ifade edelim ki, İİK m. 38'de icra kefaleti açısından da müteselsil kefalet karinesi öngörülmüştür. Ancak yargı uygulamasında icra kefaletinin müteselsil kefalet sayılabilmesi için müteselsil kefalet iradesinin kefilin el yazısı ile yazılması şartı aranmaktadır. Bu hususta bkz. dn. 84'deki kararlar.

yazılmasının gerekli olmadığını öngörmektedir. Nitekim Yargıtay uygulaması da, ticari işlerde kefalet durumunda müteselsil kefalet iradesinin kefilin el yazısı ile yazılmasının gerekmediği yönündedir<sup>64</sup>. Bu görüş kabul edildiği takdirde tüketici kredileri için verilen kefaletlerin TTK m. 19/2 ve TTK m. 7/2 gereği müteselsil kefalet sayılacağı, bunun da TBK m. 583 hükmü ile güdülen kefil koruma amacıyla bağdaşmayacağı düşünülebilir<sup>65</sup>. Ancak tüketici işlemleri için verilen kefaletler TKHK m. 4/6 gereği zaten adi kefalet sayılacaktır. Dolayısıyla böyle bir endişe gündeme gelmeyecektir.

#### **D. Birlikte temsil durumunda el ile yazma şartının yerine getirilmesi**

TBK m. 583'te, gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında herhangi bir ayırım yapılmamış, kefil olan herkes bakımından sorumlu olunacak azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise buna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılması şartı aranmıştır. Dolayısıyla tüzel kişilerin kefaleti durumunda da bu hususların kefilin el yazısı ile yazılması gerekir. Tüzel kişi adına tüzel kişinin organı işlemi gerçekleştireceğinden el yazısı ile yazma şartını tüzel kişinin organı yerine getirecektir. Bu noktada tüzel kişinin birden fazla üyeyle temsili söz konusu ise el yazısı ile yazma şartının üyelerden her biri için ayrı ayrı aranıp aranmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Birlikte temsilin geçerli olduğu bu gibi durumlarda üyelerden birinin bahsi geçen hususları el yazısı ile yazıp imzalaması yeterli sayılmalı, diğer üyenin imzasıyla geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir. Aynı şekilde tacir birden fazla ticari temsilci atamış ve ticari temsilcilerinin kendisini birlikte imza atmak suretiyle temsil edebileceğini öngörmüş ise, ticari temsilcilerden birinin bahsi geçen hususları el yazısı ile yazması ve imzalaması yeterli kabul edilmeli, diğer ticari temsilcinin imzasıyla sözleşme kurulmalıdır. Zira kefilin el yazısı ile yazma şartının amaçlarından birisi, sorumlu olunacak azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet ibaresinin boş bırakılıp daha sonradan kefil aleyhine doldurulmasını, farklı bir deyişle sahteciliği önlemektir. Temsile yetkili kişilerden birisi bu unsurları el yazısı ile yazdığı takdirde sahtecilik zaten önlenmiş olacaktır<sup>66</sup>.

#### **E. Sözleşmenin noter huzurunda düzenlenmesi halinde el yazısı ile yazma şartının aranıp aranmayacağı sorunu**

Kefil olmak isteyen ancak yazı yazamayan kişiler sözleşmeyi noter huzurunda düzenlediklerinde, sorumlu olunacak azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet iradesinin kefilin el yazısı ile yazılmasının gerekli olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide bir görüş, kefalet sözleşmesi noter tarafından düzenlenmiş olsa dahi, TBK m. 583'te öngörülen hususların kefilin el yazısı ile

<sup>64</sup> Yargıtay 6. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/3432 (27 Nisan 2016); Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/11100 (16 Eylül 2015) Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/6615 (14 Nisan 2016); Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/4905 (13 Haziran 2017); Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/10936 (18 Haziran 2016); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/8988 (13 Aralık 2022); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, (Hukuk Genel Kurulu) K. 2022/584 (18 Mayıs 2022): "Söz konusu kefalet senedinde, kefaletin müteselsil kefalet olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu durumda TTK'nın 7. maddesinde düzenlenen ticarî teselsül karinesi uyarınca ticarî borçlara kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. Her ne kadar "müteselsil kefalet" sözcükleri davalılar A. E. ve İ. N. E.'in kendi el yazısı ile yazılmamış ise de, somut olaydaki ticarî iş kapsamındaki kefaletin müteselsil kefalet olmadığına ilişkin aksine sözleşmede hüküm bulunmaması karşısında, TTK'nın 7/2. maddesinde ticarî işlerde müteselsil kefalet ile ilgili özel düzenleme nedeniyle, TBK'nın müteselsil kefaletle ilişkin düzenlemeleri somut olaya uygulanamayacağından davalıların kefaletinin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekmektedir. Mahkemece davalılar A. E. ve İ. N. E.'in verdiği kefaletin, bu davalıların kendi el yazılı beyanlarında müteselsil veya benzer ibare bulunmadığından adi kefalet hükmünde olduğu gerekçesiyle verilen direnme kararı yerinde değildir."; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/4462 (13 Temmuz 2023): "...Her ne kadar "müteselsil kefalet" sözcükleri davalının kendi el yazısı ile yazılmamış ise de, somut olaydaki ticarî iş kapsamındaki kefaletin müteselsil kefalet olmadığına ilişkin aksine sözleşmede hüküm bulunmaması ve 6102 sayılı Kanun'un 7 nci maddesindeki özel düzenleme nedeniyle, 6098 sayılı Kanun'un müteselsil kefaletle ilişkin düzenlemeleri somut olaya uygulanamayacağı gerekçesiyle davalı ...'nun da borca müteselsil kefaletinin bulunduğu gözetilerek değerlendirme yapılması gerektiğinden..."

<sup>65</sup> Nitekim bu yönde endişe için bkz. Kızırlırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 141-142.

<sup>66</sup> Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 222, 226; Gümüş, *Özel Hükümler*, 353; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 217; Altop, "Bazı Hükümlere İlişkin Bir Değerlendirme", 58; Bozkurt Yaşar, "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet", 445; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 161; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 129; Kapancı, "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi", 147. Aksi yönde bkz. Kızırlırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 143; Uyumaz-Demirbaş, "Kefilin Sorumluluğunun Sınırı", 54; Barlas, "Kefaletle İlişkin Düzenlemeler", 14; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 193.

yazılması gerektiğini, el yazısı ile yazma şartının amacının kefil sorumlu olacağı miktar konusunda bilinçlendirmek olduğunu, noter huzurunda sözleşmenin düzenlenmesinin bu amacı yerine getirmeyeceğini, dolayısıyla yazı yazamayan kişilerin sözleşme noter tarafından düzenlense dahi kefil olamayacağını savunmaktadır<sup>67</sup>. Diğer bir görüş ise, kefalet sözleşmesinin noter huzurunda düzenlendiği durumlarda artık TBK m. 583'te öngörülen hususların kefilin el yazısı ile yazılması şartını aramaya gerek olmadığını savunmaktadır<sup>68</sup>. Kanaatimizce hükmün amacı dikkate alındığında ilk görüşe üstünlük tanınmalıdır. Nitekim kefilin el yazısı ile yazma şartının temel amacı, sorumlu olunacak azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet iradesinin boş bırakılıp daha sonradan kefil aleyhine doldurulmasını önlemek ve kefilin sözleşmeyi akdederken daha bilinçli hareket etmesini sağlamaktır. Her ne kadar sözleşme noter huzurunda düzenlendiğinde, sorumlu olunacak azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefalet iradesi noter tarafından sözleşmeye yazılacağından bu unsurların sonradan kefil aleyhine doldurulması mümkün olmasa da, el ile yazma şartının diğer amacı kefil sorumlu olacağı miktar konusunda bilinçlendirmektir. Sözleşme noter huzurunda düzenlendiğinde bu amacın her zaman gerçekleşeceğini var saymak güçtür. Elbette noter, yazı yazamayan kişiye, ne kadar miktarla sorumlu olmak istediğini, farklarından bahsederek adi kefil mi yoksa müteselsil kefil mi olmak istediğini sorarak sözleşmeyi düzenleyebilir. Bu ihtimalde yazı yazamayan kişi muhtemelen sözleşmeyi tek başına düzenlediğinden daha bilinçli hareket eder<sup>69</sup>. Ancak her durumda bunun gerçekleşeceğini var saymak, dolayısıyla el yazısı ile yazma şartı ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleşeceğini kabul etmek mümkün değildir. Nitekim uygulamada çoğunlukla noterler borçlu tarafın beyanları doğrultusunda sözleşmeyi düzenlemekte, kefilin beyanına başvurmamaktadır. Bu nedenle mevcut düzenlemeler karşısından yazı yazamayan kişiler, sözleşme noter huzurunda düzenlense dahi geçerli bir kefalet sözleşmesi akdedemeyecektir. Ancak kanaatimizce, yapılacak bir kanuni düzenleme ile yazı yazamayan kişilerin noter huzurunda kefil olmalarına imkân tanınmalı; bu durumda noterlere, sorumlu olunacak azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet iradesinin yazı yazamayan kefile en az üç defa sözlü olarak tekrarlatma görevi yüklenmelidir.

Yazı yazabilen görme engelli kişiler ise, herhangi bir tereddüte mahal olmaksızın kefil olabilir. Ancak talep etmeleri halinde bu kişilerin imzalarında şahit aranır (TBK m. 15/3)<sup>70</sup>. Dolayısıyla yazı yazamayanlara ilişkin yukarıdaki tartışmanın görme engelliler açısından bir öneminin olmadığı söylenebilir. Ancak görme engelli veya herhangi bir engeli bulunmayan kişiler iradi olarak sözleşmeyi noter huzurunda akdetmek istediklerinde, bu kişiler açısından da el ile yazma şartı aranmalıdır<sup>71</sup>.

İcra memuru önünde akdedilen icra kefaletinde de el yazısı ile yazma şartı aranmalıdır<sup>72</sup>. Nitekim yargı uygulamasında, sorumlu olunacak azami miktarın, kefalet tarihinin ve özellikle -İİK m. 38'de müteselsil kefalet karinesi öngörülmesine rağmen- müteselsil kefalet iradesinin kefilin el yazısı ile yazılması şartının icra kefaletinde de aranması gerektiği kabul edilmektedir<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 89; Kızıllırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 138; Bilgen, *Kefalet*, 27.

<sup>68</sup> Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 160; Altop, "Bazı Hükümlere İlişkin Bir Değerlendirme", 57, özellikle dipnot 10; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 108. Benzer yönde bkz. Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 130; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 95; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 208-209; Barlas, "Kefalet İlişkin Düzenlemeler", 13; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 158.

<sup>69</sup> Aynı yönde bkz. Barlas, "Kefalet İlişkin Düzenlemeler", 13; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 158, 191.

<sup>70</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 89; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 108; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 191.

<sup>71</sup> Bu noktada uygulama açısından yazı yazamayan kişiler dışında bir sorunla karşılaşılmayacağını belirtmek gerekir. Zira noterler; kefalet tarihini, sorumlu olunacak azami miktarı ve müteselsil kefalet ibaresini bilgisayar ortamında sözleşmeye yazmakta ardından kefilin söz konusu hususları el yazısıyla tekrar yazmasını istemektedir.

<sup>72</sup> Bu hususta bkz. Zeynep Sümeyra Devci, *İcra Kefaletnameleri* (Ankara: Adalet, 2020), 63-70; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 159;

<sup>73</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/2039 (12 Şubat 2020); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/90 (11 Ocak 2023); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/9461 (15 Haziran 2017); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/19863 (7 Eylül 2015); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2013/37362 (26 Kasım 2013): "İcra kefaletinin amacı, icra takibine konu edilen ve anında ödenemeyen bir borcun üçüncü kişi (icra kefil) tarafından ödenmesini sağlamaya yöneliktir. İİK'nun 38.maddesinde kefaletin şekli hakkında özel bir hüküm bulunmadığından 6098 sayılı BK'nun 583 maddesi hükmü icra



### III.Eşin Rızası

Türk Medeni Kanunu<sup>74</sup> (TMK) m. 193 gereği, eşlerden her biri diğer eşin rızası aranmaksızın her türlü hukukî işlemi yapabilir. Ancak aile bütünlüğünün ekonomik sebeplerle bozulmasının önüne geçmek, eşlerin ailenin diğer bireylerini de etkileyecek nitelikte kararları tek başına almalarını önlemek adına bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Örneğin aile konutu üzerinde tasarrufla bulunulması durumunda diğer eşin rızası aranmıştır (TMK m. 194). Yine eşlerden birinin tek başına kefalet sözleşmesinin tarafı olması engellemiş, geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için diğer eşin rızası aranmıştır (TBK m. 584)<sup>75</sup>. Böylece sözleşmenin şartlarını bir kez de diğer eşin denetlemesi arzu edilmiş, aile birlikteliğine zarar verecek hatır kefaletlerine karşı diğer eş denetleyici otorite olarak tayin edilmiştir<sup>7677</sup>. Bu noktada rıza bakımından eşler arasında bir ayırım yapılmamış, ister kadın ister erkek olsun kefaletin geçerliliği için diğer eşin rızası aranmıştır. Yine rıza bakımından mal rejimi bakımından da bir fark gözetilmemiş, eşler arasında ister edinilmiş mallara katılma isterse de mal ayrılığı rejimi benimsenmiş olsun diğer eşin rızası aranmıştır<sup>78</sup>.

*kefilliği içinde geçerlilik şartıdır. Anılan maddenin birinci fıkrasına göre; "Kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısı ile belirtmesi şarttır.". Aynı yasanın 584.maddesinde de eşin rızasının da en geç kefalet anında alınması gerektiği hususu hüküm altına alınmıştır. Somut olayda, borçlu icra kefaleti için icra müdür yardımcısının tuttuğu tutanağa göre icra kefil olmak istediğini belirtmişse de söz konusu tutanakta kefalet tarihinin olmadığı gibi müteselsil kefil olarak yükümlülük altına girdiğine ilişkin kendi el yazısıyla bir ifadenin yazılmadığı gibi evli ise eşinin rızasının alınıp alınmadığı hususu da belli değildir". Yargıtay 8. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2013/12865 (23 Eylül 2013): "İK'nun 38. maddesinde, icra dairesindeki kefaletlerin ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabi olduğu belirtilmiş, kefaletin şekli hakkında ise, özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle genel yasa olan ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki kefaletle ilişkin, 581 ve takip eden madde hükümlerinin icra kefaletlerinde de uygulanması gerekmektedir. Somut olayda, borçlu şirket hakkındaki takip kesinleştikten sonra 18.03.2013 tarihli haciz sırasında, üçüncü kişi E.. Y.. in "dosya borcu olan 93.454,71 TL'ye icra kefil olduğu" hususunu içeren haciz zabtı İcra Müdürünün el yazısı ile düzenlenmiş olup, Yasa'nın aradığı koşullara uygun değildir..."*

<sup>74</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 8/12/2001 Sayı: 24607.

<sup>75</sup> Örnekler için bkz. Şükran Şıpka, "Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 35/1 (2015), 50 vd.; Güneş Sima Korkmaz, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası ve İstisnaları", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (2022), 168; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 192 vd.

<sup>76</sup> Muzaffer Şeker, *Kefaletle Eşin Rızası*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, 16; Mustafa Yavuz, "Yargı Kararları Işığında Kefaletle Eşin Yazılı Rızasının Alınması Zorunluluğu ve İstisnalarının Değerlendirilmesi". *Gümrük Ticaret Dergisi* 7/19 (2020), 27; Seker, Muzaffer, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Ayalde Eşin Rızasının Aranmayacağına Dair Vermiş Olduğu Karar Kapsamında Kefaletle ve Ayalde Eşin Rızası", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/2 (2017), 150-151; İsmail Kırca, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefaletle Eşin İzni*, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan (Ankara: Turhan Kitapevi, 2006), 437; Bilgen, *Kefalet*, 65; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 119; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 116; Çelik AL., *Müteselsil Kefalet Kurulması*, 59; Demir, "Uygulama Alanı", 93; Sarıhan, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 235; Türker Yalçınduran, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın TBK 603. Maddesi gereğince gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair TBK'da yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 74/1 (2016), 467; Korkmaz, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", 170; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 204; Başalp Yıldırım, "Ayalde Eşin rızası", 7; Banu Günarşlan, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", *Terazi Hukuk Dergisi* 13/143 (2018), 93; Şıpka, "Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları", 57; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 199; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 87; Bilgen, *Kefalet*, 65; Honsell-Vogt-Wiegand. 2898, Nr. 1.

<sup>77</sup> İfade etmek gerekir ki, eşin rızasına ilişkin TBK m. 584 hükmüne ilişkin Anayasa m. 48 hükmünde güvence altına alınan sözleşme özgürlüğüne aykırılık gerekçesiyle somut norm denetimi talebinde bulunulmuş, Mahkeme 26.12.2013 tarihli kararında Anayasa m. 41 kapsamında ailenin korunmasının devletin bir görevi olduğunu belirterek ailenin korunması amacıyla sözleşme özgürlüğünün kısıtlanabileceğine karar vermiştir.

<sup>78</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 91; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 190; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 116-117; Kırca, *Kefaletle Eşin İzni*, 439; Gümüş, *Özel Hükümler*, 342; Öz, *Özel Hükümler*, 867; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 119; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 119; Çelik AL., *Müteselsil Kefalet Kurulması*, 59; Sarı İyim, *Geçerlilik Şartları*, 21; Emel Badur, "Eşin Rızası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 109 (2013), 278; Sarıhan, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 238; Yalçınduran, "TBK 603. Maddesi", 470; Arif Burhanettin Kocaman-Kübra Kaya, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1 (2020), 6; Sefer Oğuz, "6098 Sayılı TBK m. 584/1'in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliğine İlişkin Düşünceler", *Bankacılar Dergisi* 86 (2013), 69; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 210; Günarşlan, "Eşin Rızası", 95; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 203; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 89, 91; Bilgen, *Kefalet*, 66; Şeker, "Kefaletle ve Ayalde Eşin Rızası", 150-151; Şeker, *Eşin Rızası*, 20; Öktem Çevik, "Eşin Yazılı rızası", 117.

## A. Eşin rızasının aranacağı durumlar

TBK m. 583/2'de, kefil olmak konusunda özel temsil yetkisi verilmesi veya kefil olma vaadinde bulunulması halinde de kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil şartına uyulması gerektiği düzenlenmiştir<sup>79</sup>. Dolayısıyla kefil olmak konusunda temsil yetkisi verilmesi veya kefalet vaadinde bulunulması halinde de eşin rızasının alınması gerekir. Bu noktada eşin rızasının temsil yetkisi verilirken veya kefalet vaadinde bulunulurken mi yoksa kefil olunurken mi aranacağı sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide bir görüş, rızanın temsil yetkisi verilirken veya vaatte bulunulurken aranması gerektiğini, kefil olunurken tekrar rızaya gerek olmadığını savunmaktadır<sup>80</sup>. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, eşin rızasını arayan hükmün amacı, kefil sorumluluk altına sokan işlemde önce eş durumundan haberdar edip onun da onayını almaktır. Kefalet için temsil yetkisi verilmesi durumunda, henüz kefil sorumluluk altına girmediğinden eşin rızasını aramayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle eşin rızası temsil yetkisi verilirken değil, temsilci kefil olurken aranmalıdır. Aksi takdirde temsilciye genel bir kefalet yetkisi verilmiş olur ki bu eşin rızasıyla güdülen amaçla bağdaşmaz. Kefalet vaadi sözleşmesinde ise, kefil olan kişinin sorumluluğunun doğması muhtemel olduğundan vaat sözleşmesi kurulurken eşin rızası aranmalı, buna karşın asıl sözleşme kurulurken tekrar rıza gerekmemelidir. Zira burada vaatte bulunan kişi sözleşme akdetmekten kaçındığı takdirde alacaklı sözleşmenin kurulması için dava açabilir. Dolayısıyla kefilin sorumluluğunun doğması muhtemel olduğundan eşin rızası vaat sözleşmesinde aranmalıdır<sup>81</sup>.

TBK m. 584/2 gereği, kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına neden olan, adi kefaleti müteselsil kefaletle dönüştüren ya da kefil yararına olan güvenceleri önemli ölçüde azaltan<sup>82</sup> değişiklikler için de eşin rızası aranacaktır<sup>83</sup>. Kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığından miktar bakımından çok düşük artışlarda da eşin rızası aranacaktır<sup>84</sup>. Bununla birlikte kefil lehine olan teminatların azaltılması sebebiyle eşin rızasının aranabilmesi için azalmanın önemli miktarda olması gerekir. Bu nedenle kefilin teminatlarında meydana gelecek asıl alacağı oranla önemsiz değişiklikler bakımından eşin rızası aranmayacaktır<sup>85</sup>. Yine rehin verilen taşınmazların piyasa değerinin düşmesinde olduğu gibi, güvencenin objektif sebeplerle azaldığı durumlarda da, işin doğası gereği eşin rızası aranmayacaktır<sup>86</sup>. Madde metninde güvence teriminden ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklama yapılmamakla birlikte, öğretide güvence kavramının geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>87</sup>. Bu sebeple borçlunun ödeme gücünü de TBK m. 584/2'de zikredilen güvence kapsamında değerlendirmek gerekir. Dolayısıyla borcun

<sup>79</sup> Bu konuda bkz. Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 267 vd.

<sup>80</sup> Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 195; Gümüş, *Özel Hükümler*, 348; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 156; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 96; Öktem Çevik, "Eşin Yazılı Rızası", 122.

<sup>81</sup> Meltem Bulut, *Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar* (Ankara: Seçkin, 2016), 38-39; Kırca, *Kefalet Eşin İzni*, 440; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 123; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 121; Badur, "Eşin Rızası", 284; Sarı İyim, *Geçerlilik Şartları*, 27; Günarslan, "Eşin Rızası", 95; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 216.

<sup>82</sup> İfade etmek gerekir ki öğretide, kefil yararına olan teminatlar eşin rızası olmadan azaltılmışsa TBK m. 592'nin kıyasen uygulanacağı, dolayısıyla kefilin sorumluluğunun da azalan teminat miktarı kadar azalacağı kabul edilmektedir. Bkz. Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 91; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 138.

<sup>83</sup> Madde metninde zikredilen bu üç durum sınırlayıcı nitelikte olduğu, bunların dışındaki hallerde eşin rızasının aranmayacağı yönünde bkz. Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 196; Kırca, *Kefalet Eşin İzni*, 441; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 125; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 120; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 16.

<sup>84</sup> Kırca, *Kefalet Eşin İzni*, 441; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 125; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 213; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 213; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 40.

<sup>85</sup> Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 197; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 127; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 16.

<sup>86</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 92; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 197; Badur, "Eşin Rızası", 283; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 16; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 217.

<sup>87</sup> Kırca, *Kefalet Eşin İzni*, 442; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 197; Gümüş, *Özel Hükümler*, 345; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 126; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 16; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 214; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 40-41; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 94.

üstlenilmesi durumunda asıl borçlu (kefilin güvencesi) değişeceğinden kefile birlikte (TBK m. 198/2) diğer eşin de rızasının alınması gerekecektir<sup>88</sup>.

Öğretide bir görüş, eşlerin birbirlerinin borcuna kefil olmaları durumunda da, aile üzerindeki ekonomik yük artmış olacağından eşin rızasının alınması gerektiğini savunmaktadır<sup>89</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, eşin rızası şartının öngörülme amacı göz önünde bulundurulduğunda, bu gibi durumlarda eşin rızası gerekmeksizin kefil olunabilmelidir<sup>90</sup>. Yargı uygulamasında ise hem eşin rızasının aranacağı<sup>91</sup> hem de aranmayacağı yönünde kararlar mevcuttur<sup>92</sup>. Kanaatimizce borcuna eş tarafından kefil olunan bir kişinin, daha sonradan eşinin rızası bulunmadığı gerekçesiyle kefalet sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi dürüstlük ilkesiyle bağdaşmaz. Yine aynı gerekçeyle diğer eşin alacaklısı olduğu borçlara kefalet durumunda da eşin rızası aranmamalıdır<sup>93</sup>.

<sup>88</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 92; Kırca, *Kefalette Eşin İzni*, 442; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 198; Gümüş, *Özel Hükümler*, 345; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 126; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 120; Badur, "Eşin Rızası", 283; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 16; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 215; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 214; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 40-41; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 94; Öktem Çevik, "Eşin Yazılı Rızası", 123.

<sup>89</sup> Şeker, *Eşin Rızası*, 21; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 195; Gümüş, *Özel Hükümler*, 342; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 124; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 117; Çelik Al., *Müteselsil Kefaletin Kurulması*, 61; Badur, "Eşin Rızası", 287; Sarı İyim, *Geçerlilik Şartları*, 24; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 15; Korkmaz, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", 175; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 220; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 50; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 114; Öktem Çevik, "Eşin Yazılı Rızası", 121.

<sup>90</sup> Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 123; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 91; Oğuz, "Eş Rızası", 70; Yavuz, "Kefalette Eşin Yazılı Rızasının Alınması", 28.

<sup>91</sup> Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2013/10544 (21 Mart 2013): "...6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi uyarınca kefilin, kendi eşinin rızası olmaksızın eşi açısından da vermiş olduğu kefalet geçersizdir. Sözü edilen maddenin 2. fıkrasında belirtilen şekilde bir durum da olmadığı gibi eş için verilecek kefalet yasadaki şekil şartının yerine getirilmesine engel olmaz..."; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/6614 (8 Mart 2016); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/9461 (15 Haziran 2017): "...Öte yandan icra kefaletinin diğer eşin borcu nedeniyle verilmiş olması, anılan maddede öngörülen eşin rızası koşulunu da ortadan kaldırmaz..."

<sup>92</sup> Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/21462 (13 Ekim 2016): "...Her ne kadar TBK'nun 584. maddesinde kefaletin geçerlilik unsurlarından biri olarak eşin rızasının alınması hususu düzenlenmiş ise de, aynı maddenin devam eden fıkralarında bu kuralın istisnalarına da yer verilmiştir. Bu cümleden olmak üzere, maddenin 3. fıkrası gereğince; ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz. Söz konusu madde, işletmeler için düzenlenmiş ise de; kanuni düzenlemenin amacının, işletmenin yetkilileri tarafından işletme için verilecek kefaletlerde, kefaletle konu borçtan bu kişilerin de fayda sağlamış olmaları nedeniyle eş rızasının aranmadığı anlaşıldığından, temyiz incelemesine konu olayda da kefaletle rıza gösterecek eşin, borçlunun bizatihi kendisi olması nedeniyle ve de kefil olunacak borçlu eşin, kendisine verilecek kefaletle rıza göstermeyeceğinin kabulünün de hayatın olağan akışına aykırı olacağı düşüncesiyle, eşin, borçlu eşe kefil olmak istemesi halinde, kefaletin geçerli olması için eş rızasına lüzum olmadığının kabulü gerekir. Kaldı ki, eş rızasının aranmasına yönelik kanuni düzenlemenin temel maksadının, eşlerin birbirlerinin borçlandırıcı tasarruflarından haberdar olma ve borçlandırıcı işlemleri aile bütünlüğü içerisinde birlikte yapma olduğu nazara alındığında, somut olaydaki gibi borçlu eşin diğer eşin kefaletine rıza göstermesi şartının aranmasının füzuli olacağı tabiidir..."

<sup>93</sup> Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 194; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 157; Sarı İyim, *Geçerlilik Şartları*, 24; Günarlan, "Eşin Rızası", 96; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 220; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 50; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 114; Şeker, "Kefalette ve Avalde Eşin Rızası", 152.

## B. Eşin rızasının aranacağı zaman

TBK m. 584/1 gereği eşin rızası, en geç sözleşmenin kurulduğu anda<sup>94</sup> verilmiş olmalıdır. Sözleşme kurulduktan sonra verilen rıza sözleşmeyi geçerli hale getirmeyeceği gibi<sup>95</sup>, sözleşme kurulduktan sonra eşlerin boşanması veya yasal olarak ayrı yaşama haklarının doğması da sözleşmeyi geçerli hale getirmez<sup>96</sup>. Nitekim kanun koyucu, kefalet sözleşmesi imzalandıktan sonra eşe baskı uygulamak suretiyle rıza alınmasının önüne geçmek amacıyla rızanın en geç sözleşmenin kurulduğu anda verilmiş olması gerektiğini vurgulamıştır<sup>97</sup>. Ancak sonradan alınan rızaya kefalet sözleşmesinin tarihi atılarak bu hükmü dolanmanın mümkün olduğuna işaret etmek gerekir<sup>98</sup>. Nitekim yargı uygulamasında, rıza tarihi kefalet tarihinden sonraki bir tarih olarak atılmış ancak daha sonradan bu tarih çizilerek kefalet tarihi ile değiştirilmişse, ilk tarihin sehven atıldığı dolayısıyla kefaletin geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>99</sup>. Benzer şekilde, sözleşme akdedildiğinde rıza gösterilmemekle birlikte, daha sonra akdedilen protokole rıza gösterilmesi durumunda da sözleşme geçerli kabul edilmiştir<sup>100</sup>.

<sup>94</sup> Şüphesiz bu noktada sözleşmenin kurulmasına ilişkin TBK hükümleri dikkate alınacaktır. TBK m. 4 gereğince hazır olanlar arasında, kabul için bir süre belirtilmeksizin yapılan öneri hemen kabul edilmelidir. Dolayısıyla hazır olanlar arasında sözleşme öneri anında kurulacağından en geç bu anda eşin rızasının aranması gerekecektir. Burada hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmeler önem arz edecektir. Nitekim TBK m. 5 gereğince hazır olamayanlar arasında kabul iradesinin önerene ulaştığı anda sözleşme kurulmakta ancak TBK m. 11 gereğince sözleşme kabul iradesinin gönderildiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Dolayısıyla geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için en geç kabul iradesinin muhatabına ulaştığı anda eş rıza göstermelidir. Ancak ifade etmek gerekir ki, öneride bulunmak sözleşmenin kurulması anlamına gelmeyeceğinden önerenin kefil olduğu durumlarda alacaklı tarafından gönderilen kabul iradesinin kefile ulaştığı ana kadar bu an da dâhil eşin rıza göstermesi mümkün olabilecektir. İcap alacaklıdan gelmiş sözleşme kabul iradesinin kefile ulaştığı anda kurulmuş sayılacağından kabulün alacaklıya ulaşma anına kadar eşin rıza göstermesi gerekecektir. Ancak pratik açıdan kefil tarafından gönderilen kabul beyanının alacaklıya ne zaman ulaşacağını takip edip rıza göstermek pek mümkün olmayacağından genellikle eş rızası eksikliği sebebiyle kefalet sözleşmesinin geçersizliği gündeme gelecektir. Dolayısıyla sözleşme kurulmadan, farklı bir ifadeyle kefil tarafından gönderilen kabul alacaklıya ulaşmadan eşin rıza göstermesi gerekecek, hatta kabul beyanıyla birlikte eşin rızasına ilişkin yazılı belgenin de gönderilmesi en pratik çözüm olacaktır. Bu hususta ayrıntılı değerlendirme için bkz. Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 101, 132; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 198; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 118.

<sup>95</sup> Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 10; Korkmaz, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", 170; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 229; Yavuz, "Kefalet Eşin Yazılı Rızasının Alınması", 28; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 205; Barlas, "Kefaletle İlişkin Düzenlemeler", 18; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 45; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 116.

Öğretide sözleşmenin kurulduğu an ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği, eşin sözleşme imzalandıktan makul bir süre sonra rıza göstermesi halinde de sözleşmenin geçerli kabul edileceği belirtilmektedir. Bkz. Kırca, *Kefalet Eşin İzni*, 447; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 118; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 198; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 131; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 122; Badur, "Eşin Rızası", 293; Şıpka, "Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları", 56.

<sup>96</sup> Reisoglu, *Kefalet Hukuku*, 92; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 198, 200; Kırca, *Kefalet Eşin İzni*, 448; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 131, 136; Çelik Al., *Müteselsil Kefaletin Kurulması*, 60; Badur, "Eşin Rızası", 292; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 20; Korkmaz, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", 175; Günarlan, "Eşin Rızası", 94; Yavuz, "Kefalet Eşin Yazılı Rızasının Alınması", 28; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 205.

<sup>97</sup> Kırca, *Kefalet Eşin İzni*, 447; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 117-118; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 131; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 122, 125; Badur, "Eşin Rızası", 293; Sarı İyim, *Geçerlilik Şartları*, 28; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 46; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 116.

<sup>98</sup> Kırca, *Kefalet Eşin İzni*, 447; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 122; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 46; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 117; Öktem Çevik, "Eşin Yazılı Rızası", 126.

<sup>99</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/6748 (6 Ekim 2022): "Dosyaya sunulan "ticari krediler eş muvafakatnamesi" belgesinin gerek sağ üst köşesinde gerekse muvafakat tarihi kısmında 02.05.2017 yazılmış ise de ardı sıra bu tarihin çizilerek tekraren 28.04.2017 tarihinin yazıldığı ve bu tarihlerin altına ...'in eşi olan ... tarafından atılmış 2 adet inkar edilmeyen imza ile teyit edildiği görülmekle bu durumda mahkemece 02.05.2017 tarihinin sehven atıldığı sonucuna varılarak eş rızasının usulüne uygun bir şekilde alındığının kabulü ile uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir". Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/6290 (26 Eylül 2022): "...Kefilin eş rızasına ilişkin tutanağın tarih kısmında 08.01.2013 olarak düzeltme mevcutsa da, eşin tarih düzeltmesine ilişkin ikinci bir imzası alındığı, eş rızasının sözleşme tarihi sonrası başka bir tarihte verildiğine yönelik başkaca bir delil de bulunmadığı..."

<sup>100</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/7076 (18 Ekim 2022): "...Davacının kefalet sözleşmesini imzaladığı sırada eşi ...'un, kefalet sözleşmesine rıza gösterdiğine dair geçerli bir imzası yoksa da daha sonra davalı banka ile yapılan 05.05.2016 tarihli yeniden yapılandırma protokolü sırasında alınan 05.05.2016 tarihli belgede davacının eşinin davalı banka ile yaptığı sözleşmeye muvafakat ettiğini beyan etmesi karşısında sözleşmenin başlangıcındaki eş rızasına dair imza eksikliğini ileri sürmesi TMK'nın 2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanılması olup, mahkemece bu gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken..."

### C. Rızanın verilme şekli

TBK m. 584 gereği, eşin rızasının yazılı şekilde verilmesi gerekir, sözlü rıza yeterli değildir. Ancak rıza verilirken kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin TBK m. 583'te öngörülen el ile yazma şartına uyulması gerekli değildir<sup>101</sup>. Eşin elektronik ortamda veya daktiloyla yazılmış rıza metnini imzalaması yeterlidir. Ayrıca teminat niteliği taşımadığından, rıza beyanının elektronik imza ile imzalanması da mümkündür<sup>102</sup>.

İlerde yapılacak bütün kefalet sözleşmelerini kapsayacak şekilde toplu rıza verilmesi mümkün değildir. Her bir sözleşme için ayrı ayrı rıza verilmesi gerekir. Bununla birlikte tek bir beyanla her bir kefalet sözleşmesi ayrı ayrı somutlaştırılmak suretiyle rıza verilebilir<sup>103</sup>.

Eşin vereceği rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığından yasal temsilci tarafından rıza verilmesi de mümkündür. Burada yasal temsilcinin rızasıyla dahi kefil olunamayacağını öngören TMK m. 449, uygulama alanı bulmayacaktır<sup>104</sup>. Yine iradi temsilci aracılığıyla rıza verilmesi de mümkündür<sup>105</sup>.

Eşin rızasını şarta bağlı şekilde vermesi mümkündür<sup>106</sup>. Bu durumda rızanın en geç sözleşmenin kurulduğu anda verilmesi yeterli olup, rızanın bağlandığı şartın sonradan gerçekleşecek olması sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Ancak sözleşme, rızanın bağlandığı şart gerçekleştiğinde kurulmuş sayılacaktır<sup>107</sup>.

Eşin rızası, kefalet sözleşmesinde verilebileceği gibi ayrı bir kâğıtta da verilebilir. Ancak hangi borç ve miktar bakımından rıza gösterildiği konusunda ortaya çıkabilecek ihtilafları önlemek adına rızanın kefalet sözleşmesinde verilmesi yerinde olacaktır. Rızanın ayrı bir belgede verilmesi halinde ise, eşin bilgi sahibi olması adına, asıl borçlunun kim olduğu, kefaletin türü, kefilin sorumlu olduğu azami miktar gibi kefalet sözleşmesiyle ilgili önemli hususların ayrıca eşe bildirilmesi gerekecektir<sup>108</sup>.

Eşin rızasının ayrı bir belge ile verildiği durumlarda rızanın kapsamı konusunda uyuşmazlık çıkması muhtemeldir. Özellikle hangi kefalet türü için rıza verildiği açıkça belirtilmemişse bu rızanın, müteselsil mi yoksa adi kefalet için mi verildiği sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide bir görüş, rızanın hangi tür kefalet için verildiğinin tespitinde rızası aranan eşin yaşadığı çevredeki uygulamaya bakılması

<sup>101</sup> Şeker, *Eşin Rızası*, 30; Kırca, *Kefaletle Eşin İzni*, 443, 445; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 122; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 199; Badur, "Eşin Rızası", 289; Sarı İyim, *Geçerlilik Şartları*, 29; Korkmaz, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", 172; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 225, 227; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 47; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 109; Şeker, "Kefaletle ve Avalde Eşin Rızası", 153; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/4972 (16 Ekim 2028).

<sup>102</sup> Şeker, *Eşin Rızası*, 30; Kırca, *Kefaletle Eşin İzni*, 443, dn. 49; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 132, dn. 149; Sarı İyim, *Geçerlilik Şartları*, 29; Sarıhan, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 243; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 9; Korkmaz, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", 174; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 226; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 47; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 109; Honsell-Vogt-Wiegand. 2898, Nr. 2.

<sup>103</sup> Ayşe Havutçu-Buket Günay, "Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun E. 2017/4, K. 2018/5 ve 20.04.2018 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi", *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 32 (2019), 989; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 91; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 199; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 119-120; Gümüş, *Özel Hükümler*, 347; Kırca, *Kefaletle Eşin İzni*, 444; Akipek Öcal, 866; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 133; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 118; Badur, "Eşin Rızası", 290; Sarı İyim, *Geçerlilik Şartları*, 21; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 9; Korkmaz, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", 172; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 226-227; Bozkurt Yaşar, "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet", 441; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 212; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 48; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 111; Bilgen, *Kefalet*, 66; Şeker, "Kefaletle ve Avalde Eşin Rızası", 153; Şeker, *Eşin Rızası*, 32; Öktem Çevik, "Eşin Yazılı rızası", 124; Honsell-Vogt-Wiegand. 2898, Nr. 1.

<sup>104</sup> Şeker, *Eşin Rızası*, 25; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 190; Gümüş, *Özel Hükümler*, 347; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 121; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 93; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 123; Badur, "Eşin Rızası", 285; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 14; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 211; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 107-108.

<sup>105</sup> Badur, "Eşin Rızası", 286; Sarıhan, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 236; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 236; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 211; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 108; Şeker, "Kefaletle ve Avalde Eşin Rızası", 153; Şeker, *Eşin Rızası*, 25.

<sup>106</sup> Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 198; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 131; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 123; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 230.

<sup>107</sup> Sarı İyim, *Geçerlilik Şartları*, 28.

<sup>108</sup> Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 199; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 133; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 123; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 8; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 110.

gerektiğini, o çevrede müteselsil kefalet yaygınsa rızanın müteselsil kefalet için verilmiş sayılması gerektiğini savunmaktadır. Bu bağlamda uygulamada sıkça müteselsil kefalet başvurulduğundan her ne kadar TBK kapsamında adi kefalet kural olsa da eşin rızasının müteselsil kefalet için kabul edilmesi<sup>109</sup>, müteselsil kefaletin kural olduğu ticari işlerde de bu sonuca varılmalıdır<sup>110</sup>. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise, rızanın hangi tür kefalet için verildiği belirtilmemişse adi kefalet için verildiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>111</sup>.

Taraflar müteselsil kefalet akdetmekle birlikte, eşin adi kefalet rıza göstermesi halinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağı hususunda da öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, eşin sadece adi kefalet rıza gösterdiği durumlarda sözleşme tamamen geçersiz sayılmalıdır<sup>112</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, bu gibi durumlarda sözleşmeyi tamamen geçersiz saymayıp tahvil yoluyla adi kefalet olarak ayakta tutmak menfaatler dengesine daha uygundur. Bununla birlikte taraf iradeleri mutlaka müteselsil kefalet için yönelirse, tahvilin şartları mevcut olmayacağından artık sözleşmeyi adi kefalet olarak ayakta tutmak da mümkün olmayacaktır<sup>113</sup>.

Eşin rıza gösterme mecburiyeti bulunmamaktadır. Ancak bu noktada, herhangi bir haklı gerekçeye dayanılmaksızın rıza vermektan kaçınıldığı durumlarda (TMK m. 194/2'de olduğu gibi), mahkemeye başvurup rıza şartını sağlamanın mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide bir görüş, eşin sorumluluk altına girmesinin rıza vermektan kaçınmak için başlı başına haklı bir gerekçe olduğunu, bu konuda hâkim müdahalesinin hükmün amacıyla bağdaşmayacağını kabul etmektedir<sup>114</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, eşin haksız yere rıza vermemesi durumunda mahkemeye başvurularak hâkim kararıyla rıza şartı sağlanabilmelidir<sup>115</sup>. Zira eşe tanınan rıza gösterme imkânı bir haktır. Her hakta olduğu gibi bunun da dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerekir. Eğer kefalet, somut olay açısından aile bütünlüğüne zarar vermeyecek nitelikteyse eş rıza göstermelidir. Aksi takdirde mahkemeye başvurulabilir. Ancak uygulamada bu yola başvurulma olasılığının düşük olduğuna işaret etmek gerekir.

#### D. Eşin rızasının aranmayacağı durumlar

Eşin rızasının aranabilmesi için her şeyden önce geçerli bir evliliğin varlığı şarttır. Evliliğin mutlak veya nispi butlanla sakat olduğu kesinleştiği takdirde geçerli bir evliliğin varlığından bahsedilemeyeceğinden kefil olabilmek için eşin rızası gerekemeyecektir<sup>116</sup>. Yine TBK m. 584/1 gereği; mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmişse veya eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkı var ise kefalet için eşin rızası aranmayacaktır<sup>117</sup>. Ancak şunu ifade edelim ki, eşin rızasının aranmayacağı durumlarda dahi kefaletin geçerli olabilmesi için diğer şartlara uyulması, sorumlu olunacak azami miktarın ve kefalet tarihinin kefilin el yazısı ile yazılması gerekecektir<sup>118</sup>.

<sup>109</sup> Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 202; Kırcı, *Kefalet Eşin İzni*, 445; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 134; Şeker, *Eşin Rızası*, 21.

<sup>110</sup> Kırcı, *Kefalet Eşin İzni*, 446; Şeker, *Eşin Rızası*, 21.

<sup>111</sup> Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 124; Sarı İyim, *Geçerlilik Şartları*, 30; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 9; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 241; Günarslan, "Eşin Rızası", 98; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 204.

<sup>112</sup> Şeker, *Eşin Rızası*, 33; Kırcı, *Kefalet Eşin İzni*, 445; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 201; Gümüş, *Özel Hükümler*, 347; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 126.

<sup>113</sup> Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 135; Badur, "Eşin Rızası", 292; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 51; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 114; Öktem Çevik, "Eşin Yazılı rızası", 124.

<sup>114</sup> Şeker, *Eşin Rızası*, 27; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 137; Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 127; Sarı İyim, *Geçerlilik Şartları*, 33; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 19; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 244; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 212-213; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 52; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 108; Bilgen, *Kefalet*, 70; Öktem Çevik, "Eşin Yazılı rızası", 129.

<sup>115</sup> Badur, "Eşin Rızası", 289; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 136, dn. 164'de bahsi geçen yazarlar

<sup>116</sup> Şeker, *Eşin Rızası*, 55; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 90; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 190; Acar, 120.

<sup>117</sup> Bu düzenlemenin sebebinin ayrı yaşayan eşlere ulaşmanın zor olacağı, ulaşmak mümkün olsa dahi işin doğası gereği diğer eşin rıza vermektan kaçınacağı gösterilmektedir. Bkz. Baş, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", 119; Sarı İyim, *Geçerlilik Şartları*, 22.

<sup>118</sup> Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/7722 (2 Kasım 2022): "...Kefillerin şirket ortağı olmaları halinde dahi sorumlu oldukları miktarı, yükümlülük altına girdiği kefalet sözleşmesini, kendi el yazısı ile yazmaları gerektiği..."

TMK m. 170 gereği mahkeme, ayrılık talepli davalarda ayrılık kararı verebileceği gibi boşanma talepli davalarda da ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu takdirde 1 ila 3 yıl aralığında ayrılığa karar verebilir. Mahkeme ayrılık kararı verdiği takdirde eşlerin kefaletinde diğer eşin rızası aranmaz. TMK m. 171’de ayrılık süresinin kararın kesinleştiği tarihten itibaren işleyeceği öngörülmüştür. Buna karşın eşin rızasından muafiyet açısından ayrılık kararının kesinleşmesi şartı aranmadığından, öğretide eşin rızasından muaf olabilmek için mahkemenin ayrılık kararı vermesinin yeterli olacağı ayrıca kararın kesinleşmesine gerek duyulmayacağı ifade edilmektedir<sup>119</sup>. Bununla birlikte mahkeme kararına dayanmayan fiili ayrılıklarda kefalet için eşin rızası gerekecektir. Yine mahkemece ayrılık kararı verilmesine rağmen eşlerin fiilen birlikte yaşamaya devam ettiği durumlarda da eşin rızasının alınması gerekecektir<sup>120</sup>.

TMK m. 197 gereği, eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddî biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Bu hüküm kapsamında eşlerden birinin ayrı yaşama hakkı doğduğu takdirde kefil olmak için eşin rızasına gerek duyulmayacaktır<sup>121</sup>. Ancak eşin ayrı yaşama hakkı ekonomik bir haklı sebebe dayanıyorsa diğer eşin kefalet vermesi durumunda ayrı yaşayan eşin rızası aranmalıdır. Zira eşin rızasına ilişkin hükmün amacı aile birlikteliğinin ekonomik sebeplerden dolayı zarar görmesini engellemektir. Ayrı yaşama hakkının doğması eşlerin boşandığı anlamına gelmemekte, bilakis eşlerin tekrar bir araya gelme umudu halen devam etmektedir. Dolayısıyla eş ekonomik sebeplerle ayrı yaşıyorsa bu kefalette eşin rızası şartı için bir istisna oluşturmamalıdır<sup>122</sup>.

Öğretide boşanma davası açıldığı takdirde de eşlerin ayrı yaşama hakkının bulunduğu, dolayısıyla kefil olunabilmesi için artık diğer eşin rızasının aranmayacağı kabul edilmektedir<sup>123</sup>.

## 1. Ticari işletme ve ticaret şirketleriyle ilgili kefaletler

Kefalette eşin rızası şartının ticari hayatta doğuracağı olumsuz sonuçları göz önünde bulunduran kanun koyucu, Kanuna sonradan yaptığı ekleme ile<sup>124</sup> bazı özel durumlarda da eşin rızasının aranmayacağını öngörmüştür<sup>125</sup>. TTK m. 584/2 gereği: *“ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.”*

<sup>119</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 89; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 124; Baş, “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, 118, dn. 18; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 99; Şeker, “Kefalette ve Avalde Eşin Rızası”, 156.

<sup>120</sup> Kırca, *Kefalette Eşin İzni*, 439; Sarıhan, “Kefalet Sözleşmesinde Şekil”, 237-238; Baş, “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, 118; Badur, “Eşin Rızası”, 280; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 249; Oğuz, “Eş Rızası”, 69; Günarlan, “Eşin Rızası”, 95.

<sup>121</sup> Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 125.

<sup>122</sup> Benzer yönde bkz. Günarlan, “Eşin Rızası”, 95; Sadioğlu, “Eşin Rızası”, 208-209; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 44; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 101.

<sup>123</sup> Şeker, *Eşin Rızası*, 55; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 90; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 124, özellikle dn. 128; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 188, dn. 88, 191; Korkmaz, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, 176; Bozkurt Yaşar, “TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet”, 441. Bu hususta ayrıca bkz. Kocaman-Kaya, “Eşin Rızası”, 11-12; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 252; Oğuz, “Eş Rızası”, 69; Günarlan, “Eşin Rızası”, 95; Yavuz, “Kefalette Eşin Yazılı Rızasının Alınması”, 30; Sadioğlu, “Eşin Rızası”, 209; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 45; Şeker, “Kefalette ve Avalde Eşin Rızası”, 156. Bu hususta ayrıca bkz. Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 100.

<sup>124</sup> Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına dair Kanun, (28/3/2013-6455/77) m. 77.

<sup>125</sup> Bu hükmün bilinçli bir tercihin sonucu olmadığı, mehz kanunda çıkarılmasına rağmen kanunda tutulmasının uygun olmadığı yönünde bkz. Barlas, “Geçerlilik Şartları”, 16.

Ancak ifade edelim ki TTK m. 584/2'de, ticari iş istisna kapsamında sayılmamıştır. Dolayısıyla ticari iş dolayısıyla kefalet verilmesi, eşin rızası şartından muafiyet için yeterli değildir<sup>126</sup>.

#### a. Ticari işletmenin sahibi tarafından işletme ile ilgili verilen kefaletler

TTK m. 584/3 kapsamında öncelikle, ticaret siciline tescil edilmiş bir ticari işletmenin sahibi işletmesiyle "ilgili" bir borç için kefil olduğunda eşin rızası aranmayacaktır. Ancak bu hüküm ticari işletme hukuku bağlamında düşünüldüğünde kendi içinde çelişki barındırmaktadır. Gerçekten de, ticari işletme hukukunda, ticari işletmenin özel bir malvarlığı oluşturmadığı, tacirin genel malvarlığına dâhil olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla TBK m. 584/3 bu açıdan düşünüldüğünde tacirin kendi malvarlığında bulunan bir borç için, farklı bir deyişle kendi borcu için kefil olması söz konusudur. Bir kimsenin kendi borcu için kefil olması düşünülemeyeceğinden<sup>127</sup> madde metninde geçen "ilgili" ifadesini, ticari işletmesiyle ilgili başka bir ticari işletmenin borcu için kefil olunması şeklinde yorumlamak uygun düşecektir<sup>128</sup>. Ancak herhangi bir ticari işletmenin borcu için değil, sadece tacirin sahibi olduğu ticari işletmeyle ticari ilişki içerisinde bulunan ticari işletmenin borcu için verilen kefaletlerde eşin rızası aranmayacaktır<sup>129</sup>. Örneğin kuyumculuk işiyle iştigal eden bir tacir, altın tedarik ettiği başka bir tacire ait ticari işletmenin borcuna kefil olduğunda eşin rızası aranmayacaktır. Ancak kuyumcunun, tekstil işiyle iştigal eden arkadaşına ait bir ticari işletmenin borcu için arkadaşlık ilişkisi sebebiyle kefil olduğu durumda eşin rızası aranacaktır<sup>130</sup>.

Başka bir ticari işletmenin borcu için kefil olunduğunda eşin rızasının aranmaması için kefil olan kişiye ait ticari işletmenin sicile tescil edilmiş olması gerekir<sup>131</sup>. Bu konuda tescil kurucu nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla tescilli olmayan bir ticari işletmenin sahibi kefil olduğunda -ticari işletmenin varlığı alacaklı tarafından bilirse dahi- eşin rızası aranmalıdır<sup>132</sup>. Yine ticari işletmenin devri durumunda, ticari işletme devralan adına tescil edilmedikçe devralan kişinin verdiği kefalette eşin rızası aranmalıdır<sup>133</sup>. Bu noktada sicile tescil şartının sadece kefil olan kişiye ait ticari işletme bakımından mı aranacağı, yoksa borcuna kefil olunan ticari işletme bakımından da tescil şartının aranıp aranmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Madde metninde kefil olan kişi dikkate alınarak düzenleme yapıldığından kanaatimizce tescil şartı sadece kefil olan kişiye ait ticari işletme bakımından aranmalı, borcuna kefil olunan kişiye ait ticari işletme bakımından ayrıca tescil şartı aranmamalıdır<sup>134</sup>.

TTK m. 12/3 kapsamında, bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kişiler (tacir gibi sorumlu olanlar) sadece tacir olmanın külfetlerine katlanır. Eşin rızasından muafiyet

<sup>126</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/1327 (28 Şubat 2022): "...6098 sayılı TBK'nın 584. maddesinin 3. fıkrasında sayılan istisnalardan arasında dava konusu kredinin ticari kredi olması halinde eş rızası aranmayacağına dair bir düzenlemeye yer verilmediği..."

<sup>127</sup> Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 126; Barlas, "Geçerlilik Şartları", 4. Nitekim bu durumda başlangıçtaki imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin geçersiz olacağı da düşünülebilecektir. Bkz. Çelik Al., *Müteselsil Kefaletin Kurulması*, 16.

<sup>128</sup> İsmail Kırca-Gürel, Murat, *Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti ile Kefalette Eşin Rızasının Aranmayacağı Haller Hakkında Birkaç Değerlendirme*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu "Banka Hukuku Genel Yaklaşım" Teori-Uygulama (Ankara: Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 2016), 166, 167; Kırca, *Kefalette Eşin İzni*, 449; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 146; Bozkurt Yaşar, "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet", 468. Bu hususta ayrıca bkz. Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 79. Kişinin kendi borcu için değil de ticari işletmesinin borcu için kefil olduğu, dolayısıyla bunun bir çelişki oluşturmadığı yönünde bkz. Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 129.

<sup>129</sup> Bu noktada ifade edelim ki, İBK 2005 yılında yürürlükten kaldırılan düzenlemede ise eşin izninden muaf olabilmek için ticari işletmenin maliki olarak sicilde kayıtlı olmak yeterliydi. Kefil olunan borcun ticari işletmeyle ilgili olması şart değildi.

<sup>130</sup> Benzer örnek için bkz. Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 258; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 146; Helvacı-Aksu, 885.

<sup>131</sup> Şeker, *Eşin Rızası*, 58; Kırca, *Kefalette Eşin İzni*, 451; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 130, 144; Çelik Al., *Müteselsil Kefaletin Kurulması*, 63; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 145; Korkmaz, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", 178; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 258; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 103.

<sup>132</sup> Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 145.

<sup>133</sup> Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 145.

<sup>134</sup> Nitekim borcuna kefil olunan kişinin tacir olmasının dahi gerekmediği yönünde bkz. Gümüş, *Özel Hükümler*, 346; Şeker, *Eşin Rızası*, 59.



tacir olmaya bağlanan bir nimet olduğundan tacir gibi sorumlu olan kişiler bu muafiyetten yararlanamaz<sup>135</sup>.

Ticari işletme istisnası kapsamında ticari işletmenin sahibi kavramı üzerinde de durulmalıdır. Kural olarak ticari işletmenin sahibi ile işletmeyi işleten kişi aynı olmasına rağmen bazen farklılaşabilmektedir. Ürün kirası buna örnektir. Nitekim ürün kirasında, kiracı işleten sıfatına haizken işletme sahibi değildir. Dolayısıyla ürün kirasıyla bir ticari işletmeyi işleten kişinin ilgili olduğu başka bir işletmenin borcu için kefalet verdiği durumlarda eşin rızasının aranıp aranmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Hükmün lafzı dikkate alındığında istisnanın kapsamına ticari işletmeyi işleten değil işletmenin sahibi girmektedir. Ürün kiracısı, işletme sahibi olmadığından istisna kapsamına girmemektedir. Ancak kanaatimizce düzenlemenin amacı dikkate alındığında ürün kirasında, işletme sahibi yanında ticari işletmeyi işleten kiracının da istisna kapsamında değerlendirilmesi uygun düşecektir<sup>136</sup>.

Bu kapsamda tacir yardımcılarının incelenmesinde de fayda vardır. TBK m. 548 gereği ticari temsilci, tacir adına taşınmazları devretmek veya bir hak ile sınırlandırmak dışında her türlü işlemi yapabilir. Ticari temsilcinin tacir adına kefil de olabileceği kabul edilmektedir<sup>137</sup>. Ticari temsilci tacir adına, ilgili bir başka ticari işletmenin borcu için kefil olduğunda tacirin eşinin rızası aranmayacaktır<sup>138</sup>. Ancak ticari temsilci işletmenin borcu için kendisi kefil oluyor ise ticari temsilcinin eşinin rızası aranacaktır. TBK m. 551 gereği ticari vekil, özel yetki verilmedikçe tacir adına sadece olağan işlemleri yapabilir. Bu kapsamda ticari vekilin tacir adına kefil olamayacağı kabul edilmektedir<sup>139</sup>. Dolayısıyla ticari vekilin tacir adına bir başka ticari işletmenin borcu için kefil olması söz konusu değildir. Ancak ticari vekil ticari işletmenin borcu için kendisi kefil oluyor ise ticari vekilin eşinin rızası alınmalıdır<sup>140</sup>. Acentenin tacir adına sözleşme yapabilmesi, dolayısıyla kefil olabilmesi için yazılı olarak yetkilendirilmesi gerekir (TTK m. 107/1). Acente aldığı yazılı yetkiye dayalı olarak tacir adına ilgili başka bir ticari işletmenin borcu için kefil olduğu takdirde tacirin eşinin rızası aranmayacaktır. Ancak acente işletmenin borcu için kendisi kefil oluyor ise acentenin eşinin rızası alınmalıdır. Buna karşın acentenin kendisi de tacir sıfatını haiz ise ve borcuna kefil olduğu işletme kendi ticari işletmesiyle ilgili ise eşin rızasına gerek duyulmayacaktır.

## **b. Ticaret şirketlerinin ortak veya yönetici tarafından şirketle ilgili verilen kefaletler**

TTK m. 584/3 kapsamında ikinci istisnayı, ticaret şirketlerinin ortak veya yöneticilerinin şirket ile ilgili vereceği kefaletler oluşturmaktadır. Ticaret şirketleri TTK m. 124'te; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirket olarak sayılmıştır. Dolayısıyla bu şirketlerin ortak veya yöneticilerinin şirketle ilgili verecekleri kefalette eşin rızası aranmayacaktır. Kuşkusuz ortak veya yöneticilerin şirketle ilişkili olmayan kefaletlerinde eşin rızası aranacaktır. Örneğin ortak veya yöneticiler sadece hatır ilişkisi sebebiyle bir işletme veya şirketin borcuna kefil olduklarında eşin rızası aranacaktır<sup>141</sup>. Ancak bu

<sup>135</sup> Şeker, *Eşin Rızası*, 59; Kırcı, *Kefalette Eşin İzni*, 452; Bozkurt Yaşar, "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet", 467, dn. 149.

<sup>136</sup> İstisna kapsamına girmek için işletme sahibinin değil işletenin dikkate alınması gerektiği yönünde benzer açıklamalar için bkz. Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 143-144; Helvacı-Aksu, s. 884-885. Aksi fikir için bkz. Gümüş, *Özel Hükümler*, 345.

<sup>137</sup> Oruç Hami Şener, *Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 161; Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 103; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 236; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 191.

<sup>138</sup> Şener, *Ticari Temsilci*, 162.

<sup>139</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 103; Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 237; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 200.

<sup>140</sup> Bu noktada, bir ticaret şirketine yönetici sıfatıyla atanan ticari temsilci veya ticari vekilin, şirketin borcu için vereceği kefalette eşin rızasının aranmayacağını belirtmek gerekir. Zira maddenin devamında ticaret şirketi yöneticilerinin kefaletinde de eşin rızasının aranmayacağı düzenlenmiştir.

<sup>141</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/4835 (14 Haziran 2022): "...İşletme sahibi ya da şirket ortak ve yöneticileri tarafından verilecek kefaletlerin şirketle ya da işletmeyle ilgisi bulunmuyorsa eşin rızasının gerekeceği, somut olayda davacının kefaleti ortağı olduğu şirketin ticari faaliyetleri kapsamında vermediği TBK'nın 584. maddesi gereğince davacının eşinin yazılı rızası alınmadığından kefaletin geçersiz olduğu..."...Davacı borçlunun kendi şirketi ile ilgili olarak kefalet vermediğinden istisna kapsamında kalmadığı, eş rızası şartına uyulmadığından kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu gerekçesiyle..."; Yargıtay

noktada sadece ortak veya yönetici olunan şirketin borcu için verilen kefaletler bakımından mı, yoksa şirketle ilgili bütün kefaletler bakımından mı eşin rızasının aranmayacağı hususu açık değildir<sup>142</sup>. Öğretide bir görüş, hükmün istisna nitelikte olması sebebiyle dar yorumlanması gerektiğini, dolayısıyla sadece ortak veya yönetici olunan şirketin borcu için verilen kefaletlerde eşin rızasının aranmayacağını savunmaktadır<sup>143</sup>. Aksi yöndeki görüş ise, istisnanın uygulanabilmesi için borcun şirkete ait olmasının gerekmediğini, şirketle ilgili olmasının yeterli olduğunu savunmaktadır<sup>144</sup>. Her ne kadar az ortaklı halka kapalı şirketlerde ikinci görüş savunulabilirse de, ortak sayısı fazla olan halka açık şirketler açısından bu görüşün savunulması eşin rızasıyla ulaşılmak istenen amaçla bağdaşmaz. Bir şirkette çok düşük miktarda paya sahip olunarak eşin rızasına ilişkin hüküm dolanılabilir. Ayrıca eşin rızası şartına ticaret şirketleri açısından istisna tanınmasının amacı, ticaret şirketlerinin kefil bulmak konusunda karşılaşacakları zorluğu önlemektir. Bu zorluğu önlemek için ortak ve yöneticilerin, ortak veya yönetici oldukları şirketin borcu için verecekleri kefalette eşin rızasının aranmaması yeterlidir. Şirketle ilgili başka bir şirketin veya işletmenin borcu için kefile ihtiyaç duyulduğunda bizzat şirketin kendisi kefil olabileceğinden ortak veya yöneticilerin kefaletine ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla ortak veya yöneticilerin şirketle ilgili başka şirket veya işletmenin borcu için kefil olması durumunda eşin rızası şartına istisna tanınmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle hükmün istisnai niteliğine vurgu yapan ilk görüşe üstünlük tanınması daha uygundur.

Bu kapsamda ortak ve yönetici kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Ortak kavramının kapsamına anonim, limited, kollektif, komandit ve kooperatif şirket ortakları/pay sahipleri girmektedir. Kanun koyucu komandit şirketlerde ortaklar açısından bir ayırım yapmadığından gerek komandite gerekse komanditer ortak istisna kapsamına girmektedir. Pay üzerinde intifa<sup>145</sup> veya rehin hakkı sahipleri ile intifa senedi sahipleri istisna kapsamına girmemektedir.

Yönetici kavramına ise, anonim şirketlerde yönetim kurulu, limited şirketlerde müdürler kurulu, kollektif, komandit ve kooperatif şirket yöneticileri dâhildir<sup>146</sup>. Yine anonim şirketlerde TTK m. 367 kapsamında kendilerine yönetim yetkisi devredilmiş kişiler ile TTK m. 370 kapsamında kendilerine temsil yetkisi devredilmiş kişiler yönetici kapsamındadır. Bu noktada ifade edelim ki, yetki devri yaparak şirkette pasif konuma düşen üyeler de istisna kapsamında değerlendirilmelidir. Zira TTK m. 375'de öngörülen yetkilerin devri mümkün olmadığı gibi, yetki devri yapan üyelerin yönetici sıfatı da devam etmektedir. Dolayısıyla bu kişilerin şirketin borcu için verecekleri kefalette eşin rızası aranmamalıdır. Öğretide bir görüş, yönetici kavramının dar yorumlanması gerektiğini, dolayısıyla ticari temsilci ve ticari vekil seviyesindeki yöneticiler tarafından şirketin borcu için verilen kefalette eşin rızasının aranması gerektiğini savunmaktadır<sup>147</sup>. Bu görüş benimsendiği takdirde TTK m. 368 kapsamında atanan ticari temsilci ve ticari vekiller ile TTK m. 371/7 kapsamında atanan sınırlı yetkili ticari vekiller şirketin borcu için kefil olduklarında eşin rızası aranmalıdır. Aksi yöndeki görüş ise, ticari temsilci, ticari vekil, tasfiye memuru ve kayyımın da istisna kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini

11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/7428 (26 Ekim 2022): "...Davalı borçlu kendi şirketi ile ilgili olarak kefalet vermediğinden istisna kapsamında kalmamaktadır..."

<sup>142</sup> İfade edelim ki, aynı belirsizlik tacirin ticari işletmesiyle ilgili vereceği kefalet bakımından da mevcuttur. Ancak tacir ticari işletmesinin borcu için kefil olduğunda kendi borcu için kefil olmuş olacağından, tacir bakımından ticari işletmesiyle ilgili başka ticari işletmelerin borcu için kefil olunması halinde eşin rızasının aranmayacağı kabulü gerekecektir. Ancak ticaret şirketi ortak ve yöneticileri şirketin borcu için kefil olduklarında kendi borçları için değil şirketin borcu için kefil olurlar. Dolayısıyla ticaret şirketlerinde ortak ve yöneticilerin hem şirketin borcu için hem de şirketin ilgili olduğu başka şirket ve işletmelerin borcu için kefil olmaları mümkündür. Dolayısıyla tacir istisnasından farklı olarak ticaret şirketi istisnası kapsamında iki ihtimal gündeme gelmektedir.

<sup>143</sup> Kırca-Gürel, *Kefalette Eşin Rızasının Aranmayacağı Haller*, 168-169; Gümüş, *Özel Hükümler*, 346; Bozkurt Yaşar, "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet", 470. Benzer yönde bkz. Şeker, *Eşin Rızası*, 61.

<sup>144</sup> Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 151-152; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 193.

<sup>145</sup> Aksi yönde bkz. Gümüş, *Özel Hükümler*, 346; Şeker, *Eşin Rızası*, 61.

<sup>146</sup> Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 147, dn. 462.

<sup>147</sup> Kırca-Gürel, *Kefalette Eşin Rızasının Aranmayacağı Haller*, 169.

savunmaktadır<sup>148</sup>. Kanaatimizce kanun metninde yönetici bakımından bir sınırlama öngörülmediğinden şirketi temsil veya yönetim yetkisi bulunan herkes istisna kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle ticari temsilci ve ticari vekil tarafından şirketin borcu için verilen kefaletlerde eşin rızası aranmamalıdır. Ancak tasfiye memurunun yetkisi şirketin tasfiyesiyle sınırlı olduğundan, tasfiye memurunun şirketin borcu için vereceği kefalette eşin rızası aranmalıdır. Yine şirkette yönetici pozisyonunda bulunmayan denetçilerin vereceği kefalette de eşin rızası aranmalıdır<sup>149</sup>. Zira denetçiler yönetim işleriyle değil denetim işleriyle ilgili faaliyet yürütmektedir. Yönetim kayyımı şirketi temsilen bütün işlemleri yapmaya yetkili olduğundan verdiği kefalette eşin rızası aranmamalıdır. Temsil kayyımında ise, kayyımın yetkisi belli konularla sınırlı olup şirket adına bütün işlemleri yapma yetkisi olmadığından temsil kayyımının vereceği kefalette eşin rızası aranmalıdır.

TTK m. 584/3'te, ticari işletme sahibinin istisna kapsamına girebilmesi için tescil şartı aranırken, ticaret şirketi ortak ve yöneticileri açısından bu yönde bir şarta yer verilmemiştir. Bu noktada ticaret şirketi ortak ve yöneticileri açısından da tescil şartının aranıp aranmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Kanaatimizce işlem güvenliği açısından, maddenin giriş cümlesinde zikredilen tescil edilmiş olma şartı, sadece ticari işletme ve ticaret şirketleri bakımından değil ayrıca ticaret şirketlerinin ortak ve yöneticileri bakımından da aranmalıdır. Dolayısıyla seçilmiş olmakla birlikte henüz tescil edilmemiş üyelerin ve tescili mümkün olmayan fiili organların vereceği kefaletlerde eşin rızası aranmalıdır. Yine ilgili mevzuatlarında ticaret siciline tescil şartı bulunan kollektif (TTK m. 259), komandit (TTK m. 587) ve limited şirket (TTK m. 598) ortaklarının istisna kapsamında değerlendirilebilmesi için ticaret siciline tescil şartı aranmalı, bu kişiler açısından tescil, eşin rızasından muaf olabilmek için kurucu nitelik taşınmalıdır<sup>150</sup>. Bununla birlikte anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere ilişkin mevzuatta pay sahiplerinin ticaret siciline tescilini gerektiren bir hüküm bulunmadığından bu şirketlerin pay sahiplerinin istisna kapsamına girebilmeleri için ticaret siciline tescil şartı aranmayacaktır. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi önüne gelen somut bir uyuşmazlıkta, şirketin borcu için kefil olan davalı, kefalet tarihinden önce şirketten ayrıldığından verdiği kefaletin geçerliliği için eşinin rızasının aranması gerektiğini savunmuş, karşı taraf ise pay devri henüz ticaret siciline tescil edilmediğinden kefaletin geçerliliği için eşin rızasının aranmayacağı itirazında bulunmuştur. Mahkeme, TTK m. 490'da pay devri için ticaret siciline tescil şartı öngörülmediğinden kefalet için eşin rızasının aranacağına hükmetmiştir<sup>151</sup>. Ancak bu şirket türlerinde de ortakların istisna kapsamında değerlendirilebilmeleri için pay defterine kayıtlı olmaları gerekecektir. Zira anonim şirketlerde pay sahipliği hakları, pay defterinde kayıtlı bulunan pay sahibi tarafından kullanılır. Eşin rızasından muafiyet de anonim şirket pay sahipliği sıfatına tanınmış bir haktır. Dolayısıyla pay defterinde kayıtlı olmayan bir kişinin bu haktan yararlanması mümkün olmayacaktır. Ancak pay defterine kayıt bildirci nitelik taşıdığından<sup>152</sup>, pay defterine kayıtlı olmayan bir kişi hak sahipliğini başka yollarla ispatlarsa istisna kapsamında değerlendirilecektir.

Bu başlık altında, adi şirket ortaklarının adi şirketle ilgili borçlara kefil oldukları durumlarda eşin rızasının aranıp aranmayacağına da değinilmelidir. Adi şirket TTK m. 124/1 bağlamında ticaret şirketi değildir, dolayısıyla adi şirket ortakları bu açıdan istisna kapsamına girmemektedir<sup>153</sup>. Bununla birlikte adi şirket bir ticari işletme işletiyor ve bu ticari işletme ticaret siciline tescil edilmişse, adi şirket ortakları "*ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi*" olarak istisna kapsamında değerlendirilecek,

<sup>148</sup> Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 147, dn. 462.

<sup>149</sup> Gümüş, *Özel Hükümler*, 346; Şeker, *Eşin Rızası*, 61.

<sup>150</sup> Kırca, *Kefalette Eşin İzni*, 451; Kırca-Gürel, *Kefalette Eşin Rızasının Aranmayacağı Haller*, 172, 173; Bozkurt Yaşar, "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet", 469, dn. 159. Bu yönde ve konu hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 147-150.

<sup>151</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/3201 (20 Nisan 2022).

<sup>152</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/7469 (25 Kasım 2019); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/7131 (13 Kasım 2019); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/7178 (13 Kasım 2019).

<sup>153</sup> Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 147; Şeker, *Eşin Rızası*, 61.

dolayısıyla ortakların adi şirket ile ilgili verdiği kefalette eşin rızası aranmayacaktır<sup>154</sup>. Ancak bu noktada da bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Zira adi şirkette ortaklar şirket borçlarından dolayı birinciden, sınırsız ve müteselsilen sorumludur. Adi şirketin borcu ortakların borcudur. Dolayısıyla adi şirket ortakları şirketin borcu için kefil olduklarında esasen kendi borçları için kefil olmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere bir kişinin kendi borcu için kefil olması mümkün değildir. Bu nedenle adi şirkette de, adi şirketin borçları için verilen kefalette değil, adi şirketin ilgili olduğu başka bir adi şirket veya ticari işletmenin borcu için verilen kefalette eşin rızasının aranmayacağı kabulü daha uygundur. Bu noktada adi şirketi temsil yetkisi olmayan bir ortak şirket adına işlem yapmış veya temsil yetkisi olan ortak yetkisini aşmışsa, diğer ortakların bu işleminden kaynaklanan borç için kefil olması durumunun ayrıca incelenmesi gerekir. Öğretide Bozkurt Yaşar, bu gibi durumlarda kefil olan ortağın adi şirketin borcu için değil yetkisiz temsilci tarafından yapılan işleme kefil olduğunu, dolayısıyla bu örnekte kendi borcuna kefaletin söz konusu olmadığını ifade etmektedir<sup>155</sup>. Kanaatimizce bu gibi durumlarda ortağın, söz konusu borca kefil olması ve daha sonradan yetkisizlik sebebiyle sözleşmenin adi şirket açısından geçersizliğini ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Adi şirket ortağının yetkisiz temsilcinin işlemine kefil olması o işleme rıza gösterdiği (işlemin adi şirketi bağladığı) anlamına gelir ve bu durumda kefil olan ortak borçtan bizzat sorumlu olur. Dolayısıyla bu kişiye kefil sıfatıyla değil asıl borçlu sıfatıyla başvurulması gerekir. Ancak bir gizli adi ortaklık ilişkisi söz konusu ise ve gizli adi ortak görünürdeki ortağın işlemine kefil olmuşsa bu durumda gizli adi ortağın kefaleti kefalet olarak değerlendirilebilir ve gizli adi ortağın adi şirketin borcu için kefil olduğu söylenebilir<sup>156</sup>. Zira gizli adi ortaklıkta görünürdeki ortak işlemi şirket adına adi şirket hesabına yapmakta, daha sonra hak ve yükümlülükleri gizli adi ortaklığa devretmeyi taahhüt etmektedir. Gizli adi ortaklık ilişkisinde şirket adına görünürdeki ortak işlem yaptığından, gizli adi ortağın kefil olması işleme onay verdiği anlamına gelmez. Kaldı ki, gizli adi ortaklık ilişkisinde gizli ortağın onayına gerek de yoktur. Dolayısıyla gizli adi ortak, kefil olduğu işlem dolayısıyla sadece kefil sıfatıyla sorumlu tutulabilir, bizzat sorumlu tutulamaz. Gizli adi ortak gizli de olsa bir ticari işletme işletmektedir. Ancak gizli adi ortaklık ilişkisinin doğası gereği, ticari işletme, gizli adi ortak üzerine tescilli olamayacağından işletmenin borcu için gizli adi ortağın verdiği kefalette eşin rızası aranmalıdır. Zira eşin rızasından muafiyet için tescil kurucu nitelik taşımaktadır.

Eşin rızası, yöneticilerin şirketin borcu için şahsen kefil oldukları durumda aranır. Yöneticiler organ sıfatıyla bir tüzel kişi adına kefil olduklarında eşin rızası aranmaz<sup>157</sup>. Bu noktada şirket adına kefil olunması ortakların da sorumluluğunu gerektiriyor ise, yöneticilere şirket adına kefil olma yetkisi verilirken, ortakların eşinin rızasının alınmasının gerekip gerekmeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu durum, ortakların şirketin borcundan bizzat sorumlu oldukları şahıs şirketlerinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim adi şirkette ortaklar şirket borçlarından dolayı birinciden, müteselsilen ve sınırsız sorumludur. Yine kollektif şirketlerde ortaklar komandit şirketlerde komandite ortak şirket borçlarından dolayı ikinci dereceden, müteselsilen ve sınırsız sorumludur. Yöneticiler şirket adına kefil olduklarında kefaletten adi şirket ortakları birinci derece, kollektif şirket ortakları ikinci derece sorumludur. Kollektif şirketlerde yönetici ortağın şirket adına kefil olabilmesi için temsil yetkisinin ortakların tamamının onayıyla verilmesi gerekir (TTK m. 223). Yine adi şirket açısından da aynı esas geçerlidir (TBK m. 637/3). Yukarıda ifade edildiği üzere adi şirket ortaklarının, adi şirketin işlettiği ticari işletmeyle ilgili diğer ticari işletmelerin borcuna kefil olmaları durumunda eşin rızası aranmayacağından, ortaklar tarafından yönetici ortağa adi şirket adına ticari işletmeyle ilgili kefil olma

<sup>154</sup> Şeker, *Eşin Rızası*, 61; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 259; Bozkurt Yaşar, "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet", 469.

<sup>155</sup> Bozkurt Yaşar, "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet", 469.

<sup>156</sup> Nitekim Bozkurt Yaşar, dolaylı temsil durumunda ortağın kendi borcu için değil adi şirketin borcu için kefil olduğunu dolayısıyla ortağın kendi borcuna kefaletin söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Bozkurt Yaşar, "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet", 469.

<sup>157</sup> Ayan, *Kefalet Sözleşmesi*, 147; Bulut, *Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*, 38; Şeker, "Kefalet ve Avalde Eşin Rızası", 152; Öktem Çevik, "Eşin Yazılı Rızası", 120.

yetkisi verilmesinde de eşin rızası aranmamalıdır. Ancak adi şirket ticari işletme işletmiyor ise yönetici ortağa kefil olma yetkisi verilirken eşin rızası aranmalıdır. Yine yukarıda ifade edildiği üzere kollektif şirketlerde eşin rızasına ilişkin istisna sadece şirketin borcu için verilen kefaletler bakımından geçerlidir. Bu noktada şirketle ilgili başka bir şirket veya işletmenin borcuna kefil olduğu takdirde eşin rızası gerekeceğinden, şirket tarafından başka şirket veya işletmelerin borcuna kefil olmak konusunda yöneticilere verilen temsil yetkisinde de kollektif şirket ortaklarının eşinin rızası aranması gerektiği düşünülebilir. Ancak gerek kollektif şirketin bağımsız bir kişiliğinin bulunması gerek kollektif şirket ortaklarının şirketin vereceği kefalet sebebiyle ikinci derece sorumlu olması gerekse işlem güvenliği sebebiyle kollektif şirket yöneticilerine verilen kefalet yetkisinde ortakların eşinin rızası aranmamalıdır.

Son olarak TTK m. 584/3 kapsamında mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için de eşin rızası aranmayacaktır.

#### IV.Şekle Aykırılığın Sonucu

Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin şartlar ispat değil geçerlilik şartıdır. Dolayısıyla bu şartlara uyulmadan akdedilen sözleşmeler geçersizdir<sup>158</sup>. Ancak müteselsil kefalet ibaresine yer verilmemesi sözleşmeyi tamamen geçersiz kılmaz. Bu durumda sözleşme adi kefalet olarak geçerli kabul edilir.

Şekle uyulmadan akdedilen sözleşmeler, taraflar rıza gösterse dahi geçerli hale gelmez. Sözleşmenin tekrar akdedilmesi gerekir. Hâkim geçersizliği resen dikkate almalıdır<sup>159</sup>. Geçersizliği ileri sürme yetkisi kefilindedir. Sözleşmenin nispiyeti ilkesi gereği rızası alınmayan eş kefalet sözleşmesinin geçersizliğini ileri süremez<sup>160</sup>.

Sözleşme şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olmasına rağmen kefil alacaklıya ödeme yapar ise, sebepsiz zenginleşme kapsamında ödemeyi alacaklıdan geri talep edebilir. Ancak kefil, sözleşmenin geçersizliğini bilerek ödeme yapar ise bu elden bağışlama olarak kabul edilir<sup>161</sup>.

<sup>158</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/3316 (29 Mayıs 2023): "...kefil olunan miktarın bilgisayar ortamında yazıldığı, kefalet tarihi ve türünün ise boş bırakıldığı, 6098 sayılı Kanun'un 583 üncü maddesinde yer alan hususların ispat değil geçerlilik şartı olduğu, davacının kendi el yazısı ile yasada belirtilen şekilde kefillik beyanı ve imzası bulunmadığından dava konusu kredi sözleşmesindeki davacının kefilliğinin gereğince geçersiz olduğu, davacının bu krediden kaynaklanan borçtan sorumluluğu bulunmadığı..."

<sup>159</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 93; Tandoğan, "Kefaletin Geçerlilik Şartları", 37; Kızılırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 145; Taşdelen, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 760; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 97; Ayrancı, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesi", 103-104. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Hukuk Genel Kurulu), K. 2022/1431 (2 Kasım 2022): "...Kefalet sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle hükümsüzlüğünü hâkimin re'sen göz önünde tutması gerekir (Tandoğan, s. 741). Alacaklı kesin hükümsüz bir kefalet sözleşmesine dayanarak kefilen ifa talebinde bulunamayacağı gibi, kefilin yapacağı ifanın hükümsüzlüğü düzeltici etkisi de olmaz. Alacaklı ifa talebini dava yolu ile ileri sürerse, hâkim kefil tarafından ileri sürülmesi bile şekle aykırılığı görevi gereği göz önünde tutar. Hatta kefil, kefalet sözleşmesinin şekle aykırılığına dayanmak istemediğini açıkça söylese ve savunmasını esas borcun geçerli olmadığı olgusu üzerine kursa bile, hâkim kefalet sözleşmesinin şekle aykırılığını yine de dikkate alabilecektir..."

<sup>160</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/4086 (20 Eylül 2023); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/9462 (27 Aralık 2022): "...Mahkemece aldırılan bilirkişi raporu uyarınca davacı eşin kefalet ilişkisine muvafakat vermediği sabit ise de sözleşmenin tarafı olmayan davacı eşin eldeki davayı, sözleşme ilişkisinin nispiyeti ilkesi gereğince açmasının hukuken mümkün olmadığı..."

<sup>161</sup> Reisoğlu, *Kefalet Hukuku*, 92; Tandoğan, "Kefaletin Geçerlilik Şartları", 37; Taşdelen, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 762-763; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 98; Ayrancı, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesi", 107; Fettah, *Azami Miktarın Belirtilmesi*, 718.

Kefalet sözleşmesinin şekle aykırı olduğunun iddia edilmesi kural olarak hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaz<sup>162</sup>. Bu nedenle özellikle basiretli tacir gibi davranmakla yükümlü olan bankaların kefalet alırken, kefaletin şekil şartlarının sağlanıp sağlanmadığını incelemeleri gerekir. Aksi takdirde sözleşmenin geçersizliğinin dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürüldüğü iddia edilemez<sup>163</sup>. Ancak kefilin ilerde sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilmek için kasten şekle aykırılığa sebep olduğu, yine kefilin alacaklıdan belirli bir menfaat elde ettiği ancak kendi edimini ifadan kaçınmak için şekle aykırılığı ileri sürdüğü durumlarda hakkın kötüye kullanılması gündeme gelebilir<sup>164</sup>. Nitekim Yargıtay bir uyuşmazlıkta bu yönde karar vermiştir<sup>165</sup>.

Kefilin şekle aykırılığı bilerek karşı tarafı zarara uğratmak amacıyla sözleşmeye taraf olduğu durumlarda kefil, haksız fiil veya culpa in contrahendo kapsamında sorumlu tutulabilir. Ancak haksız fiil kapsamında başvuru hakkının kullanılabilmesi için alacaklıya kasten zarar verme şart olduğundan ve kefil genellikle alacaklıya zarar verme kastından ziyade kendine menfaat sağlamayı amaçladığından başvurunun culpa in contrahendo sorumluluğuna dayandırılması daha uygun olur<sup>166</sup>.

## V. Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Şartların Avalde Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu

TBK m. 603'te, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için öngörülen şekli şartların dolanılmasını önlemek amacıyla; kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin şartların, gerçek kişilerce, kişisel

<sup>162</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/72 (27 Ocak 2020); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/7039 (4 Aralık 2023): "...Şekil noksanlığını sonradan ileri sürmenin davacı yönünden hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği, davalı bankanın, davacı kefilin şekil şartı yokluğunu bilerek davacının kredi kullandırma iradesini sakatlamak kastı ile şekil noksanlığını yarattığını ispatlayamadığı, davalı bankanın, davacının kefaletinin kanundaki düzenleme çerçevesinde şekil şartlarına uygun olarak alınması gerektiğini ve buna aykırı düzenlenen kefaletin geçerli olmayacağını bilecek durumda olduğu, ürün 6098 sayılı Kanun'un 583 üncü maddesindeki şekil şartını gerek görmeden kredi kullandıran davalı bankanın, sonradan şekil şartı eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olduğunu açıkça ortaya koyması gerektiği aksi takdirde kanunun aradığı şekil şartının öneminin kalmayacağı, somut olayda kredinin açılmasının salt davacı kefilin kefaletinin güçlülüğünden kaynaklandığı, anılan kefalet taahhütü olmaması halinde kredinin açılmayacağı ve kredinin kullandırılmasının salt kefilin davranışları ile uyandırdığı kefalete dayalı bulunduğu ispatlanmadığı, bu durumda davacı kefilin şekil noksanlığını ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılmak vasfında olduğu davalı bankaca açıkça ortaya konulmadığından kefaletin geçersiz adedilmesi gerektiği..."; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2021/1656 (24 Şubat 2021): "...Kefaletin geçersizliğinin daha sonra ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık olamayacağı..."; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/72 (19 Kasım Ocak 2020); "...Davalının takipten sonra imzanın eşinin olmadığı yönündeki savunmasının hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilemeyeceği..."; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/724 (1 Haziran 2020): "...TBK'nun 584. maddesindeki geçerlilik şartına rağmen davalı eşinin yazılı muvafakatına gerek görmeden kredi kullandıran davacı banka daha sonra şekil şartı eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olduğunu açıkça ortaya koyması gerektiği, aksi takdirde kanunun aradığı şekil şartının hiç bir önemi kalmayacağı..."; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/6279 (30 Ekim 2023): "...Kanunun aradığı geçerlilik şekil sakatlığının sonradan ileri sürülmesinin başlı başına kötüniyet olarak kabul edilemeyeceği, her somut olayın ayrı irdelenmesi gerektiği, somut olayda davalının dava konusu genel kredi sözleşmesinde kefaleti yönünden eş rızasının bulunmadığı, dolayısıyla kefaletinin kanunun aradığı yasal şartları taşımadığından geçersiz olduğu, dosyadaki bilgilere göre kredinin açılmasının salt davalı kefilin kefaletinin güçlülüğünden kaynaklandığı, anılan kefalet taahhütü olmaması halinde kredinin açılmayacağı ve kredinin kullandırılmasının salt kefilin davranışları ile uyandırdığı kefalete dayalı bulunduğu ispatlanamadığı, bu durumda davalı kefilin şekil noksanlığını ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılmak vasfında olduğu davacı bankaca açıkça ortaya konulmadığından kefaletin geçersizliğinin kabulü gerektiğinden..."

<sup>163</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/4810 (11 Eylül 2023): "...Kefalet sözleşmesinin şeklen geçersizliğinin davalı tarafından ileri sürülmesinin davacının tacir sıfatı ve basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği..."

<sup>164</sup> Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 250; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 185 vd; Reisoglu, *Kefalet Hukuku*, 96-97; Ayrancı, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesi", 104, 116-117; Tandoğan, "Kefaletin Geçerlilik Şartları", 38; Kızıllırmak Kaya, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli", 146; Taşdelen, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil", 762; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 99; Honsell-Vogt-Wiegand. 2891, Nr. 3.

<sup>165</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/1675 (2 Mart 2017): "...davalı bankanın asıl borçluya kredi kullandırmasından sonra davacının kefalet sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi, kredi ve kefalet sözleşmesinin imzalandığı 30/07/2013 tarihinden dava tarihi olan 19/11/2014 tarihine kadar sessiz kalmasının TMK'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu..."

<sup>166</sup> Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 252; Acar, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, 187; Bilgen, *Kefalet*, 29. Yazarlar haksız fiil ve culpa in contrahendo sorumluluğu ayrımının uygulanacak zamanaşımı bakımından önemine dikkat çekmektedir. Nitekim TBK m. 72 gereği haksız fiillerde iki yıllık zamanaşımı süresi söz konusu iken culpa in contrahendo sorumluluğunda on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulama alını bulacaktır.

güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında akdedilen diğer sözleşmelerde de aranacağı öngörülmüştür. Ancak madde metninde kişisel güvenceden kastın ne olduğu konusunda bir açıklamaya yer verilmemiş, sadece hükmün gerekçesinde, üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesinin madde kapsamında değerlendirileceği ifade edilmiştir. Öğretide ve yargı uygulamasında garanti ve borca katılmanın TBK m. 603 kapsamında değerlendirileceği kabul edilirken<sup>167</sup>, avalin madde kapsamına girip girmediği tartışmalıdır. Hiç kuşkusuz aval de tıpkı garanti ve borca katılma gibi kişisel güvence niteliği taşımakta, dolayısıyla lafzen TTK m. 603'ün kapsamına girmektedir. Ancak aval, işlem güvenliğinin ve kamu itimatının ön planda olduğu kambiyo senetlerine ilişkin bir teminat türü olduğundan ve TTK'de avale ilişkin özel düzenlemeler bulunduğundan kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin şartların avalde aranıp aranmayacağı öğretide ve yargı uygulamasında tartışılmış, konu hakkında farklı görüşler ortaya atılmıştır.

### A. Öğretide ileri sürülen görüşler

Öğretide bazı yazarlar, avalin şekli TTK'de özel olarak düzenlendiğinden kefaletin şekline ilişkin hükümlerin avalde uygulanmayacağını ancak eşin rızasının avalde aranacağını kabul etmektedir<sup>168</sup>. Aksi görüşteki yazarlar ise, avalin hem şekil, hem ehliyet hem de eşin rızası bakımından TBK m. 603'ün kapsamında değerlendirilemeyeceğini<sup>169</sup>, avalde kefaletin şekline ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını ancak eşin rızasının aranacağını savunmanın çelişki oluşturacağını belirtmektedir<sup>170</sup>. Bazı yazarlar ise konuyu sadece eşin rızası bakımından ele almaktadır. Bu yazarların bir kısmı avalde eşin rızasının aranacağını<sup>171</sup>, bir kısmı ise aranmayacağını savunmaktadır<sup>172</sup>.

Avali, TTK m. 603'ün kapsamı dışında tutan yazarlar, gerçek kişi tarafından kişisel teminat verilmesi anlamına gelse de, yasalarda şekil ve uygulanacak hükümleri özel olarak düzenlenen kişisel güvencelerin TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmeyeceğini ifade etmektedir. Ayrıca TBK m. 603'te sözleşmeden bahsedilmektedir, aval bir sözleşme değil hukuki işlemdir. Dolayısıyla aval, TBK m. 603 kapsamında değerlendirilmemelidir.

Avali TTK m. 603 kapsamında değerlendiren yazarlar ise, avale ilişkin şekil şartlarının TTK'de özel olarak düzenlenmesinin, avalin TBK m. 603'ün kapsamına girmesine engel olmadığını belirtmektedir. TBK m. 603'ün kapsamına gerçek kişilerce kişisel teminat vermek amacıyla başka adlar altında akdedilen bütün sözleşmeler girmektedir. Aval kurumunun bir sözleşme olmayıp tek taraflı bir işlem olduğu kabul edilirse teorik de olsa avalin kapsam dışında tutulması gerektiği savunulabilir. Ancak maddenin amaca bağlı yorumu maddenin gerekçesiyle birlikte dikkate alındığında, sözleşme ifadesinin

<sup>167</sup> Barlas, "Kefaletle İlişkin Düzenlemeler", 28; Eren, *Özel Hükümler*, 788; Kapancı, "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi", 151; Yalçınduran, "TBK 603. Maddesi", 474; Mehmet Üçer-Ali Ayli, "Avalde Eşin Rızası Sorunu ve Rızanın Aranmayacağına İlişkin İçtihadı Birleştirme Kararının Eleştirisi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/40 (2019), 123; Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 17; Başalp Yıldırım, "Avalde Eşin rızası", 8; Çelebi, *Kefalet Sözleşmesi*, 222; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 217; Aktürk, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*, 120-121; Şeker, "Kefalet ve Avalde Eşin Rızası", 156.

<sup>168</sup> Halil Ahmet Yüce, "Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Çerçevesinde Aval ve Kefalet Hükümleri", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4/2 (2016), 152; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 47, 53-54; Gümüş, *Özel Hükümler*, 372; Demir, "Uygulama Alanı", 115; Üçer-Ayli, "Avalde Eşin Rızası Sorunu", 123. Kısmen benzer yönde bkz. Atilla Altop, "Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m. 603 Hükümü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak Mıdır?", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/1 (2016), 300-301.

<sup>169</sup> Mehmet Çelebi Can, "Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı?", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21/3 (2017), 68; Argun Karamanlioğlu, "Avale İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1 (2018), 154, 165; Sezgin Huysal, 176-182; Günarslan, "Eşin Rızası", 100.

<sup>170</sup> Çelebi Can, "Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı", 68.

<sup>171</sup> Fatma Tülay Karakaş, *Aval'de Eşin Rızası- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı Işığında*, Türk ve Alman Özel Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Ankara 2020, 207; Ebru Tüzemen Atık, *Avalde Eş Rızası Aranmayacağına Dair 20 Nisan 2018 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı Hakkında Bir Değerlendirme*, Millî Egemenlik ve Hukuk TBMM'nin 100. Yılı Anısına Armağan (İstanbul: Onikilevha, 2021), 157-158; Başalp Yıldırım, "Avalde Eşin rızası", 24; Şeker, "Kefalet ve Avalde Eşin Rızası", 160-162; Havutçu-Günay, "İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı", 993-996.

<sup>172</sup> Helvacı-Aksu, 882, 886 vd.; Aras, "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı", 174-175; Şeker, *Eşin Rızası*, 81.

bilinçli bir terminolojik tercihi yansıttığı savunulamayacağından, avalı kapsam dışında tutmak mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, öğretide çoğunlukla avalın bir sözleşme olduğu da kabul edilmektedir.

## B. Yargı uygulaması

Avalın TBK m. 603'ün kapsamına girip girmediği konusunda yargı kararları incelendiğinde konunun genel olarak eşin rızası bakımından ele alındığı, kefaletin şekli ve kefalet ehliyeti açısından konunun irdelenmediği görülmektedir.

Avalde eşin rızasının aranıp aranmayacağına ilişkin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, avalin de poliçe ile sorumluluk altına giren kişi lehine şahsi teminat sağlamak amacı taşıyan bir müessese olduğunu ve kişisel güvence vermenin kıymetli evrak hukukundaki görünüm şekli olduğunu, kefalete benzemesi yönünden uygulamada avale poliçe kefaleti de denildiğini gerekçe göstererek avalde eşin rızasının bulunması gerektiğine hükmetmiş, aksi takdirde eşin rızasına ilişkin hükmün dolanılarak işlevsiz hale geleceğini belirtmiştir<sup>173</sup>. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi<sup>174</sup>, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi<sup>175</sup> ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu<sup>176</sup> ise, aval ve kefalet kurumunun farklı olduğunu, kefaletin şekline ilişkin TBK hükümlerinin genel hüküm niteliği taşıdığını, TTK'de avalin şekline ilişkin özel düzenleme öngörülmediğini, bu nedenle genel hüküm niteliğinde olan TBK hükümlerinin avale uygulanamayacağını gerekçe göstererek avalde eşin rızasının şart olmadığı sonucuna varmıştır.

Yargıtay Hukuk Daireleri arasında görüş ayrılığının ortaya çıkması üzerine konu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu (YİBBGK)'nun önüne gelmiş, Kurul 20.4.2018 tarihli kararında, oy çokluğu ile avalde eşin rızasının aranmayacağına hükmetmiştir<sup>177</sup>. YİBBGK kararında temel olarak, avale ilişkin şekil şartlarının TTK'de açık biçimde ve özel hükümlerle düzenlendiğini, avalde eş rızası arandığı takdirde cirantaların avalistin evli olup olmadığını tespit etmesinin mümkün olmayacağını, bunun mümkün olabilmesi için avalistin medeni halinin senede derc edilmesi gerekeceğini, eşin rızası gerektiği takdirde rıza beyanı senedin ön yüzünde gösterildiğinde bu imzanın aval mi yoksa rıza mı olduğunun, senedin arka yüzünde gösterildiğinde ise ciro mu yoksa rıza mı olduğunun anlaşılamayacağını, kefalete ilişkin hükümlerin kefil alacaklıya karşı korurken avale ilişkin hükümlerin hamili, asıl borçlu ile müracaat borçlularına karşı koruduğunu, dolayısıyla avale kefaletin aynı değerlendirilemeyeceğini, avalde eş rızasının aranmasının kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti ile örtüşmeyeceğini ifade etmiştir.

## C. Mehaz İsviçre hukuku uygulaması

Gerek İsviçre öğretisinde<sup>178</sup> gerekse İsviçre yargı uygulamasında<sup>179</sup> avalde eşin rızasının aranmayacağı, kefalet yerine aval verilmesi durumunda kefalette eşin rızası şartını arayan hükmün dolanıldığından bahsedilemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak İsviçre hukukunda TBK m. 603'e benzer bir düzenleme

<sup>173</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/7837 (25 Nisan 2014); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/14470 (25 Nisan 2014).

<sup>174</sup> Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/14470 (15 Mayıs 2014); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2013/29955 (26 Eylül 2013); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2013/25100 (4 Temmuz 2013); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2013/24337 (27 Haziran 2013); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/17618 (8 Aralık 2014); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/2552 (29 Mart 2017).

<sup>175</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/15241 (16 Ekim 2014); Yargıtay 19. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/1564 (9 Şubat 2015).

<sup>176</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Hukuk Genel Kurulu), K. 2017/1012 (24 Mayıs 2017).

<sup>177</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu (Büyük Genel Kurulu), K. 2018/5 (20 Nisan 2018).

<sup>178</sup> Peter Jaggi, Jean Nicolas Druey ve Christoph von Greyerz, *Wertpapierrecht, unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check* (Basel und Frankfurt am Main, 1985), 191; Schurmann, L.: Aval und Birgenschaft unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung, SJZ 1949, s. 201; Pestalozzi, Art. 494, N. 2.

<sup>179</sup> BGE 79 II 79; BGE 79 II 81.



bulunmamaktadır. Bu nedenle İsviçre öğretisi ve yargı uygulaması Türk hukuku açısından kaynak teşkil etmemektedir<sup>180</sup>.

#### D. Görüşümüz

Kanaatimizce avalin TBK m. 603 kapsamına girip girmediği konusunda toptancı bir değerlendirme yapmak yerine, kefaletin şekline, kefalet ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekir. Aşağıda bu doğrultuda bir değerlendirme yapılacaktır.

##### 1. Kefaletin şekil şartları açısından

Kanaatimizce TBK m. 603'ün kapsamına şekli konusunda kanunda özel düzenleme bulunmayan garanti gibi sözleşmeler girmektedir<sup>181</sup>. Dolayısıyla şekli konusunda özel düzenleme bulunan avalde kefaletin şekline ilişkin hükümler uygulanmamalıdır. Özel hüküm genel hüküm ilişkisi göz önünde bulundurulduğunda avalin şekline ilişkin şartlar öncelikle TTK'ye göre belirlenmeli, hüküm bulunmayan hallerde TBK devreye girmelidir<sup>182</sup>. Ayrıca kefalete ilişkin şekil şartlarının amacı kefilin korumak, avale ilişkin şekil şartlarının amacı alacaklıyı korumaktır<sup>183</sup>. Dolayısıyla kefilin koruma amacıyla öngörülen şekil şartları alacaklının korunması ilkesinin geçerli olduğu aval bakımından uygulanmamalıdır<sup>184</sup>.

Kefaletin şekline ilişkin şartlardan birisi, sorumlu olunacak azami miktarın kefilin el yazısı ile yazılmasıdır. TTK'de avalistin sorumlu olacağı miktarın senette gösterilmesi yönünde bir şart mevcut değildir. Ancak TTK m. 702/1'de, aval veren kişinin, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olacağı, dolayısıyla avalistin lehine aval verdiği kişinin bütün borcu için güvence verdiği karine olarak kabul edilmiştir. Avalist aksi kararlaştırılmadıkça düzenleyen lehine aval vermiş kabul edilir. TTK m. 671/1-b gereği kambiyo senetlerinde düzenleyen sorumlu olacağı bedelin senet üzerinde tereddüte mahal vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir. Görüldüğü üzere TTK'de, dolaylı da olsa avalistin sorumlu olacağı miktarın senette gösterileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle avalde sorumlu olunacak miktarın avalistin el yazısı ile yazılması şartı aranmamalıdır<sup>185</sup>. Tam aksine avalist sorumluluğunu sınırlamak istiyor ise bunu açıkça belirtmelidir<sup>186</sup>.

Kefaletin şekline ilişkin şartlardan bir diğeri kefalet tarihinin kefilin el yazısı ile yazılmasıdır. TTK'de aval tarihinin senede dercedilmesi konusunda bir zorunluluk bulunmamaktadır. Kefalet tarihinin kefilin el yazısı ile yazılması şartının temel amacı kefilin kefalet sözleşmesinden önceki borçlarla muhatap etmemektir. Avalde avalist zaten aval verdiği tarihten önceki borçtan sorumludur. Avalistin aval verdiği tarihten sonraki borçlardan sorumluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla avalde aval tarihinin avalistin el yazısı ile belirtilmesine gerek yoktur<sup>187</sup>. Ancak eşin rızası açısından tarih atılması yerinde olur<sup>188</sup>.

Kefaletin şekline ilişkin şartlardan bir diğeri müteselsil kefalet iradesinin kefilin el yazısı ile yazılmasıdır. TTK'de avalde müteselsil kefalet iradesinin senede dercedilmesini zorunlu kılan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TTK m. 724/1'de açıkça avalistin hamile karşı müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmüştür. Kaldı ki TTK m. 3'te TTK'de düzenlenen hususların ticari iş sayılacağı,

<sup>180</sup> Aynı yönde bkz. Şeker, "Kefalette ve Avalde Eşin Rızası", 161.

<sup>181</sup> Üçer-Ayli, "Avalde Eşin Rızası Sorunu", 124.

<sup>182</sup> Aynı yönde bkz. Kırca, *Kefalette Eşin İzni*, 437; Üçer-Ayli, "Avalde Eşin Rızası Sorunu", 123; Tüzemen Atik, *Avalde Eş Rızası*, 158,173; Yüce, "Aval ve Kefalet Hükümleri", 150.

<sup>183</sup> Ertan Demirkapı, "Avalin Şekli Şartları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/2 (2004), 92-93.

<sup>184</sup> Çelebi Can, "Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı", 66, 68.

<sup>185</sup> Farklı yönde bkz. Altop, "Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemleri", 300; Barlas, "Kefaletle İlişkin Düzenlemeler", 28.

<sup>186</sup> Helvacı-Aksu, 880.

<sup>187</sup> Aynı yönde bkz. Altop, "Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemleri", 300. Aksi yönde bkz. Barlas, "Kefaletle İlişkin Düzenlemeler", 28.

<sup>188</sup> Aynı yönde bkz. Altop, "Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemleri", 301. Aksi yönde bkz. Barlas, "Kefaletle İlişkin Düzenlemeler", 28.

dolayısıyla TTK m. 7 kapsamında avalde müteselsil sorumluluğun geçerli olacağı açıktır. Bu nedenle avalde müteselsil kefalet iradesinin avalistin el yazısı ile yazılmasına gerek olmamalıdır<sup>189</sup>.

## 2. Kefalet ehliyeti açısından

TTK m. 670'de sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kişinin, kambiyo senetleri ile borçlanmaya da ehil olduğu öngörülmüştür. Aval de bir kambiyo taahhüdü olduğundan ve aval için özel bir ehliyet kuralı öngörülmediğinden, kefalet sözleşmesi akdedebilen bir kişinin aval vermesi de mümkündür<sup>190</sup>. Görüldüğü üzere kefalet ehliyeti ile aval ehliyeti aynıdır. Dolayısıyla kefaletle ilişkin ehliyet şartının aval bakımından uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir tartışma yürütmeye gerek yoktur. Ancak TMK m. 449'da, vasinin vesayet makamından izin alsa dahi vesayet altındaki kişi adına kefil olamayacağı öngörülürken, TMK 462/5'de, vasinin vesayet makamından izin alarak vesayet altındaki kişi adına kambiyo taahhüdünde bulunabileceği, dolayısıyla aval verebileceği kabul edilmiştir<sup>191</sup>. Bu noktada vesayet altındaki kişi adına kefil olamayan bir kişinin aval verebilmesi gibi garip bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce vesayet altındaki kişi adına kefil olamayan vasinin aval de verememesi gerekir. Nitekim TBK m. 603 gereği kefil olma ehliyetine ilişkin hükümler diğer kişisel güvenceler (aval) açısından da uygulanacaktır. Dolayısıyla vesayet altındaki kişi adına kefil olamayan vasi aval de veremeyecektir<sup>192</sup>.

## 3. Eşin rızası açısından

TBK m. 584/1'de, kefil olabilmek için eşin rızası aranırken, TTK'de avalde eşin rızasını arayan özel bir hükme yer verilmemiştir. Ancak TBK m. 603'te kefalette eşin rızasına ilişkin şartın gerçek kişilerce verilen diğer şahsi teminatlarda da aranacağı düzenlenmiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere kefaletin şekline ilişkin şartların amacı kefilini korumak olduğundan, alacaklının korunması ilkesinin geçerli olduğu avalde kefaletin şekil şartları uygulanmamalıdır. Eşin rızasına ilişkin şartın amacı ise aile bütünlüğünün ekonomik sebeplerle zarar görmesini engellemektir. Kanun koyucu ister kefilin ister alacaklının korunması ilkesi geçerli olsun bütün şahsi teminatlarda eşin rızasını arayarak ailenin korunması amacını kefilin ve alacaklının korunması amacından üstün tutmuştur<sup>193</sup>. Elbette bu tercih, alacaklının korunması ilkesinin geçerli olduğu ticari hayat açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Nitekim bunun farkında olan kanun koyucu, ticari işletme ile ilgili işletme sahibi; ticaret şirketleri ile ilgili ortak ve yöneticiler tarafından verilen kefaletlerde eşin rızasının aranmayacağını öngörmüştür. Ancak istisnalar arasında avale yer verilmemiştir. Dolayısıyla ticari işletme ile ilgili işletme sahibi; ticaret şirketleri ile ilgili ortak ve yöneticiler tarafından verilen bir aval söz konusu ise eşin rızası aranmamalıdır. Ancak bir ticari işletmeyi veya ticaret şirketini ilgilendirmeyen avalde eşin rızası aranmalıdır<sup>194</sup>. Aksi takdirde avalde eşin rızasını arayan hüküm dolanılabılır<sup>195</sup>. Kanaatimizce avalde eşin rızası arandığı takdirde bu sefer de aval amacıyla ciro yapılacağı yönünde dile getirilen endişe<sup>196</sup> avalde eşin rızasının aranmaması için bir gerekçe oluşturmaz<sup>197</sup>. Elbette aval amacıyla ciro yapılarak eşin rızasına ilişkin hüküm dolanılabılır. Eğer aval amacıyla senet ciro ediliyor ve bu ispat edilebiliyorsa söz konusu cironun geçerliliği için de eşin rızası aranmalıdır. Ayrıca ifade edelim ki, eşin rızasının aranmayacağı

<sup>189</sup> Aynı yönde bkz. Altop, "Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemleri", 300-301.

<sup>190</sup> Ertan Demirkapı, *Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti*, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt I (İstanbul: Beta Yayınevi, 2003), 757; Tüzemen Atik, *Avalde Eş Rızası*, 157.

<sup>191</sup> Bilgen, *Kefalet*, 205.

<sup>192</sup> Aynı yönde bkz. Altop, "Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemleri", 299; Demirkapı, *Aval Verme Ehliyeti*, 761. Aksi yönde görüş için bkz. Huysal, 177; Helvacı-Aksu, 876.

<sup>193</sup> Benzer yönde bkz. Başalp Yıldırım, "Avalde Eşin Rızası", 24; Üçer-Ayli, "Avalde Eşin Rızası Sorunu", 130.

<sup>194</sup> Aynı yönde bkz. Altop, "Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemleri", 302; Üçer-Ayli, "Avalde Eşin Rızası Sorunu", 133, 136; Başalp Yıldırım, "Avalde Eşin Rızası", 22; Şeker, "Kefalette ve Avalde Eşin Rızası", 161; Yüce, "Aval ve Kefalet Hükümleri", 151-152.

<sup>195</sup> Başalp Yıldırım, "Avalde Eşin Rızası", 34.

<sup>196</sup> Bu yönde bkz. Çelebi Can, "Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı", 38-39, 70; Helvacı-Aksu, 896.

<sup>197</sup> Aynı yönde bkz. Tüzemen Atik, *Avalde Eş Rızası*, 176.

istisnaların kapsamı çok geniş tutularak eşin rızasının uygulama alanı son derece kısıtlanmıştır<sup>198</sup>. Dolayısıyla aval de kapsam dışında bırakıldığı takdirde eşin rızasının uygulama alanı kalmayacak, eşin rızası şartını dolanmak isteyen kişiler kefalet yerine avale başvuracaktır<sup>199</sup>. Avalde eşin rızası arandığı takdirde bu rızanın nasıl verileceği sorusu gündeme gelecektir. Senedin ön yüzüne eş tarafından atılan imza aksi belirtilmedikçe aval, senedin arka yüzüne atılan imza ise aksi belirtilmedikçe ciro sayılır. Dolayısıyla senedin ön yüzüne eş tarafından atılan imzanın aval mi rıza mı, arka yüzüne atılan imzanın ciro mu rıza mı olduğu konusunda tereddüt oluşabilir. Ancak eş tarafından atılan imzanın rıza beyanı olduğu açıkça belirtilerek bu sorun giderilebilir<sup>200</sup>. Ayrıca eş rızasının senedin yüzeysel olarak genişlemesine neden olacağı yadsınamaz bir gerçektir. Ancak alonj uygulamasıyla da senet yüzeysel olarak genişlemektedir<sup>201</sup>. Kaldı ki kambiyo senetlerinde, senede olan güveni zedelediği gerekçesiyle avale pek başvurulmadığı da ifade edilmektedir<sup>202</sup>. Dolayısıyla bu gerekçe de avalde eşin rızasının aranmaması için yeterli bir gerekçe değildir. Ayrıca eşin avale rıza göstermemesi sadece avalistin senetteki taahhüdünün geçersizliğine yol açar<sup>203</sup>. Bu geçersizlik, geçersizlik şahsında gerçekleşen kişi tarafından herkese karşı ileri sürülebilecek bir def'iyeye vücut verir. Dolayısıyla avalde eşin rızasının aranmasının senedin geçerliliği üzerinde bir etkisi yoktur<sup>204</sup>. TBK m. 603'teki sözleşme ifadesi bilinçli olarak kullanılmamıştır, kastedilen hukuki işlemdir. Kaldı ki öğretide çoğunlukla avalin bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu gerekçeye dayanılarak da avalde eşin rızasının aranmayacağı savunulamaz<sup>205</sup>. Bu noktada son olarak şekil açısından aval TBK m. 603 kapsamında değerlendirmeyip eşin rızası açısından TBK m. 603 kapsamında değerlendirmenin çelişki oluşturacağı yönündeki eleştiriye de cevap vermek gerekir. TBK m. 603'te, şahsi teminatlar hem şekil, hem ehliyet hem de eşin rızası açısından kefaletle ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere TTK'de, avalin şekli özel olarak düzenlenmişken, avalde eşin rızasına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla avale, şekil bakımından TTK hükümleri, eşin rızası bakımından ise TBK hükümleri uygulanmalıdır. Ayrıca kefaletle ilişkin şekil şartlarının amacı kefilin korunması, avale ilişkin şekil şartlarının amacı alacaklıyı korumaktır. Bu nedenle de kefaletin şekil şartları aval bakımından uygulanmamalıdır. Eşin rızası şartının amacı ise, ister alacaklının ister borçlunun korunması amacı güdülsün aile birlikteliğinin ekonomik sebeplerle zarar görmesini engellemektir. Bu amaç hangi menfaatin üstün tutulduğundan bağımsız olarak bütün şahsi teminatlar için geçerlidir. Bu nedenle aval de dâhil bütün şahsi teminatlarda eşin rızası aranmalıdır. Ancak avalde eşin rızası aranmayacağına ilişkin bir İBBGK Kararı bulunduğu mevcut durumda avalin geçerliliği için eşin rızası aranmayacaktır. Kanaatimizce, eşin rızasına ilişkin düzenleme ile elde edilmeye çalışılan amacın gerçekleşmesi adına avalde de eşin rızasının aranacağı yönünde yasal bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

## Sonuç

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, sözleşmesinin yazılı şekilde akdedilmesi, sorumlu olunacak azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise buna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılması gerekmektedir. Birlikte temsilin söz konusu olduğu durumlarda bu unsurların temsilcilerden biri tarafından el yazısı ile yazılması, diğer temsilcinin sözleşmeyi imzalaması

<sup>198</sup> Kocaman-Kaya, "Eşin Rızası", 13, 23; Korkmaz, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", 183; Tüzemen Atik, *Avalde Eş Rızası*, 156; Yavuz, "Kefalette Eşin Yazılı Rızasının Alınması", 31, 33; Sadioğlu, "Eşin Rızası", 217, 222.

<sup>199</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Başalp Yıldırım, "Avalde Eşin rızası", 28-34.

<sup>200</sup> Aynı yönde bkz. Havutçu-Günay, "İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı", 994; Karamanlioğlu, "Avale İlişkin Güncel Yargıtay Kararları", 166. Aksi yönde bkz. Çelebi Can, "Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı", 56-58, 69.

<sup>201</sup> Havutçu-Günay, "İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı", 995.

<sup>202</sup> Benzer yönde bkz. Üçer-Ayli, "Avalde Eşin Rızası Sorunu", 130.

<sup>203</sup> Aynı yönde bkz. Tüzemen Atik, *Avalde Eş Rızası*, 175.

<sup>204</sup> Aynı yönde bkz. Üçer-Ayli, "Avalde Eşin Rızası Sorunu", 130.

<sup>205</sup> Aynı yönde bkz. Havutçu-Günay, "İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı", 994; Başalp Yıldırım, "Avalde Eşin rızası", 27-28; Üçer-Ayli, "Avalde Eşin Rızası Sorunu", 134; Çelebi Can, "Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı", 68-69; Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, 54.

yeterli kabul edilmelidir. Zira el yazısı ile yazma şartının amacı bahsi geçen unsurların boş bırakılıp daha sonradan kefil aleyhine doldurulmasını önlemektir. Söz konusu unsurlar temsilcilerden birisi tarafından el yazısı ile yazıldığı takdirde kefil aleyhine doldurulması zaten mümkün olmayacaktır. Yazı yazamayan kişiler sözleşmeyi noter huzurunda akdettiklerinde de kefilin el yazısı ile yazma şartı aranmalıdır. Zira bu şartın amacı sahteciliği önlemek ve kefilin sözleşmeye taraf olurken daha bilinçli hareket etmesini sağlamaktır. Sözleşme noter huzurunda düzenlendiğinde bu amacın her zaman gerçekleşeceğini varsaymak mümkün değildir.

TTK m. 583'te, müteselsil kefalet öngörülme istendiğinde buna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılması şartı aranmıştır. Ancak TTK m. 7/2'de ticari işlerde müteselsil kefalet karinesi öngörüldüğünden ticari işlerde müteselsil kefaletin gündeme gelebilmesi için buna ilişkin iradenin kefilin el yazısı ile yazılması şartı aranmamalıdır. Zira TTK m. 7/2, TBK m. 583'e göre özel hüküm niteliği taşımaktadır. Özel hüküm genel hüküm ilişkisi gereği ticari işlerde kefalet durumunda öncelikle TTK m. 7/2 esas alınmalıdır.

Kefaletin şekil şartlarından bir diğeri eşin rızasıdır. Ancak ticari işletme sahibi ticari işletmesiyle ilgili bir borç için kefalet verdiğinde eşin rızası aranmayacaktır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, tacirin kendi ticari işletmesinin borcu için vereceği kefalette değil kendi ticari işletmesiyle ilgili başka bir işletmenin borcu için vereceği kefalette eşin rızasının aranmayacağıdır. Zira ticari işletmenin borcu tacirin borcudur. Tacirin kendi borcu için kefil olması mümkün değildir. Ayrıca her ne kadar kanunda istisna kapsamında işletme sahibi zikredilse de hükmün ticari işletme işleten kişilerin kefil bulmak konusunda karşılaşılabilecek zorluğu giderme amacı göz önünde bulundurulduğunda, işleten sıfatına sahip ürün kiracısının işletme ile ilgili başka işletmelerin borcu için vereceği kefalette de eşin rızası aranmamalıdır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, borcuna kefil olunan ticari işletmenin kefil olan tacirin ticari işletmesiyle ilgili olmasıdır. Eğer kefil olan tacire ait ticari işletme ile borcuna kefil olunan ticari işletme arasında herhangi bir ticari ilişki söz konusu değilse eşin rızası aranmalıdır.

Ticaret şirketi ortak ve yöneticileri tarafından şirketle ilgili verilen kefalette de eşin rızası aranmayacaktır. Ancak bu noktada sadece ortak veya yönetici olunan şirketin borcu için verilen kefalette eşin rızası aranmamalıdır. Ticaret şirketiyle ilgili başka ticaret şirketinin borcu için verilen kefalette eşin rızası aranmalıdır. Zira eşin rızası şartına ticaret şirketleri açısından istisna getirilmesinin amacı, ticaret şirketlerinin kefil bulmak konusunda yaşayacakları zorluğu önlemektir. Bir ticaret şirketinin ilgili olduğu başka ticaret şirketi kefile ihtiyaç duyduğunda bizzat şirketin kendisi kefil olabilecek, dolayısıyla ortak veya yöneticilerin kefaletine ihtiyaç duyulmayacaktır. Adi şirket bir ticaret şirketi olmadığından ortak ve yöneticileri şirketin borcu için kefalet verdiğinde eşin rızası aranmalıdır. Ancak adi şirket bir ticari işletme işletiyor ve bu ticari işletme ortaklar adına tescil edilmişse artık ortakların vereceği kefalette eşin rızası aranmamalıdır. Ancak burada da adi şirketin işlettiği işletmenin borcu için verilen kefalette değil, ilgili başka bir ticari işletmenin borcu için verilen kefalette eşin rızası aranmayacaktır. Zira adi şirketin işlettiği ticari işletmenin borcu adi şirket ortaklarının borcudur. Bir kimsenin kendi borcu için kefil olması mümkün değildir.

TBK m. 603'te, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin şartların, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında akdedilen diğer sözleşmelerde de aranacağı öngörülmüştür. Gerek öğretide gerekse yargı uygulamasında bir kişisel teminat türü olan avalin de TBK m. 603 kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılmış ve konu hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. YİBBGK, 2018 tarihli kararında oy çokluğu ile avalde eşin rızasının aranmayacağına hükmederek yargı açısından tartışmaları sona erdirmiştir. Kanaatimizce avalde eşin rızasının aranmayacağına ilişkin bu karar isabetli değildir. Avale ilişkin şekil şartları TTK'de özel olarak düzenlendiği için kefaletle ilişkin şekil şartları aval bakımından uygulanmamalıdır. Zira kefaletin şekline ilişkin hükümler kefil, avale ilişkin hükümler ise alacaklıyı korumayı amaçlamaktadır. Ancak eşin

rızasına ilişkin hükmün amacı aile bütünlüğünün ekonomik sebeplerle zarar görmesini engellemektir. Bu amacın gerçekleşebilmesi için avalde de eşin rızası aranmalıdır. Elbette avalde eşin rızasının aranması ticari hayatta bazı olumsuzluklar ortaya çıkarabilir. Nitekim bunun farkına varan kanun koyucu, ticari işletme ile ilgili işletme sahibi; ticaret şirketleri ile ilgili ortak ve yöneticiler tarafından verilen kefaletlerde eşin rızasının aranmayacağını açıkça öngörmüştür. Dolayısıyla eşin rızasının ticaret hayatında oluşturacağı olumsuz sonuçlar giderilmiştir. Eğer ticari işletme ile ilgili işletme sahibi; ticaret şirketleri ile ilgili ortak ve yöneticiler tarafından verilen bir aval söz konusu ise eşin rızası aranmamalıdır. Ancak bir ticari işletmeyi veya ticaret şirketini ilgilendirmeyen avalde eşin rızası aranmalıdır. Aksi takdirde eşin rızasının uygulama alanı kalmayacaktır. Zira istisna kapsamına girmeyen kişiler kefalet yerine avale başvurmak suretiyle eşin rızası şartını dolanacaktır.

## Kaynakça

- Acar, Özlem. *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Ağca Toplandı, Pınar. "Teselsül Karinesi". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 90 (2010), 379- 394.
- Akipek Öcal, Şebnem- Bozkurt Tamer. "Yargıtay Kararları Işığında Tüketici İşlemlerinde Ticari Hükümlerin Uygulanabilirliği Sorunu". *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/2 (2023), 669-713.
- Aktürk, Emrah. *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Altop, Atilla. "Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK M. 603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak Mıdır?". *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/1 (2016), 296-308.
- Altop, Atilla. "Kefalet Sözleşmesine İlişkin Olarak Türk Borçlar Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan ve Birbirleri ile Çeliştikleri Düşünülen Bazı Hükümlere İlişkin Bir Değerlendirme". *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/2 (2017), 55-66.
- Altop, Atilla. "Kefalet Sözleşmesine İlişkin Olarak Türk Borçlar Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan ve Birbirleri ile Çeliştikleri Düşünülen Bazı Hükümlere İlişkin Bir Değerlendirme". *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/2 (2017), 55-66.
- Aras, Deniz Onur. "Avalde Eş Rızasının Aranmasına Gerek Bulunmadığına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararının Değerlendirilmesi". *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/1-1(2020), 159-177.
- Arat, Ayşe. "Tüketici Hukukunda Kefalet Sözleşmesi". *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi* 19/41 (2016), 207-223.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku 25. Baskı*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2019.
- Ayan, Serkan. *Kefalet Sözleşmesi*. Ankara: Adalet, 2018.
- Ayhan, Rıza-Çağlar, Hayrettin-Özdamar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku 15. Baskı*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Ayrancı, Hasan. "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53/2 (2004), 95-120.
- Badur, Emel. "Eşin Rızası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 109 (2013), 251-302.
- Barlas, Nami. "Kefaletin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2006), 3-16.
- Barlas, Nami. "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefalet İlişkin Düzenlemeleri". *İzmir Barosu Dergisi* 2 (2011), 7-28.
- Baş, Ece. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 70/2 (2012), 115-144.
- Başalp Yıldırım, Nilgün. "Avalde Eşin Rızası ve Özellikle TBK m. 603 Hükmünün Dolanılması Sorunu". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 37/3 (2021), 5-41.

- Bilgen, Mahmut. *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Bozer, Ali-Göle, Celal. *Ticari İşletme Hukuku 5. Baskı*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018.
- Bozkurt Yaşar, Sevgi. "TTK m. 7/2 Bağlamında Ticari Borca Kefalet Sözleşmesinin Özellikleri Kefilin Sorumluluğu ve Takibi". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/175-178 (2019), 433-527.
- Bozkurt, Tamer. *Ticari İşletme Hukuku 3. Baskı*. Ankara, Legem Yayıncılık, 2019.
- Bulut, Meltem. *Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Çelebi Can, Mehmet. "Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği – Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı?". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21/3 (2017), 35-73.
- Çelebi Can, Mehmet-Kaşak, Fahri Erdem, "Ticarî Borçlara Kefalet Hâlinde Ticarî İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sıfatının El Yazısıyla Belirtilmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği". *Terazi Hukuk Dergisi* 15/162 (2020), 266-277.
- Çelebi, Oğuzhan. *Kefalet Sözleşmesi ve Eşin Rızası*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Çelik, Ali. *Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016. (Çelik Al.)
- Çelik, Aytekin. "Ticari İşlerde Birlikte Borç Altına Girilmesi ve Ticari Bir Borca Kefil Olunmasının Sonuçları". *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1 (2023), 326-373. (Çelik Ay.)
- Demir, Şamil. "Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 108 (2013), 87-122.
- Demirkapı Ertan. *Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti*. Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt I. Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 753-.
- Demirkapı, E.: Avalin Şekli Şartları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004, C. 6, S. 2, s. 61-95.
- Deveci, Zeynep Sümeysa. *İcra Kefaletnameleri*. Ankara: Adalet 2020.
- Elçin-Grassinger, Gülçin. *Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*. İstanbul: Alfa, 1996.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Fettah, Melek. *Kefaletin Geçerliliği Bakımından Azami Meblağın Belirlenmesi*, Hüseyin Hatemi'ye Armağan. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, 699-719.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II 3. Baskı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Günarlan, Banu. "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası". *Terazi Hukuk Dergisi* 13/143 (2018), 90-102.
- Gündüz, Şefika Deren. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

- Havutçu, Ayşe-Günay Buket. "Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun E. 2017/4, K. 2018/5 ve 20.04.2018 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi". *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 32 (2019), 993-996.
- Hayriye Şen Doğramacı. "Kira Bedelinin Ödenmesini Teminat Altına Almaya Yönelik Hukuki Çareler". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/2 (2019), 291-311.
- Honsell, Heinrich-Vogt, Nedim Peter-Wiegand, Wolfgang. *Basler Kommentar, Obligationrecht I, Auflage* 5. Basel: Helbing Lichtenbahn Verlag, 2011.
- Jaggi, Peter-Druey, Jean Nicolas-von Greyerz, Christoph. *Wertpapierrecht, unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check*, Basel und Frankfurt am Main 1985.
- Kapancı, Kadir Berk. "Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen 'Ticari İşlerde Teselsül Karinesi' Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/2 (2016), 131-170.
- Karakaş, Fatma Tülay. *Aval'de Eşin Rızası- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı Işığında*, Türk ve Alman Özel Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Ankara 2020, 193-210.
- Karamanlıoğlu, Argun. "Avale İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi". *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1 (2018), 147-170.
- Kırca, İsmail. *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni*, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağın. Ankara: Turhan Kitapevi, 2006, 435-457.
- Kırca, İsmail-Murat, Gürel. *Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti ile Kefalette Eşin Rızasının Aranmayacağı Haller Hakkında Birkaç Değerlendirme*. Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu "Banka Hukuku Genel Yaklaşım" Teori- Uygulama. Ankara: Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 2016, 159-189.
- Kızılırmak Kaya, Cansu. "Kefalet Sözleşmesinin Şekline İlişkin Türk Borçlar Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemeler". *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 48/65 (2016), 133 - 149.
- Kocaman, Arif Burhanettin-Kaya Kübra. "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası". *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1 (2020), 1-29.
- Koç, Ömer Cemre. *Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmede Üstlenenin Hukuki Konumu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Korkmaz, Güneş Sima. "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası ve İstisnaları". *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (2022), 165 -188.
- Koyuncu, Berk Kenan-Sayın Feyza. "Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 70/1 (2012), 319-356.
- Midyat, Nuri Aziz. "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefaletin Şekil Koşuluna Etkisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 75/2 (2017), 681-706.
- Oğuz, Sefer. "6098 Sayılı TBK m. 584/I'in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliğine İlişkin Düşünceler". *Bankacılar Dergisi* 86 (2013), 67-77.
- Öktem Çevik, Seda. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası". *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* 8/89-90 (2012), 113-133.
- Öz, Turgut (ed.). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2023.



- Özen, Burak. *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Reisoğlu, Seza. "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19/1 (1962), 327-392.
- Reisoğlu, Seza. "Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları", *Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi* 13/3-4 (1986), 143-156.
- Reisoğlu, Seza. *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara: 2013.
- Ruhi, Ahmet Cemal-Ruhi, Canan. *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Sadioğlu, Fikriye Ceren. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi Özel Sayı* (2017), 199-224.
- Sarı İyim, Asuman. *Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.
- Sarıhan, Banu Bilge. "Kefalet Sözleşmesinde Şekil ve Eşin Rızası". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30/1 (2022), 221-258.
- Seker, Muzaffer. "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Avalde Eşin Rızasının Aranmayacağına Dair Vermiş Olduğu Karar Kapsamında Kefalet ve Avalde Eşin Rızası". *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/2 (2017), 147-163.
- Şeker, Muzaffer. *Kefalet Eşin Rızası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Şener, Oruç Hami. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Şener, Oruç Hami. *Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Şıpka, Şükran. "Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 35/1 (2015), 47-58.
- Tandoğan, Haluk. "Kefaletin Geçerlilik Şartları". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 9 (1978), 19-54.
- Taşdelen, Nihat. *Kefalet Sözleşmesinde Şekil*, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan. İstanbul: Beta, 1998, 731-765.
- Tüzemen Atik, Ebru. *Avalde Eş Rızası Aranmayacağına Dair 20 Nisan 2018 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı Hakkında Bir Değerlendirme*, Milli Egemenlik ve Hukuk TBMM'nin 100. Yılı Anısına Armağan. İstanbul: Onikilevha, 2021, 153-182.
- Uyumaz, Alper-Bulut Hüseyin. "Kira Sözleşmesinde Kefaletin Güvence Olarak Gösterilmesi". *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/1 (2023), 37-109.
- Uyumaz, Alper-Feride Demirbaş. "Kefalet Sözleşmesine İlişkin Şekil Kuralları Açısından Kefilin Sorumluluğunun Sınırı ve Kapsamı." *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (2014), 37-59.
- Üçer, Mehmet-Ayli Ali. "Avalde Eşin Rızası Sorunu ve Rızanın Aranmayacağına İlişkin İçtihadı Birleştirme Kararının Eleştirisi". *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/40 (2019), 111-138.
- Ülgen, Hüseyin-Helvacı, Mehmet-Kaya, Arslan-Nomer Ertan, Füsün. *Ticari İşletme Hukuku, Kısaltılarak Güncellenmiş 8. Baskı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Yalçınduran, Türker. "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın TBK 603. Maddesi gereğince gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair TBK'da yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 74/1 (2016), 461-486.

Yavuz, Cevdet. "Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri". *Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi* 12/1-2 (2004), 17-61.

Yavuz, Cevdet-Acar Faruk-Özen, Burak. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler 10. Baskı*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.

Yavuz, Mustafa. "Yargı Kararları Işığında Kefalette Eşin Yazılı Rızasının Alınması Zorunluluğu ve İstisnalarının Değerlendirilmesi". *Gümrük Ticaret Dergisi* 7/19 (2020), 25-33.

Yıldırım, Efe Can. *Birlikte Kefalet*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Yılmaz, Süleyman. Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kira Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57/3 (2008), 753-778.

Yüce, Halil Ahmet. "Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Çerçevesinde Aval ve Kefalet Hükümleri". *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4/2 (2016), 127-153.

## Makale Bilgi Formu

**Yazar(lar)ın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Bağlı Tüketici Kredilerinde Kredi Verenlerin Sorumluluğu Bakımından Kredi Miktarı Sınırlaması

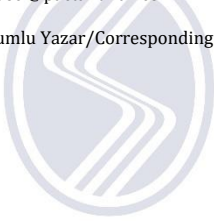
### *Credit Amount Limitation in Terms of Liability of Creditors in Linked Consumer Credits*

Davut Gürses<sup>1\*</sup>   
Ecem Deveci<sup>2</sup> 

<sup>1\*</sup> Av. Dr., İstanbul, Türkiye  
d.gurses@pactahukuk.com

<sup>2</sup> Av., İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye  
e.deveci@pactahukuk.com

\*Sorumlu Yazar/Corresponding Author



Geliş Tarihi/Received: 18.05.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 03.08.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
28.10.2024

**Öz:** Çalışmamızda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında düzenlenen bağlı tüketici kredisi sözleşmelerinde mal veya hizmetin hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmemesi halinde kredi verenin, satıcı ve sağlayıcı ile olan müteselsil sorumluluğunun sınırlarından biri olan "kredi miktarı" ile sorumluluk incelenmektedir. Kredi verenin müteselsil sorumluluğu kapsamında kredi verenin miktar bakımından sorumluluğunun sınırlandırılması açısından öğretiyi ve yargıdaki ağırlıklı görüş "kredi miktarı" ifadesinin faizi kapsamadığı ve sadece müşteriye verilen kredi anaparasından oluştuğu yönündedir. Bu görüşün kabul edilmesiyle kredi verenlerin müteselsil sorumluluğunun kapsamı daraltılmıştır. Ancak, çalışmamız kapsamında, kredi miktarının, tüketicinin bankaya borçlandığı toplam tutar olarak anlaşılması gerektiği kanaatine varılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Bağlı Tüketici Kredisi, Müteselsil Sorumluluk, Bankanın Sorumluluk Sınırı, Kredi Miktarı, Tüketicinin Korunması

**Abstract:** In our study, the liability is examined with the "credit amount", which is one of the limits of the creditor's joint and several liability with the seller and the provider, in case the goods or services are not delivered or performed at all or as required regarding the linked consumer credit agreements regulated within the scope of the Law on Consumer Protection No. 6502. In terms of limiting the creditors's liability in terms of amount within the scope of the joint and several liability of the creditor, the dominant opinion in the doctrine and judiciary is that the expression "credit amount" does not include interest and consists only of the principal of the credit given to the customer. With the acceptance of this view, the scope of joint and several liability of creditors has been narrowed. However, within the scope of our study, it was concluded that the credit amount should be understood as the total amount owed by the consumer to the bank.

**Keywords:** Linked Consumer Credit, Joint Liability, Bank's Liability Limit, Credit Amount, Consumer Protection

### Extended Abstract

In addition to banks, lending activities are carried out by natural or legal persons who are authorized to provide credit to consumers in accordance with the legislation. Consumer credit refers to the financing provided or promised to be provided to a real person or legal entity acting for non-commercial or non-professional purposes by persons authorized to provide credit.

Whether the consumer can freely use the financing provided to him or her is important for the consumer credit to be considered as a linked credit. If consumer credits given to consumers by persons authorized to grant credits is provided exclusively for the financing of an agreement for the supply of certain goods or services and if this agreement objectively forms an economic unity with the credit agreement, it is referred to as a linked consumer credit agreement.

Consumers are granted certain rights regarding linked consumer credits regulated in the Consumer Protection Law No. 6502. In case the goods or services are not delivered or performed at all or as required and the consumer exercises his right to withdraw from the sales agreement or reduce the price,

the creditor, seller and supplier will be jointly responsible. In terms of linked consumer credits, the consumer cannot freely use the credit given to him and often does not choose the parties with whom he will conclude a contract with his own will. For this reason, protection is provided to the consumer and he is enabled to direct his rights arising from the contract between him and the seller to the creditor. Thus, the principle of proportionality was overcome and the responsibility of the creditor was determined and it is possible to direct the rights arising from the failure to perform or deliver the agreement for supply of goods or services at all or as required to the creditor at all or as required. The creditor's liability is limited in amount and time. So that; the liability of the creditor is limited to one year in terms of time, limited to the amount of credit used. This one-year period will start *"from the date of delivery of the goods or performance of the service specified in the sales agreement or linked credit agreement in cases where the goods are not delivered or the service is performed, and from the date of the delivery of the goods or the performance of the service in cases where the goods are delivered or the service is performed."* For linked credits used specifically for mortgage, the date on which the house is delivered or will be delivered will be taken as basis.

Here, in terms of what is meant by the expression "amount of credit used", the majority of opinions in the same direction are in the doctrine. Moreover, in judicial decisions, an opinion parallel to the majority opinion has emerged. In the doctrine, it is stated that the credit amount used is only the principal amount and therefore the joint liability of the creditor is limited to the principal amount only. Under this view, interest and charges will not be included in the creditor's responsibility and will be charged to the consumer. In line with our view, charging the credit interest and expenses to the consumer even if the goods or services are not delivered or performed at all or as required will create an excessive imbalance against the consumer and contradict the will of the legislator to protect the consumer. In the credit agreement concluded between the parties, the consumer's obligation is to return the amount he received from the creditor, together with interest and expenses. In other words, the amount that the consumer must return is the total debt arising from this credit agreement. When evaluated from this perspective, we believe that while the credit amount refers to "principal including interest and expenses", reducing it to the principal in terms of the responsibility of the creditor would be contrary to the principle of interpretation in favor of the consumer. On the other hand, in case of reneging on the sales agreement, the creditor refunds the interest and expenses paid by the consumer and the debts are stated as interest included in the principal in the risk center reports, which supports our opinion. Since opinions to the contrary would be contrary to the principles of consumer legislation, we believe that the upper limit of liability drawn as the amount of credit used is the "principal including interest and other expenses" that the consumer has to pay to the creditor and owes.

## Giriş

Bankalar, 01.11.2005 tarihli ve 25983 1. mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (bundan böyle "Bankacılık Kanunu" olarak anılacaktır) kapsamında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından *"bankacılık işlemleri ve faaliyetleri yapmak üzere yetkilendirilmiş ticari işletmelerdir"*<sup>1</sup>. Bankalar kâr elde etmek amacıyla faaliyette bulunan ticari işletmelerdir, ancak diğer ticari işletmelerin çoğundan farklı olarak bankalar sadece belirli faaliyetlerde bulunabilir. Bu faaliyetlerden biri de kredi verme faaliyetidir. Kredi verme asli bankacılık faaliyetlerinden biri olarak Bankacılık Kanunu'nun 4. maddesinde sayılan faaliyetler arasında yer almakla birlikte Kanun'un 48. maddesinde de detaylı olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan kredi verme faaliyeti yalnızca bankaların tekelinde de değildir. 28.11.2013 tarihli ve 28835 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (bundan böyle kısaca "Kanun" olarak anılacaktır) "kredi veren" ifadesi mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek

<sup>1</sup> İbrahim Kaplan, *Banka Sözleşmeleri Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 29.

veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede kredi verme faaliyetinin yalnızca bankalara özgü olmadığını, özel bir düzenleme ile kişilere kredi verme hak ve yetkisinin verilebileceğini de belirtmeliyiz. Örneğin; 13.12.2012 tarihli ve 28496 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu finansman şirketlerine ve finansal kiralama şirketlerine; 28.04.1972 tarih 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu ise tarım kredi kooperatiflerine kredi verme hak ve yetkisi vermesi nedeniyle böyle özel birer düzenleme niteliğindedir.

Bu çalışma kapsamında, bağlı tüketici kredilerinde bankaların hukuki sorumluluğunun sınırı olarak belirlenen “kredi miktarı” sınırı incelenecek olup, çalışmada kredi veren, banka ve konut finansman kuruluşu ifadeleri aynı anlamda kullanılacaktır. İlk olarak aşağıda, bağlı tüketici kredilerine ilişkin genel açıklamalarımıza yer verilecektir.

## I. Genel Olarak Bağlı Tüketici Kredileri

Tüketicilerin çoğunun yeterli alım gücüne sahip olmamasının, ihtiyaç duydukları mal ve hizmetlerin edinilmesinde birikimlerinden ziyade tüketici kredilerine başvurmalarına sebep olduğu, bu nedenle de tüketici kredilerinin uygulaması en çok olan tüketici işlemlerinden olduğu ifade edilmektedir<sup>2</sup>. Tüketici kredileri, alım gücü zayıf ve aynı zamanda kredi verene karşı güçsüz durumda<sup>3</sup> olan tüketicilerin, kredi verenlerden kredi temin ederek, ihtiyaç duydukları mal ve hizmetleri edinmelerini sağlayan bir kredi türüdür<sup>4</sup>. İşte bu krediye ilişkin olarak tarafların hak ve yükümlülüklerinin düzenlendiği sözleşme de tüketici kredisi sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Tüketici kredisi sözleşmeleri, Kanun’un 22. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; “tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi” ifade etmektedir. Tüketici kredileri genel olarak nakdi kredi olarak nitelendirilmekte ve genellikle vade, sabit aylık ödeme tutarı belirlenerek nakden ve defaten tüketiciye ödenmektedir<sup>5</sup>. Ancak, nakdi krediler yanında, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri menfaat karşılığında ödemeyi ertelediği ya da ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği bütün haller de tüketici kredisi olarak kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Tüketici kredilerinin temel unsurları; kredi kullananın tüketici sıfatını haiz olması, kredi verenin ekonomik bir menfaat karşılığında kredi kullandırması veya kullandırmayı taahhüt etmesi, kredi verenin buna ilişkin yetkisinin olması ve nihayet tarafların bu konuda anlaşmış olmalarıdır<sup>7</sup>. Tüketici terimi ise Kanun’un 3. maddesinde “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır.

Bağlı tüketici kredileri, tüketicinin krediyi belirli bir amaç için kullanması ve bu amacın da kredi sözleşmesiyle sıkı bir şekilde bağlantılı olmasını ifade eder<sup>8</sup>. Bir kredinin bağlı tüketici kredisi olup

<sup>2</sup> Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 476.

<sup>3</sup> Ann-Sophie Vandenberghe, “The Law on Unfair Terms in Standard Form Contracts in Europe”, *Consumer Law and Economics*, ed. Klaus Mathis, Avishalom\_Tor, (Springer, 2021), 122; O. O. Cherednychenko, “On the Bumpy Road to Responsible Lending in the Digital Marketplace: The New EU Consumer Credit Directive”, *Journal of Consumer Policy* /47 (2024), 256.

<sup>4</sup> Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 476.

<sup>5</sup> Şebnem Akipek, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999), 35; Selçuk Öztekin, “Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar”, *Türkiye Bankalar Birliği Bankacılar Dergisi* 67 (Aralık 2008), 7.

<sup>6</sup> Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 478.

<sup>7</sup> Şebnem Akipek Öcal- İlhan Kara, *Tüketici Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 131.

<sup>8</sup> İ. Yılmaz Aslan, *Tüketici Hukuku* (İstanbul: Ekin Yayınevi, 2014), 396; Akipek, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, 180; Hava Yenice Özgöz, *Bağlı Tüketici Kredilerinde Bankanın Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 8-9; Hüseyin Kılınc, *Bağlı Tüketici Kredi Sözleşmesi ve Kredi Veren Sorumluluğu* (İstanbul: Adalet Yayınevi, 2019), 75-76; Tamer İnal, *Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri* (İstanbul: Beta Yayınları, 2002), 253-254; Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 218; Yeşim M. Atamer, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 151; Murat Aydoğdu-Nalan Tuncer, *Tüketici Hukuku Özet Kitap* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 379; Akipek Öcal/Kara, *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*, 141; Bu konuda detaylı

olmadığının tespitinde tüketicinin krediyi serbestçe kullanma imkanının bulunup bulunmadığı hususu önem arz eder<sup>9</sup>. Netice olarak, tüketici aldığı krediyi beyan ettiği ve teyit edilen bir amaç için kullanmak zorundaysa bağlı tüketici kredisinin varlığından bahsedilir.

Bağlı tüketici kredileri Kanun'un 30. ve 35. maddelerinde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki genel nitelikte olup tüketici kredileri bakımından; ikincisi ise konut kredileri bakımından özel bir düzenleme getirmektedir.

Kanun'un 30. maddesi uyarınca bağlı kredi sözleşmesi "*tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir.*" Görüldüğü üzere bağlı tüketici kredilerinde, tarafları birbirinden bağımsız üç sözleşme bulunmakta ve bu sözleşmelerden iki tanesi ekonomik birlik oluşturmaktadır. Ekonomik birlik oluşturan sözleşmeler; satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasında akdedilen mal/hizmet tedarikine ilişkin sözleşme ve kredi veren ile tüketici arasında akdedilen belirli bir mal/hizmetin teminine ilişkin sözleşmenin finansmanını sağlayan bağlı kredi sözleşmesidir<sup>10</sup>.

Bu maddenin ikinci fıkrasında ise "*a) Satıcı veya sağlayıcının tüketici için krediyi finanse ettiği, b) Üçüncü bir tarafça finanse edilmesi durumunda, kredi verenin kredi sözleşmesinin imzalanması veya hazırlanması ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcının hizmetlerinden yararlandığı, c) Belirli bir mal veya hizmetin verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtildiği, durumlarından en az birinin varlığı hâlinde*" ekonomik birliğin mevcut sayılacağı ifade edilmiştir.

Konut finansmanı özelinde bağlı kredi sözleşmeleri ise Kanun'un 35. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bağlı kredi sözleşmesi "*konut finansmanı kredisinin münhasıran belirli bir konutun satın alınması durumunda bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik bir birlik oluşturduğu*" sözleşmedir. Bu maddenin 4. fıkrasında ise "*Konut finansmanı kuruluşu ile satıcı arasında belirli bir konutun tedarikine ilişkin bir sözleşme olmaksızın, tüketicinin kendisi tarafından belirlenen konutun bedelinin kredi veren konut finansmanı kuruluşu tarafından ödenmesi suretiyle kullanılan krediler*"ın bağlı kredi sayılmayacağı açıkça ifade edilmiştir.

Mehaz düzenleme olan Avrupa Birliği Direktifinde de kredi sözleşmesi ve satış sözleşmesi arasında ekonomik birlik olması gerekliliği düzenlenmiştir.<sup>11</sup> Bu kapsamda ilgili Direktifte; kredinin yalnızca belirli malların tedarikine veya belirli bir hizmetin sağlanmasına yönelik bir sözleşmeyi finanse etmeye hizmet etmesi ve satış sözleşmesi ile kredi sözleşmesinin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturması halinde bağlı kredi sözleşmesinden bahsedilebileceği belirtilmiştir<sup>12</sup>.

## II. Bağlı Tüketici Kredis Sözleşmelerinde Kredi Verenlerin Sorumluluğu

Türk borçlar hukukunda yer alan en temel ilkelerden biri nispilik ilkesidir. Buna göre, borç ilişkisi sadece bu ilişkinin tarafları arasında etkilidir<sup>13</sup>. Genel ilke bu olmakla birlikte bazı durumlarda zayıfın

inceleme için bkz. Burak Özen, "Bağlı Kredilerde Kredi Verene Karşı İleri Sürülebilecek Haklar ve Bu Hakların Kullanılmasının Tabi Olduğu Süre", *Tüketici Hukukunun Güncel Meseleleri 2023*, ed. Hakan Tokbaş (İstanbul: Aristo Yayınları, 2023), 162.

<sup>9</sup> Abdülhamit Yılmaz, *Belirli Süreli Tüketici Kredis Sözleşmeleri* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018), 74; "Bağlı tüketici kredisinde, tüketici kredi verenden aldığı krediyi, kendisine verilen talimat doğrultusunda kullanmak ve bir anlamda krediyi nasıl kullanacağı konusunda kredi verene hesap vermek zorunda kalmaktadır." Şebnem Akipek, "Madde 30/AKİPEK Şerhi" *Milli Şerh 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, ed. Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, (İstanbul: Aristo Yayınları, 2016), 534.

<sup>10</sup> Kıymet Erdemir, *Tüketici Hukukunda Bağlı Tüketici Kredileri* (İstanbul: T.C. Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021), 17; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 560.

<sup>11</sup> Elisabetta Iossa – Giuliana Palumbo; Over Optimism and Lender Liability in The Consumer Credit Market, [https://www.researchgate.net/publication/227345962\\_Optimism\\_and\\_lender\\_liability\\_in\\_the\\_consumer\\_credit\\_market](https://www.researchgate.net/publication/227345962_Optimism_and_lender_liability_in_the_consumer_credit_market), erişim: 10.07.2024, s.2.

<sup>12</sup> Directive 2008/48/EC of The European Parliament and Of The Council of 23 April 2008 on Credit Agreements for Consumers and Repealing Council Directive 87/102/EEC (Directive 2008/48/EC), Avrupa Birliği (2008), md.3/n.

<sup>13</sup> M. Kemal Oğuzman- M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2023), 22; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 3; Pierre Tercier vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*

korunması gibi saiklerle bu ilkedan taviz verildiği de görülmektedir. Bu nispiyet ilkesinin aşıldığı istisnai hallerden biri de Kanun'da yer alan bağı tüketici kredilerinde, kredi verenlerin sorumlu tutulmasına ilişkin hükümlerdir<sup>14</sup>. Gerçekten de bağı tüketici kredilerinde, tüketici, kredi sözleşmesi ve tedarik sözleşmesi olmak üzere birbirine bağı birden fazla hukuki işlemle karşı karşıya gelmekte<sup>15</sup> ve bu hukuki işlemlerin çoğunda da banka ile satıcı ya da sağlayıcı tüketiciye karşı adeta tek bir kişi gibi hareket etmektedir<sup>16</sup>. Ayrıca, banka ile satıcı veya sağlayıcı arasındaki sözleşme nedeniyle, tüketicinin krediyi sadece belirli mal ve hizmetler için kullanabilmesi ve kredi tutarının çoğu durumda doğrudan satıcı veya sağlayıcıya ödenmesi gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde bu birbirine bağı hukuki ilişkilerde tüketicinin korunması gereği daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. İşte bu noktada nispiyet ilkesinin aşılması ile tüketicinin korunması ve mağduriyetine çözüm sağlanması amaçlanmaktadır<sup>17</sup>. Böylece tüketicinin, satıcı veya sağlayıcı ile akdettiği sözleşmeden kaynaklanan bazı hakları doğrudan -bu sözleşmelere taraf olmayan- kredi verene karşı yöneltmesine imkân verilmiştir<sup>18</sup>. Bu düzenlemenin tüketicinin korunması amacına hizmet ettiği ve tüketici aleyhine bozulmuş dengeyi kurduğu kabul edilmektedir<sup>19</sup>.

Kredi verenlerin sorumluluğuna ilişkin Kanun'un 30. maddesinin 4. fıkrası şöyledir;

*"Bağı kredilerde, mal veya hizmet hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmez ise satıcı, sağlayıcı ve kredi veren, tüketicinin satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde müteselsilen sorumludur. Tüketicinin bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde bağı kredi de bu oranda indirilir ve ödeme planı buna göre değiştirilir. Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, o güne kadar yapmış olduğu ödemenin iadesi hususunda satıcı, sağlayıcı ve kredi veren müteselsilen sorumludur. Ancak, kredi verenin sorumluluğu; malın teslim veya hizmetin ifa edilmediği durumlarda satış sözleşmesinde veya bağı kredi sözleşmesinde belirtilen malın teslim veya hizmetin ifa edilme tarihinden, malın teslim veya hizmetin ifa edildiği durumlarda malın teslim veya hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır."*

Konut finansman sözleşmeleri özelinde kredi verenlerin sorumluluğuna ilişkin Kanun'un 35. maddesinin 2. fıkrası ise şöyledir;

*"Bağı kredilerde, konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi nedeniyle tüketicinin bu Kanununun 11 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarından birini kullanması hâlinde, satıcı ve konut finansmanı kuruluşu müteselsilen sorumludur. Ancak, konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu; konutun teslim edilmemesi durumunda konut satış sözleşmesinde veya bağı kredi sözleşmesinde belirtilen konut teslim tarihinden, konutun teslim edilmesi durumunda konutun teslim edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır."*

---

(İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 43; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2022), 9; Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2014), 30; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015), 21-22; Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010), 15-18; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2023), 17.

<sup>14</sup> Rabia Sanem Üzeler, *Tüketici Hukukunda Bağı Kredi Sözleşmesi* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011), 149; Ebru Ceylan, "Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri – II", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* /80 (Ocak- Şubat 2009), 13; Erdemir, *Tüketici Hukukunda Bağı Tüketici Kredileri*, 196.

<sup>15</sup> Iossa/Palumbo, s.2: "Bir tüketici kredili bir alışveriş yaptığında iki sözleşme ilişkisine girer: satıcıyla yapılan satış sözleşmesi ve kredi verenle yapılan kredi sözleşmesi."

<sup>16</sup> Özgöz, *Bağı Tüketici Kredilerinde Bankanın Sorumluluğu*, 2.

<sup>17</sup> Üzeler, *Tüketici Hukukunda Bağı Kredi Sözleşmesi*, 31.

<sup>18</sup> Atamer, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, 150; Coşkun Çaldağ, "Bağı Tüketici Kredi Sözleşmesinin Tespiti ve Kredi Kartı Sözleşmesinin Bu Açından Değerlendirilmesi", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 4/1 (2020), 32.

<sup>19</sup> Başak Baysal, "Tüketici Kredisi (TKHK m.22-31)" *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, Haz. M. Murat İnceoğlu (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 279; Iossa/Palumbo, *Over Optimism and Lender Liability in The Consumer Credit Market*, 4.

Bu doğrultuda Kanun'un 30. ve 35. maddelerinde kredi verenin tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olduğu düzenlenmiştir<sup>20</sup>. Burada ifade edilmelidir ki, ilgili hükümler emredici niteliğini haiz olduğu için kredi sözleşmesinde aksi kararlaştırılsa dahi bu hükümler geçersiz olacaktır<sup>21</sup>.

Avrupa Birliği Direktifinde de bağlı kredi sözleşmesinde mal veya hizmetin hiç ya da kısmen ya da sözleşmeye uygun teslim edilememesi veya yerine getirilememesi halinde kredi verene başvurma hakkı düzenlenmiştir. Bu halde yalnızca tüketicinin satıcı veya tedarikçiye karşı hukuki yollara başvurmuş ancak ilgili kanun veya sözleşmeye göre hak ettiğini elde edememiş olma şartının varlığı aranmaktadır<sup>22</sup>.

Bağlı kredilerde kredi verenin müteselsil sorumluluğu kanun koyucu tarafından tutar ve süre yönünden sınırlandırılmıştır<sup>23</sup>. Kanun her iki durumda da kredi verenlerin sorumluluğunu "kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıl" ile sınırlandırmıştır. Aşağıda, Kanun'da geçen "kredi miktarı"ndan ne anlaşılması gerektiği konusu incelenecektir.

### III. Kredi Miktarı Sınırlaması

Tüketici, bağlı kredi sözleşmesi ile ekonomik birlik oluşturan mal/hizmet alımına ilişkin sözleşme kapsamında, mal veya hizmetin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararını, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olarak kredi verenden talep edebilir, bunu aşan zararlar bakımından ise sadece satıcı/sağlayıcıya başvurabilir<sup>24</sup>. Bağlı tüketici kredilerinde, kredi verenlerin sorumluluğunun üst sınırını oluşturan "kredi miktarı" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği incelenmeye muhtaç bir konudur. Zira kredi miktarı, sadece müşteriye ödenen kredi tutarı olarak kabul edilebileceği gibi, tüketicinin kredi sözleşmesiyle kredi verene borçlandığı toplam tutar (faiz, masraf ve anapara dahil) olarak da anlaşılabilir<sup>25</sup>. Bu fark, bazı durumlarda kredi verenin sorumluluğunu azaltacağı gibi, tüketicinin de oluşan zararından daha az bir tazminat almasına sebep olabilecektir. Özellikle kredi faiz oranlarının yüksek olduğu ya da yüksek enflasyon yaşanan dönemlerde, sadece müşteriye ödenen kredi tutarının (anaparanın) kredi miktarı olarak kabul edilmesi durumunda, tüketicilerin bağlı kredi nedeniyle oluşan zararlarının bir kısmı tazmin edilmeme riski altında kalacaktır.

Esas konuya değinmeden önce ilk olarak belirtilmelidir ki "kullanılan kredi miktarı" ifadesindeki "kullanılan" ifadesi bankacılık terminolojisinde, kredinin müşterinin ya da müşterinin talebiyle bir üçüncü kişinin hâkimiyet alanına bırakılmış olmasını ya da teslim edilmiş olmasını ifade etmektedir. Bu bakımdan, bankanın bir müşterisine kredi limiti tahsis etmesi tek başına bu kredinin "kullanıldığı" anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla, sorumluluk sınırının tespitinde de kredi verenin her bir tüketici özelinde belirlediği kredi limiti değil, fiilen kullanılan kredi miktarı esas alınmalıdır.

<sup>20</sup> İsmail Yılmaz Aslan, *Bankacılar İçin Tüketici Hukuku* (İstanbul: BKM, 2016), 146; Bahadır Demir, "Bağlı Tüketici Kredi Sözleşmeleri", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28/49 (Aralık 2023), 596; Söz konusu iki maddede düzenlenen sorumluluk rejimleri hakkında detaylı değerlendirmeler için bkz. Burak Özen, *Tüketici Hukukunun Güncel Meseleleri 2023*, Bağlı Kredi Ne Zaman Vardır? (İstanbul: Aristo Yayınları, 2023), 167 vd.

<sup>21</sup> Akipek, *Tüketici Kredisi*, 302; Aslan, *Tüketici Hukuku*, 401; A. Lale Sirmen, "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8/Özel (Haziran 2013), 2468.; Erdemir, *Tüketici Hukukunda Bağlı Tüketici Kredileri*, 197; Faruk Acar, "Madde 35/ ACAR Şerhi", *Milli Şerh 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, ed. Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, (İstanbul: Aristo Yayınları, 2016), 577.

<sup>22</sup> Directive 2008/48/EC, md.15/2.

<sup>23</sup> Erdemir, *Tüketici Hukukunda Bağlı Tüketici Kredileri*, 207.

<sup>24</sup> Erdemir, *Tüketici Hukukunda Bağlı Tüketici Kredileri*, 207.

<sup>25</sup> "Kanun koyucu burada "kullanılan kredi miktarı" ölçütünü koymuştur. Bu ifade iki anlama gelebilecek cinstendir. İlk anlam, tüketicinin kuruluştan çektiği kredi miktarıdır. Tüketici çektiği bir miktar parayı satıcıya ödemektedir. Bu rakam net rakamdır. Faizsiz, masrafsız hatta sigorta primleri düşüldükten sonra tüketicinin somut olarak eline geçen paradır. Oysa ikinci anlam, tüketicinin kuruluşa ödeyeceği toplam kredi miktarını ifade etmektedir. Tüketici örneğin kuruluştan 100.000-TL kredi kullanmış bile olsa, faiz ve masrafla dahil öngörülen vadenin bitiminde 180.000.TL. ödeyebilecektir." Acar, "Madde 35/ ACAR Şerhi", 582.



Kredi miktarı ifadesinin kapsamı hakkındaki ilk görüşe göre, kredi miktarı tüketici tarafından kullanılan kredinin sadece anaparasından oluşmaktadır ve kredi verenlerin sorumluluğunun tespitinde de sadece bu anaparanın dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bu nedenle de faiz, komisyon ve benzeri yan ödemelerin kredi verenin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmeyeceği belirtilmektedir<sup>26</sup>. Bu görüşe göre, örneğin tüketici 500.000 TL'ye bir araba satın almış ve bu arabayı satın almak için satıcının anlaştığı banka ile 300.000 TL'lik bir kredi sözleşmesi yapmıştır ve bu anaparayı dört yılda toplam faiz, komisyon ve masraflarla birlikte toplam 400.000 TL olarak taksitler halinde ödeyecektir. Bu görüşe göre, bu kredi nedeniyle tüketicinin ayıp nedeniyle sözleşmeden dönmesi durumunda kredi verenden talep edilebileceği miktar anapara olan 300.000-TL ile sınırlı olacaktır. Buna ek olarak bankaya ödenen 100.000-TL talep edilemeyecektir<sup>27</sup>.

Yine bu görüşe göre; tüketici, uğradığı zararlar bakımından kredi miktarını aşan taleplerini yalnızca satıcı veya sağlayıcıya yöneltebilecektir<sup>28</sup>. Gerekçe olarak ise hükmün lafzındaki "kullanılan kredi miktarı" ifadesinden faiz ve tüketicinin geri ödeyeceği toplam miktarın anlaşılmasının güç olması ve bankaların sorumluluğunun bu denli genişletilmesinin doğru olmaması gösterilmektedir<sup>29</sup>.

Öğretideki diğer görüşe göre ise bu ifade müşterinin, bankaya ödemekle yükümlü olduğu toplam kredi borcunu, başka bir ifadeyle kredi anaparasının yanı sıra faiz ve diğer tüm masrafları da kapsamaktadır<sup>30</sup>. Buna gerekçe olarak da tüketici lehine yorum ilkesi gösterilmektedir. Bu görüşe göre, anaparayı aşan miktar için kredi verenin sorumluluğunun bulunmadığı yönünde bir değerlendirme kanun koyucunun iradesine ve Kanun'un amacına aykırı olacaktır. Ayrıca, öğretideki bir başka Yazar ise görüşlerini, olması gereken hukukla sınırlayarak, kredi verenlerin kusursuz sorumluluğu ve bunun dayanağı olarak kabul edilen "denkleştirici adalet" veya "yarar ve zarar arasındaki bağlılık düşüncesine" dayandırmaktadır<sup>31</sup>.

Bu konudaki yargı kararlarına baktığımızda ise yakın tarihli bir Yargıtay kararında<sup>32</sup> "TKHK'nın 35/2 maddesi gereğince, konut finansman kuruluşunun sorumluluğu kullanılan kredi miktarı ile sınırlandırılmış olup davacının konutu davalı satıcı şirket ile aralarında mevcut satış sözleşmesi gereğince 415.000,00 TL'ye satın aldığı ve davalı bankadan 310.000,00 TL kredi kullandığı göz önünde bulundurularak, davada tespit edilen toplam ödeme miktarı gözetildiğinde, davalı bankanın kullanılan kredi miktarı kapsamında olmak üzere davacı tarafından, davalı satıcı şirkete ödenen konut bedelinden de sorumlu olduğu..." şeklindeki gerekçe ile kredi veren bankanın sorumluluğunun anapara ile sınırlandırıldığını; yine başka Yargıtay kararlarında da "Mahkemece, davalı bankanın kullandığı kredi miktarı ile sınırlı olarak sorumlu tutulması gerekirken yanlış değerlendirme ile diğer davalı M.. C...A.Ş'ye ödenen peşinat tutarı da dahil olmak üzere tüm borçtan sorumlu olacak şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."<sup>33</sup>; "daha da önemlisi Dairemizin dava konusu yapı ile ilgili aynı hususta verdiği emsal kararları da, kullanılan kredinin bağlı olduğu yönünde olup, mahkemece, davalı bankanın da kullandığı kredi miktarı ile sınırlı olarak sorumlu olduğu gözetilerek bu doğrultuda bir karar verilmesi gerekirken

<sup>26</sup> Sezer Çabri, "Bağlı Kredilerde Kredi Veren Sorumluluğunun Kapsamı", *Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu*, ed. Gözde Zeytin Çağrı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 308, 581; Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 212, 235; Kılınc, *Bağlı Tüketici Kredi Sözleşmesi ve Kredi Veren Sorumluluğu*, 161; Yenice Özgöz, *Bağlı Tüketici Kredilerinde Bankanın Sorumluluğu*, 99; Erdemir, *Tüketici Hukukunda Bağlı Tüketici Kredileri*, 207; Aydoğdu - Tuncer, *Tüketici Hukuku Özet Kitap*, 386; Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 580.

<sup>27</sup> Bu örnek için bkz. Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 581.

<sup>28</sup> Çabri, "Bağlı Kredilerde Kredi Veren Sorumluluğunun Kapsamı", 308-309.

<sup>29</sup> Orcan Ok, "Bağlı Kredi Sözleşmesi ve Kredi Veren Sorumluluğu" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 38/ 2 (2022), 330.

<sup>30</sup> Murat Aydoğdu, "Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerinin Tüketici Hukukuna Etkileri". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9 (Temmuz 2007), 595.

<sup>31</sup> "...Kullanılan kredi miktarı" ifadesi 100.000.TL. yerine 180.000.TL. ye daha elverişli gözüke de, kuruluşun kusursuz sorumluluğu ve bunun dayanağı olarak kabul edebileceğimiz "denkleştirici adalet" veya "yarar ve zarar arasındaki bağlılık düşüncesi", bize 180.000.TL. ye itibar edilmesi gerektiğini en azından de lege feranda söylemektedir." Acar, "Madde 35/ ACAR Şerhi", 582.

<sup>32</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2024/486 (6 Şubat 2024).

<sup>33</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/3709 (13 Şubat 2014).

yanlış değerlendirme ve yazılı gerekçe ile asıl davanın kabulü ile birleşen davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”<sup>34</sup> şeklindeki gerekçe ile benzer şekilde kredi veren bankanın sorumluluğunun anapara ile sınırlandırıldığını görmekteyiz. Yargıtay’a benzer şekilde Bölge Adliye Mahkemelerinden de öğretide yer alan hâkim görüşe paralel kararlar çıktığını görmekteyiz; “F1 Katılım Bankası A.Ş. vekili 07.12.2015 havale tarihli dilekçesinde bağlı kredi ilişkisinde müvekkili bankanın sorumluluğunun kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olduğunu, faiz sorumluluğunun bulunmadığını, yasal sınırı aşan miktar bakımından davanın reddine karar verilmesi gerektiğini, davanın kısmen kabul edildiğini beyan etmiştir. Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere dava konusu kredi bağlı kredi olup davalı banka kredi geri ödemeleri miktarıyla sorumludur.”<sup>35</sup> Benzer şekilde bir Bölge Adliye Mahkemesi Kararında<sup>36</sup> davalı bankanın zamanında teslim edilmeyen konutun kira gelirlerinden sorumlu tutulup tutulamayacağı değerlendirilmiş ve netice olarak, “davalı bankanın davacı tarafından kullanılan 45.000-TL kredi miktarıyla sınırlı olarak davacıya karşı müteselsilen sorumlu olduğu anlaşılmakla” denilerek kredi verenin sorumluluğu anapara ile sınırlandırılmıştır. Başka bir Bölge Adliye Mahkemesi kararında<sup>37</sup> ise “Dolayısıyla davalı banka aleyhine hükmedilen vekalet ücretinin de davalı bankanın sorumlu olduğu 213.900,00 TL üzerinden hesaplanması gerekirken, davalı bankanın sorumluluk tutarını aşan kısım üzerinden de davalı banka aleyhine vekalet ücreti hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.” şeklinde hüküm kurularak kredi miktarı ifadesinin yalnızca kredi anaparasını ifade ettiği kabul edilmiştir. Netice olarak mevcut yargı kararlarının da öğretideki çoğunluk görüşüyle aynı yönde olduğu anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, öğretideki bazı görüşlerle paralellik arz eden yargı kararlarında Kanun’da geçen “kredi miktarı” ifadesi sadece anaparaya hasredilmektedir. Kanaatimizce, kredi miktarı tüketicinin bankaya borçlandığı toplam miktarı ifade etmektedir. Zira, tüketici ile kredi veren arasında akdedilen kredi sözleşmesi ile kredi veren tüketiciye nakdi bir kredi vermeyi (bir miktar paranın devrini) taahhüt etmekte, tüketici ise belirlenen vadelerde söz konusu krediyi faiziyle ve diğer masraflarla birlikte iade etmeyi taahhüt etmektedir<sup>38</sup>. Diğer bir deyişle, tüketicinin bu sözleşmeden doğan borcu sadece anaparanın geri ödenmesi değil, buna ek olarak faiz ve varsa diğer masrafların toplamının da ödenmesinden oluşmaktadır. Bankanın, nakdi kredi kullandırması bunun karşılığında ise tüketicinin anaparanın tamamını faiziyle ve diğer masraflarla birlikte iade etmesi, bu sözleşmenin asli edimlerini oluşturmaktadır. Netice olarak, tüketicinin kredi verene borcu sadece anaparanın geri ödenmesinden ibaret değildir<sup>39</sup>. Kredi miktarı, kredi veren ile tüketici arasındaki sözleşmeden doğan toplam para borcudur, bunu anapara ve faiz diye ayırmak için haklı bir neden bulunmadığı gibi bu yorum bankaların sorumluluğunu genişletmek anlamına da gelmemektedir. Bilakis tüketici kredisi sözleşmesinden doğan borcun anapara ve faiz diye ikiye ayrılması temelde gereksizdir. Bu nedenle de bize göre “kredi miktarı” ifadesi, tüketicinin kredi sözleşmesinden doğan toplam asli edim borcunu ifade eder. Aksi yöndeki bir yorum, açık bir düzenleme olmadığı müddetçe tüketici lehine yorum ilkesine aykırı olacaktır. Ayrıca hiç şüphe yok ki Kanun’un temel amaçlarından biri tüketicinin korunmasıdır. Ancak söz konusu ifadenin sadece anapara ile sınırlandırılarak yorumlanması durumunda, tüketici zarara uğrayacak bunun karşılığında ise kredi veren, ilgili sorumluluk getiren maddelerin ihdas ediliş amacına

<sup>34</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/9896 (7 Nisan 2016).

<sup>35</sup> Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi (BAM), K. 2020/422 (5 Mart 2020).

<sup>36</sup> Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi (BAM), K. 2017/1002 (12 Ekim 2017).

<sup>37</sup> Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi (BAM), K. 2020/1753 (25 Aralık 2020).

<sup>38</sup> Carla Failla, "Credit Agreements for Consumers in the Event of Early Repayment," *Italian Law Journal* 9/1 (2023), 344.

<sup>39</sup> “Tüketici kredilerinde kredi verenin tüketiciye kredi vermekteki temel gayesi, kullandığı kredi miktarı üzerinden faiz geliri elde etmek olduğuna göre, kredi alanın en önemli borçlarından biri bağlı kredi sözleşmesinde belirlenmiş tutar oranında faizi kredi verene ödemektir. TKHK m.10/2 kapsamında, kredi sözleşmesinde faiz ve diğer unsurlarla birlikte tüketicinin kredi verene toplamda ne kadar ödeme yapması gerektiği belirtilmeli, faizin hesaplandığı yıllık oran sözleşmede gösterilmeli ve ödeme planı içerisinde faiz de ayrıca belirtilmelidir. Tüketici kredisi sözleşmeleri, tüketicinin lehine olarak yapılan bir sözleşme olarak kabul edildiği için sözleşmeden doğan masrafların da tüketici tarafından ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu masrafların kredi sözleşmesinde ayrıca gösterilmesi gerekmektedir (TKHK m.10/2(d)).” Üzeler, *Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi*, 135.

da aykırı bir şekilde kazançlı çıkacaktır. Bu konudaki şu örnek, durumu açıklıkla gözler önüne sermektedir. Tüketicinin on yıl vadeli bir konut kredisi kullandığını ve kredi verenin sorumluluk şartlarının altıncı yılda gerçekleştiğini kabul edelim. Tüketici açtığı davada -yukarıdaki ilk görüş kabul edilirse- sadece kredi verenden aldığı anapara tutarı kadar bir tazminat talep edebilecektir. Tüketicinin, zararının bu tutardan fazla olması her zaman mümkündür, ancak bu hususa bile gelmeden tüketicinin bu altı yıl boyunca bankaya ödediği faiz ve masrafların bankanın uhdesinde kalmasını açıklamak mümkün görünmemektedir. Gerçekten de banka sadece kullandırdığı anaparayı iade edecek ama tüketiciden kredi sözleşmesi kapsamında altı yıl boyunca tahsil ettiği faiz ve masrafları iade etmekle sorumlu olmayacaktır. Kredi verenlerin, bağlı krediler nedeniyle sorumlu tutulmasını arzu eden kanun koyucunun özellikle oluşan zararın bir kısmına da tüketicinin katlanmasını istediğini ileri sürmek pek mümkün görünmemektedir. Zira temelde bu düzenlemelerin sebebi bağlı kredi kurgusu sebebiyle işlemde menfaat elde eden taraflardan biri olan bankaların da sorumluluğunun düzenlenmesidir. Ancak kredi miktarının sadece anapara olarak kabul edilmesi, bankaların yasa gereği sorumlu tutulduğu kredilerden kar elde etmesine, tüketicilerin ise zarara uğramasına sebep olmaktadır.

Benzer şekilde tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde de kanun koyucu kredi veren, satıcı ve sağlayıcının müteselsil sorumluluğunu düzenlenmiştir. Sözleşmeden dönme halinde tüketici aldığı malı satıcıya iade etmekle ve kullandığı kredi miktarını kredi verene iade etmekle yükümlüdür<sup>40</sup>. Buna karşılık kredi veren de tüketici tarafından dönme beyanına kadar geçen süre için tüketicinin ödediği taksitleri tüketiciye ödemekle sorumludur. Bu halde kredi veren tarafından kredi anaparası, faiz ve diğer masraflar tüketiciye iade edilmektedir<sup>41</sup>. Aksi durumda tüketicinin masraf ve faizlere katlanmasının Kanun'un amacına açıkça aykırılık teşkil edeceği ortadadır<sup>42</sup>. Kanun koyucu tarafından "kredi miktarı" ifadesi ile yalnızca anapara kastedilmiş olsa idi tüketicinin bağlı tüketici kredisinden döndüğünü beyan ettiği tarihe kadar kredi verene ödediği tüm faiz ve masraflar kredi veren uhdesinde kalacaktı. Bu durum bile başlı başına hükmün lafzını ortaya koymakta ve kanaatimizce "kredi miktarı" ifadesi ile anlaşılması gereken konusunda hiçbir şüpheye yer bırakmamaktadır. Belirtmek isteriz ki öğretide bağlı tüketici kredisi sözleşmesinden dönülmesi halinde tüketicinin dönme beyanına kadar işleyen faizi ödemesi gerektiği, kredi verenin ise faiz alabileceği ancak masrafları isteyemeyeceği görüşü de savunulmaktadır<sup>43</sup>.

Ayrıca, kişilerin finansal kuruluşlara olan borç durumlarını gösteren ve Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi tarafından tanzim edilen risk merkezi raporlarında<sup>44</sup> da tüketicilerin ilgili bankalardan kullanmış oldukları krediler anaparaya faiz eklenmiş olarak belirtilmektedir. Raporlarda anapara, faiz ve masraf ayrımının olmaması ve toplam kredi borcunun gösterilmesi dahi bankacılık uygulamasında "kredi miktarı" ile kastedilenin yalnızca kredi anaparası olmadığını açıkça göstermektedir.

Son olarak, müteselsil sorumluluk kapsamında öğretide aşağıdaki örnek üzerinden tartışılan hususa da değinmek gerekmektedir; *"Örneğin bankadan 300.000 TL kredi kullanan bir kişi tarafından 500.000 TL bedelli bir evin ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile alınması, kullanılan kredinin bağlı kredi olması ve konutun hiç teslim edilemeyeceğinin ortaya çıkması halinde, tüketicinin bankadan müteselsil sorumluluk kapsamında azami talep edebileceği tutarın ne olduğu değerlendirilmelidir. O zamana dek tüketici tarafından kredi borcuna ilişkin 50.000 TL geri ödeme yapıldığını var sayarsak, bankanın iade yükümlülüğü, 50.000 TL bedelin tüketiciye iade edilmesi ve bakiye kredi borcunun iptali ile mi sona erecektir? Yoksa banka tarafından tüketicinin kredi borcuna ilişkin geri ödemiş olduğu 50.000 TL bedelin iade edilmesi, bakiye kredi borcunun iptal edilmesine ilaveten, tüketicinin zararını tazmin için sebepsiz*

<sup>40</sup> Kılınc, *Bağlı Tüketici Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Veren Sorumluluğu*, 158; Ömer Faruk İlgün, *Tüketici İşlemleri Hukuku* (İstanbul: Legal Yayınları, 2021), 150.

<sup>41</sup> Aslan, *Tüketici Hukuku*, 400.

<sup>42</sup> Ceylan, "Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri – II", 134.

<sup>43</sup> Akipek, *Tüketici Kredisi*, 298; Yenice Özgöz, *Bağlı Tüketici Kredilerinde Bankanın Sorumluluğu*, 67.

<sup>44</sup> Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi (TBB Risk Merkezi), "Hakkında" (Erişim 5 Mayıs 2024).

*zenginleşme yaratmayacak şekilde ve tüketici zararı dikkate alınarak azami 250.000 TL'ye kadar tüketicinin zararının giderilmesi de mi bankanın müteselsil sorumluluğu kapsamında olacaktır?"<sup>45</sup>*

Bize göre kredi verenin sorumluluğunun doğduğu ve kredinin tamamının ödenmemiş olduğu her durumda, tüketicinin kredi verenden iadesini talep edebileceği tutar, o ana kadar bankaya ödediği anapara, faiz ve diğer ödemeler toplamından oluşacaktır. Buna karşılık, henüz ödemediği kısım için tüketicinin borcu sona erdirilecek ve tüketici kalan bakiye için bir ödeme yapmayacaktır. Bu sonuçlara ek olarak, tüketicinin haricen satıcıya ödediği tutar için de bankanın tazmin sorumluluğu olduğunu ileri sürmek pek mümkün değildir. Zira, böyle bir durumda mükerrer ödeme söz konusu olacaktır. Şöyle ki, tüketiciye iade edilen tutar ile bankanın sona erdirdiği bakiye borcun toplamı zaten "kredi miktarı"na eşit olacaktır. Bakiye borcun sona erdirilmesi demek bankanın kullandığı kredinin kalan anapara bakiyesi ile faizini tüketiciden talep edemeyeceği anlamına gelir ki bu da zaten bankanın müteselsil sorumluluk kapsamında borcunu yerine getirdiğini gösterir<sup>46</sup>. Buna ek olarak bir de tüketicinin satıcıya ödediği kredi kaynaklı olmayan ödemelerin de kredi veren yüklenmesi, söz konusu "kredi miktarı" sınırlamasını aşacak şekilde kredi veren sorumluluk yükletilmesi anlamına gelecektir<sup>47</sup>.

## **Sonuç**

Bağlı tüketici kredileri özelinde yapılan düzenlemeler ile taraflar arasında bir denge sağlanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda kredi verenler de belirli durumlarda, diğer tarafla birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Ancak bu sorumluluk da miktar ve zaman bakımından sınırlandırılmıştır.

Bu sorumluluk sınırlarından birini teşkil eden "kredi miktarı" ile sorumluluk konusunda doktrinde ve yargı kararlarında çoğunlukla kabul edilen, sorumluluğun sadece kredinin anaparası ile sınırlı olması şeklindeki görüşe katılmamaktayız ve bu görüşün "zayıf tarafın korunması ilkesi" doğrultusunda hareket ettiği değerlendirilen kanun koyucunun iradesiyle de açık bir çelişki oluşturduğunu ve bu görüşün Kanun ile taraflar arasında kurulmuş olan dengenin tüketici aleyhine bozulmasına neden olduğunu düşünmekteyiz.

Kanun'da yer alan "kredi miktarı" ile sorumluluk ifadesinin, tüketicinin kredi verene karşı borçlandığı toplam tutar olduğunu ve bu nedenle de sorumluluk üst sınırının, kullanılan anapara ve faiz ile bu sözleşme nedeniyle tüketicinin kredi verene ödediği toplam tutardan oluştuğu kanaatindeyiz.

<sup>45</sup> Erdemir, *Tüketici Hukukunda Bağlı Tüketici Kredileri*, 209.

<sup>46</sup> Diğer bir görüş ise şöyledir; "Yukarıdaki örnekte belirttiğimiz ikinci halin kabul edilmesi durumunda, banka tarafından hem kendisine o zamana dek yapılan kredi ödemeleri tüketiciye iade edilecek, hem bakiye kredi alacağı karşılıksız kalacak ve kredi borcunun kayıtlarda sonlandırılması sağlanacak hem de tüm bunlara ilave bir tazmin yükümlülüğü yüklenmiş olacaktır. Bir başka deyişle, 300.000 TL kredi kullandıran bir banka, kendisine faiz dahil taksitler toplamı olarak ödenen 50.000 TL'yi iade edecek, bakiye kredi borcu ve faizini tahsil edemeyecek ve ilaveten nakit olarak 250.000 TL bedeli tüketiciye ödeyecektir. Esasen, kanunda yer alan düzenlemenin lafzı tam olarak bu durumu işaret etmektedir. Ancak kanun koyucunun buradaki asıl gayesinin bu olmadığı düşünülmektedir." Erdemir, *Tüketici Hukukunda Bağlı Tüketici Kredileri*, 210.

<sup>47</sup> Benzer yöndeki bir başka görüş ise şöyledir; "Kredi verenin sorumluluğu, zarardan kaynaklı tazminat sorumluluğu olup, kredi veren aynen ifadan (malın tesliminden) sorumlu değildir; aynen ifadan (malın tesliminden) sadece satıcı/sağlayıcı sorumludur. Buna karşılık Yargıtay'ın haklı olarak kabul ettiği üzere, TBK 125 hükmündeki seçimlik haklardan, özellikle tüketicinin satıcıya/sağlayıcıya ödediği sözleşme bedelinden kredi veren kullandırılan kredi miktarını aşmamak üzere sorumlu olur." Aydoğdu - Tuncer, *Tüketici Hukuku Özet Kitap*, 379.

## Kaynakça

- Acar, Faruk. "Madde 35/ ACAR Şerhi". *Milli Şerh 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. ed. Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner. 573-583. İstanbul: Aristo Yayınları, 1.Baskı, 2016.
- Akipek, Şebnem. "Madde 30/AKİPEK Şerhi". *Milli Şerh 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. ed. Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner. 531- 538. İstanbul: Aristo Yayınları, 1.Baskı, 2016.
- Akipek, Şebnem. *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1. Basım, 1999.
- Akipek Öcal, Şebnem- Kara, İlhan. *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 1.Basım, 2015.
- Aslan, İsmail Yılmaz. *Bankacılar İçin Tüketici Hukuku*. İstanbul: BKM, 2016.
- Aslan, İ. Yılmaz. *Tüketici Hukuku*. İstanbul: Ekin Yayınevi, 2014.
- Atamer, Yeşim M. *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Basım, 2016.
- Aydoğdu, Murat- Tuncer, Nalan. *Tüketici Hukuku Özet Kitap*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Aydoğdu, Murat. "Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerinin Tüketici Hukukuna Etkileri". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, (Temmuz 2007), 553-632.
- Baysal, Başak. "Tüketici Kredisi (TKHK m.22-31)." *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, Haz. M. Murat İnceoğlu. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015) 273-326.
- Cherednychenko, O.O. "On the Bumpy Road to Responsible Lending in the Digital Marketplace: The New EU Consumer Credit Directive". *Journal of Consumer Policy*/47 (2024), 241-270.
- Çabri, Sezer. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2021.
- Çabri, Sezer. "Bağlı Kredilerde Kredi Veren Sorumluluğunun Kapsamı", *Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu*, ed. Gözde Zeytin Çağrı. 291-312. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Çaldağ, Coşkun. "Bağlı Tüketici Kredi Sözleşmesinin Tespiti ve Kredi Kartı Sözleşmesinin Bu Açından Değerlendirilmesi", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 4/1 (2020), 30-52.
- Ceylan, Ebru. "Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri – II". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* /80 (Ocak-Şubat 2009), 121-148.
- Demir, Bahadır. "Bağlı Tüketici Kredi Sözleşmeleri". *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28/49, (Aralık 2023), 579-620.
- Erdemir, Kıymet. *Tüketici Hukukunda Bağlı Tüketici Kredileri*. İstanbul: T.C. Bahçeşehir Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2021.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 28. Basım, 2023.
- Failla, Carla. "Credit Agreements for Consumers in the Event of Early Repayment," *Italian Law Journal* 9/1 (2023), 337-362.

- Gümüş, Mustafa Alper. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 1 Cilt*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1.Basım, 2014.
- Iossa, Elisabetta - Palumbo, Giuliana; Over Optimism and Lender Liability in The Consumer Credit Market([https://www.researchgate.net/publication/227345962\\_Optimism\\_and\\_lender\\_liability\\_in\\_the\\_consumer\\_credit\\_market](https://www.researchgate.net/publication/227345962_Optimism_and_lender_liability_in_the_consumer_credit_market), erişim tarihi: 10.07.2024)
- İlgün, Ömer Faruk. *Tüketici İşlemleri Hukuku*. İstanbul: Legal Yayınları, 2021.
- İnal, Tamer. *Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 1.Basım, 2002.
- Kaplan, İbrahim. *Banka Sözleşmeleri Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2.Basım, 2020.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 26. Basım, 2022.
- Kılınç, Hüseyin. *Bağlı Tüketici Kredi Sözleşmesi ve Kredi Veren Sorumluluğu*. İstanbul: Adalet Yayınevi, 1.Basım, 2019.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 5.Basım, 2010,
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 19. Bası, 2023.
- Oğuzman, M. Kemal – Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1 Cilt*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 21. Basım, 2023.
- Ok, Orcan. “Bağlı Kredi Sözleşmesi ve Kredi Veren Sorumluluğu” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*: 38/ 2 (Haziran 2022), 299-336.
- Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 6.Basım, 2020.
- Özen, Burak. “Bağlı Kredilerde Kredi Verene Karşı İleri Sürülebilecek Haklar ve Bu Hakların Kullanılmasının Tabi Olduğu Süre”. *Tüketici Hukukunun Güncel Meseleleri 2023*, ed. Hakan Tokbaş. İstanbul: Aristo Yayınları, 2023.
- Özgöz, Hava Yenice. *Bağlı Tüketici Kredilerinde Bankanın Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Basım, 2021.
- Öztek, Selçuk. “Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar”. *Türkiye Bankalar Birliği Bankacılar Dergisi* /67 (Aralık 2008), 6-28.
- Reisoğlu, Safa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 25. Basım, 2014.
- Sirmen, A. Lale. “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri The Purpose and the Characteristics of Consumer Law”. *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8/Özel (Haziran 2013), 2465-2476. <https://doi.org/10.19168/jyu.66017>
- Tercier, Pierre vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Basım, 2016.
- Vandenbergh, Ann-Sophie. “The Law on Unfair Terms in Standard Form Contracts in Europe”. *Consumer Law and Economics*. ed. Klaus Mathis, Avishalom\_Tor. 119-132. Springer, 2021.
- Üzeler, Rabia Sanem. *Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Yılmaz, Abdülhamit. *Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 1. Basım, 2018.

## İnternet Kaynakları

BAM, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi. E. 2017/868 K. 2017/1002 (12 Ekim 2017).  
<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/ankara-bam3-hd-e-2017-868-k-2017-1002-t-12-10-2017>

BAM, Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi. E. 2018/1199 K. 2020/422 (5 Mart 2020).  
<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/erzurum-bam3-hd-e-2018-1199-k-2020-422-t-5-3-2020>

BAM, Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7.Hukuk Dairesi. E. 2020/246 K. 2020/1753 (25 Aralık 2020).  
<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/sakarya-bam7-hd-e-2020-246-k-2020-1753-t-25-12-2020>

Directive 2008/48/EC, Directive 2008/48/EC of The European Parliament and Of The Council of 23 April 2008 on Credit Agreements for Consumers and Repealing Council Directive 87/102/EEC. Avrupa Birliği: 2008. Erişim 5 Temmuz 2024. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02008L0048-20231230>

TBB Risk Merkezi, Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi. "Hakkında". Erişim 5 Mayıs 2024.  
<https://www.riskmerkezi.org/tr/risk-merkezi-raporu/hakkinda/26>

Yargıtay, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi. E. 2015/13797 K. 2016/9896 (7 Nisan 2016).  
<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2015-13797-k-2016-9896-t-7-4-2016>

## Makale Bilgi Formu

**Yazarların Katkıları:** Bu makalenin yazımına tüm yazarlar eşit katkıda bulunmuştur. Tüm yazarlar son metni okudu ve onayladı.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Türk İflâs Hukukunda Tasfiye Masrafları Bağlamında İflâs Tasfiyesinin Akıbetinin Belirlenmesi

### *Determining the Outcome of Bankruptcy Liquidation in the Context of Liquidation Costs in Turkish Bankruptcy Law*

Yakup Oruç<sup>1\*</sup>   
Furkan Bilge<sup>2</sup> 

<sup>1</sup> Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye  
yakuporuc@sakarya.edu.tr

<sup>2</sup> Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, Sakarya, Türkiye  
avfurkanbilge@gmail.com

\*Sorumlu Yazar/Corresponding Author



Geliş Tarihi/Received: 23.05.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 17.09.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online: 28.10.2024

**Öz:** Bu çalışmanın konusunu; iflâs dairesinin iflâsın açıldığının kendisine bildirilmesinden (İİK m. 166/1) itibaren iki ay içerisinde (İİK m. 208/3) tasfiyenin akıbetini belirlemeye yönelik yapacağı tasfiyenin başlangıç aşamasındaki işlemleri oluşturmaktadır. Tasfiyenin başlangıç aşamasındaki işlemleri; hazırlık, muhakeme ve karar aşaması şeklinde sınıflandırma yapılarak incelenmiştir. İflâs tasfiyesinin bu aşamasında yer alan işlemlerin tamamı iflâs dairesi tarafından yerine getirilir.

İflâs dairesi ilk olarak müflisin malvarlığı unsurlarının defterini tutar; deftere kaydedilen malvarlığı unsurlarının tasfiyenin dışına çıkartılmasını önlemek adına lüzumlu muhafaza tedbirlerini alır. Ardından iflâs dairesi, mevcudat defterine kaydettiği ve elinin altında bulundurduğu malvarlığı unsurlarının tasfiyeye konu olup olamayacağını değerlendirir. Bu yönde yapılan değerlendirme tasfiyenin akıbetini belirleme noktasında önem taşımaktadır. Zira tasfiyenin akıbetini belirlemekle görevli olan iflâs dairesi, tasfiyeye konu olabileceğini düşündüğü malvarlığı unsurlarının değerini hem adi tasfiye hem de basit tasfiye masraflarının karşılanıp karşılanmayacağını belirleyebilmek adına hesaplamada ayrı ayrı göz önünde bulundurmak durumundadır. Hesaplama yapılabilmesi için de somut tasfiye dosyası kapsamında tasfiye masraflarının ortaya konulması gerekir. Çalışmamızda iflâs dairesi tarafından tasfiyenin başlangıç aşamasındaki iflâs masasının aktif malvarlığı unsurlarının değeri ile tasfiye masraflarının muhasebesinin yapılması suretiyle tasfiyenin akıbetine karar verilmesi irdelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İflâs Dairesi, Tasfiye, Tasfiyeye Özgülenecek Malvarlığı Unsurları, Tasfiye Masrafları, Tasfiyenin Akıbetine Karar Verme

**Abstract:** The subject of this study is the initial procedures that the bankruptcy office undertakes within two months (as per Article 208/3 of the Enforcement and Bankruptcy Law) from the notification of the opening of bankruptcy (as per Article 166/1 of the Enforcement and Bankruptcy Law) to determine the outcome of the liquidation. The initial procedures of liquidation are examined by classifying them into preparation, examination, and decision phases. All the procedures in this stage of the bankruptcy liquidation are carried out by the bankruptcy office.

Initially, the bankruptcy office records the debtor's assets and takes necessary preservation measures to prevent the assets listed from being excluded from the liquidation process. Subsequently, the bankruptcy office assesses whether the assets recorded in the inventory and under its control can be subject to liquidation. This assessment is crucial in determining the outcome of the liquidation. The bankruptcy office, responsible for deciding the outcome of the liquidation, must consider the value of the assets that could potentially be liquidated to determine if the proceeds will cover both ordinary and simple liquidation costs. For this calculation, the liquidation costs must be outlined within the context of the specific liquidation file. This study examines how the bankruptcy office decides the outcome of the liquidation by evaluating the value of the active assets of the bankruptcy estate and the accounting of liquidation costs during the initial phase of liquidation.

**Keywords:** Bankruptcy Office, Liquidation, Assets Allocated for Liquidation, Liquidation Costs, Determining the Outcome of Liquidation



## Extended Abstract

Bankruptcy is collectively aimed at distributing the bankrupt's liquidated assets among creditors. To achieve this, the liquidation procedure must be properly executed. The realization of bankruptcy liquidation, and thus the success of the bankruptcy, depends on the availability of the bankrupt's liquidatable assets. If the bankrupt lacks sufficient assets to make the liquidation meaningful (to cover the basic liquidation costs), the liquidation will be suspended [Execution and Bankruptcy Law (EBL), Article 217]. Conversely, if there are sufficient assets in the bankruptcy estate, the liquidation will proceed.

Upon the issuance of the bankruptcy decision, the activity of identifying the bankrupt's assets begins. The bankruptcy office is responsible for establishing the executability of the bankruptcy. The process of determining the executability potential of the bankruptcy is referred to as the initial phase of liquidation, which comprises three stages: preparation, examination, and decision.

Upon notification of the bankruptcy decision, the bankruptcy office will perform its duties in the preparation phase. These duties include notifying relevant parties of the opening of the bankruptcy and announcing it (EBL, Article 166/2), keeping an inventory of the bankrupt's assets (EBL, Article 208/1), and taking precautionary measures to protect the inventoried assets from potential dangers that may arise during liquidation (EBL, Article 210). The fulfillment of these duties will provide a general overview of the liquidation.

In the preparation phase, the bankruptcy office will concretize the legally formed bankruptcy estate. The first task in this regard is to keep an inventory of the bankrupt's assets. Failure to record an asset that should be included in the bankruptcy estate will prevent that asset from being liquidated. However, recording an asset in the inventory is not sufficient for its dedication to liquidation. Therefore, the inventoried assets must be safeguarded. The bankruptcy office, which maintains the inventory of the bankrupt's assets and takes protective measures to prevent these assets from being withdrawn from liquidation, completes the preparation phase.

Upon completion of the preparation phase, the examination phase begins. In fact, the preparation and examination phases consist of processes that should be carried out simultaneously. However, for ease of explanation in this study, the two phases have been examined separately.

At the time the bankruptcy is declared, the bankruptcy estate, consisting of all the bankrupt's seizable assets (EBL, Article 184), is recorded in the inventory by the bankruptcy office during the preparation phase (EBL, Article 208). However, it may not be possible to realize the liquidation of all the inventoried assets. Therefore, whether the inventoried assets can be made available for liquidation must be further examined.

During the examination of active assets, the bankruptcy office evaluates the status of the bankrupt's assets for subsequent stages of the liquidation. During this examination, the executability of the liquidation will be determined particularly regarding assets encumbered with lien rights and those subject to claims of ownership. The same determination will be made for assets that may be subject to annulment actions in the continuation of the liquidation. The bankruptcy office will present the total monetary value of the assets it deems liquidatable.

The monetary value determined through the examination of active assets provides a clue regarding the outcome of the liquidation for the creditors. However, this activity serves to identify which of the possible scenarios for the continuation of the liquidation is present in the initial phase. The most important task in the examination phase is the determination of liquidation costs. This is because the components of liquidation costs are not specified in the Execution and Bankruptcy Law. The law

stipulates that expenses arising from the opening of the bankruptcy and liquidation, as well as estate debts, shall be covered from the bankruptcy estate before bankruptcy claims (EBL, Article 248). In this study, liquidation (estate) costs and estate debts are explained with illustrative examples, considering doctrinal distinctions. Additionally, it has been evaluated whether these expenditure items to be covered from the bankruptcy estate fall within the scope of liquidation costs. At this point, whether the bankruptcy advance taken from the creditor requesting the bankruptcy can be considered as a liquidation cost, according to EBL Article 160, is of particular importance. In our examination, the various doctrinal views on whether the bankruptcy advance is a liquidation cost have been explained, and our opinion has been presented.

It should be noted that the components of liquidation costs cannot be definitively determined from the outset. However, for a specific bankruptcy-triggered liquidation, the potential components of liquidation costs can be hypothetically determined. This is because the ability to cover the hypothetically determined liquidation costs from the value of the assets deemed liquidatable through the examination of active assets plays a role in determining the outcome of the liquidation.

With the determination of liquidation costs, the decision phase will commence.

In the decision phase, the bankruptcy office must thoroughly evaluate the data obtained during the examination phase. These evaluations apply to both ordinary and simplified liquidation costs. In this context, the bankruptcy office will first assess whether the probable ordinary liquidation costs can be covered from the estate assets. If it is concluded that ordinary liquidation costs can be covered and there will be a bankruptcy dividend left for creditors, the bankruptcy office will decide that the bankruptcy will be liquidated through the ordinary procedure and announce the situation (EBL, Article 219). Conversely, if it is determined that ordinary liquidation costs cannot be covered or that only ordinary liquidation costs can be covered without leaving a bankruptcy dividend for creditors, and if it is further concluded that the estate assets do not require suspension of the liquidation, the bankruptcy office should decide to apply the simplified liquidation procedure and announce the situation (EBL, Article 218). Finally, if it is understood that the estate assets will not even cover the simplified liquidation costs, the bankruptcy office must decide to suspend the liquidation and announce the situation (EBL, Article 217).

Regardless of which scenario is present in the specific liquidation, the bankruptcy office should ensure that the decision is reasoned (EBL, Article 8/2).

## Giriş

İflâs, kolektif tasfiyeyi önceleyen külli bir cebri icra yoludur.<sup>1</sup> İflâs prosedürü ise, genel hatlarıyla iflâs yargılaması ile tasfiye aşaması olarak sıralı şekilde gerçekleşecek bir bütünü ifade eder. Maddi veya şekli iflâs sebebine istinaden başlatılan yargılama aşaması, asliye ticaret mahkemesinin iflâs talebi hakkında karar vermesiyle sona erer. Asliye ticaret mahkemesi tarafından borçlunun iflâsına yönelik talebin kabulüne karar verilmesi ise, tasfiye sürecini kendiliğinden başlatır.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt: 3* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993), 2599.; Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları)* (İstanbul: Yaylacık Matbaacılık, 2009), 5. Türk iflâs hukuku tasfiye odaklıdır (Mehmet Kâmil Yıldırım - Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2021), 415).

<sup>2</sup> Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt: 4* (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1997), 3117.; Burhan Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri* (Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1966), 119.; İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 596.; Osman Duran, *Türk ve İsviçre İflâs Hukukunda Basit Tasfiye* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 26.; Yıldırım - Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas*, 525.

İnşai bir niteliği haiz olan iflâs kararının verilmesiyle birlikte, karar şekli anlamda kesinleşme bile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamaktadır.<sup>3</sup> Bu çerçevede “iflâsın açılması (iflâsa karar verilmesi)” ile usûl hukuku, takip hukuku ve maddi hukuka ilişkin önemli sonuçlar meydana gelmektedir.<sup>4</sup> Nitekim iflâsa karar verilmesi ile müflisin haczi caiz malvarlığı unsurları iflâs masasını oluşturacak (İcra ve İflâs Kanunu<sup>5</sup> m. 184); iflâs masasına dâhil olan malvarlığı unsurları üzerinde müflisin tasarruf yetkisi kısıtlanacak (İİK m. 191/1); müflisin müccel borçları muaccel hale gelecek (İİK m. 195); iflâs alacaklılarının konusu para olmayan alacakları para alacağına çevrilecek (İİK m. 198); müflise karşı başlatılmış cüz-i icra takipleri ile teminat gösterilmesine ilişkin takipler duracak (İİK m. 193/1) ve müflisin malvarlığını ilgilendiren hukuk davaları tatil edilecektir (İİK m. 194).

Tasfiye prosedürü ise, borçlu hakkında iflâs kararı verilmesinden itibaren; iflâs masasının<sup>6</sup> oluşumu, masa aktif ve pasifinin tespit edilmesi, masanın idare edilmesi, masa malvarlığı unsurlarının paraya çevrilmesi (satışı), paraya çevirme neticesinde elde edilen paraların iflâs alacaklılarına dağıtılması, dağıtım neticesinde alacaklarını tam anlamıyla tahsil edemeyen alacaklılara aciz belgelerinin verilmesi suretiyle asliye ticaret mahkemesi tarafından iflâsın kapanmasına (İİK m. 254) yahut şartların oluşması üzerine iflâsın kaldırılmasına (İİK m. 182) karar verilmesi anına kadar geçen süreçte gerçekleştirilecek işlemleri ihtiva eden bir prosedürdür.<sup>7</sup> Bu bağlamda tasfiyenin amacı, müflisin malvarlığı unsurlarının<sup>8</sup> tespitiyle birlikte, tasfiyeye özgülenebilecek malvarlığı unsurlarının para çevrilmesinin (satışının) gerçekleştirilmesi ve elde edilen paralardan iflâs alacaklılarına mümkün olduğunca fazla ve adil şekilde alacaklarının ödenmesidir.<sup>9</sup>

Tasfiyenin gayesine ulaşması için yapılan işlemler birtakım harcamaların yapılmasını gerekli kılar. Yapılacak bu harcamalar, somut tasfiyenin özelliğine göre masraflı olarak addedilebileceği gibi makûl de karşılanabilir. Kanun koyucu, somut iflâs tasfiyesinde masa malvarlığını nazara alarak iflâs tasfiyesinin akıbetini belirlemeye yönelik muhtelif ihtimaller öngörmüştür.

İhtimallerden ilki, tasfiyenin adi tasfiye şeklinde yürütülmesidir. İcra ve İflâs Kanunu’nda kabul edilen asıl tasfiye usulü adi tasfiye olup kanun adi tasfiyeyi esas alarak düzenlemeler yapmıştır.<sup>10</sup> Adi tasfiye usulü, alacaklılar toplanması<sup>11</sup> ve iflâs idaresi<sup>12</sup> gibi tasfiye organları eliyle alacaklıların tasfiye

<sup>3</sup> Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 573.; Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, 46.; İlhan E. Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: I. İflas* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978), 34.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 47.

<sup>4</sup> Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 573.

<sup>5</sup> İcra ve İflâs Kanunu (İİK), *Resmî Gazete* 2128 (19 Haziran 1932), Kanun No. 2004.

<sup>6</sup> “İflâs masası” ifadesi Türk ve İsviçre Hukukunda “iflâs alacaklılarına paylaştırılacak masa mevcudu”, “iflâs alacaklılarından oluşan topluluk” ve “iflâs idaresi” anlamlarında kullanılmaktadır (Hülya Taş Korkmaz, *İflâs Masası* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 26-28. Aynı yönde bkz. Postacıoğlu, *İflâs*, 100.; Selçuk Öztekin, *İflas Hukukunda Sıra Cetveli Prosedürü ve Sıra Cetveline Karşı Müracaat Yolları* (İstanbul: Daktilo Edilmiş Doçentlik Tezi, 1988), 12, 13 ve 13, dn. 5bis). Çalışmamız bağlamında “iflâs masası” ifadesinden anlaşılması gereken, tasfiyenin yürütülmesi neticesinde alacaklılara paylaştırılacak malvarlığı unsurlarının mevcududur.

<sup>7</sup> Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 596.; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri* (Ankara: İstiklâl Matbaası, 1960), 264.; Necmeddin M. Berkin, *İflâs Hukuku* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972), 304.; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 561.; Postacıoğlu, *İflâs*, 50 ve 169.

<sup>8</sup> Çalışmamızda “malvarlığı unsurları” kavramı ile bir kişinin malvarlığının aktifini oluşturan bütün kastedilmektedir. Benzer bir kullanım için bkz. Taş Korkmaz, *İflâs Masası*, 24, dn. 5.

<sup>9</sup> Duran, *Basit Tasfiye*, 93.; Sümer Altay, *Türk İflâs Hukuku 2. Cilt* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004), 1233.

<sup>10</sup> Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 607.; Şükran Akgün - Sinem Ataoğlu, “İflas Dairesinin Görev ve Yetkileri ve 4949 Sayılı Kanunun Getirdikleri”, *Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 9.; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 1290.; Baki Kuru, *İflâs ve Konkordato Hukuku* (İstanbul: Evrim Basım-Yayın-Dağıtım, 1988), 266.; Postacıoğlu, *İflâs*, 50.; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin Basımevi, 2023), 635.

<sup>11</sup> Alacaklılar toplanması, iflâs alacaklılarından oluşan ve masanın idaresi ile tasfiyesi için gerekli kararları almakla yükümlü olan bir tasfiye organıdır (Seyithan Deliduman, *İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002), 42). Alacaklılar toplanması, adi tasfiye usulünde en önemli karar alma organı olup, iflâs alacaklılarının tasfiyede hâkimiyet kurmalarına imkân tanır (Güray Erdönmez, *İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005), 13).

<sup>12</sup> İflâs idaresi, iflâs kurallarının amacına uygun şekilde, alacaklı hâkimiyetinin tasfiyeye bir yansımaları olarak alacaklı unsurlarınca oluşturulan özel ve merkezi bir tasfiye organı olup; adi usul ile tasfiye olunan iflâsı yürütmekle görevlidir (Yakup Oruç, *İflâs İdaresi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 59, 66 ve 125). İflâs idaresi, tasfiyelerin gereği gibi gerçekleşmesi ve

prosedüründe hâkim role sahip olduğu bir tasfiye biçimidir. Adi tasfiye usulü ile yürütülen tasfiyelerde alacaklı unsurlarınca oluşturulan tasfiye organları yer alır. Bu organların teşekkülü bazı masrafların yapılması zaruretini ortaya çıkarır. Diğer bir ifade ile tasfiye sırasında bu organların kendisine özgü masrafları<sup>13</sup> meydana gelir. Bu masraflar da iflâs masasından öncelikli olarak karşılanır (İİK m. 248).

İkinci ihtimal ise basit tasfiye usulüdür. Somut tasfiye açısından tasfiye masrafları tasfiyenin adi şekilde yürütülmesine imkân vermiyorsa, tasfiyenin basit usul ile yürütülmesi imkânı da mevcuttur. Basit tasfiye usulü adından da anlaşıldığı üzere; adi tasfiye usulüne göre daha basit, sürelerin kısa tutulduğu, hızlı ve masrafsız bir tasfiye usulüdür.<sup>14</sup> Basit tasfiye usulünde kural olarak alacaklı unsurlarından müteşekkil tasfiye organları yer almamakta, tasfiye iflâs dairesi tarafından yürütülmekte ve neticelendirilmektedir.<sup>15</sup> Bu cihetle ki, adi tasfiye usulüne nazaran basit tasfiye daha az masraflı bir usul olarak kabul edilmektedir.

Kanun koyucunun iflâs tasfiyesine ilişkin öngördüğü üçüncü ihtimal ise, masanın teşkilinden sonra masada, tasfiyeye konu olabilecek hiçbir malvarlığı unsurunun bulunmaması veya malvarlığı unsurlarının bulunmasına rağmen bunların paraya çevrilmesinden (satışından) elde edilecek paraların basit tasfiye usulünün masraflarını dahi karşılamaya yetmeyecek olması halinde tasfiyenin tatiline, başka bir ifade ile tasfiyenin ertelenmesine karar verilmesi halidir.<sup>16</sup> Bu bağlamda tasfiyenin tatili kararı, iflâs prosedürünün bir süreliğine askıya alındığı dönemi ifade etmektedir.<sup>17</sup> Tasfiyenin tatili kararının ilanı ile birlikte alacaklılara tasfiyenin (adi veya basit usul ile) devam ettirilmesi imkânı verilir; alacaklıların bu imkânı otuz gün içerisinde kullanmaması halinde asliye ticaret mahkemesi iflâsın kapanmasına karar verir (İİK m. 217). Bu şekilde iflâsın kapanmasına karar verilmesi, masanın tasfiyesinin gerçekleşmesi neticesinde meydana gelecek iflâsın kapanması (İİK m. 254) gibi değildir.<sup>18</sup>

Mezkûr ihtimallerden hangisinin somut tasfiye özelinde mevcut olduğunun, başka bir ifade ile iflâs tasfiyesinin nasıl bir süreç izlenerek gerçekleştirilebileceğinin, tayin edileceği aşama tasfiyenin başlangıç aşamasıdır. Çalışmamızda bu aşama kendi içerisinde hazırlık, muhakeme ve karar safhaları olarak üç ayrı başlık altında incelenecektir.

tasfiyelerin katılımcılarının (müflis ve alacaklılar) menfaatine neticelenmesini sağlaması öngörülen organdır (Ejder Yılmaz, *İflâs İdaresi* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1976), VII ve 5).

<sup>13</sup> İflâs idaresi üyeleri, adi tasfiye sırasında yaptıkları göreve karşılık ücret alırlar. Bu ücretler Adalet Bakanlığınca hazırlanan ve iki yılda bir yenilenen ücret tarifesine göre ödenir (İİK m. 223/4). Tarifede yazılı iflâs idaresi ücreti adi tasfiye neticelenene kadar yapılan hizmetin karşılığıdır (Oruç, *İflâs İdaresi*, 161). Adi tasfiyede birinci ve ikinci alacaklılar toplanması yapılması gerektiğinden, bunların toplanmasına ilişkin yapılan ilanlar ve davete ilişkin tebligatlar (İİK m. 219, m. 237); toplanmanın gerçekleşeceği fiziki ortama ödenecek ücretler (Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 216); lüzumuna binaen (fiziki toplanma yerine) sirküler yoluyla karar alınması yoluna gidilmesi halinde alacaklılara yapılacak tebligatlar için (İİK m. 240) posta ücretleri ödenmesi gibi birtakım masraflara sebebiyet verir.

<sup>14</sup> Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 676.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 533 ve 607.; Duran, *Basit Tasfiye*, 71-72.; Görgün vd., *İcra ve İflâs*, 565.; Kuru, *Cilt: 4*, 3388-3389.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 364.; Hakan Pekantez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 480.; Yıldırım - Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs*, 581-582.; M. Kamil Yıldırım, "Türk-İsviçre İflas Hukukunda Basit Tasfiye", *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan 2* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 2141.

<sup>15</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1810.; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 677.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 607.; Görgün vd., *İcra ve İflâs*, 565.; Kuru, *Cilt: 4*, 3389.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 364.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 219.; Yıldırım - Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs*, 582.; Yıldırım, "Basit Tasfiye", 2141.

<sup>16</sup> Kuru, *Cilt: 4*, 3131.; Ali Fuat Çiçekli, "İflâs Tasfiyesinin Tatili", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 52 (Ekim 2022), 127-129.

<sup>17</sup> Çiçekli, "Tasfiyenin Tatili", 142.

<sup>18</sup> Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 605.; Kuru, *Cilt: 4*, 3133.; Vafire Merve Yıldırım, *İflâsın Kapanması* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 59. Tasfiyenin tatili kararı (İİK m. 217) ile alacaklıların tatmini faaliyetinin gerçekleşmesine lüzum kalmadığından mevcut tasfiye dosyasında iflâs alacaklılarının kimler olduğu tespit edilmemiş, sıra cetveli düzenlenmemiştir (Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 605.; Kuru, *Cilt: 4*, 3133). Bundan dolayı da alacaklılara borç ödemedi aciz belgesi (İİK m. 251) verilmeyecektir (Kuru, *Cilt: 4*, 3133). Alacaklılardan birisi ilanda belirtilen sürede tasfiyenin devamını talep etmemiş ise iflâs dairesi İİK m. 254 hükmüne uygun şekilde iflâsın kapatılmasını sağlamalıdır (Yıldırım, *İflâsın Kapanması*, 60). Bu kapsamda iflâs dairesi, tasfiyenin yapılmasına lüzum olmadığı ile tasfiyenin tatiline karar verilmesine yönelik şartların sağlandığını gösterir nihai rapor hazırlayarak asliye ticaret mahkemesine başvurmalıdır (Yıldırım, *İflâsın Kapanması*, 60-61). Tasfiyenin tatili kararına istinaden iflâsın kapanması bahsi hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Yıldırım, *İflâsın Kapanması*, 56 vd.

## I. Hazırlık Safhası

İflâs tasfiyesini başlatma görevi, kanun koyucunun tercihiyle, iflâs dairesine yüklenmiştir (İİK m. 208).<sup>19</sup> Tasfiyeyi nihayete erdirebilmek için zorunlu olarak tasfiyenin hazırlık aşaması gerçekleşmelidir.<sup>20</sup> Hazırlık aşamasında tasfiyenin teminine yönelik işlemler iflâs dairesi tarafından gecikmeksizin yapılmalıdır.<sup>21</sup> Hazırlık aşamasının iflâs dairesi tarafından verimli geçirilmesi, alacaklılara tasfiye hususunda tam bir bilgi verilmesi ile alacaklılarca kararlar almaya elverişli malumatlar toplanmasının yanında tasfiye amacının gerçekleşmesine hizmet edecektir.<sup>22</sup>

İflâs dairesi hazırlık aşamasında genel hatlarıyla şu görevleri yerine getirir: Müflisin iflâsının açıldığının kendisine tebliği ile birlikte iflâsın açıldığını ilgili yerlere bildirmekle beraber ilan eder (İİK m. 166/2); iflâsın açıldığının kendisine bildiriminden itibaren en geç iki ay içerisinde (İİK m. 208/3)<sup>23</sup> tasfiyenin türüne karar verebilmek için müflisin malvarlığı unsurlarının defterini tutar (İİK m. 208/1); aynı zamanda malvarlığı unsurlarının tasfiye dışına çıkartılmaması için muhafaza ve teminat tedbirlerini alır (İİK m. 210) ve tüm bu hazırlığı neticesinde elde ettiği verileri tasfiye masrafları ile muhakeme ederek tasfiyenin akıbeti hakkında karar verir; tasfiyenin akıbeti hakkında vermiş olduğu kararını ayrıca ilan eder (İİK m. 217, m. 218 veya m. 219).

Kanunun iflâs tasfiyesine yol gösteren ve iflâs masasının kapsamını ortaya koyan 184'üncü maddesi uyarınca, "iflâsın açıldığı anda", "müflisin haczi caiz bütün malvarlığı", iflâsın külliliği gereği, "nerede bulunursa bulunsun" bir masa teşkil ederek iflâs alacaklarının ödenmesine tahsis olunur.<sup>24</sup> İflâsın kapanmasına kadar müflisin uhdesine geçen malvarlığı unsurları<sup>25</sup> da iflâs masasının kapsamına dâhildir.

Müflisin malvarlığı unsurlarının haczinin mümkün olup olmadığının tespiti cüz-i icraya ilişkin hükümler çerçevesinde yapılacak olup, iflâs masasına dâhil edilecek malvarlığı unsurunun; maddi bir değerinin bulunması ve devrinin mümkün olması gerekmektedir.<sup>26</sup> Ancak iflâsın açılmasıyla hukuken varlık kazanan masanın, güdülen gayeye özgülenebilmesi ve kapsamların örtüştürülebilmesi için fiziken de teşekkül ettirilmesi gerekir.<sup>27</sup> Zira hukuken iflâs masasına dâhil olan bir malvarlığı unsurunun deftere kaydedilmemiş olması, anılan malvarlığı unsurunun tasfiye kapsamında paraya çevrilip alacaklılar

<sup>19</sup> Akgün - Ataoğlu, "İflas Dairesi", 3.; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 630.; Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 24.; Kuru, *Cilt: 4*, 3117.; Kuru, *El Kitabı*, 1277.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 254. İflas dairesi iflâs prosedürüne; iflas davası devam ederken mahkemenin alacaklıların menfaatini korumak amacıyla muhafaza tedbirlerinin alınmasına ve/veya müflisin defterlerinin tutulmasına karar vermesi hallerinde, bu kararların ifa edilmesi görevi saklı kalmak kaydıyla iflas kararının kendisine bildirilmesi (İİK m. 166/1) suretiyle dahil olmaktadır (Akgün - Ataoğlu, "İflas Dairesi", 5.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 524).

<sup>20</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1237.; Kemal Arar, *İcra ve İflâs Hükümleri Cilt 2* (Ankara: İdeal Matbaa, 1945), 123.; Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 5.

<sup>21</sup> Arar, *Cilt 2*, 123.; Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 29-30. İflâs dairesinin tasfiyenin başlangıç (hazırlık) aşamasındaki işlerini geçerli bir sebep olmaksızın savaştırmaması ilgililerce süresiz olarak şikâyete konu olabilir (Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 30).

<sup>22</sup> Arar, *Cilt 2*, 123. Müflisin defterinin tutulması, iflâs masasının mevcudiyeti hakkında kuşbakışı bir izlenim ortaya koyar ve tasfiyenin devamına ilişkin önemli bilgiler verir (Duran, *Basit Tasfiye*, 95).

<sup>23</sup> İflâs dairesinin tasfiyenin türüne karar verebilmesi için ilgili işlemleri yapabilmesine yönelik öngörülen iki aylık süre (İİK m. 208/3) düzenleyici nitelikte bir süre olup, süreye riayet edilmemesine bağlanan bir yaptırım olmadığı gibi iki aylık süreyi geçkin şekilde tasfiyenin türüne karar verilmesi tasfiyeyi geçersiz kılmamaktadır (Kuru, *El Kitabı*, 143).

<sup>24</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1237.; Kuru, *Cilt: 3*, 2833-2834.; Taş Korkmaz, *İflâs Masası*, 29.

<sup>25</sup> Müflisin uhdesine geçen malvarlığından kasıt müflisin kişisel çalışmasına dayanmayan iktisaplar olup bunlara örnek olarak; miras payı intikali, bağış elde edilmesi, şans oyunlarından elde edilen malvarlıkları gösterilebilir (Ahmet Başözen, "İflâs Tasfiyesinde Müflisin Kişisel Çalışmasına Dayalı Malların Durumu - "Müflisin Uhdesine Geçen Mal" Kavramı (İİK m. 184, I)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54/4 (Eylül 2005), 268-269.; Taş Korkmaz, *İflâs Masası*, 30-31). Detaylı bilgi için bkz. Başözen, "Müflisin Uhdesine Geçen Mal", 267 vd.

<sup>26</sup> Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 575.; Taş Korkmaz, *İflâs Masası*, 52-53.

<sup>27</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1237-1238.; Arar, *Cilt 2*, 124.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 596 ve 598.; Akgün - Ataoğlu, "İflas Dairesi", 7.; Kuru, *Cilt: 4*, 3119.; Kuru, *El Kitabı*, 1278.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 255.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 77-78.; Postacıoğlu, *İflâs*, 99-100.; Taş Korkmaz, *İflâs Masası*, 33 ve 265.

arasında paylaşılmasının önüne geçeceğinden tasfiyenin akıbetinin tayininde de dikkate alınmamasını gerektirecektir.

## A. İflâs masasının tespiti ve teşekkülü

İflâs masasının fiziken tespiti ve teşekkülü, lüzumlu muhafaza tedbirlerinin uygulanmasıyla birlikte iflâs dairesi tarafından müflisin malvarlığı unsurlarının defterinin tutulması neticesinde gerçekleşir.

### 1. Defter tutulması

İflâs masasının somut anlamda teşekkülünü sağlamak için iflâs dairesi tarafından ilk olarak, masrafı İİK m. 160 gereğince asliye ticaret mahkemesine yatırılan iflâs avansından karşılanması suretiyle bir mevcudat defteri tutulur (İcra ve İflâs Kanununun Tatbikatına Dair Nizamname<sup>28</sup> m. 40).<sup>29</sup>

Hemen belirtmek gerekir ki, iflâs yargılaması sırasında asliye ticaret mahkemesi tarafından İİK m. 161 bağlamında iflâs dairesine borçlunun defterinin tutturulmuş olması, iflâsın açılmasıyla birlikte iflâs dairesi tarafından müflisin mevcudat defterinin (İİK m. 208, İİK Niz. m. 40) tutulmayacağı anlamına gelmez.<sup>30</sup> İflâs yargılaması sırasında iflâs dairesine tutturulan defter bir muhafaza tedbiri niteliğinde olmasına karşılık; iflâsın açılmasıyla birlikte iflâs dairesinin tutmakla yükümlü olduğu mevcudat defteri ise iflâs tasfiyesinin amacını gerçekleştirmek için müflisin iflâs masasını fiziken teşekkül ettirme ve tasfiyenin hazırlık aşamasından sonraki akıbetini belirleme fonksiyonlarına matuftur.<sup>31</sup> Bu cihetle, iflâs dairesi tarafından mevcudat defteri tutulurken, eğer varsa iflâs yargılaması sırasında muhafaza tedbiri olarak tutulmuş defterden istifade edilmesi mümkün ise de, her iki defterin tutulmasındaki amaç ve tutulma zamanlarının farklı olduğu nazara alınarak içeriğinin değişmiş olabileceği hususu göz önünde bulundurulmalı ve muhafaza tedbiri niteliğindeki defter ile sıkı sıkıya bağlı kalınmamalıdır.<sup>32</sup>

Mevcudat defterinin tutulmaya başlanmasıyla birlikte İİK m. 184 hükmü gereğince soyut bir şekilde tanzim edilen iflâs masası iflâs dairesi eliyle somutlaşmaya başlayacaktır.<sup>33</sup> Bu kapsamda iflâs dairesi, defterde müflisin haczi caiz bütün malvarlığı unsurlarını ayrı ayrı fasıllarda ve fakat müteselsil bir numara altında olmak suretiyle kaydeder ve malvarlığı unsurunun nerede bulunduğunu açıkça belirtir (tasrih eder) (İİK Niz. m 40/2, c. 1). Müflise ait haczi caiz olan taşınmaz malvarlığı unsurlarını sınırlayan (kısıtlayan) üçüncü kişilere ait haklar varsa, bu haklar tapu kütüğünden anlaşılması suretiyle re'sen deftere kaydolunur (İİK m. 213 ve İİK Niz. m. 40/2, c. 1). Ayrıca taşınmaz malvarlığı unsurları, adi veya hasılat kira sözleşmesi uyarınca kiraya veya işletmeye verilmişse bu durum deftere kaydedilerek; bu kayıta kiracıların kimliği, yerleşim yerleri, sözleşmenin süresi ve kira bedelinin miktarı gösterilir (İİK Niz. m. 40/2, c. 2). Masaya dâhil olan taşınmaz malvarlığı unsurlarının tasfiye sırasında hasılatları ve iratları elde edildikçe mevcudat defterinde buna özgü bir fasıl altında ayrıca kaydolunur (İİK Niz. m. 44).

Başka bir yerde (kaza dâhilinde) bulunan malvarlığı unsurları, o yer iflâs dairesi vasıtasıyla mevcudat defterine kaydedilir (İİK m. 208/2). Müflise ait olmak kaydıyla yabancı ülkede bulunan malvarlığı

<sup>28</sup> İcra ve İflâs Kanununun Tatbikatına Dair Nizamname (İİK Niz.), *Resmî Gazete* 2215 (2 Ekim 1932).

<sup>29</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1245.; Kuru, *El Kitabı*, 1279.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 255, dn. 2.

<sup>30</sup> Akgün - Ataoğlu, "İflas Dairesi", 7.; Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 265.; Arar, *Cilt 2*, 126-127.; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 631.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 598-599.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 306.; Duran, *Basit Tasfiye*, 100.; Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 30.; Kuru, *Cilt: 4*, 3120.; Kuru, *El Kitabı*, 1279.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 256.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 130.

<sup>31</sup> Akgün - Ataoğlu, "İflas Dairesi", 7.; Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1255.; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 631.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 598.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 306.; Duran, *Basit Tasfiye*, 99.; Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 31.; Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, 119.; Kuru, *Cilt: 4*, 3120.; Kuru, *El Kitabı*, 1279.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 256.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 477.; Yıldırım - Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs*, 527.

<sup>32</sup> Akgün - Ataoğlu, "İflas Dairesi", 7.; Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1255.; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 631.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 599.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 306.; Duran, *Basit Tasfiye*, 99-100.; Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, 119.; Kuru, *Cilt: 4*, 3120.; Kuru, *El Kitabı*, 1279.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 256.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 478.; Yıldırım - Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs*, 527.

<sup>33</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1247.; Postacıoğlu, *İflâs*, 100. İflâs dairesinin masayı somutlaştırması, bir tespit işlemi niteliğindedir (Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 575).

unsurları, iflâs tasfiyesine tabi kılınıp kılınmayacağı hususu nazara alınmaksızın mevcudat defterine yazılır (İİK Niz. m. 40/3).

Rehin hakkı ile kısıtlanmış malvarlığı unsurları da rehin hakkı sahibi alacaklının rüçhan hakkı saklı kalmak kaydıyla tasfiyeye tabi olacağından (İİK m. 185), bu malvarlığı unsurları da deftere kaydedilecektir.

İhtiyaten haczedilmiş malvarlığı unsurları ile iflâs açıldığı vakit paraya çevrilmemiş (satışı yapılmamış) hacizli malvarlığı unsurları da iflâs masasına dâhil olur (İİK m. 186/1). İflâsın açılmasından önce paraya çevrilmiş hacizli malvarlığı unsurlarının bedelinden ise haciz alacaklılarının alacakları paylaştırıldıktan sonra artan bir miktar kalırsa, bu miktar iflâs masasına girecektir (İİK m. 186/2). Bu bağlamda anılan malvarlığı unsurlarının da mevcudat defterine kaydedilmesi gerekir.

İİK m. 201 ve m. 277 ilâ 284 hükümleri uyarınca iptal davasına konu olabilecek bütün malvarlığı unsurlarının masaya dâhil edilebilmesi için gerekli davaları açmak iflâs idaresinin (basit tasfiyede iflâs dairesinin) görevidir (İİK m. 187). Ancak mevcudat defterinin tutulması sırasında masanın İcra ve İflâs Kanununa göre haiz olduğu iptal hakları (diğer bir ifade ile iptal davasına konu olabilecek malvarlığı unsurları) da mahkemelerce kabul edilmesi halinde deftere kaydedilir ve bunlar için takribi bir kıymet takdir olunup kıymet hanesinde gösterilir (İİK Niz. m. 40/4).

Mevcudat defterinin tutulması esnasında müflis, hazır bulunmak suretiyle iflâs dairesine malvarlığı unsurlarını göstermeye mecburdur (İİK m. 209/1).<sup>34</sup> İflâs dairesi, defter tutulurken mevcudat defterine ismi yazılmamış ancak tanınmış alacaklıların isim ve yerleşim yerleri; İİK m. 194 kapsamına dâhil olan bir davanın mevcut olup olmadığı; kişiye ait veya mali zarara ilişkin sigorta senetlerinin bulunup bulunmadığı; müflisin velayet ve vesayet hakları ve bu haklara tabi kimseler lehinde istihkakın veya alacağın mevcut olup olmadığı hakkında müflisi isticvap etmelidir (İİK Niz. m. 46). Müflis hazır edilemezse gerektiğinde zabıta kuvveti ile getirilir (İİK m. 216). Müflisi hazır bulundurmak mümkün değilse ise malvarlığı unsurlarının gösterilmesine ilişkin yükümlülük, iflâs dairesince ihtar edilmek suretiyle müflisle beraber yaşamış kimselerden reşit olanlarına düşer (İİK m. 209/2-3).

İflâs dairesi tuttuğu deftere müflisin haczi caiz malvarlığı unsurlarının haricinde haczi caiz olmayan malvarlığı unsurlarını da kaydetmelidir. Çünkü mevcudat defterinin tutulması, iflâs masasının gerçek durumunu ortaya koyma maksadını güder.<sup>35</sup> Fakat haczi caiz olmayan malvarlığı unsurları tasfiyeye konu olamayacağından muhafaza tedbirleri vasıtasıyla müflisin elinden alınamayacaktır (İİK m. 211). Bu kapsamda hem İİK m. 82 hükmü hem de özel hükümler uyarınca “tamamen haczi caiz görülmeyen” malvarlığı unsurları tasfiyeye konu olmayacakken; “kısmen haczi caiz görülen” malvarlığı unsurları ise haczi caiz görülen kısmı bakımından tasfiyeye tabi olacaktır.<sup>36</sup>

İflâs dairesince, haczi caiz olmayan malvarlığı unsurları mevcudat defterine haczi caizmiş gibi kaydedilmiş ise, müflis anılan malvarlığı unsurlarının haczedilemeyeceği iddiasını, defter içeriğini öğrendiği (İİK m. 209 ve/veya m. 215) andan itibaren yedi gün içerisinde icra mahkemesi nezdinde şikâyet yoluyla ileri sürmelidir.<sup>37</sup> Aksi halde haczi caiz olmayan malvarlığı unsurunun müflisçe de haczi caiz olabileceğinin ve tasfiyeye konu edilebileceğinin kabul edilmiş olacağı varsayılır.<sup>38</sup> Ayrıca defter tutulma sırasında müflis haczedilemezlik iddiasından açıkça feragat ederse, bu feragat mevcudat defterine yazılmak suretiyle kendisine imzalatılır (İİK Niz. m. 43/2). Benzer şekilde haczi caiz olmadığı

<sup>34</sup> Müflis, tüzel kişiliğe sahip ise bu yükümlülüğü yerine getirmek, tüzel kişiliğin yetkilisine aittir (İİK Niz. m. 42) (Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 266; Berkin, *İflâs Hukuku*, 308).

<sup>35</sup> Kuru, *Cilt: 4*, 3121.; Kuru, *El Kitabı*, 1279.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 256, dn. 4.

<sup>36</sup> Kuru, *Cilt: 4*, 3122.; Kuru, *El Kitabı*, 1205.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 160.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 441.

<sup>37</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1249.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 206.; Kuru, *Cilt: 4*, 3121.; Kuru, *El Kitabı*, 1279.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 256, dn. 4.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 132.

<sup>38</sup> Arar, *Cilt 2*, 130.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 206.; Kuru, *Cilt: 4*, 3121.; Kuru, *El Kitabı*, 1279.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 256, dn. 4.; Taş Korkmaz, *İflâs Masası*, 64.

gösterilerek deftere kaydedilmiş malvarlığı unsurunun haczinin caiz olduğunu düşünen iflâs alacaklıları da bu iddialarını mevcudat defterinin içeriğini öğrendikleri tarihten itibaren yedi gün içerisinde şikâyete konu etmelidirler.<sup>39</sup> Deftere karşı hiçbir şikâyet yapılmazsa veya yapılan şikâyetler sonuçlanırsa tasfiyeye konu malvarlığı unsurlarının neler olduğu kesin şekilde tespit edilmiş olur.<sup>40</sup>

Yukarıda sayılan malvarlığı unsurlarının yanında, üçüncü kişilerin mülkü olarak gösterilen veya bu kimseler tarafından mülkiyet iddia olunan malvarlığı unsurları da istihkak iddiasıyla birlikte mevcudat defterine kaydedilir (İİK m. 212).<sup>41</sup> Bu bağlamda istihkak iddiasında bulunan kişilerin isimleri, iddianın bulunduğu malvarlığı unsurunun mevcudat defterindeki numarası ve iddianın varlığına ilişkin ibraz edilmiş vesika evrak listesindeki numarasıyla birlikte gösterilir (İİK Niz. m. 45/1).<sup>42</sup>

İflâs dairesi, tasfiyeye konu olup olmayacağına bakmaksızın müflisin mevcudat defterine geçirdiği bütün malvarlığı unsurlarının kıymetini takdir ederek bunları deftere kaydetmelidir (İİK m. 214 ve İİK Niz. m. 40/1).<sup>43</sup> Öğretide, mevcudat defterine geçirilen malvarlığı unsurlarının değerlerini takdir etmekle yükümlü olan iflâs dairesinin gerekli görmesi halinde bilirkişiye başvurabileceği ifade edilmektedir.<sup>44</sup>

Cebri icranın etkinliğini artırmaya yönelik 7343 sayılı Kanunla getirilen yenilikler neticesinde İİK kapsamında taşınır ve taşınmaz malvarlığı unsurlarının kıymet takdirlerine ilişkin esaslar ortaya konulmuştur.<sup>45</sup> Bu bağlamda İİK m. 87/1 hükmü uyarınca, "sicile kayıtlı mallar" haricinde haczedilen malvarlığı unsurlarının kıymetleri, haczi gerçekleştiren memur tarafından takdir edilir. Gerekli görülmesi halinde kıymet takdiri için bilirkişiye başvurulabilir (İİK m. 87/1, c.2). Ancak "sicile kayıtlı malların" kıymet takdirinin ise, İİK m. 87/2 hükmü gereğince, bilirkişilik bölge kurulu listesine kayıtlı ve bu konuda Adalet Bakanlığınca izin verilen bilirkişilere, bunların bulunmaması halinde listede kayıtlı diğer bilirkişilere yaptırılması zorunludur. Maddenin değişiklik gerekçesinde, haczedilen sicile kayıtlı malların kıymet takdiri raporlarının teknik gereklere uygun hazırlanması ve özellikle motorlu kara araçlarının yakalanarak muhafaza altına alınmasıyla birlikte muhafaza altına alınan malın kıymet takdirinin en kısa zamanda yapılması zorunluluğu nazara alınarak; cebri icranın özellikleri dikkate alınmak suretiyle yeterli donanımına sahip bilirkişilerce kıymet takdirinin yaptırılmasının, alacaklı ve borçlu menfaatinin korunması için gerekli görüldüğü ifade edilmiştir. Cüz-i icrada geçerli olan paraya çevirme ilkesi ile satış hükümlerinin külli icrada da geçerli olduğu göz önüne alındığında, satışa konu olabilecek malvarlığı unsurlarının değerlerinin sıhhatli şekilde tespit edilebilmesinin hem müflisin hem de iflâs alacaklılarının yararına olacağını ifade etmek gerekir. Bu çerçevede mevcudat defterine

<sup>39</sup> Kuru, *Cilt: 4*, 3121.; Kuru, *El Kitabı*, 1279-1280.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 132.

<sup>40</sup> Kuru, *Cilt: 4*, 3121-3122.; Kuru, *El Kitabı*, 1280.

<sup>41</sup> İstihkak iddialı malvarlığı unsurlarının tasfiyeye konu olup olmayacağı ise defterin tutulması sırasında değil, tasfiyenin adi veya basit usul ile yürütülmesine karar verilmesinden sonra İİK m. 228 bağlamında istihkak prosedürünün işletilmesi suretiyle anlaşılacaktır. Bu kapsamda istihkak iddialı malvarlığı unsurunun mevcudat defterine kaydedilmesinde üçüncü kişinin şikâyet hakkı mevcut değildir (Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1249-1250.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 309.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 132).

<sup>42</sup> İstihkak iddialı malvarlığı unsurunun iflâs masasından çıkartılması iflâstaki istihkak prosedürünün işletilmesi (İİK m. 228) suretiyle söz konusu olacaktır. İflâsın adi tasfiyesinde iflâs idaresi istihkak iddialı malvarlığı üzerinde tasfiyeye devam olunup olunmayacağına kararını verir (İİK m. 228/1). Tasfiyede basit usul tatbik ediliyor ise bu kararı iflâs dairesi verecektir (L. Şanal Görgün, *İflâsta İstihkak Davası* (Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, 1977), 151). İflâs idaresi (basit tasfiyede iflâs dairesi) istihkak iddiasını reddederse üçüncü kişiye icra mahkemesinde istihkak davası açması için yedi günlük bir süre verir ve kararını tebliğ eder (İİK m. 228/2, c. 1). Süresi içerisinde istihkak davası açılmaz ise üçüncü kişinin istihkak iddiasından vazgeçmiş olduğu kabul edilir (İİK m. 228/2, c. 2). İstihkak davası iflâs idaresine (basit tasfiyede iflâs dairesine) karşı açılır (Görgün, *İstihkak Davası*, 115 ve 151). Açılan istihkak davasının kabulüne karar verilirse istihkak iddialı malvarlığı unsuru üzerinde tasfiyeye devam edilemeyeceğinden, söz konusu malvarlığı unsuru iflâs masasından çıkartılarak üçüncü kişiye teslim edilir (Görgün, *İstihkak Davası*, 126). Davanın reddine karar verilmesi hâlinde ise istihkak iddialı malvarlığı unsurunun mülkiyetinin üçüncü kişiye değil, müflise ait olduğu anlaşılır ve dolayısıyla anılan malvarlığı unsuru üzerinde tasfiyeye devam olunur (Görgün, *İstihkak Davası*, 129). İstihkak iddiasını inceleyen iflâs idaresi (basit tasfiyede iflâs dairesi) istihkak iddiasını kabul ederse, o malvarlığı unsuru iflâs masasından çıkartarak iddia sahibine verir.

<sup>43</sup> Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 265.

<sup>44</sup> Akgün - Ataoğlu, "İflâs Dairesi", 7.; Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1252.; Arar, *Cilt 2*, 131.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 307.; Duran, *Basit Tasfiye*, 101.; Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 30.; Kuru, *El Kitabı*, 1280.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 257.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 478.

<sup>45</sup> Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 599.



geçirilmiş “sicile kayıtlı malvarlığı unsurlarının” kıymet takdirinin bilirkişilere başvurmak suretiyle takdir ettirilmesinin zorunlu olduğu, sicile kayıtlı olmayan malvarlığı unsurlarının kıymet takdiri açısından ise bilirkişiye başvurulmasının iflâs dairesinin takdirinde olduğu neticesine ulaşılmışın isabetli olduğu ifade edilmelidir (İİK m. 87 kıyasen).<sup>46</sup>

Defter tutma işleminin bitmesiyle birlikte iflâs dairesi doğruluğu ve eksiksizliği hakkında beyanda bulunması için defteri müflise gösterir ve müflisin<sup>47</sup> cevabı da deftere yazılmak suretiyle kendisine imza ettirilir (İİK m. 215). Ancak müflisin bu beyanı defterin hukuki niteliği<sup>48</sup> üzerinde bir etkiye sahip değildir. Mevcudat defterinin sonuna kayıt işleminin ne kadar sürdüğü ve defterin düzenlenmesine katılan bütün kişilerin isimleri yazılıp defter memur ve davet edilmiş bilirkişi varsa bunlar tarafından imzalanır (İİK Niz. m. 41/1).

## 2. Malvarlığı unsurlarının muhafaza altına alınması

Mevcudat defterinin tutulması iflâs masasının teşekkülü için tek başına yeterli değildir. Deftere geçirilmekle birlikte tasfiyeye konu olabileceği değerlendirilerek tespit edilen malvarlığı unsurlarının ayrıca koruma gayesiyle güvence altına alınması gerekmektedir. Bu gereklilik ise deftere geçirilen malvarlığı unsurlarının (tasfiyeye özgülenebilmesi adına) muhafaza altına alınması suretiyle sağlanacaktır.<sup>49</sup> Muhafaza altına alınmadan kasıt, malvarlığı unsurlarının fiziken masaya alınmasını ve tasfiye amacının gerçekleşmesini temin edebilmek niyetiyle bunlara el konulması ve/veya bunlarla ilgili gerekli diğer tedbirlerin alınmasıdır.<sup>50</sup>

Kanunda iflâs dairesi tarafından gerekli görülen tedbirlerin alınacağı ifade edilmiştir (İİK m. 208/1). Ayrıca “Teminat tedbirleri” başlıklı 210’uncu maddede örnekleme yoluyla muhafaza tedbirlerinin neler olduğu sayılmıştır.<sup>51</sup>

İflâs dairesinin iflâs masasının teşekkülünü temin yönünde alacağı ilk muhafaza tedbiri esasında İİK m. 166/1 kapsamında iflâsın açıldığıının ilanıdır.<sup>52</sup> Zira bu yolla iflâsın hukuki sonuçlarının doğduğunun üçüncü kişiler nezdinde bilinirliği sağlanmaktadır.<sup>53</sup> Keza müflisin mevcudat defterinin tutulması da masanın fiziken teşekkülüne imkân sağladığından esasında bir muhafaza tedbiridir. Ayrıca iflâs dairesi; müflisin mağazalarını, eşya depolarını, fabrikalarını, imalathanelerini ve üretime yönelik sair yerlerini, perakende satış dükkânlarını ve buna benzeyen yerlerini, masa hakkında faydalı olacağına kani olursa

<sup>46</sup> Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 600. İflâs dairesinin mevcudat defterine kaydettiği malvarlığı unsurlarının kıymetlerini takdir etmesi/ettirmesi, tasfiyenin akıbetinin belirlenmesi faaliyeti kapsamında kalmaktadır. Başka bir ifade ile İİK m. 208/3 uyarınca iki ay içerisinde tasfiyenin adı veya basit (yahut tasfiyenin tatil edilmesi) kararını vermek durumunda olan iflâs dairesi tasfiyenin başlangıç aşamasıyla kısıtlı şekilde malvarlığı unsurlarının kıymetini takdir etmekte ve/veya ettirmektedir. Eğer ki tasfiyenin yürütülmesine elverişli bir aktif malvarlığı unsuru mevcut ise tasfiyenin usulüne (adi veya basit) uygun şekilde ilgili paraya çevirme hükümleri (İİK m. 237-246 ve anılan hükümlerin atıflarıyla cüz-i icra hükümleri) tatbik edilecektir. Cüz-i icradaki kıymet takdirine ilişkin hususlar ile kıymet takdirinin enflasyon karşısında değer kaybına uğraması meselesi hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Mehmet Kodakoğlu, “Kıymet Takdirinin Yapılmasına İlişkin Bazı Meseleler ve Enflasyonun Kıymet Takdirine Etkisi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/2 (Temmuz 2023), 351 vd.

<sup>47</sup> Müflis tüzel kişiliğe sahip ise imzayı tüzel kişiliğin yetkilisi atacaktır (İİK Niz. m. 42 kıyasen).

<sup>48</sup> Kanun’da mevcudat defterinin nasıl bir hükme sahip olduğu belirtilmemiştir (Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 132). İflâs dairesi tarafından tutulan defter idari bir tedbir olup, üçüncü kişilere karşı bir etkisi bulunmamaktadır (Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 132). Mevcudat defterinin tutulması bir alacağın veya hakkın maddi hukuk açısından varlığına veya yokluğuna etki etmez (Duran, *Basit Tasfiye*, 110). Bundan dolayı deftere karşı üçüncü kişilerin şikâyet hakkı bulunmamaktadır (Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 132).

<sup>49</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1254-1255.; Arar, *Cilt 2*, 124; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 632.; Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 32.; Kuru, *Cilt: 4*, 3126.; Kuru, *El Kitabı*, 1282.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 258.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 477.

<sup>50</sup> Yıldırım - Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs*, 528-529.

<sup>51</sup> Akgün - Ataoğlu, “İflas Dairesi”, 9.; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 633.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 601.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 310.; Duran, *Basit Tasfiye*, 33.; Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, 121.; Kuru, *Cilt: 4*, 3127.; Kuru, *El Kitabı*, 1283.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 259.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 478.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 133.

<sup>52</sup> Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 632.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 600.; Kuru, *Cilt: 4*, 3126.; Kuru, *El Kitabı*, 1282.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 258-259.; Postacıoğlu, *İflâs*, 99.

<sup>53</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1242.; Postacıoğlu, *İflâs*, 99.

birinci alacaklılar toplanmasına kadar kontrolü altında idare etmeli; aksi kanaatte olursa bu yerleri kapatarak mühürlemelidir (İİK m. 210/1).<sup>54</sup>

İflâs dairesi, müflise ait paraları, kıymetli evrakı, ticari defterler ile ev idaresine ait defterleri ve ilgili diğer önemli belgeleri muhafaza altına alır (İİK m. 210/3). İflâs dairesi, başkaca malvarlığı unsurları var ise bunları mevcudat defteri tutuluna kadar mühürler; gerekmesi halinde defter tutulduktan sonra tekrar mühürler (İİK m. 210/4). Daire ayrıca, müflisin kullandığı yerler haricinde bulunan eşyaları da muhafaza altına alır (İİK m. 210/5). Müflisin kullandığı yerler dışında bulunan eşyalardan maksat, üçüncü kişinin elinde olan ve üçüncü kişi tarafından müflise ait olduğu kabul edilen eşyalardır.<sup>55</sup> Yoksa üçüncü kişinin elinde bulunan malvarlığı unsuru üzerinde yine üçüncü kişinin bir istihkak iddiası mevcut ise, bu halde üçüncü kişinin elinde bulunan malvarlığı unsurunun muhafaza altına alınabilme ihtimali yoktur.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 210. maddesinde gösterilen muhafaza tedbirleri sınırlayıcı olarak değil örnekleyici olarak sayılmıştır.<sup>56</sup> Kanunda sayılanların haricinde, lüzumuna binaen iflâs dairesi muhafaza tedbiri olarak, vadesi gelmiş poliçe ve bonoları ibraz ederek bunlar için protesto çekebilir, bozulacak şeyleri derhal satabilir, zamanaşımına uğrama riskiyle karşılaşan alacaklıları takip edebilir veya bunlar için dava yoluna gidebilir.<sup>57</sup> İflâs dairesinin uyguladığı muhafaza tedbirlerine karşı icra mahkemesi nezdinde şikâyet yoluna gidilebilir.<sup>58</sup>

## II. Muhakeme Safhası

Türk iflâs hukukunda bir tasfiyenin akibetinin belirlenebilmesi; iflâs masasının mevcudiyeti ile tasfiye masrafları arasında iflâs dairesi tarafından yapılacak muhakemeye istinaden gerçekleşir.<sup>59</sup> Başka bir anlatımla, iflâs dairesi, müflisin defterini tutarken alacaklıların ödenmesine tahsis olunacak malvarlığı unsurları hakkında takdir ettiği/ettirdiği kıymet bedellerinin toplamı ile adi tasfiye ve basit tasfiye özelinde ortaya çıkabilecek tasfiye masrafları arasında yapacağı hesaplama sonucunda varacağı kanaate göre tasfiyenin akibetine karar verecektir.

Tasfiyenin akibetine karar verecek olan iflâs dairesi, muhakemesinde “*defteri tutulan mallar bedelini*” (İİK m. 218/1) esas alacaktır. Ancak mevcudat defterine müflisin sadece haczi caiz malvarlığı unsurları değil; bunların yanında haczi caiz olmayan malvarlığı unsurları, iptal davasına konu olabilecek

<sup>54</sup> İİK m. 210/1 hükmü, borçlunun işletme faaliyetlerine devam edebilmesine olanak tanımak suretiyle borçlunun ekonomi içerisinde tekrardan üretken bir konuma kavuşmasını hedeflediğinden, her ne kadar iflâsın önlenmesi kapsamında kalmaya da iflâs kurallarının yenilikçi anlayış kapsamında ele alınabilecek amacına hizmet etmektedir (Oruç, *İflâs İdaresi*, 48. İflâs kurallarının amacı hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Oruç, *İflâs İdaresi*, 34 vd.). Bu kapsamda müflisin faaliyette bulunduğu imalathane ve satışa ilişkin yerlerinin üretime ve satışa devam etmesine karar verilebilmesi, muhafaza tedbirlerinin alınması bahsi açısından iflâs dairesine verilmiş en önemli yetkidir (Akgün - Ataoğlu, “İflas Dairesi”, 8). Yetkinin müflisin ticari faaliyetine devam edilmesi yönünde kullanılmasının gerçekten masa menfaatine olup olmayacağına nasıl değerlendirileceği ile faaliyete devam kararının denetiminin nasıl gerçekleştirileceği Kanun'da ifade edilmemiştir (Serdar Kale, “İflas Hukukunda Masa Yükümlülüğü Kavramı”, Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 609, dn. 8). Uygulamada ise müflis ticari faaliyetine devam etmekte ve fakat müflisin ticari faaliyetine devam ediyor olmasının masa menfaatine olup olmadığının denetlenmesi için iflâs daireleri tarafından kayyım veya kayyım heyeti görevlendirmesi yapılmaktadır (Kale, “Masa Yükümlülüğü”, 609, dn. 8). Ticari hayatın hızlılığı ile tacir olmanın basireti göz önüne alındığında, müflisin ticaretine devam etmesi kararını veren iflâs dairesinin bizzat faaliyetin başında olması ya da faaliyetin masaya uygunluğunu denetlemesi yerine kayyım/kayyım heyeti görevlendirmesi makul kabul edilmelidir (Kale, “Masa Yükümlülüğü”, 609, dn. 8). Yine uygulamada iflâs daireleri ekseriyetle sorumluluk altına girmek adına, müflisin ticari faaliyetlerinin gerçekleştiği yerleri mühürleme yolunu tercih etmektedir (Akgün - Ataoğlu, “İflas Dairesi”, 8).

<sup>55</sup> Kuru, *Cilt: 4*, 3127.; Kuru, *El Kitabı*, 1282.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 259, dn. 4.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 134.

<sup>56</sup> Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 601.

<sup>57</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1258.; Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 268-269.; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 633.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 602.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 310-311.; Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, 121-122.; Kuru, *Cilt: 4*, 3127.; Kuru, *El Kitabı*, 1283.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 259.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 478.

<sup>58</sup> Berkin, *İflâs Hukuku*, 311.

<sup>59</sup> Postacıoğlu, *İflâs*, 50.

malvarlığı unsurları ile istihkak iddiasına konu edilmiş malvarlığı unsurları da geçirilmiştir. Bu çerçevede, öğreti, hükmün lafzını kusurlu bulmaktadır.<sup>60</sup>

Tasfiyenin akıbetine ilişkin kanun koyucunun öngördüğü ihtimaller daha önce ifade edildiği üzere tasfiyenin adi veya basit şekilde yapılması ya da tasfiyenin tatiline karar verilmesi olduğu için bunlardan hangisinin somut tasfiye özelinde var olduğunun tespiti ise iflâs dairesinin tasfiyeye konu olabilecek malvarlığı unsurları yönünden yapacağı masanın aktifine yönelik muhakeme ile tasfiye masraflarının muhakemesinin muhasebesi neticesinde ortaya çıkacaktır.

### A. Aktif malvarlığı unsurlarına yönelik muhakeme

Müflisin aktif malvarlığı unsurlarının muhakemesi esasında müflisin tasfiyeye konu olabilecek malvarlığı unsurlarının değerlendirildiği aşamadır. Ancak bu aşama yalnızca tasfiyenin başlangıç aşamasıyla kısıtlı değildir. İflâsın adi tasfiyesinde alacaklılar toplanması ve/veya iflâs idaresinin kararlarına, basit usulün uygulandığı tasfiyelerde iflâs dairesi ve/veya alacaklılar toplanması kararlarına istinaden müflisin aktif malvarlığı unsurlarının değerlendirilmesine devam olunacaktır.<sup>61</sup> Hazırlık aşamasında iflâs dairesi tarafından sadece tasfiyenin akıbetine karar verilebilmesi bağlamında aktif malvarlığı değerlendirilmesine girilecektir.<sup>62</sup>

Her ne kadar mevcudat defterine geçirilen bütün malvarlığı unsurlarının kıymet takdirleri yapılsa da tasfiyenin mevcudat defterine kaydedilmiş bütün malvarlığı unsurları üzerinde gerçekleşmesi mümkün değildir. Bundan ötürü iflâs dairesi, deftere geçirilen malvarlığı unsurlarının hukuki niteliklerini tayin ederek, ehemmiyetli bir bakış açısıyla<sup>63</sup> hangi malvarlığı unsurlarının tasfiyeye konu olup olamayacağı hususunda kanaate sahip olmak için masanın malvarlığına yönelik değerlendirme yapmalıdır. Yapılan değerlendirme neticesinde tasfiyeye konu olabilecek malvarlığı unsurlarının belirlenmesi söz konusu olacağından tasfiye türüne karar verilmesi temin edilecektir.

İflâs dairesinin değerlendirme esnasında ilk olarak göz önünde bulunduracağı malvarlığı unsurları, haczi caiz bütün malvarlığı unsurları olacaktır (İİK m. 184/1). Bu bağlamda haczi caiz olmayan malvarlığı unsurları değerlendirme aşamasında göz önünde bulundurulmayacaktır. Şu kadar ki; müflisin haczedilemezlik iddiasından feragat ettiği bir malvarlığı unsurunun bulunması (İİK Niz. m. 43/2) halinde bu malvarlığı unsuru ile kısmen haczi caiz görülen malvarlığı unsurlarının haczi caiz görülen kısmı<sup>64</sup> aktif muhakemesinde değerlendirmeye alınacaktır; ayrıca haczedilemeyecek bir malvarlığı unsurunun haczi caiz olduğu belirtilmek suretiyle mevcudat defterine kaydedilmesi durumunda bunu öğrenen müflisin yedi gün içerisinde şikâyet yoluna başvurmaması halinde anılan malvarlığı unsurunun tasfiyeye konu edilebileceği varsayımına binaen bu malvarlığı unsuru da aktif muhakemesinde değerlendirmeye alınacaktır.

Haczi mümkün olan malvarlığı unsurlarının rehin hakkı ile kısıtlanmış olması mümkündür. Rehinli malvarlığı unsuru iflâs masasına dâhil olmasına rağmen merhunun paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen paradan yalnızca merhunun muhafazası ve paraya çevrilmesinden kaynaklanan masraflar çıkartılacaktır (İİK m. 185/1). Ancak merhunun satışından elde edilen parayla rehin hakkı sahibinin alacağı ile merhunun muhafazası ve paraya çevrilmesinden kaynaklanan masrafların karşılanması ile birlikte artan bir değer söz konusu olursa, artan değer iflâs masasına dâhil edilmesi mümkündür.<sup>65</sup> Bu

<sup>60</sup> Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 306, dn. 392.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 400, dn. 1.; Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, 123, dn. 342.

<sup>61</sup> Müflisin mevcudat defterinin tutulması işleminin iflâsın adi tasfiyesinde en geç ikinci alacaklılar toplanmasına kadar tamamlanması gerekir (Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 30).

<sup>62</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1238.

<sup>63</sup> Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 32. Zira tasfiyenin akıbeti hakkında hatalı karar verilmesi iflâs tasfiyesi bakımından zararlı sonuçlar doğurur (Çiçekli, "Tasfiyenin Tatili", 137).

<sup>64</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 441.

<sup>65</sup> A. Selman Arısoy, "İflas Tasfiyesinin Tatili", *Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 74.; Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 270 ve 298.; Arar, *Cilt 2*, 136 ve 198-199.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 209.; Kale, "Masa Yükümlülüğü", 617-618.;

çerçevede iflâs dairesi, merhunun satışıyla elde edilecek parasal miktardan iflâs masasına artı bir değer kalıp kalmayacağını aktif muhakemesi esnasında ayrıca değerlendirmeli ve artan değer kalacağı kanaatinde olursa, bu (artan) değeri aktif muhakemesine dâhil etmelidir.

Mevcutat defterine üçüncü kişinin mülkiyetinde olduğu kaydıyla geçirilen malvarlığı unsurlarının tasfiye tabi olup olmayacağına, adi tasfiye usûlünün tatbik edilmesi halinde iflâs idaresi (İİK m. 228), basit tasfiye usulünün tatbik edilmesi halinde ise iflâs dairesi (İİK m. 218) tarafından karar verilir.<sup>66</sup>

Kanunda iflâsın adi tasfiyesinde istihkak iddiasına ilişkin kararın iflâs idaresi tarafından verilmesi öngörülmüş olmasına rağmen; öğretilde, istihkak iddiasına ilişkin kararın ilgili üçüncü kişiye tebliğ edilmemesi gerektiği ve istihkak iddiasının akıbetinin belirlenebilmesi için ikinci alacaklılar toplanmasının kararının beklenilmesinin doğru olduğu kabul edilmektedir.<sup>67</sup> Buna dayanak teşkil eden düşünce ise, adi tasfiyenin karar verici organı<sup>68</sup> olarak kabul edilen ikinci alacaklılar toplanmasının iflâs idaresinin istihkak iddiası hakkında verdiği kararı uygun bulup bulmama hususunda son karar mercii olması cihetiyle iflâs idaresinin vermiş olduğu kararı değiştirebilmesi imkânıdır. İflâs idaresinin ikinci alacaklılar toplanması kararını beklemezsizin istihkak iddiası hakkındaki kararını uygulamaya koyması ve ikinci alacaklılar toplanmasının iflâs idaresinin istihkak iddiası hakkındaki kararını uygun bulmama yönünde bir iradeye sahip olması halinde ise iflâs idaresinin bu şekilde hareket etmesinin iflâs masasına yük getireceği ve ayrıca hukuki sorumluluğu cihetine gidilmesine sebep olacağı ifade edilmektedir.<sup>69</sup>

Müflisin haczi caiz olan malvarlığı unsurlarının mevcutat defterine kaydı sırasında üçüncü kişinin malı olarak gösterilmesi veya üçüncü kişiler tarafından mülkiyeti iddia olunması halinde, bu malvarlığı unsurlarının tasfiyenin akıbetinin belirlenmesi noktasında aktif muhakemesine dâhil edilip edilmeyeceği ise tartışmalıdır.

Öğretildeki bir görüşe göre<sup>70</sup>, iflâs dairesi tasfiyenin türüne karar vereceği esnada deftere kayıtlı istihkak iddialı malvarlığı unsurlarının bedellerini, istihkak iddiasının akıbeti hakkında yapacağı varsayımsal değerlendirmeye istinaden haksızlığına kanaat getirirse, aktif muhakemesinde dikkate alınmalıdır.<sup>71</sup>

Aksini savunan görüş tarafından ise<sup>72</sup>, istihkak iddialı malvarlığı unsurlarının hiçbir surette aktif muhakemesine dâhil edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, iflâs masasının aktifi çerçevesinde istihkak iddialı malvarlığı unsurları olmaksızın tasfiyenin tatiline karar verilecekse iflâs dairesi tasfiyenin tatiline karar vermelidir. Alacaklılardan birisi istihkak iddialı malvarlığı unsurunun değerini dikkate alarak tasfiyenin devamını sağlarsa, alacaklının seçtiği tasfiye usulünün masrafları kendisinden alınmalıdır. Aynı şekilde istihkak iddialı malvarlığı unsuru haricinde kalan mevcutat defterindeki malvarlığı unsurlarının değeri adi tasfiye masraflarını karşılayamıyorsa da basit tasfiyenin uygulanmasına karar verilmelidir.

Kuru, *Cilt: 3*, 2839.; Kuru, *El Kitabı*, 1286.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 262.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 442.; Yıldırım - Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs*, 529.; Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 154.

<sup>66</sup> Derya Buluttekın, "İflâs Masasına Karşı İstihkak İddiasının İleri Sürülmesi ve Masanın İstihkak İddiasını İncelemesi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27/47 (Aralık 2022), 680 ve 684.; Görgün, *İstihkak Davası*, 81-83 ve 151.; Oruç, *İflâs İdaresi*, 198.; Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 140.

<sup>67</sup> Buluttekın, "İstihkak İddiası", 670-671 ve 696.; Deliduman, *Alacaklılar Toplanması*, 101.; Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 31 ve 87-88.; Görgün, *İstihkak Davası*, 90.; Oruç, *İflâs İdaresi*, 201.; Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 141.

<sup>68</sup> Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 13-14.

<sup>69</sup> Buluttekın, "İstihkak İddiası", 671.; Deliduman, *Alacaklılar Toplanması*, 101.; Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 90-93.; Görgün, *İstihkak Davası*, 90-91.; Oruç, *İflâs İdaresi*, 201.; Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 141.

<sup>70</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1262.; Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 270.; Arar, *Cilt 2*, 137-138.; Görgün, *İstihkak Davası*, 73.; Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, 122.; Kuru, *Cilt: 4*, 3130, dn. 3.; Kuru, *El Kitabı*, 1286.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 261-262, 261, dn. 3.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 135, dn. 114b.

<sup>71</sup> İflâs dairesi, bu istihkak iddiasını haklı bulursa, değerlendirmeye tabi tutmaz. Yani bu durumda masaya ait bir mal yok demektir (Kuru, *Cilt: 4*, 3130 ve 3130, dn. 3.; Kuru, *El Kitabı*, 1286).

<sup>72</sup> Duran, *Basit Tasfiye*, 114.

Kanaatimizce, birinci görüşe üstünlük tanınması ve iflâs dairesinin istihkak iddiasına konu malvarlığı unsurlarının değerlerini tasfiyenin akıbetinin belirlenmesi aşamasında dikkate alması gerekir. Zira henüz iddia niteliğinde olan ve kabulü ya da reddi muhakeme ve gerektiğinde dava açılmasını gerektiren bir talebin tasfiyenin sonraki sürecini mühim bir şekilde etkileyecek olması cihetiyle karar sürecinde göz önüne alınmamasının haklı görülemeyeceği kanaatindeyiz. Bununla birlikte daha sonra istihkak iddiası haklı çıkmış olsa dahi alacaklılar basit tasfiyeye karar verme noktasında bir iradeye sahiptirler. Ayrıca aksinin kabulü halinde, üçüncü kişilere tanınan istihkak iddiasında bulunma hakkının kötüye kullanılmak suretiyle tasfiyenin gayesinin gerçekleştirilememesi riski doğacaktır.

İstihkak iddialı malvarlığı unsurlarının tasfiyenin akıbetinin belirlenmesinde göz önüne alınıp alınmayacağına ilişkin değerlendirmenin bir benzeri iptal davasına konu olabileceği değerlendirilerek mevcudat defterine geçirilen malvarlığı unsurları nezdinde de yapılmalıdır. Bu bağlamda iflâs dairesi, iptale konu malvarlığı unsurunun tasfiyenin devamında iflâs masasına dâhil olacağı kanaatine sahipse tasfiyenin türünün belirlenmesi noktasında bu malvarlığı unsurlarını aktif muhakemesine dâhil etmelidir.<sup>73</sup>

## B. Tasfiye masraflarına yönelik muhakeme

İflâs dairesi tarafından tutulan deftere kaydedilmiş malvarlığı unsurlarının bedelinin tasfiye masraflarını karşılamayacağına anlaşılması halinde basit tasfiye usulü tatbik olunur (İİK m. 218/1). Tasfiye masraflarından anlaşılması gerekenin ne olduğu Kanunun ifadesinden anlaşılmamaktadır. Bu bağlamda tasfiye masraflarının neler olduğunun tespiti gerekir.

Yapılacak tespit bakımından yol gösterici hüküm ise “İflâs masrafları ve masa borçları” başlıklı İİK m. 248 hükmü olacaktır. Zira hükme göre, paraların paylaşılması aşamasına gelen tasfiyelerde iflâs alacaklılarına yapılacak dağıtımdan önce masadan ilk olarak iflâsın açılmasından ve tasfiyeden doğan masraflar çıkartılacaktır. Fakat görüleceği üzere hükmün başlığında masa borçlarından bahsedilmesine rağmen, hükmün lafzında yalnızca iflâsın açılmasından ve tasfiyeden doğan masraflara yani iflâs (masa) masraflarına yönelik bir içerik mevcuttur. Her ne kadar hükmün lafzında masa borçlarından bahsedilmiyor olsa da hükmün içeriğinden masa borçlarının da yararlandırılacağı kabul edilmektedir.<sup>74</sup>

Tasfiye organları, yürütülmesine başladıkları tasfiyeleri nihai gayesine ulaştırabilmek için birtakım harcamalar gerçekleştirir. Bu harcamalar ise hukuki oluşumları ile nitelikleri bağlamında yapılan değerlendirme neticesinde, masa (iflâs) masrafları (*Massekosten*) ve masa borcu (*Masseschulden*)<sup>75</sup> şeklinde ikiye ayrılmaktadır.<sup>76</sup> İsviçre öğretisinde ise masa masraflarını ve masa borçlarını birlikte

<sup>73</sup> Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 270.; Arar, *Cilt 2*, 138; Arısoy, “İflâs Tasfiyesinin Tatili”, 75.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 135, dn. 114b. İstihkak iddialı malvarlığı unsurlarının aktif değerlendirilmesine alınmaması gerektiğini savunan görüşe göre, iptal davasına konu olabilecek malvarlığı unsurlarının aktif muhakemesinde dikkate alınmaması gerekir (Duran, *Basit Tasfiye*, 114).

<sup>74</sup> Adnan Deynekli - Sedat Kısa, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli* (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996), 404.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 380.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 14. “... İİK'nın 248. maddesinin kenar başlığı "iflas masrafları ve masanın borçları" şeklindedir. Madde metninde açıkça iflas masraflarının iflas alacaklılarından önce ödeneceği belirtilmiş ise de masa borçlarından bahsedilmemiştir. Ancak masa borçlarının da iflas alacaklılarından önce ödeneceği doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir. ...” (Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 05/04/2016 tarihli, 2016/2556 esas ve 2016/2121 karar sayılı ilamı. Kararın tam metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/E.T.04/04/2024>). Aynı yönde ayrıca bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 12/09/2005 tarihli, 2005/4668 esas ve 2005/8474 karar sayılı ilamı.; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 09/05/2012 tarihli, 2010/7849 esas ve 2012/16266 karar sayılı ilamı. (Anılan kararların tam metni için bkz. <https://legalbank.net/E.T.05/04/2024>).

<sup>75</sup> Öğretide masa borçlarını kastetmek niyetiyle “masa alacakları” ifadesi de kullanılmaktadır (bkz. Kuru, *Cilt: 3*, 2862.; Kuru, *El Kitabı*, 1213.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 172). Örneğin Kuru, masa yükümlülüklerini masa masrafı ve masa borcu olarak ikiye ayırmadan incelemiştir. Aşağıda masa masrafı olarak işaret ettiğimiz harcama kalemlerinin tamamını “masa alacakları” yani “masa borçları” olarak nitelendirmiştir (Kuru, *Cilt: 3*, 2862.; Kuru, *El Kitabı*, 1213.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 172-173 ve 337, dn. 5). “Masa masraflarını” da kapsar şekilde “masa borçları” ifadesinin kullanım örnekleri için bkz. Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 606.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 590-591 ve 598.; Görgün vd., *İcra ve İflâs*, 539.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 449-450.; Postacıoğlu, *İflâs*, 74 ve 140, dn. 1.

<sup>76</sup> Kale, “Masa Yükümlülüğü”, 603.

kastetmek için çatı kavramı olarak “*masa yükümlülüğü (Masseverbindlichkeiten)*” ifadesi kullanılmaktadır.<sup>77</sup>

Masa yükümlülükleri ile müflisin borçları iflâs masasının pasifini oluşturduğundan<sup>78</sup>, bunların kapsamalarının ortaya konulması gerekir.

### 1. Masa masrafı

“Masa masrafları”, iflâsın açılması ile bunu müteakiben tasfiye organlarınca tasfiyenin ilgililerin menfaatine yönelik ilerletilmesi için yapılan harcamalardır.<sup>79</sup> Bu bağlamda masa masrafları olarak şu masraflar gösterilebilir: İflâsın açıldığının ilgili yerlere bildirilmesi ve ilan edilmesine ilişkin harcamalar (İİK m. 166/2)<sup>80</sup>; müflisin mevcudat defterinin tutulması masrafları (İİK m. 208/1)<sup>81</sup>; mevcudat defterine kaydedilen malvarlığı unsurlarının kıymet takdirlerini yapmak üzere bilirkişilik kurumuna başvurulmasına istinaden bilirkişilere ödenecek ücretler<sup>82</sup>; masa mevcudunun korunması ve muhafaza altına alınmasından kaynaklanan masraflar (İİK m. 208/1 ve m. 210)<sup>83</sup>; iflâsın adi tasfiyesinde masanın idaresiyle yükümlü olan iflâs idaresine ödenen ücretler ile gerçekleştirilecek alacaklılar toplanmasının toplantı ve tebligat masrafları<sup>84</sup>; hem basit hem de adi tasfiye usulünde ortak olan, sıra cetvelinin düzenlenmesi ile ilan edilmesinden (İİK m. 234/1) ve iddiaları (tamamen veya kısmen) reddedilen alacak yahut iddia ettikleri sıraya kabul edilmeyen alacaklılara doğrudan yapılacak tebligatlardan (İİK m. 234/2) kaynaklanan masraflar<sup>85</sup>; yine her iki tasfiye usulünde ortak olan, masanın paraya çevrilmesinden kaynaklanan masraflar ile paraların dağıtılmasından kaynaklanan (İİK m. 249/2) harcamalar<sup>86</sup>; iflâsın kapanmasına (İİK m. 254/5) ilişkin yapılacak masraflar<sup>87</sup>. Bu kapsamda masa masrafları ile cüz-i icradaki takip masrafları arasında benzerlik bulunduğu ifade edilebilir.<sup>88</sup> Görüleceği üzere masa masrafları hem iflâsın açılmasından doğan hem de iflâsın tasfiyesinden kaynaklanan masrafları kapsamaktadır.

Kural olarak “iflâsın açılmasından sonra” meydana gelen harcamalar masa masrafı kabul edilir. Ancak iflâs yargılaması sırasında çıkan bazı masrafların da masa masrafı olarak kabul edilip edilmeyeceği

<sup>77</sup> Kale, “Masa Yükümlülüğü”, 604. Masa yükümlülükleri, iflâsın açılmasından sonra ve iflâs alacaklarından farklı olarak müflisin tasfiyesi esnasında meydana gelen işlem ve eylemlerden doğmaktadır (Kale, “Masa Yükümlülüğü”, 606). Çalışmamız özelinde masa masrafları ile masa borçlarını birlikte ifade etmemiz gereken yerlerde biz de “*masa yükümlülüğü*” ifadesini kullanmayı doğru buluyoruz.

<sup>78</sup> Sümer Altay, *Türk İflâs Hukuku 1. Cilt* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004), 651.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 38.

<sup>79</sup> Altay, *İflâs Hukuku 1. Cilt*, 652.; Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1750.; Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 256.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 141-142 ve 380.; Deynekli - Kısa, *Sıra Cetveli*, 404.; Kale, “Masa Yükümlülüğü”, 603-605 ve 609.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 16.; Tuğçe Arslanpınar Tat, *Türk ve İsviçre İflâs Hukukunda Paylaştırma* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 319.

<sup>80</sup> Altay, *İflâs Hukuku 1. Cilt*, 654.; Arar, *Cilt 2*, 198.; Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 320.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 598.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 142.; Deynekli - Kısa, *Sıra Cetveli*, 404.; Görgün vd., *İcra ve İflâs*, 539.; Kale, “Masa Yükümlülüğü”, 609.; Kuru, *El Kitabı*, 1213.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 172 ve 337, dn. 5.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 16.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 450.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 203.

<sup>81</sup> Altay, *İflâs Hukuku 1. Cilt*, 654.; Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 256 ve 298.; Arar, *Cilt 2*, 198.; Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 320.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 598.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 142.; Deynekli - Kısa, *Sıra Cetveli*, 404.; Görgün vd., *İcra ve İflâs*, 539.; Kale, “Masa Yükümlülüğü”, 609.; Kuru, *El Kitabı*, 1213.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 172 ve 338, dn. 5.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 16.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 450.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 203.

<sup>82</sup> Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 320.; Kale, “Masa Yükümlülüğü”, 609-610.

<sup>83</sup> Altay, *İflâs Hukuku 1. Cilt*, 654.; Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 256.; Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 320.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 598.; Deynekli - Kısa, *Sıra Cetveli*, 404.; Görgün vd., *İcra ve İflâs*, 539.; Kale, “Masa Yükümlülüğü”, 610.; Kuru, *El Kitabı*, 1213.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 172 ve 338, dn. 5.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 450.; Postacıoğlu, *İflâs*, 140, dn. 1.

<sup>84</sup> Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 256.; Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 320-321.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 598.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 142 ve 380.; Deynekli - Kısa, *Sıra Cetveli*, 404.; Kale, “Masa Yükümlülüğü”, 609.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 338, dn. 5.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 16.; Postacıoğlu, *İflâs*, 140, dn. 1.

<sup>85</sup> Arar, *Cilt 2*, 198.; Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 321.; Berkin, *İflâs Hukuku*, Öztekin, 380.; *Sıra Cetveli*, 16.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 203.

<sup>86</sup> Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 256.; Arar, *Cilt 2*, 198.; Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 321.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 380.; Deynekli - Kısa, *Sıra Cetveli*, 404.; Kale, “Masa Yükümlülüğü”, 609.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 338, dn. 5.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 16.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 203.; Postacıoğlu, *İflâs*, 140, dn. 1.

<sup>87</sup> Görgün vd., *İcra ve İflâs*, 539.

<sup>88</sup> Kale, “Masa Yükümlülüğü”, 611.

öğretide tartışmalıdır. Tartışma, tasfiyenin neticesinde ilgili masrafın iflâs alacaklarından önce ödenip ödenmeyeceği hususunun belirlenmesi ve bu masrafların tasfiye sırasında iflâs dairesi tarafından tasfiye muhakemesi değerlendirmesine dâhil edilip edilmeyeceği noktasında önem taşımaktadır.

Öğretideki bir görüşe göre<sup>89</sup>, iflâs yargılaması sırasında (asliye ticaret mahkemesi tarafından) müflisin malvarlığı unsurlarının defterinin tutulması ve muhafazası için yapılan masraflar ile müflisin iflâsını talep eden alacaklının yargılama sırasında karşıladığı giderler masa masrafları kavramının içerisine dâhildir. Hatta bu görüşe göre, iflâs talebinde bulunan kişinin iflâs yargılaması sırasında İİK m. 160 kapsamında birinci alacaklılar toplanmasına kadarki tasfiye işlemlerinin masraflarını karşılaması cihetiyle peşin olarak ödediği iflâs avansı da masa masrafı olarak zikredilmelidir. Çünkü iflâsın açılmasından önce yapılan bu masraflar iflâs talebinde bulunan alacaklının diğer tüm alacaklıların vekili gibi hareket etmesinden doğmaktadır.<sup>90</sup>

Aksini savunan görüş ise<sup>91</sup>, iflâsın açılmasından (iflâs kararı verilmesinden) önce, özellikle iflâs yargılaması sırasında yapılan harcamaların masa masrafı olarak ifade edilemeyeceğini belirtilerek; bu masrafların, masrafı gerçekleştiren alacaklının iflâs alacağına eklenmek suretiyle masadan talep edilebileceğini ifade etmektedir. Diğer bir ifade ile talebi üzerine iflâs kararı verilen alacaklının iflâsın açılmasına kadar yapmış olduğu masraflar (takip masrafları/Betriebskosten), "iflâsın açılması masrafı" ile kastedilen masraflardan değildir.<sup>92</sup> Bunlar daha ziyade iflâs alacağına eklenmelidir.<sup>93</sup>

İİK m. 160 uyarınca yatırılan iflâs avansı bağlamında anılan iki görüşü telif eden başka bir görüş ise<sup>94</sup>; iflâsın açılmasından önce iflâs avansından karşılanan masrafların iflâs alacağına eklenmek suretiyle masadan talep edilebileceğini, iflâsın açılmasından sonra birinci alacaklılar toplanmasına kadar iflâs avansından karşılanan masrafların masa masrafı olarak kabul edilip iflâs alacaklarından önce ödenmesi (İİK m. 248) gerektiği kanaatindedir.

## 2. Masa borcu

Tasfiyenin hangi usulle yürütüldüğünden bağımsız olarak, iflâsın açılmasından sonra<sup>95</sup> masa namına sorumluluk doğuran ve bizzat masa tarafından ödenmesi gereken harcamalara ise "masa borcu"

<sup>89</sup> Berkin, *İflâs Hukuku*, 141-142 ve 144.; Kale, "Masa Yükümlülüğü", 610 ve 610, dn. 9.; Kuru, *Cilt: 3*, 2611-2613 ve 2616.; Kuru, *Cilt: 4*, 3328.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 338, dn. 5. "... Davacı vekili ise yatırılan iflas avansının yargılama gideri olarak davalı şirketten tahsiline karar verilmesi gerektiğini belirterek, bu kısım yönünden istinaf talebinde bulunmuştur. İİK'nun 160. maddesinde "İflas isteyen alacaklı ilk alacaklılar toplantısına kadar olan masraflardan sorumludur. Mahkeme, bu masraflar ile iflas kararının kanun yolları için gerekli bütün tebliğ masraflarının peşin verilmesini ister.", 248. maddesinde ise "İflasın açılmasından ve tasfiyeden doğan masraflar önce çıkarılır..." hükmü yer almaktadır. Yapılacak giderlere ilişkin masraflar iflas masasınca öncelikli olarak ödeneceğinden, iflas avansının işbu davada yargılama gideri olarak davalıdan tahsiline karar verilmesi mümkün değildir. ..." (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 45. Hukuk Dairesinin 10/11/2021 tarihli, 2021/571 esas ve 2021/1112 karar sayılı ilamı. Kararın tam metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/E.T.05/04/2024>).

<sup>90</sup> Kuru, *Cilt: 4*, 3328.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 338, dn. 5.

<sup>91</sup> Jaeger, C. II, Art. 262, Kn. 1.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 202-203. Ayrıca karşı. Öztek, *Sıra Cetveli*, 16.

<sup>92</sup> Jaeger, C. II, Art. 262, Kn. 1.

<sup>93</sup> Jaeger, C. II, Art. 262, Kn. 1.

<sup>94</sup> Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 320.

<sup>95</sup> "... Davacı vekili, müflis şirkete ait malların müvekkili şirkete ait antrepoya bırakıldığını, 28.05.2008-16.01.2014 tarihleri itibariyle davalı müflis şirketten 271.634,00 TL alacaklı olduklarını, davalı müflis şirket masasına 200.000,00 TL'lik kayıt talebinde bulduklarını, iflas idaresi tarafından kayıt talebinin reddine karar verildiğini ileri sürerek, 271.634,00 TL alacağın 16.01.2014 tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davalı müflis şirket iflas masasına kayıt kabulüne karar verilmesini talep ve dava etmiştir. (...) İflas alacağı, iflas açıldığı anda müflise karşı hukuken mevcut olan alacaklar yani müflisin iflâsın açıldığı andaki borçları olup, iflas masasından istenebilirken (masaya yazdırılabilirken), müflisin iflas açılmasından sonra doğan alacakları, iflas alacağı olmadığından, iflas masasından talep edilemez. (...) Somut olayda davacının 28.05.2008-16.01.2014 yılları arası antrepo ücret alacağı talep ettiği, davalı müflis şirketin 21.10.2010 tarihinde iflas ettiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davacı davalı şirketin iflas tarihine kadar olan antrepo alacağı için kayıt kabul davası, bu tarihten sonra oluşan alacağı için masaya karşı alacak davası açabilecektir. ..." (Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 02/12/2020 tarihli, 2018/152 esas ve 2020/3974 karar sayılı ilamı. İlamın tam metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/E.T.05/04/2024>).

denmektedir.<sup>96</sup> Bu bağlamda masa borçlarına örnek olarak, tasfiye sırasında müflisin işletmelerinin faaliyetine devam etmesi suretiyle gerçekleşen harcamalar ve bu işletmelerin faaliyetinin devamı sebebiyle ortaya çıkan kamu borçları ile vergiler<sup>97</sup>; masanın taraf olduğu davalarda, masayı temsil ile yetkilendirilen avukata ödenecek ücretler<sup>98</sup>; masada bulunan malvarlığı unsurlarının sigorta ettirilmesinden veya teminat altına alınacak olmasından kaynaklanan prim ücretleri<sup>99</sup>; iflâsın açılmasından önce müflisin taraf olduğu ve tasfiyenin devamı sırasında tasfiye organlarıncı iflâsının devamına karar verilen sözleşmelerden kaynaklanan edim karşılığı ödenen ücretler<sup>100</sup>; özel kanunlar gereği müflis tarafından taşınmazın ortak giderleri suretiyle ödenmesi gereken borçlar<sup>101</sup>; masanın taraf olduğu dava veya tahkim yargılaması neticesinde masaya yüklenen yargılama giderleri<sup>102</sup>; masanın ödemekle sorumlu olacağı haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme alacakları<sup>103</sup>; tasfiye sırasında doğan arabuluculuk masrafları<sup>104</sup>; konkordato sürecinde geçici mühlet kararından sonra komiserin onayıyla gerçekleşen borçlar (İİK m. 308/c, 4) sayılabilir.

İflâs alacakları ve masa borçları (alacakları) ayırımının pratik açıdan önemi, masa borçlarının (alacaklarının) iflâs alacaklarından önce ve tam olarak ödenmesinde kendisini gösterir.<sup>105</sup> Tasfiye sırasında yapılan bir harcamanın masa masrafı mı yoksa masa borcu mu olduğunun pratik anlamı ise, tasfiye neticesinde masa yükümlülüklerinin dahi tam anlamıyla karşılanamayacağının anlaşılması halinde ortaya çıkar.<sup>106</sup> Çünkü bu esnada masaya terettüp eden yükümlülüklerden hangisinin daha önce ödeneceği sorunu mevzu bahis olacaktır. Öğretideki ortak kabule göre, masa yükümlülüklerinin tasfiyeden tam manasıyla karşılanmayacağının anlaşılması halinde masa borçları öncelikle ödenir.<sup>107</sup> Zira masa borçlarından dolayı masaya karşı takip yapılabilmesi mümkündür; bununla birlikte peşin ödenmesi gerekenler haricinde kalan masa masraflarının ise ancak tasfiyenin neticelenmesine yakın bir vakitte tamamen tespit edilebilirliği mümkün olacaktır.<sup>108</sup>

<sup>96</sup> Altay, *İflâs Hukuku 1. Cilt*, 652.; Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1750.; Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 256.; Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 321-322 ve 325.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 380.; Deynekli - Kısa, *Sıra Cetveli*, 404.; Kale, "Masa Yükümlülüğü", 603, 605 ve 611.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 172.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 16-17.; Postacıoğlu, *İflâs*, 140, dn. 1.

<sup>97</sup> Altay, *İflâs Hukuku 1. Cilt*, 654.; Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 322-323.; Deynekli - Kısa, *Sıra Cetveli*, 404.; Kale, "Masa Yükümlülüğü", 611 ve 613.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 17. "... İflas idaresi, müflise ait işyerini masanın menfaatini gözeterek işletmeye devam ederse, diğer anlatımla müflisin yaptığı sözleşmeyi feshetmeyip benimser ise bu işletmenin borcu masa borcu niteliğindedir. ..." (Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 05/04/2016 tarihli, 2016/2556 esas ve 2016/2121 karar sayılı ilamı. Kararın tam metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/E.T.04/04/2024>).

<sup>98</sup> Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 256.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 598.; Deynekli - Kısa, *Sıra Cetveli*, 404.; Kale, "Masa Yükümlülüğü", 611.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 17.

<sup>99</sup> Altay, *İflâs Hukuku 1. Cilt*, 654.; Kale, "Masa Yükümlülüğü", 611.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 17.

<sup>100</sup> Altay, *İflâs Hukuku 1. Cilt*, 654.; Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 256.; Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 323.; Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 581.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 380.; Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, 101, dn. 298.; Kale, "Masa Yükümlülüğü", 607 ve 612.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 17.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 203.; Postacıoğlu, *İflâs*, 74. "... Davacıya ait işyerinde kiracı olan müflis şirketin 29.05.1995 tarihinde tahliyesine karar verilmiş, bu karar 22.06.1995 tarihinde takibe konulmuş ve 1.08.1995 tarihinde iflas idare memuru huzurunda fiilen boşaltılmıştır. ... A.Ş.'nin 13.01.1995 tarihinde iflasına karar verildiğinden, iflas tarihinden tahliye tarihine kadar geçen dönemdeki kira alacağı iflas alacağı değil, masa borcudur (İİK mad. 248). Mahkemece bu yön gözetilerek hesaplanan kira alacağının iflas masasından tahsiline karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. ..." (Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 20/11/1997 tarihli, 1997/6557 esas ve 1997/9865 karar sayılı ilamı. İlamın tam metni için bkz. <https://legalbank.net/E.T.05/04/2024>).

<sup>101</sup> Altay, *İflâs Hukuku 1. Cilt*, 654.; Kale, "Masa Yükümlülüğü", 608.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 18-19.

<sup>102</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1377 ve 1423.; Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 256.; Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 325.; Kale, "Masa Yükümlülüğü", 611.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 198.; Yılmaz, *İflâs İdaresi*, 132. Duran'a göre, masanın taraf olduğu davalardaki masraflar tasfiye masrafı niteliğindedir (Duran, *Basit Tasfiye*, 121). Yazar eserinin devamında dava giderleri için yapılan ödemeleri masa borcu olarak zikretmiştir (Duran, *Basit Tasfiye*, 122).

<sup>103</sup> Ansay, *İcra ve İflâs Usulleri*, 256.; Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 325-326.; Deynekli - Kısa, *Sıra Cetveli*, 404.; Kale, "Masa Yükümlülüğü", 613.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 18.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 203.

<sup>104</sup> Kale, "Masa Yükümlülüğü", 611.

<sup>105</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20/12/2022 tarihli, 2020/663 esas ve 2022/1789 karar sayılı ilamı (İlamın tam metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/E.T.04/04/2024>).

<sup>106</sup> Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 327.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 381.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 15.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 203.

<sup>107</sup> Berkin, *İflâs Hukuku*, 381.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 15.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 203. Aksi görüşü savunan Kale'ye göre ise masadan yükümlülüklerin karşılanmasına masa masraflarından başlanması gerekmektedir (Kale, "Masa Yükümlülüğü", 621).

<sup>108</sup> Altay, *İflâs Hukuku 1. Cilt*, 654 ve 656.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 381.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 15-16 ve 16, dn. 21.



### 3. Ara değerlendirme

Masa yükümlülüklerine ilişkin yaptığımız açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, masa masraflarının bazılarının her iki tasfiye usulü bakımından da ortak olduğu, bazı masa masraflarının yalnızca adi tasfiye usulünün uygulanması suretiyle ortaya çıktığı; masa borçlarının ise tasfiyenin hangi usul ile tatbik edildiğinden bağımsız olarak, iflâs masasının ve dolayısıyla tasfiyenin somut özelliklerine göre ortaya çıkacağı söylenebilir. En nihayetinde ise paraların paylaşılması aşamasına gelen tasfiyede, masa yükümlülükleri iflâs alacaklarından önce ödenmiştir veya ödenecektir.<sup>109</sup> Başka bir ifade ile masa yükümlülüklerinin mevcudiyeti iflâs alacaklılarına tahsis edilecek iflâs paylarında azalmaya sebebiyet verecektir.<sup>110</sup> Bu sebepledir ki, tasfiyenin türüne karar vermek için tasfiye masraflarına yönelik muhakeme yapan iflâs dairesi, masa yükümlülüklerini ayırtırmadan değerlendirmeye alması gerekir.<sup>111</sup>

Tasfiye masrafları hesaplamasında iflâs yargılaması sırasında peşin olarak verilmiş olan iflâs avansının fonksiyonunun ise ayrıca değerlendirilmesi gerekir. İflâs talep eden alacaklının yatırmış olduğu iflâs avansından birinci alacaklılar toplanmasına kadarki işlemlerin tamamının masraflarının karşılanacağı kabul edilmektedir (İİK m. 160). İflâs avansından karşılanacak birtakım masraflar iflâs yargılaması sırasında ortaya çıkmaktayken, kalan masraflar ise tasfiyenin başlangıç aşamasındaki işlemlerden kaynaklanmaktadır.

Tasfiyenin başlangıç aşamasında ele alınan tasfiye işlemlerine bakıldığında, iflâsın açıldığı iflâs dairesi tarafından ilanı ve gerekli yerlere bildirilmesine (İİK m. 166) ilişkin masraflar; iflâs dairesinin müflisin mevcudat defterini tutmasından ve muhafaza tedbirleri almasından (İİK m. 208/1 ve m. 210) kaynaklanan masraflar; malvarlığı unsurlarının kıymet takdirlerinin bilirkişilik vasıtasıyla gerçekleştirilmesi için ödenecek bilirkişilik ücretleri gibi harcamaların tamamı esasında İİK m. 160 hükmü uyarınca iflâs avansından karşılanır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki; iflâsın akıbetine ilişkin verilecek karar ve bunun ilanına (İİK m. 217, m. 218/2 veya m. 219) ilişkin masraflar da iflâs avansından karşılanacaktır. Bu noktada ise tasfiyenin başlangıç aşamasında ortaya çıkacak masrafların iflâs avansından karşılanıyor olması, masrafların tasfiyenin akıbetini belirleme faaliyetine girişen iflâs dairesi tarafından nasıl bir değerlendirmeye tabi kılınması gerektiğine ilişkin bir sorunu ortaya çıkarır. Diğer bir ifade ile burada ortaya çıkan sorun, iflâs avansından peşinen karşılanan tasfiyenin başlangıcındaki masrafların tasfiyenin akıbetinin belirlenmesi hususunda hesaplamaya dâhil edilip edilmeyeceğidir. Bu soruya verilecek cevap, iflâsın açılmasından önce yapılmış bir masrafın masa masrafı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine yönelik vaki tartışmada iştirak edilecek görüşe göre değişecektir.

Mezkûr tartışmaya ilişkin ilk görüş uyarınca<sup>112</sup>, iflâsın açılmasından önce gerçekleştirilen ve iflâsın açılmasından sonra da kullanılan iflâs avansından yapılan harcamalar, iflâs talebinde bulunup iflâs avansını peşinen yatıran alacaklının tüm alacaklıların vekili gibi hareket etmesinden bahisle masa masrafı olarak kabul edilmelidir.<sup>113</sup> Bu görüş uyarınca iflâs dairesi, bu masrafları tasfiye masrafları muhakemesinde değerlendirmeye almalıdır.

Aksini savunan görüşe göre ise<sup>114</sup> bu masrafların, masa masrafı olarak kabulünün mümkün olmaması ve iflâs alacağına eklenmek suretiyle masadan talep edilmesi gerekmesinden ötürü, tasfiye muhakemesine dâhil edilmemesi gerekir.

<sup>109</sup> Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 327.

<sup>110</sup> Öztekin, *Sıra Cetveli*, 43.

<sup>111</sup> Karş. Duran, *Basit Tasfiye*, 122-123.

<sup>112</sup> Berkin, *İflâs Hukuku*, 141-142 ve 144.; Kale, "Masa Yükümlülüğü", 610 ve 610, dn.9.; Kuru, *Cilt: 4*, 3328.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 338, dn. 5.

<sup>113</sup> Kuru, *Cilt: 4*, 3328.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 338, dn. 5.

<sup>114</sup> Jaeger, C. II, Art. 262, Kn. 1.; Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 202-203. Ayrıca karşı. Öztekin, *Sıra Cetveli*, 16.

Anılan iki görüşü telif eden diğer bir görüşe göre ise<sup>115</sup>, iflâsın açılmasından (iflâsa karar verilmesinden) önce gerçekleştirilen masrafların iflâs alacağına eklenmek suretiyle; iflâsın açılmasından sonra gerçekleştirilen masrafların ise masa masrafı olarak iflâs masasından talep edilebilirliği mümkün olması cihetiyle tasfiyenin başlangıcındaki masrafların tasfiye masrafları muhakemesine yönelik değerlendirmede dikkate alınması gerekecektir.

Esasında buradaki mesele Kanun hükümlerinin açık olmayışından ve birbirleri ile ilişkisinin ortaya konulmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Zira İİK m. 160 hükmünde iflâs talebinde bulunan alacaklıların iflâs yargılaması sırasında birinci alacaklılar toplanmasına kadarki masraflardan sorumlu olduğu ve bu masrafları peşin vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu hüküm esas alındığında iflâs talebinde bulunan kişinin, tasfiyenin başlangıç aşamasını da kapsar şekilde, birinci alacaklılar toplanmasına kadarki masraflardan sorumlu olacağı gerçeğinden yola çıkarak iflâs dairesinin tasfiyenin başlangıç aşamasındaki masrafları tasfiye masrafları kapsamında değerlendirmemesi gerektiği ifade edilebilir. İİK m. 248 hükmünü esas alan bir düşünüşte ise; iflâsın açılmasından ve tasfiyeden doğan masrafların iflâs alacaklılarına payları ödenmeden masadan çıkartılacağını, bu kapsamda tasfiyenin başlangıç aşamasında gerçekleştirilen harcamaların her ne kadar İİK m. 160 kapsamında karşılanacak olsa da iflâs masasından öncelikle talep edilebileceği, bu cihetle tasfiye muhakemesine dâhil edilmesi gerektiği söylenebilecektir. Kanaatimizce burada mezkûr hükümlerin getiriliş amaçları ve iflâs prosedüründeki yerleri dikkate alınmak suretiyle bir değerlendirme yapılmalıdır.

İflâs yargılaması sırasında İİK m. 160 uyarınca iflâs avansının yatırılmış olması özel bir dava şartıdır (Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>116</sup> m. 114/2).<sup>117</sup> Kanun koyucu bu hüküm ile iflâs yargılamasının ve tasfiyenin başlangıç aşamasının gerçekleştirilmesinin temin edilebilmesi gayesindedir. İflâs prosedürü ile iflâs avansının kamu düzenini ilgilendirmesi cihetiyle mahkemece iflâs kararı verilmeden önce bu hususun mutlaka dikkate alınması gerekir.<sup>118</sup>

Yargı kararları uyarınca iflâs avansının eksik olması halinde, ilgili tarafa kesin süre verilmesi cihetiyle tamamlattırılması yoluna gidilmelidir. Kesin süre içerisinde eksik avansın tamamlattırılmaması ihtimalinde ise HMK m. 325<sup>119</sup> çerçevesinde işlem tesis edilmelidir.<sup>120</sup> Bu bakımdan, iflâsın ve iflâs avansının kamu düzeninden kaynaklandığı bilincine sahip olan iflâs talebinde bulunan kişi iflâs yargılamasında özel bir dava şartı olarak iflâs avansı ödemesi gerekeceğini, iflâs avansının miktarının

<sup>115</sup> Arslanpınar Tat, *Paylaştırma*, 320.

<sup>116</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), *Resmî Gazete* 27836 (4 Şubat 2011), Kanun No. 6100.

<sup>117</sup> Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 554.

<sup>118</sup> Aşık vd., *İcra ve İflâs*, 555.

<sup>119</sup> Bu hükme göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, hâkim tarafından resen başvuru deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilir. Belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineye ödenmesine hükmedilir.

<sup>120</sup> Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 14/09/2015 tarihli, 2015/6028 esas ve 2015/5860 karar sayılı ilamında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: "... İflas kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle İİK'nın 181. maddesi yollamasıyla 160. maddesi uyarınca, iflasını isteyen gerekli masrafları avans olarak mahkeme veznesine peşin yatırmalıdır. İflas avansı, HMK'nın 120. maddesinde düzenlenen ve dava şartı olan gider avansı olmayıp, tamamlanabilir. Kesin süreye uyulmaması halinde, HMK'nın 325. maddesi uyarınca işlem yapılarak gerekli masrafların karşılanması gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması bu yöndedir. Mahkemece, anılan madde uyarınca, gerekli masrafların bu şekilde karşılanması, uyumsuzluğun esasının incelenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yanılığın gerekçeyle yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır. ..." (Kararın tam metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/E.T.04/04/2024>); "... Mahkemece, kamu düzeni resen gözetilip iflas müdürlüğüne müzekkere yazılıp suçüstü ödeneğinden gerekli giderlerin tamamlanarak iflas işlemlerinin yapılmasını istemek yerine 2. alacaklılar toplantısı safhasına geçilmemiş olması nedeni ile davalı şirket hakkında alınan iflas kararının uygulanabilirliğinin ortadan kalktığı belirtilerek işin esasına girilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur. ... Mahkemece yapılması gereken iş; iflas müdürlüğüne müzekkere yazılarak iflas kamu düzenine ilişkin olduğundan iflas müdürlüğüne iflas avansı olmadığı takdirde suçüstü ödeneğinden iflas giderleri tamamlanarak işlemlere devam edilmesi, tasfiyenin niteliğinin belirlenmesiyle adi tasfiye yapılacak ise 2. alacaklılar toplantısının beklenmesi, iflas idare memurlarının oluşturulması ya da basit tasfiye yapılması halinde ise tasfiye iflas memuru aracılığı ile yapılacağından tasfiye memurunun tespit edilmesi ile taraf teşkili sağlandıktan sonra Yargıtay (Kapatılan)15. Hukuk Dairesi'nin 03.10.2019 tarihli, 2019/2240 Esas, 2019/3755 Karar sayılı bozma ilamının gereği yerine getirilerek sonucuna göre hüküm kurulmasından ibarettir. ..." (Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 15/06/2022 tarihli, 2021/4946 esas ve 2022/3359 karar sayılı ilamı. İlamin tam metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/E.T.30/03/2024>).

ise birinci alacaklılar toplanmasına kadarki masrafların miktarını içerir şekilde hesaplanacağını ve bu masraflardan sorumlu olunacağını biliyor olması göz önüne alındığında; tasfiyenin akıbetine karar verecek olan iflâs dairesinin tasfiye masrafları muhakemesi esnasında, adi tasfiye özelinde birinci alacaklılar toplanmasından sonra, basit tasfiye usulünde ise tasfiye kararının ilanından sonraki masrafları hesaplamaya dâhil etmesi gerekir. Başka bir ifade ile tasfiyenin başlangıcındaki masrafların iflâs avansından karşılanması gerekeceğinden, bu aşamadaki masrafların miktarının tasfiye masrafları muhakemesine dâhil edilmemesi gerekir.<sup>121</sup>

Bu noktadaki başka bir mesele ise yatırılmış iflâs avansından tasfiyenin türüne karar verilmesi aşamasında artan bir miktarın bulunması halinde iflâs dairesinin nasıl davranacağıdır. Kanaatimizce iflâs avansından artan bir miktar mevcut ise de iflâs dairesi tasfiyenin türüne karar verirken bu avansı göz önünde bulundurmamalıdır. Çünkü İİK m. 160 açıkça iflâs avansının kapsamını birinci alacaklılar toplanmasına (basit tasfiye özelinde tasfiyenin türüne ilişkin kararın ilanı, tasfiyenin tatiline karar verilmesi halinde bunun ilanına) kadarki işlemlerle sınırlamıştır. Bu bağlamda iflâs dairesi, iflâs avansından artan bir değeri iflâs masasının aktif muhakemesine dâhil etmemelidir.

Ulaştığımız çözüm yöntemi, basit tasfiyeyi adi tasfiyeye dönüştürmek isteyen alacaklının ödeyeceği tasfiye masrafı (İİK m. 218/2) ile tasfiyenin tatiline karar verilmesi halinde tasfiyenin devamını sağlamak isteyen alacaklının ödemekle yükümlü olacağı masrafların “tasfiyenin bundan sonraki masrafları” olması gerektiği (İİK m. 217) ve tasfiyenin bulunduğu noktadan önceki masrafların İİK m. 160 kapsamında karşılandığı kabulüyle de uyumludur.<sup>122</sup>

### III. Karar Safhası

Türk iflâs hukukunda iflâs dairesi, tasfiyeye konu olabileceğini düşündüğü malvarlığı unsurlarının bedellerinin toplamı ile masa yükümlülüklerine yönelik muhakemesi neticesinde tasfiyenin akıbetine karar verecektir. Bu bağlamda masa mevcudu hem iflâsın adi tasfiyesinden kaynaklanan yükümlülükleri karşılayacaksa hem de tasfiyenin sonucunda iflâs alacaklılarına dağıtılacak para kalacaksa<sup>123</sup>, iflâs dairesi iflâsın adi usule göre tasfiye olunmasına karar vermeli ve bu kararını ilan etmelidir (İİK m. 219).

İflâs dairesi, masanın aktifinde yer alacağı kabul edilen malvarlığı unsurlarının kıymet bedellerinin toplamının, adi tasfiye masraflarını karşılamayacağına yahut (alacaklılara iflâs payı kalmaksızın) yalnızca adi tasfiye masraflarını karşılayacağına kanaat getirirse ve masadaki malvarlığı unsurlarının tasfiyenin tatilini de gerektirmeyeceğini tespit ederse, basit tasfiye usulünün uygulanmasına karar vererek durumu ilan etmelidir (İİK m. 218). Çünkü “*tasfiyenin tatili*” başlıklı İİK m. 217 hükmünde “*masaya ait hiçbir mal bulunmazsa*” iflâs dairesinin tasfiyenin tatiline karar vereceği ifade edilmiş olsa da öğretideki ortak kabul çerçevesinde<sup>124</sup>, iflâs masasında bazı malvarlığı unsurları bulunmasına rağmen bunların satışından elde edilecek paraların basit tasfiye masraflarını dahi karşılayamayacak olması durumunda tasfiyenin tatiline karar verilecek ve durum ilan edilecektir (İİK m. 217).

İflâs dairesi, yapacağı bütün işlemler ve kendisinden talep edilen hususlar ile kendisine beyan edilenler hakkında tutanak düzenlemekle yükümlüdür. Sözlü olarak yapılan itirazlar ile talep ve beyanlar tutanak

<sup>121</sup> Aksini savunan *Duran*, İİK m. 248 hükmünü önceleyen bir düşünüş ile; iflâsın açılmasından ve tasfiyeden doğan masrafların masa malvarlığı unsurlarının paraya çevrilmesinden öncelikle ödeneceğini bundan dolayı da iflâs yargılaması sırasında iflâs talep eden alacaklıdan alınan iflâs avansından (İİK m. 160) karşılanacak iflâsın açılmasından sonraki harcamaların tasfiye masrafları hesaplamasına dahil edilmesi gerektiği kanaatindedir (*Duran, Basit Tasfiye*, 117).

<sup>122</sup> Arısoy, “İflas Tasfiyesinin Tatili”, 97-98.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 313-314.; Çiçekli, “Tasfiyenin Tatili”, 139.; Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 262, dn. 8.

<sup>123</sup> Değerlendirme neticesinde masa mevcudundan yalnızca adi tasfiye yükümlülüklerinin karşılanacağı öngörülüyor ise iflâs dairesi iflâsın adi usul ile yürütülmesine karar vermemelidir. Zira iflâs tasfiyesinin gayesi tasfiye organlarının finanse edilmesi değildir (Yıldırım - Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas*, 577.; Yıldırım, “Basit Tasfiye”, 2137). Aksine tasfiye suretiyle iflâs alacaklılarına alacaklarının ödenmesidir.

<sup>124</sup> Altay, *İflâs Hukuku 2. Cilt*, 1262.; Arısoy, “İflas Tasfiyesinin Tatili”, 72.; Berkin, *İflâs Hukuku*, 139 ve 312.; Çiçekli, “Tasfiyenin Tatili”, 133.; Kuru, *Cilt: 4*, 3131.

altına alınmak suretiyle ilgililer ve iflâs dairesi müdürü veya yardımcısı veya kâtabi tarafından imzalanır (İİK m. 8/1). İflâs dairesi tarafından verilen kararlar gerekçeli olarak tutanaklara yazılır (İİK m. 8/2). İlgililer dilerlerse bu tutanakları görebilir ve bunların birer örneğini alabilir (İİK m. 8/3). Bu kapsamda tasfiyenin akıbeti hakkında kanaate sahip olan iflâs dairesi kararını gerekçelerini de içerir şekilde tutanak altına almalıdır.

Tutanaktan iflâs dairesinin tasfiyenin başlangıç aşamasında gerçekleştirdiği işlemlerin, özellikle aktif muhakemesi ile tasfiye masraflarına yönelik muhakemede dikkate alınan göstergelerin neler olduğunun net olarak anlaşılması gerekmektedir. Zira tasfiyenin akıbetine ilişkin kararın gerekçeli olarak tutanak altına alınması gerekliliğinin esasında iki fonksiyonu mevcuttur: Birincisi verilen kararın icra mahkemesinin şikâyet denetiminden geçmesine elverişli bir zemin oluşturulması<sup>125</sup>; ikincisi de verilen tasfiyenin tatili kararında tasfiyenin devamını sağlamak isteyen alacaklılara veya verilmiş basit tasfiye kararının adi tasfiyeye dönüştürülmesi tercihinde bulunacak alacaklılara yol gösterici olmasıdır. Ancak Türk iflâs hukukunda iflâs dairesinin mevcudat defterini incelemeye açmasıyla alakalı bir hüküm yoktur.<sup>126</sup>

Yukarıda ifade ettiğimiz esaslar doğrultusunda yapılacak muhakeme neticesinde tasfiyenin akıbeti tayin edilmelidir. Ancak uygulamada iflâs dairelerince tasfiyelerin akıbetine ilişkin verilmiş olan kararların gerekçeli olmadığı, *“tasfiye masraflarının karşılanmayacağına anlaşıldığı, malvarlığı unsurlarının bulunmadığı”* gibi genel geçer kanuni ifadelerle yetinildiği müşahede edilmektedir.

En nihayetinde iflâs dairesi tarafından tasfiyenin akıbetine ilişkin verilmiş olan kararın ilanı ile birlikte tasfiyenin başlangıç aşaması neticelenmekte ve tasfiye prosedürüne ilan edilen kararın hükümleri çerçevesinde devam edilmektedir.

## Sonuç

İflâs dairesi iflâsın açılmasının kendisine bildirilmesi üzerine gecikmeksizin iflâs masasını fiilen oluşturmak adına müflisin malvarlığı unsurlarının defterini tutmaya başlar (İİK m. 208/1) ve gerekli tedbirleri alır (İİK m. 210). Fakat iflâs masasına dahil olan ve mevcudat defterine kaydedilen her malvarlığı unsuru tasfiyenin devamında alacakların ödenmesine tahsis olunmayabilir. Bundan ötürü iflâs dairesi, tasfiyenin başlangıç aşamasında tasfiyeye konu olabileceğini düşündüğü malvarlığı unsurlarını belirlemelidir.

Aktif muhakemesinde hususiyet arz eden üç tür malvarlığı unsuru mevcuttur. Bunlardan ilki rehin hakkı ile kısıtlanmış olan malvarlığı unsurlarıdır. Çalışmamızda ulaştığımız sonuç çerçevesinde iflâs dairesi rehin hakkı ile kısıtlanmış merhunun satışından rüçhan hakkı sahibinin alacağı ve merhunun muhafazası ile paraya çevrilmesinden kaynaklanan masraflar karşılandıktan sonra artan bir değer olacağını öngörebiliyor ise, bu artan değerden tasfiye masraflarının karşılanacağını varsaymalıdır.

İkinci tür malvarlığı unsuru ise istihkak iddialı malvarlığı unsurlarıdır. Bu tür malvarlığı unsurlarının tasfiyeye konu olup olmayacağına esasında tasfiyenin usulüne göre ya alacaklılar toplanması ile iflâs idaresi ya da doğrudan iflâs dairesi karar verecektir. Katıldığımız görüş uyarınca henüz tasfiyenin başlangıç aşamasında bulunulan bir evrede istihkak iddialı malvarlığı unsurunun tasfiyeye konu olup olmayacağına geçici değerlendirmesini iflâs dairesi yapabilmelidir. Bu bağlamda tasfiyenin akıbetini belirleme noktasında bulunan iflâs dairesi, istihkak iddialı malvarlığı unsurlarının tasfiyeye konu olup olamayacağını ve bununla bağlantılı olarak anılan malvarlığı unsurlarından tasfiye masraflarının alınip

<sup>125</sup> İflâs dairesi tuttuğu mevcudat defterini herkesin incelemesine sunmak suretiyle, defter tutulmasıyla ilgili işlemler yönünden ilgililere şikâyet hakkını kullanmalarına imkân tanımalıdır (Erdönmez, *Alacaklılar Toplanması*, 32.; Duran, *Basit Tasfiye*, 127). Tasfiyenin tatiline ilişkin verilmiş kararlara karşı şikâyet yoluna gidilebilir (Çiçekli, *“Tasfiyenin Tatili”*, 131). Bir yükümlülüğün masa masrafı mı yoksa masa borcu mu olduğu icra mahkemesi nezdinde şikâyete konu olabilir (Berkin, *İflâs Hukuku*, 380.; Çiçekli, *“Tasfiyenin Tatili”*, 137.; Öztekin, *Sıra Cetveli*, 33).

<sup>126</sup> Duran, *Basit Tasfiye*, 127.

alınamayacağını geçici olarak değerlendirmeli, ulaştığı kanaati de tasfiyenin akıbetine karar verme aşamasında dikkate alınmalıdır. Çünkü henüz iddia niteliğinde olan ve kabulü ya da reddi muhakeme ve gerektiğinde dava açılmasını gerektiren bir talebin tasfiyenin sonraki sürecini mühim bir şekilde etkileyecek olması cihetiyle karar sürecinde göz önüne alınmamasının haklı görülemeyeceği kanaatindeyiz. Bununla birlikte daha sonra istihkak iddiası haklı çıkmış olsa dahi alacaklılar basit tasfiyeye karar verme noktasında bir iradeye sahiptirler. Ayrıca aksinin kabulü halinde, üçüncü kişilere tanınan istihkak iddiasında bulunma hakkının kötüye kullanılmak suretiyle tasfiyenin gayesinin gerçekleştirilememesi riski doğacaktır. Son olarak iptal davasına konu olabileceği düşünülerek mevcudat defterine geçirilen malvarlığı unsurları açısından da aynı değerlendirme yapılmalı ve ulaşılan kanaate göre tasfiye masraflarının iptal davasına konu olabileceği düşünülen malvarlığı unsurlarından karşılanıp karşılanmayacağına karar verilmelidir.

Tasfiyenin akıbetini belirleme faaliyetinin önemli bir safhasını ise somut tasfiye açısından tasfiye masraflarının ortaya konulması oluşturur. Kanunumuzda tasfiye masraflarından anlaşılması gereken ortaya konulmamıştır. Kanaatimizce tasfiye masraflarının belirlenmesi İİK m. 248 hükmü esas alınarak yapılmalıdır. İİK m. 248'in başlığı ile lafzında, iflâsın açılması ile tasfiyeden doğan masraflardan (masa masraflarından) ve masa borçlarından bahsedilmektedir. Masa masrafları, tasfiyenin akıbetine ilişkin ihtimallere göre farklılaşmaktadır. Masa borçları ise tasfiyenin usulünden bağımsız şekilde müflisin malvarlığı unsurlarının niteliklerinden ötürü doğmaktadır. Nihayetinde tasfiyenin devamında hem masa masrafları hem de masa borçları iflâs alacaklılarından önce ödenecektir (İİK m. 248). Bundan dolayı da tasfiye masrafları hesaplaması esnasında iflâs dairesi, masa masrafları ile masa borçlarını bütüncül bir değerlendirmeye tabi tutmalıdır. Bu noktada iflâsın açılmasıyla bağlantılı harcamalardan özellikle İİK m. 160 uyarınca ödenen iflâs avansının iflâs alacaklılarından önce masa tarafından karşılanıp karşılanmayacağı (İİK m. 248) sorun teşkil eder. Nitekim öğretilerde tartışmalı olan bu konuda alınacak tutuma göre, ödenmiş iflâs avansı tasfiye masraflarının hesaplanması hususunda nazara alınacak veya alınmayacak yahut yalnızca bir kısmı dikkate alınacaktır.

İflâs talebinde bulunan alacaklı birinci alacaklılar toplanmasına kadarki masraflardan sorumludur (İİK m. 160/1). Bu avans ödemesinden iflâs yargılaması ile tasfiyenin başlangıç aşamasındaki işlemlerin tamamının gerçekleşebilmesi garanti altına alınmıştır. Tasfiyenin başlangıç aşamasındaki tasfiye harcamaları (defter tutulması, muhafaza tedbirlerinin alınması, tasfiyenin akıbetine ilişkin verilen kararın ilanı gibi) masa masrafı niteliğini haizdir. Fakat bu masraflar iflâs avansından (İİK m. 160) karşılanmıştır. Kanaatimizce tasfiye masraflarını hesaplayan iflâs dairesinin göz önünde bulunduracağı tasfiye masrafları, İİK m. 160 kapsamında karşılanmamış ve karşılanamayacak olan (adi tasfiyede birinci alacaklılar toplanmasından sonraki; basit tasfiyede, basit tasfiyenin ilanından sonraki) masraflar olmalıdır. Başka bir anlatımla, iflâsın ve iflâs avansının kamu düzeninden kaynaklandığı bilincine sahip olan iflâs talebinde bulunan kişi iflâs yargılamasında özel bir dava şartı olarak iflâs avansı ödemesi gerekeceğini, iflâs avansının miktarının ise birinci alacaklılar toplanmasına kadarki masrafların miktarını içerir şekilde hesaplanacağını ve bu masraflardan sorumlu olunacağını biliyor olması göz önüne alındığında; tasfiyenin akıbetine karar verecek olan iflâs dairesinin tasfiye masrafları muhakemesi esnasında, adi tasfiye özelinde birinci alacaklılar toplanmasından sonra, basit tasfiye usulünde ise tasfiye kararının ilanından sonraki masrafları hesaplamaya dâhil etmesi gerekir.

Aktif muhakemesi sonucunda tasfiye masraflarının karşılanacağına kanaat getirilen malvarlığı unsurlarının değeri ile tespit edilen tasfiye masraflarının muhasebesi neticesinde tasfiyenin akıbetine gerekçeli şekilde (İİK m. 8) karar verilerek tasfiyenin devamına ilişkin işlemler sağlanmalıdır. Nihayetinde tasfiyenin başlangıç aşamasındaki işlemlerin tamamı iki ay içerisinde nihayete ermiş olmalıdır (İİK m. 208/3).

## Kaynakça

- Akgün, Şükran – Ataoğlu, Sinem. “İflas Dairesinin Görev ve Yetkileri ve 4949 Sayılı Kanunun Getirdikleri”. *Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, 1-39.
- Altay, Sümer. *Türk İflâs Hukuku*. 1. Cilt. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Bası, 2004.
- Altay, Sümer. *Türk İflâs Hukuku*. 2. Cilt. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1. Bası, 2004.
- Ansary, Sabri Şakir. *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*. Ankara: İstiklâl Matbaası, 5. Bası, 1960.
- Arar, Kemal. *İcra ve İflâs Hükümleri*. 2. Cilt. Ankara: İdeal Matbaa, 1. Bası 1945.
- Arısoy, A. Selman. “İflas Tasfiyesinin Tatili”. *Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, 59-126.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Basımevi, 9. Baskı, 2023.
- Arslanpınar Tat, Tuğçe. *Türk ve İsviçre İflâs Hukukunda Paylaştırma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2021.
- Aşık, İbrahim, Yakup Oruç, Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2023.
- Başözen, Ahmet. “İflâs Tasfiyesinde Müflisin Kişisel Çalışmasına Dayalı Malların Durumu – “Müflisin Uhdesine Geçen Mal” Kavramı (İİK m. 184, I)”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54/4 (Eylül 2005), 267-297.
- Berkin, Necmeddin M. *İflâs Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 4. Bası, 1972.
- Buluttekin, Derya. “İflâs Masasına Karşı İstihkak İddiasının İleri Sürülmesi ve Masanın İstihkak İddiasını İncelemesi”. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27/47 (Aralık 2022), 661-702.
- Çiçekli, Ali Fuat. “İflâs Tasfiyesinin Tatili”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 52 (Ekim 2022), 125-158.
- Deliduman, Seyithan. *İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2002.
- Deynekli, Adnan – Kısa, Sedat. *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli*. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1. Basım, 1996.
- Duran, Osman. *Türk ve İsviçre İflâs Hukukunda Basit Tasfiye*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2023.
- Erdönmez, Güray. *İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 1. Baskı, 2005.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2023.
- Görgün, L. Şanal. *İflâsta İstihkak Davası*. Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, 1. Baskı, 1977.
- Gürdoğan, Burhan. *İflâs Hukuku Dersleri*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1. Baskı, 1966.
- Jaeger, Carl. *Schuldbetreibung und Konkurs*. Band II. Zürich: 1911.
- Kale, Serdar. “İflas Hukukunda Masa Yükümlülüğü Kavramı”. *Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, 603-623.

Kodakoğlu, Mehmet. "Kıymet Takdirinin Yapılmasına İlişkin Bazı Meseleler ve Enflasyonun Kıymet Takdirine Etkisi". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/2 (Temmuz 2023), 351-383.

Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2013.

Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku*. Cilt: 3. Ankara: Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, 1993.

Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku*. Cilt: 4. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 3. Baskı, 1997.

Kuru, Baki. *İflâs ve Konkordato Hukuku*. İstanbul: Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, 2. Basım (Tıpkıbasım), 1988.

Oruç, Yakup. *İflâs İdaresi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2019.

Öztek, Selçuk. *İflas Hukukunda Sıra Cetveli Prosedürü ve Sıra Cetveline Karşı Müracaat Yolları*. İstanbul: Daktilo Edilmiş Doçentlik Tezi, 1988.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özeker. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 10. Bası, 2023.

Postacıoğlu, İlhan E.. *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt: I. İflas*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1. Baskı, 1978.

Taş Korkmaz, Hülya. *İflâs Masası*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2010.

Üstündağ, Saim. *İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları)*. İstanbul: Yaylacık Matbaacılık, Yenilenmiş 8. Bası, 2009.

Yıldırım, M. Kamil. "Türk-İsviçre İflas Hukukunda Basit Tasfiye". *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan 2*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, 2133-2145.

Yıldırım, Mehmet Kâmil - Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflas Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 8. Baskı, 2021.

Yıldırım, Vafire Merve. *İflâsın Kapanması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2021.

Yılmaz, Ejder. *İflâs İdaresi*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1. Bası, 1976.

### **Mevzuat ve Elektronik Kaynaklar**

HMK, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Kanun No. 6100). *Resmî Gazete* 27836 (4 Şubat 2011). Erişim 20 Şubat 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6100.pdf>

<https://legalbank.net/>

<https://www.lexpera.com.tr/>

İİK Niz., İcra ve İflâs Kanununun Tatbikatına Dair Nizamname. *Resmî Gazete* 2215 (2 Ekim 1932). Erişim 19 Şubat 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.13307.pdf>

İİK, İcra ve İflâs Kanunu (Kanun No. 2004). *Resmî Gazete* 2128 (19 Haziran 1932). Erişim 18 Şubat 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.2004.pdf>

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarların Katkıları:** Bu makalenin yazımına tüm yazarlar eşit katkıda bulunmuştur. Tüm yazarlar son metni okudu ve onayladı.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.



**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.



## Türk Yargıtay Kararları Işığında Metaverse'te Özel Boşanma Sebepleri

### *Special Grounds for Divorce in Metaverse in the Light of Court of Cassation Decisions*

Doğa Ekrem Doğançı<sup>1</sup>   
Merve Özaydın<sup>2\*</sup> 

<sup>1</sup> Doç. Dr., Sakarya Üniversitesi, İşletme Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye  
ddoganci@sakarya.edu.tr

<sup>2\*</sup> Yüksek Lisans Öğrencisi, Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye  
merve.ozaydin@ogr.sakarya.edu.tr

\*Sorumlu Yazar/Corresponding Author



Geliş Tarihi/Received: 28.05.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 20.08.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
29.10.2024

**Öz:** Günümüzde dünya çapında gelişmelerine devam eden Metaverse, analog hayatın yansımaları olarak tasarlanmış olup Türkiye'de de çok çeşitli beşerî ve hukuki ilişkileri etkilemeye başlamıştır. Bu incelemede Türk Medeni Kanunu'nun 161-165. maddeleri arasında düzenlenen özel boşanma sebepleri, sanal teknolojiler arasında en kapsamlı teknolojilerden biri olan Metaverse bağlamında değerlendirilecektir. Analog hayat ile benzerliklere sahip olsa dahi Metaverse'teki sanal olma durumundan kaynaklanan önemli birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Ancak Türk Hukuku'nda ne genel olarak aile hukuku ilişkilerine ne de boşanma konusuna ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu anlamda incelenen olguların boşanma sebebi olup olmayacağı ve boşanma sebebi ise hangi tür boşanma sebebi içinde değerlendirilebileceği güncel ve kritik sorular olup bunların cevabı incelemenin ana konusunu oluşturacaktır. Bu bağlamda öncelikle ayrı başlıklarda genel olarak Metaverse teknik yönünden incelenecek ve özel boşanma sebepleri genel olarak ele alınacaktır. Devamında ilgili özel boşanma sebeplerine ilişkin Metaverse özelinde değerlendirmeler aktarılacaktır. Çalışma genelinde analog hayattaki özel boşanma sebeplerine ilişkin Yargıtay Kararları ile karşılaştırmalar da yapılacaktır. İncelemede Metaverse'e özel durumlardan bahsedilebilecek olmakla birlikte ortak konularda yapılacak değerlendirmeler diğer sanal ortam sosyal medya uygulamalarına da uygulanabilir niteliktedir.

**Anahtar Kelimeler:** Metaverse, Avatar, Aile Hukuku, Özel Boşanma Sebepleri, Türk Yargıtay Kararları

**Abstract:** Today, the Metaverse, which continues to develop worldwide, is designed to reflect analogue life and has started to affect a wide range of human and legal relations in Türkiye. In this analysis, the special grounds for divorce regulated under Articles 161-165 of the Turkish Civil Code will be evaluated in the context of the Metaverse, which is one of the most comprehensive technologies among virtual technologies. Even though it has similarities with analogue life, there are some important differences arising from the virtuality in the Metaverse. However, there is no special regulation in Turkish law on family law relations in general or on divorce. In this sense, whether the analyzed facts can be grounds for divorce or not, and if they are grounds for divorce, within which type of grounds for divorce, are current and critical questions and the answers to these questions will constitute the main subject of this study. In this context, firstly, the Metaverse will be examined technically under separate headings and the special grounds for divorce will be discussed in general. Subsequently, Metaverse-specific evaluations regarding the relevant special grounds for divorce will be presented. Throughout the study, comparisons will also be made with the decisions of the Court of Cassation regarding the special grounds for divorce in analogue life. Although special cases specific to Metaverse may be mentioned in the examination, the evaluations to be made on common issues are also applicable to other virtual social media applications.

**Keywords:** Metaverse, Avatar, Family Law, Special Grounds for Divorce, Turkish Court of Cassation Decisions

### Extended Abstract

Metaverse is designed as a reflection of life and affects various relationships in Türkiye. In this study, the special grounds for divorce regulated in the Turkish Civil Code are evaluated in the context of the Metaverse. Although there are similarities with analogue life, important differences arise from the virtuality of the Metaverse. The basis of the analysis is that some special grounds for divorce exist in the

Metaverse as they occur in analogue life, while others either do not occur at all or occur as other special or general grounds for divorce.

The study examines the Metaverse and special grounds for divorce in general. Evaluations regarding the special grounds for divorce ("adultery", "intent to commit adultery", "intent to defraud life, bad and degrading behavior", "committing a crime and leading a life without dignity", "abandonment", "mental illness") are presented and comparisons are made with the Court of Cassation Decisions regarding the special grounds for divorce. In the review, special cases specific to Metaverse have been mentioned, but the evaluations on common issues are also applicable to other virtual environment applications.

The dominant view is that some situations that are not included in the scope of adultery can be considered as adultery. The critical issue in the grounds for divorce for adultery is what the sexual intercourse should be in order to be considered as adultery. According to the opinion defended in the study, sexual pleasure received through haptic (tactile feedback) systems in the Metaverse also gives rise to the ground for divorce for adultery.

The important situation regarding the cause of divorce for an attempt on life is that the actions of the spouse to kill the other spouse do not result in death. Since the Metaverse is a virtual environment and with its current technology, it is concluded that the action that would constitute this ground for divorce cannot occur. However, it is stated that mind transfer may be possible in the future and users will need an apparatus to exit the Metaverse. In this possibility, it would be possible for the spouse to prevent the other spouse from leaving the Metaverse and preventing them from accessing their vital needs (eating, etc.). In this case, if the other spouse survives death, the element of intent to kill will be realized.

In the case of mistreatment as a ground for divorce, spousal violence in connection with Metaverse can be mentioned. In this context, when Metaverse users wear clothes with a haptic system, the violence of the spouse against the other spouse's avatar could be grounds for divorce.

Defamatory behavior is a ground for divorce directed at the person's dignity and is usually emotional. A spouse can dishonor the other spouse in the Metaverse by insulting and humiliating them. It can be said that this reason for divorce may occur in the Metaverse.

In assessing the grounds for divorce for committing a crime, it is decisive whether the crime is related to the internet in the Metaverse or whether the crime can be committed directly in the Metaverse. In the Metaverse, the user may defraud other people through their avatar, or sexually abuse others through haptic systems. In these cases, as in other internet environments, the Metaverse may also be a ground for divorce. The other possibility concerns offenses that may occur when the Metaverse is governed entirely by its own rules. For this reason for divorce to occur in the relevant cases, there must be public awareness on the platform where Metaverse is included and the offense must be humiliating.

The grounds for divorce for leading a life without dignity may have analogue manifestations such as gambling, drunkenness and prostitution. First of all, since games of chance can also be played online, this example of leading an undignified life can also be realized in the Metaverse. The effect of the Metaverse on perception regarding drunkenness is important. When it can be accepted that attachment to the Metaverse causes perception blurring, this may constitute a reason for divorce. In the case of prostitution, this will constitute a ground for divorce in the context of the adopted view on adultery.

In the ground for divorce for abandonment, the spouse must leave or be forced to leave the common residence; in other words, they must actually leave the common residence. Since the spouse, whose presence is not felt in the dwelling because they are dependent on the Metaverse, is actually in the common dwelling, this situation is not considered abandonment. Even if mind transfer is possible, abandonment will not constitute a ground for divorce according to the current regulation. However, in

the case of complete separation of mind and body, which is foreseen for the advanced stages of Metaverse, abandonment may constitute a ground for divorce. However, this situation should be regulated by law.

In the case of mental illness as a ground for divorce, it is essential whether attachment to the Metaverse renders the person mentally ill or not. Two points are particularly emphasized in the study. The first is the computer game logic of the Metaverse. Such games can be addictive. Addiction is also considered a mental illness by the WHO. For this reason, if the spouse who is addicted to Metaverse continues to use Metaverse, if it is confirmed by a doctor's report that the addiction is not temporary and if this situation makes the marriage unbearable for the other spouse, it can be considered within the scope of the relevant reason for divorce. The second issue is related to the technologies that users use to connect to the Metaverse. There may be an electric current in these technologies. In case of a current problem, people may suffer from serious illnesses such as cerebral haemorrhage and stroke. Due to the severity of the situation, the spouse may have mental illness. In this case, mental illness may be a reason for divorce.

## Giriş

Günümüzde sanal gerçekliğe ilişkin güncel birçok gelişme vardır ve bu gelişmelerden biri de Metaverse'tür. Teknolojinin her geçen gün daha da hızlı gelişmesi, yakın zamanda gerçekleşen Covid19 pandemisi dolayısıyla elektronik ticaretin ve internet kullanımının yaygınlaşması, bu alanlarda yatırımların artması gibi nedenler bu teknolojinin gelişimini hızlandırmıştır<sup>1</sup>.

Metaverse tıpkı analog hayatta yapılan eylemleri yansıtacak şekilde tasarlanmış bir sanal evrendir<sup>2</sup>. Bu durum da tüm ilişkilerin, aktivitelerin, hobilerin Metaverse'te de yapılması anlamını taşımaktadır. Bu ilişkiler iş, akrabalık, arkadaşlık ilişkileri olabileceği gibi çalışmamızın ana konusunu oluşturan boşanma sebeplerinin arka planındaki evlilik ilişkilerini de kapsar niteliktedir. Ancak gerek genel olarak aile hukuku ilişkilerine gerekse boşanma konusuna ilişkin sanal gerçeklik özelinde bir düzenleme mevcut değildir. Bu bağlamda Metaverse'teki faaliyetlerin analog hayattakine benzer şekilde boşanma sebeplerinin oluşumuna ve nitelendirilmesine etkisi tartışılmalıdır.

Analog hayattaki gibi beş duyu organına hitap edecek teknolojilerin gelişmesiyle bunların özel boşanma sebeplerine etkisi çok daha tartışılabilir bir hal almaktadır. Buna göre bir eşin karşı cinsten biriyle dokunma hissi yaşadığı bir deneyimde gerçekten birine dokunmuş gibi sayılıp sayılmayacağı, aktarılan durumun hangi özel boşanma sebebi altında değerlendirilebileceği, tartışma konusu olabilecek örneklerden bir tanesidir. İncelemede bu tür sorular ve bunların cevapları Türk Medeni Kanunu (TMK) bağlamında ve analog dünyadaki faaliyetlere ilişkin Yargıtay'ın genel yaklaşımları dikkate alınarak tartışılacaktır.

Sanal dünya kavramı bir çatı kavram olup içerisinde çok fazla uygulama barındırmaktadır. Metaverse ise sanal dünya içerisindeki oluşumlardan bir tanesidir. Metaverse'e ilişkin değerlendirmelerde tüm sanal ortam uygulamalarını incelemeye dahil etmek çalışmanın kapsamını açacaktır. Bu durum göz önüne alınarak incelemede sanal dünya içerisindeki Metaverse ile karşılaştırma yapılmaya müsait görülen bazı uygulamalar ve yaşanan durumlar dikkate alınmıştır. Aynı şekilde teknik kısımda incelenecek olan Metaverse'ün de çok kapsamlı olmasından dolayı sadece inceleme konusu ile bağdaşabilecek türden olan teknik yönlerine değinilmekle yetinilecektir.

<sup>1</sup> Oğuz Kuş, "Metaverse: 'Dijital Büyük Patlamada' Fırsatlar ve Endişelere Yönelik Algılar", *Intermedia International E-Journal* 8/15 (Aralık 2021), 248; Hakan Tokbaş (ed.), *Tüketici Hukukunun Güncel Meseleleri 2023* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2023), 72.  
<sup>2</sup> Mikail Batu - Celal Kocaömer, "Metaverse Nedir? Literatür Art Alanı Bağlamında Yeni Bir Tanım Önerisi", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 51 (Ağustos 2023), 106; Yusuf Bulut - Mustafa Vural, *Üniversite Öğrencilerinde Sosyalleşme Taktikleri ve İnternet Bağımlılığı ile Metaverse Farkındalığı* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2023), 7.

## I. Teknik Olarak Metaverse

### A. Genel olarak

Web 1.0 dönemi<sup>3</sup> internette karşılıklı etkileşimin çok kısıtlı olduğu bir dönemdir. Bu dönem sonrasında 2004 yılından itibaren, yüklenen içeriklerin okunmasının yanında buna yorum yapmak, yazı veya resim gibi içerikleri paylaşmak, hatta profil oluşturup arkadaş eklemek gibi etkileşimlerin söz konusu olduğu ve zamanla arttığı web 2.0 düzeyine geçilmiştir<sup>4</sup>. Günümüzde kullanım halinde bulunan Web 3.0 ise merkeziyetsiz<sup>5</sup> bir yapı olarak web 1.0 ve web 2.0'dan ayrılmaktadır. Metaverse'ün varlığında<sup>6</sup> kullanılan bir araç görevinde olan<sup>7</sup> Web 3.0'da<sup>8</sup> ise bunlardan farklı olarak tek bir merkezden yönetilmeye ihtiyaç duyulmaksızın ağdan ağa ("peer to peer") ve dolayısı ile diğer kullanıcılar ile doğrudan iletişim kurma olanağının bulunduğu bir internet döneminden bahsedilmektedir<sup>9</sup>.

Henüz tam anlamıyla geçiş sağlanamamış olan Metaverse'ün önemli özelliklerinden bir tanesi sürükleyicilik ("immersive"), akıcılıktır<sup>10</sup>. İnternetin evrildiği bir platform olması beklenen Metaverse sanal alem içerisinde görsel ve işitsel etkileşimlerin yanında, sanal gerçeklik aracılığıyla kullanıcılara üç boyutlu (3D) deneyim imkânı sunmaktadır<sup>11</sup>.

<sup>3</sup> İnternet, var olduğu zamandan itibaren ivmelenerek gelişme göstermektedir. Nitekim internetin ilk zamanları 1989-2005 yılları arasında olduğu kabul edilen ve internetin genel anlamda bir tarafın (gazeteler, üniversiteler gibi kurumların) yüklediği içerikleri diğer tarafın görebildiği, kişilerin sadece veri araması yapabildiği, karşılıklı etkileşimin çok kısıtlı olduğu dönem web 1.0 dönemi olarak anılmaktadır. Bu konuda örneğin Bkz. Bilal Çoşan, "Web 1.0'dan Web 3.0'a Mahremiyetin Dönüşümü ve Dezavantajlı Gruplar Açısından Muhtemel Sonuçları", *Çalışma ve Toplum Dergisi* 5/75 (Ekim 2022), 2641; Web 1.0 döneminin web 2.0 ve web 3.0 dönemlerine göre daha kısıtlı olduğuna dair tablo için Bkz. Şerafettin Ekici, *Metaverse Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 78.

<sup>4</sup> O'REILLY (O'REILLY), "What Is Web 2.0" (Erişim 1 Ağustos 2023); Çoşan, "Web 1.0'dan Web 3.0'a Mahremiyetin Dönüşümü", 2642.

<sup>5</sup> Doğa Ekrem Doğanç, *Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 33-34; TECHDergi (TECH), "Merkeziyetsiz Merkez: Metaverse" (Erişim 30 Temmuz 2023).

<sup>6</sup> Metaverse ile ilgili temel bazı bilgiler için Bkz. Kahraman Uğurlu, "Metaverse Nedir? Bizi Ne Bekliyor?", *Youtube* (12 Ocak 2022), 00.05.25-00.08.35; Wikipedia (Wikipedia), "Snow Crash" (Erişim 30 Temmuz 2023); BBC News Türkçe (BBC), "Meta: Facebook Adını Neden Meta Olarak Değiştirdi?" (Erişim 3 Ağustos 2023). Bu bağlamda "Metaverse" ifadesinin tarihi gelişimi hakkında kısaca bilgi verilebilir. Metaverse Facebook'un adını meta olarak değiştirmesi ile popülerliği artmış olan ancak sanıldığı kadar yeni bir olgu olmayan bir platformdur. İlk olarak "Snow Crash" adlı bir romanda 1992 yılında Metaverse'ten bahsedilmiştir. Bu romanda insanlar sanal bir evrende, normal hayatlarında yaptıkları şeyleri yapmaya devam etmektedirler. Daha sonra Second Life adında bir oyun da bu romandan esinlenerek geliştirilmiştir. Ancak internetin günümüzde olduğundan daha az gelişmiş bir halde olduğu ve insanların internete erişiminin kısıtlı olduğu o dönemde Second Life oyunu özelinde Metaverse'ün sanal gerçeklik hedefine ulaşamamıştır. Bu konudaki açıklamalar için Krş. Cemal Araalan, "Metaverse Teknolojisi'nin Sözleşmeler Hukuku'nda Sebep Olacağı Değişimlere İlişkin Değerlendirmeler", *Terazi Hukuk Dergisi* 193 (Eylül 2022), 15; Betül Aydoğdu – Ertan Toy, "Merkeziyetsiz Metaverse Platformlarındaki Üç Boyutlu Yapıların Görsel Analizi", *İMÜ Sanat Tasarım ve Mimarlık Fakültesi Dergisi* 9/1 (Haziran 2023), 154.

<sup>7</sup> Web 3.0 ile Metaverse birbirleriyle yakından ilgili olduğu için aynı olgular olduğu zannedilse de web 3.0 ve Metaverse birbirlerinden oldukça farklıdır. Web 3.0 daha önceki sürümlerden ziyade, Metaverse ile yakından ilişkili olabilecek, daha kişiselleştirilmiş internet hizmeti sunan bir sürüm olmasının yanı sıra merkeziyetsiz web sitelerinin kullanıldığı, sanal gerçeklik ve birden çok yerde bulunma özelliklerini barındırır. Bu özelliklerinden dolayı web 3.0 için Metaverse'ün varlığında kullanılan bir araç görevindedir denilebilir. Web 3.0 ile Metaverse'ün birbirlerinden farklı kavramlar olduğu hakkında Bkz. Ebru Bozkurt Yüksel, *Metaverse ve Hukuki Sorunlar* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2023), 9-13; Şerafettin Ekici, *Metaverse Hukuku*, 77-78.

<sup>8</sup> Web 3.0 ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Durmuş Koçak, "Web 1.0'dan Web 3.0'a Metaverse'ün Gelişimi ve Sunduğu Fırsatlar", *Yeni Medya Elektronik Dergisi* 7/2 (Mayıs 2023), 98-99; Marino Latorre, "Web 1.0, 2.0, 3.0 ve 4.0'ın Tarihi", çev. Özgür Yılmaz, *Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi* 8/2 (Şubat 2022), 347-348.

<sup>9</sup> Ayşe Başderici, *Kripto Para ve Hukuki Çerçevde Değerlendirilmesi* (Gaziantep: Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023), 13; Şimal Çelikkol, "Metaverse Dünyası'nın Tüketici Satın Alma Davranışları Açısından Değerlendirilmesi", *İstanbul Kent Üniversitesi İnsanı ve Toplum Bilimleri Dergisi* 3/1 (2022), 66; Medium (Medium), "Web 3.0 Nedir? (Web Teknolojilerinin Gelişim Sürecine Yüzeysel Bir Bakış)" (Erişim 2 Ağustos 2023).

<sup>10</sup> 42 İstanbul & 42 Kocaeli, "Açık Seminer | NFT, Metaverse ve Blokzincir", *YouTube* (13 Mayıs 2022), 00.09.18-00.09.43.

<sup>11</sup> Çiğdem Bakır, "Metaverse Üzerine Kapsamlı Bir Araştırma", *Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi* Özel Sayı:45 (Aralık 2022) 65; Doğan Durgut vd., "Sanal Gerçeklik (VR) Yaklaşımı İle Geliştirilen Dijital Oyun Uygulamasının Doğruluk Analizi", *Bilgisayar Bilimleri ve Teknolojileri Dergisi* 3/2 (Şubat 2023), 20. Metaverse'ün uygulamasına örnek olarak sanal ortamlarda toplantılar düzenlenmesi, vr gözlük kullanımlarıyla o ortamda gibi hissetme durumu ya da ar teknolojiler sayesinde iyileştirilmiş geliştirilmiş görüntüler görmek verilebilir.

Metaverse’te kullanıcılar oluşturdukları avatarlar ile sanal ortamda gündelik, sürekli bir hayat sürdürebilirler<sup>12</sup>. Buranın tıpkı analog dünyadaki gibi etkinliklere gidilebileceği, işlerde çalışılabileceği, toplantıların düzenlenebileceği, çeşitli malvarlığı değerlerine sahip olunabileceği, ticaret yapılabileceği vb. faaliyetlerin yürütülebileceği bir platform olması öngörülmektedir<sup>13</sup>. Diğer taraftan kişilerin verilerinin üçüncü kişilerin olası kötü niyetle kullanımına açık hale gelmesi durumu ve genel anlamda kullanıcıların kişilik haklarının korunması gerekliliği göz ardı edilmemelidir<sup>14</sup>. Bu tür risklere karşı sanal ortama güvenin sağlanabilmesi ve söz konusu teknolojinin yaygınlaştırılabilmesi amacıyla Metaverse, merkeziyetsiz ve blokzincirine dayalı bir yapı olarak tasarlanmıştır<sup>15</sup>.

Metaverse’ün planlanan amacına ulaşabilmesi için birçok teknik altyapının ve teknolojilerin birlikte kullanılması gereklidir. İncelemede hukuki değerlendirmeye esas olmak üzere Metaverse’ün arka planında yararlanılan asli ve tamamlayıcı teknolojilerden bazıları aşağıda çok genel hatlarıyla aktarılacaktır.

## B. Yararlanılan bazı teknolojiler ve kavramlar

Metaverse’te yararlanılan asli teknolojilerden biri blokzincir teknolojisidir. Blokzincir, Cumhurbaşkanlığı dijital dönüşüm ofisinin blokzinciri sözlüğüne göre: “*Dağıtık, şeffaf, değiştirilemez ve güvenli veri yapıları sağlayan teknolojiler bütünüdür, Üzerindeki iletişim bilgileri; değişmez kayıtlar olarak ağdaki paydaşlar tarafından doğrulanır, kaydedilir ve paylaşılır*”. Farklı türleri olmakla birlikte<sup>16</sup> genel olarak blokzinciri teknolojisi; merkeziyetsiz bir yapıda ve ağda paydaşlar olan, bu paydaşların ağda görünen işlemleri onaylaması ile bu işlemlerin bloklar halinde kamuya açık ve şeffaf, diğer taraftan kullanıcıların mahremiyetini koruyacak şekilde takma adlar altında depolandığı, sürekli büyümekte olan değiştirilemez nitelikli bir veri tabanı uygulamasıdır<sup>17</sup>. Blokzincirinin aktarılan özellikleri yanında araçları ortadan kaldırması, uçtan-uca kriptografik şifreleme, işlemlerin kesin olarak yürütülecek olması gibi nedenlerle de güven makinesi (“*Trust Machine*”) ile özdeşleştirilmektedir<sup>18</sup>. Bu bağlamda değinilen güven fonksiyonu Metaverse evreninde, evrenin amacını gerçekleştirmesi için kullanıcıların doğal davranmalarını, hayatlarını mümkün olduğunca bu ortama dahil edebilmelerini, burada işlemlerini güvenle yapabilmelerini ve bu anlamda Metaverse’ün sürdürülebilirliğini desteklemektedir.

<sup>12</sup> Metaverse’ün sürekliliği ile ilgili Bkz. Batu-Kocaömer, “Metaverse Nedir?”, 102-103, 106-107; Pınar Bacaksız, “Metaverse ve Sanal Gerçeklik Ortamları Karşısında Ceza Hukuku”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/1 (Haziran 2023), 291.

<sup>13</sup> Serdar Kuzey Yıldız – Gülsün Bozkurt, “Sanal Gerçekliğin Yeni Anakarası: Metaverse”, *TRT AKADEMİ* 8/17 (Ocak 2023), 270; Mevlüt Hürol Mete, “Metaverse Teknolojileri ve Etki Alanları”, *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi* 14/2 (Aralık 2022), 164-166.

<sup>14</sup> İnternet içindeki platformlara girerken telefon kameralarına, telefon rehberine kadar birçok özel bilgilere ulaşım izni verilir. Bu izinler kullanıcıları kötü yazılımlara karşı korumak amacıyla verilmektedir. Buna rağmen erişim izni verilmesi kişisel verilere de ulaşılması riskini barındırmaktadır. Bu konuda örneğin Bkz. Hakan İlgar, *Mobil Uygulamalarda Erişim İzinleri* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016), 4-11; Sevgi Erarslan Türkmen, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 92-95.

<sup>15</sup> Krş. Toy, “Üç Boyutlu”, 157; Azra Kardelen Nazlı vd., “Metaverse Evreninde Yer Alan Bazı Uygulamalar Üzerine Tematik Bir Analiz”, *TRT Akademi* 7/16 (Eylül 2022), 1098; Mehmet Emin Kahraman, “Blok zincir, Deepfake, Avatar, Kripto para, NFT ve Metaverse ile Yaygınlaşan Sanal Yaşam”, *Uluslararası Kültürel ve Sosyal Araştırma Dergisi (UKSAD)* 8/1 (Haziran 2022), 155-156.

<sup>16</sup> Bu çalışmada yapılan açıklamalarda blokzinciri teknolojisinin; dileyen herkesin blokzinciri ağına katıldığı (genel/“*public blockchain*”) ve herkesin yazma (blok ekleyebilme) yetkisine sahip olduğu (izinli/“*permissionless blockchain*”) uygulaması esas alınmıştır. Blokzinciri türleri hakkında örneğin Bkz. Mustafa Tanrıverdi vd., “Blokzinciri Teknolojisi Nedir? Ne Değildir?: Alanyazın İncelemesi”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi* 12/3 (Temmuz 2019), 205 vd.; Hanzl Martin, *Handbuch Blockchain und Smart Contracts* (Österreich: Linde Verlag Ges.mb.H., 2020), 6 vd.; Pınar Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 28 vd.

<sup>17</sup> Bu konuda örneğin Krş. Tanrıverdi vd., “Blokzinciri Teknolojisi Nedir?”, 203-217; Yıldız – Bozkurt, “Metaverse”, 272; Osman Gazi Güçlütürk, “Blokzincir ve Regüle Edilebilirlik”, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk*, ed. Eylem Aksoy Retornaz – Osman Güçlütürk (İstanbul: On İki Levha, 2020), 23 vd.

<sup>18</sup> Krş. Joachim Schrey – Thomas Thalhofer, “Rechtliche Aspekte der Blockchain”. *Neue Juristische Woc* 20 (2017), 1432; Yusuf Mansur Özer, *Kişisel Verilerin Korunmasında Blok Zinciri Modeli: Vaatler ve Hukuki Engeller* (İstanbul: On İki Levha, 2020), 88 vd.

Metaverse ile birlikte anılan diğer bir kavram “Avatar” dır. Kullanıcılar Metaverse’e girmek istediklerinde öncelikle kendi avatarlarını oluştururlar<sup>19</sup>. Analog dünyadaki vücudun görevini meta evrende avatarlar sağlamaktadır. Avatarlar Metaverse’te insanlar yerine var olan, insanların Metaverse’teki bürünmüş oldukları bedendir<sup>20</sup>. Avatarların arkasında gerçek veya tüzel kişiler olabileceği gibi, aynı zamanda tamamen yapay zekaya dayalı olarak çalışan avatarlar da mevcut olabilir<sup>21</sup>. Son aktarılan durumla özellikle bir kişi öldükten sonra<sup>22</sup> veya çevrimiçi değilken avatarının aktif olması durumunda karşılaşılabılır. Şöyle ki yapay zekaya dayalı avatarlar otonom hareket edebilmekte olup kullanıcı gerçek kişinin hareketlerinden, kişisel bilgilerinden onun nasıl davranabileceğine ilişkin bir çıkarım yapabilmektedir. Böylece kullanıcı çevrimiçi değilken (meta evrenden çıkmış olsa dahi) onun avatari onun davranış şablonu ile tutarlı olarak hareket edebilmekte ve böylece Metaverse’te kullanıcının yaşamına sürekli olarak devam etmesini sağlamaktadır<sup>23</sup>. Çalışmada genel olarak boşanma nedenleri ile alakasından dolayı sıklıkla bahsedilecek avatar türü arka planında gerçek kişi kullanıcı olan avatarlar olacaktır. Diğer avatar türlerine ilerleyen başlıklarda yeri geldiğinde değinilmekte yetinilecektir.

Avatarlara ilişkin dikkat çekici olan, kullanıcıların meta evrende kendilerinden farklı fiziksel özellikte, farklı cinsiyette avatarlar tercih edebilmesidir<sup>24</sup>. Kullanıcılar avatarlarına kendi isimlerini verebilecekleri gibi rumuz adı verilen takma adlar veya da başka bir isimle tanınmak için müstear adlar da verebilmeleri mümkündür<sup>25</sup>. Kısacası takma ad ve müstear ad kişinin yaptığı işlerde veya işlemlerde diğer kişilerden ayırt edilmesini sağlar<sup>26</sup>. Bu anlamda Metaverse’teki kişinin durumu hukuki işlem hayatında takma ad kullanan kişinin durumuyla benzerdir.

<sup>19</sup> Neval İsra Kurt – Ertan Toy, “Metaverse Platformlarındaki Temsilimiz Olan 3 Boyutlu Avatarlar Üzerine Bir İnceleme”, *Yeni Yüzyıl’da İletişim Çalışmaları Dergisi* 2/6 (Ocak 2023), 181-182.

<sup>20</sup> İngilizce Avatar kelimesinin çeşitli sözlük anlamları bulunmaktadır. Bunlar arasında örneğin “tanrının insan bedeninde vücut bulması”, “kişiyi simgeleyen resim veya simge”, “anlık görünüm”, “geçici görünüm”, “bir şeyin cisme bürünmüş hali”, “bir şeyin cisme somutlaşmış hali” gibi anlamları vardır. Bu konuda Bkz. The multilingual dictionary tureng, “avatar” (Erişim 10 Ekim 2023).

<sup>21</sup> Ekici, *Metaverse Hukuku*, 34; Merve Ayşegül Kulular İbrahim, “Metaverse Avatarlarının Telif Hakkı”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4/2 (2022), 543.

<sup>22</sup> Bir yapay zeka şirketi ceosu, babasının vefat etmesi üzerine onun avatarının Metaverse evreninde var olmasını sağlamayı planlamış ve bunu da verilerin toplanmasıyla başarabilmiştir Bu konuda Bkz. İNDEPENDENT Türkçe (Independent), “Somnium Space Duyurdu: Ölenler Metaverse’te Yaşayacak” (Erişim 15 Kasım 2023).

<sup>23</sup> Serap Uğur, “Sosyal Ağlar, Dijital Avatarlar ve Teknolojik Tekillik”, *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi AUA* 5/2 (Nisan 2019) 5-6; Kahraman, “DeepFake”, 153.

<sup>24</sup> Meta, “The Metaverse and How We’ll Build It Together -- Connect 2021”, *YouTube* (28 Ekim 2021), 00.06.38-00.07.10; Kurt – Toy, “Bir İnceleme”, 184-185; kaldı ki oluşturulan avatarlar kullanıcıyla aynı görüntüye sahip olacak şekilde oluşturulmaya çalışılsa dahi kısıtlı imkanlar dolayısıyla gerçek kişi kullanıcının birebir aynısı olacak şekilde avatarlar mevzu bahis olamamaktadır. Bu durumun giderilebilmesi için ise gerçek kişinin üzerine yerleştirilmiş bir sensör sayesinde tüm özelliklerinin anlık olarak Metaverse’e aktarılması sağlanarak gerçek kişinin avatarının birebir gerçek kişiye benzemesi sağlanacaktır. Ekici, *Metaverse Hukuku*, 48,49; dijital ikizle ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Başak Ozan Özparlak – Sabire Sanem Yılmaz, “6G Kablosuz Teknolojisi ve Veri: Yeni Hukuki Tartışmalar”, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri*, ed. Eylem Aksoy Retornaz-Osman Gazi Güçlütürk (İstanbul: On İki Levha, 2021), 186-189. Bahsedilen durum ile ilgili benzer olarak Kaliforniya’da AB1836 sayılı yasa vasıtasıyla “Digital Replica” (Dijital kopya) düzenlemesi yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre bir kişinin ölümünden sonraki 70 yıl içerisinde dijital replikasının oluşturulabilmesi için mirasçılarının rızası aranacaktır. Konunun bu şekilde ele alınması ise önemli bir gelişmedir. Düzenleme için bkz. California Legislative Information (California), “AB-1836 Use of likeness: digital replica.” (Erişim 17 Ekim 2024).

<sup>25</sup> Kahraman, “Deepfake”, 152; Nazlı vd., “Tematik Bir Analiz”, 1104. Aktarıldığı üzere Metaverse’in arka planında blokzinciri teknolojisi bulunduğu için takma adın arkasında kullanıcının gerçek kimliğini tespit etmek sıklıkla ve istisnai durumlar dışında mümkün olamamaktadır. Bu konuda Bkz. Doğanç, *Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri*, 35, 108 vd.

<sup>26</sup> Kişilerin resmi olan adları birlikte olmakla birlikte ayrıca çevresindekilerin onlara yakıştırdığı veya kendilerinin kullandığı resmi olmayan (mecburi nitelikte olmayan) adlarına takma ad, özellikle sanatçıların kendi isimleriyle değil de kullandıkları isimlerle tanınmalarını istedikleri isimlere müstear ad denir. Özellikle bazı sanatçıların, sıklıkla eski zamanlardaki eserlerde görüldüğü üzere ikinci bir isim kullanmayı tercih ettikleri görülmektedir. Bu konuda örneğin Bkz. M. Halil Erzen, “Divan Şiirinde Mahlas Kullanma Geleneği ve Bu Geleneğin Modern Şiire Yansımaları”, *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi* 59 (Mayıs 2017), 42; Kişilik hakkı bağlamında kişinin adı ile ilgili bilgiler için Bkz. M. Kemal Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 116-139; Mustafa Dural – Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), 166-167; Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 59; Cem Baygın-Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-I* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 433-435.

Kullanıcıların artan oranda ticari ve özel faaliyetleri ile sanal ortama katılımları, onların bu ortama karşı bağımlılık ve aidiyet hissiyatlarını arttıran hususlar arasındadır<sup>27</sup>. Bu kapsamda kullanıcılar Metaverse’te tercih ettikleri takma ada ve görünümüne sahip olan avatarları ile üçüncü kişilerle etkileşimde bulunabilmektedirler. Yine bu kapsamda blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelere<sup>28</sup> taraf olabilmekte, bu platformda kullanılan para birimi olan çeşitli kripto paralar<sup>29</sup> ile çeşitli hukuki işlemler yapabilmektedirler<sup>30</sup>. Bu bağlamda kripto paralar ile sahip olunabilecek şeylerden biri “token” (jeton) dur<sup>31</sup>. Bir kullanıcı değiştirilebilir nitelikte, ikamesi mümkün olan jetonlar<sup>32</sup> alabileceği gibi değiştirilemez jeton olarak da ifade edilen<sup>33</sup> NFT (“Non-Fungible Token”)’de satın alabilir. Örneğin bir kullanıcının ikamesi olmayan bir giysi veya aksesuarı, ilgili sanal ortam platformlarından alarak avatarlarını kişiselleştirebilmesi böyledir<sup>34</sup>.

Metaverse blokzincir temelli olduğu için söz konusu teknolojiye ilişkin gizlilik esası burada da geçerlidir. Ancak genel olarak blokzincirindeki işlemlerde gizlilik esasına yönelik eleştiri konusu olabilecek kara para takibi, yargılamanın ve takibin yürütülememesine bağlı olarak hukuki korumadan mahrum kalabilme, hukuki işlem ehliyetinin tespitinde yaşanabilecek problemler vb.<sup>35</sup> yanında Metaverse özelinde de bazı sakıncalar meydana gelebilir. Örneğin kullanıcının sanal ortamda yoğun biçimde sosyalleşmesi ve diğer kullanıcıların avatarları ile interaktif ilişkilere girmesine bağlı olarak meydana gelebilecek zararlarının tazmininde, tazminat talebinin yönlendirileceği avatarın arkasındaki failin kimliğinin tespitinde yaşanabilecek problemler böyledir<sup>36</sup>. Bunun gibi bu incelemenin konusu olan

<sup>27</sup> Kulular İbrahim, “Telif Hakkı”, 544; Nazlı vd., “Tematik Bir Analiz”, 1100.

<sup>28</sup> Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu*, 13 vd.; Doğanç, *Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri*, 57 vd.; Aksoy – Güçlütürk, *Blokzinciri*, 114- 154.

<sup>29</sup> Meta evrende farklı kripto paralar kullanıldığına dair örneğin Bkz. Ekici, *Metaverse hukuku*, 53-55; Krş. Veli Batdı-Sezer Ayaz (ed.), *İnovasyon Yönetimi ve İnovatif Metaverse Devrimi* (Ankara: Anı Yayıncılık, 2023), 404.

<sup>30</sup> Kripto paralar ile sanal ortamdaki ticari faaliyetler, taraf olunan bazı hukuki işlemler ve genel olarak Meta Evren ekonomisi hakkında örneğin Krş. Uğurlu, “Metaverse Nedir? Bizi Ne Bekliyor?”, 00:16:00-00:17:24; Nazlı vd., “Tematik Bir Analiz”, 1100; Yıldız – Bozkurt, “Metaverse”, 270; Araalan, “Metaverse Teknolojisi’nin Sözleşmeler Hukuku”, 16.

<sup>31</sup> Jeton (“Token”) ile ilgili genel bilgiler için Bkz. Ekici, *Metaverse Hukuku*, 55-61; Fatih Beyguoğulları, *Token Ekosisteminde Vergilendirme* (İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023), 31-66; Doğanç, *Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri*, 119. CB Dijital Dönüşüm Ofisi’nin Blokzinciri Sözlüğünde ise Kripto Jeton (Token) “*Var olan bir kripto varlık biriminin blokzincir sisteminden üretilen; para, fon aracı, varlık sahipliğinin temsili gibi farklı amaçlar için kullanılabilen dijital varlıklardır.*”, CB Dijital Dönüşüm Ofisi Blokzinciri Sözlüğü, “Kripto Jeton (Token)” (Erişim 11 Kasım 2023).

<sup>32</sup> İkamesi olan, değiştirilmeye müsait jetonlar FT şeklinde ifade edilir. Bunların NFT’ler ile karşılaştırması yapıldığında FT’ler için kusurathlı kullanımı olabilen, bölünebilen, aynı değer ile değiştirilebilen ve değiştirilme sonucu değer kaybına uğramayan kripto paralar örnek verilebilir. NFT’ler için tek yapı halinde olan, parçalara bölünemeyen ve nadir parçalar olduğu için içerik olarak da farklı olacağından başka bir jetonla değiştirilemeyen jetonlardan olan Bored Ape Yacht NFT’leri örnek verilebilir. Bu konudaki açıklamalar için Bkz. 42 İstanbul & 42 Kocaeli, “Açık Seminer | NFT, Metaverse ve Blokzincir”, 00:34:57-00:40:00; Tokbaş, *Tüketici Hukukunun Güncel Meseleleri*, 119-120; Ekici, *Metaverse Hukuku*, 59-60; Numan Tekelioğlu, “Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: NFT’lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30/3 (Eylül 2022), 1303-1305. NFT ile ilgili değinilmesi gereken bir husus ise NFT’nin hukuki niteliğidir. Belirlenmiş biçimleri açısından borcun konusu olan edimler, cins, parça borcu (ve sınırlı cins borcu) olmak üzere bir ayrıma tabi tutulabilirler. Bunlar arasında yer alan parça borcu tüm ayırt edici özellikleri ile belirlenen edimi ifade eder. Bu konuda örneğin Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt-1* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 58-63; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-V/1,1* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 106 vd.; Kemal Oğuzman - Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 7 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Legem Yayınevi, 2023), 114 vd. Buna göre NFT’lerin ikamesiz olmalarından dolayı, yani yapısal olarak teklüklerinden dolayı hukuki niteliğinin parça borcu olduğu söylenebilir. Bu yönde Bkz. Duygu Ökdem, *Hukuksal Açından Non-Fungible Token (NFT)* (Antalya: Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023), 172; Fatih Bilgili – M. Fatih Cengil, *Blockchain ve Kripto Para Hukuku* (Bursa: Dora Yayıncılık, 2022), 204; Eyüp Ensar Şağban, “NFT’ler Özelinde Siber Sigortaya Bir Bakış”, *Bilişim Hukuku Dergisi* 3/2 (Aralık 2021), 472.

<sup>33</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. Onur Sarı, *NFT’ler Açısından Mali Hakların Devri Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 32; Özgür Arıkan, “Telif Hakları Hukuku Boyutuyla NFT’ler”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 8/2 (Aralık 2022), 324; Tekelioğlu, “Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek”, 1303.

<sup>34</sup> 42 İstanbul & 42 Kocaeli, “Açık Seminer | NFT, Metaverse ve Blokzincir”, 00:24:30-00:34:30.

<sup>35</sup> Doğanç, *Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri*, 39-40.

<sup>36</sup> Genel olarak blokzinciri teknolojisinde kimlik tespitinde yaşanabilecek problemler ve bazı çözüm önerileri için örneğin Bkz. Lukas Müller – Reto Seiler, “Smart Contracts aus Sicht des Vertragsrechts - Funktionsweise, Anwendungsfälle und Leistungsstörungen”, *AJP* 3 (Nisan 2019), 323 vd.; Doğanç, *Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri*, 108 vd.

boşanma nedenlerinin tespitinde, bir eşin kendi avatari ile etkileşimde bulunduğu diğer bir avatarın kullanıcılarının insan olup olmadığı, cinsiyeti gibi özellikleri önem taşıyabilecektir.

Metaverse’te yararlanılan yardımcı teknolojilerden bir diğeri de arttırılmış gerçeklik (AR) teknolojisidir. AR, var olan bir görüntünün üzerine onu daha iyi hale getirmek için eklemelerde bulunulmasını, gerçek bir ortamın fiziksel görüntüsü üzerine bilgisayar ortamında eklemeler yapılmasını sağlayan, fiziksel gerçeklikle bağlantısı (sanal gerçekliğe kıyasla) yoğun bir teknolojidir<sup>37</sup>. Arttırılmış gerçekliğin teknolojik olarak daha ileri bir aşaması olan sanal gerçeklik (“*Virtual Reality*” /VR) ise gerçek yaşamda mevcut olan ya da mevcut olma ihtimali olan veyahut gerçek yaşamla hiç ilgisi bulunmayan bir ortamın tamamen sanal ortam içinde simüle edilmesi durumudur.<sup>38</sup> Sanal gerçeklik, sanal gerçeklik gözlükleri (VR gözlükler)<sup>39</sup>, joy stick denilen tutamaçlar, “*surround*” ses sistemleri<sup>40</sup> gibi ekipmanlar ile kullanılır. Sanal gerçeklik, kişinin simüle edilen ortama girişini sağlayan ve zikredilen donanımlar ile birlikte kullanıcıyı simüle edilmiş ortamın içinde hissettirmeyi amaçlayan kısacası varoluş hissini yaşatan bir teknolojidir<sup>41</sup>. Bu bağlamda ayrıca kullanıcının sanal gerçeklikte tatları algılamasını sağlayan ambiyans teknolojisi<sup>42</sup> ile derinin hissetme duygusunu sağlayacak dokunsal geri bildirim sistemi (haptic sistem) zikredilebilir. Dokunsal geri bildirim sistemi ile sanal gerçeklikte dokunma hissini tüm vücutta deneyimleyebilmesi için giyilebilir teknolojiler geliştirilmekte olup bu sayede Metaverse’te vücudun herhangi bir yerine temas ettiği düşünülen şeyin hissedilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır<sup>43</sup>.

Metaverse’te yararlanılan yardımcı teknolojilerden diğerleri arasında örneğin otonom<sup>44</sup> hareket edebilen yapay zeka teknolojisine ilişkin makine öğrenmesi ya da derin öğrenme<sup>45</sup> veya nesnelere

<sup>37</sup> Ebru S. Baranseli, “Ekrandan Günlük Hayatımıza Sızan Yeni Gerçeklik: Arttırılmış Gerçeklik”, *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi* 66 (Mayıs 2018), 298. AR teknoloji sanal gerçeklik teknolojisiyle karşılaştırılınca daha pahalı ekipmanlar kullanılmadan belli bir seviyeye kadar, örneğin telefonlardaki bazı uygulamalar sayesinde de kullanılabilirliği mümkün olan ve bu cihazlar sayesinde fotoğraf, video, GPS gibi nesnelere üç boyutlu görüntüleri oluşturularak bunların gerçek dünya ile etkileşiminin sağlanabildiği bir teknolojidir. Aktarılan nedenlerde ve de daha fazla ulaşılabilir olduğundan günümüzde AR teknolojinin kullanımı sanal gerçeklikten çok daha yaygındır. Bu konuda aktarılan açıklamalar için Bkz. Merve Yıldırım, “İnvazyon ve Dijital Sanat”, *ODÜ Sosyal Bilimler Dergisi* 10/1 (Mart 2020) 189; Yıldız – Bozkurt, “Metaverse”, 287; Medium (Medium), “Arttırılmış Gerçeklik ve Sanal Gerçeklik Arasındaki Fark Nedir? AR-VR” (Erişim 24 Kasım 2023).

<sup>38</sup> Krş. Uğurlu, “Metaverse Nedir? Bizi Ne Bekliyor?”, 00:35:30-00:36:45; Rıza Kuruüzümcü, “Bir Dijital Ortam ve Sanal Formu Olarak Sanal Gerçeklik”, *Sanat Dergisi* 12 (Ağustos 2010), 94.

<sup>39</sup> Sanal gerçeklikte varoluş hissini yaşatan en etkili yöntemin kullanıcının dikkatini çevredeki diğer nesnelere dağıtmasını engelleyerek sadece sanal gerçekliği görebilmeyi sağlayan VR gözlükler olduğu hakkında Bkz. İrfan Şimşek-Tuncer Can, “Yüksek Öğretimde Sanal Gerçeklik ile İlgili Yapılan Araştırmalara Yönelik İçerik Analizi”, *Folklor/Edebiyat* 25/97 (Eylül 2019), 77.

<sup>40</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. CHIP (CHIP), “Surround Ses” (Erişim 24 Kasım 2023).

<sup>41</sup> Krş. Ali Geriş – Yeliz Tunga, “Sanal Gerçeklik Ortamlarında Bulunma Hissini”, *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 18/4 (Aralık 2020), 262-263; Servet Can Dönmez, “The Key Sanal Gerçeklik Deneyimi Üzerine Bir Analiz”, *Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi* 38 (Aralık 2021) 442; Kuruüzümcü, “Sanal Gerçeklik”, 94.

<sup>42</sup> Ambiyans teknolojisine sahip bir ekrandan kullanıcının, örneğin bir meyvenin ya da sebzenin veyahut da yiyecek olmayan herhangi bir şeyin tadını, dilini ekrandaki nesnenin görüntüsüne dokundurarak alabilmesi mümkündür. Bu tür deneyimler kullanıcının Metaverse’e aidiyat hissini arttırmaktadır. Yapılan açıklamalar için Bkz. Uğurlu, “Metaverse Nedir? Bizi Ne Bekliyor?”, 00:19:30-00:20:25.

<sup>43</sup> Dokunsal geri bildirim sistemiyle ilgili Bkz. Tamer Soysal, “Sanal Gerçeklik ve Arttırılmış Gerçeklik Uygulamalarının Ceza Hukuku Üzerindeki Olası Etkileri Üzerine Bir Deneme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 53 (Ocak 2023), 177-178; Uğur, “Dijital Avatarlar”, 6. Metaverse teknolojisine ileriye giden aşamalarında ise sonra giyilebilir teknolojiler, VR gözlükler gibi malzemelere ihtiyaç kalmadan, belki de sadece zihin gücüyle sanal ortamda varoluş hissini deneyimlenmesi hedeflenmektedir. Bu konuda Krş. Uğurlu, “Metaverse Nedir? Bizi Ne Bekliyor?”, 00:12:50-00:16:00.

<sup>44</sup> Otonom ile otomasyon kavramları arasındaki fark ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Sinan Okur, *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 59-61; Cemre Polat, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler* (Ankara: İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2022), 23-24; Mesut Serdar Çekin, “Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 33 (Ocak 2018), 285-287.

<sup>45</sup> Bunlar arasında yer alan makine öğrenmesi, insan müdahalesine gerek kalmaksızın makinenin, verileri tarayarak bilgi toplayabilmesi ve topladığı bilgileri kullanabilmesi anlamına gelen yapay zeka (AI)’in bir alt kümesidir. Derin öğrenme (“deep learning”) ise “sinir ağları” denen yapılardan yararlanarak bilgiler toplar ve bu bilgileri doğru bir sonuç alabilmek amaçlı girdi özelliklerini öğrenmek için kullanılır. Bu konuda örneğin Bkz. Gülçin Büyükközkcan Feyzioğlu, “Dijitalleşen Dünyada Yapay Zeka”, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk: II: Yapay Zeka*, ed. Eylem Aksoy Retornaz – Osman Gazi Güçlütürk (İstanbul, On İki Levha, 2021), 6-7; Emrah Aydemir, *Weka İle Yapay Zeka* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 29-30; Özel Sebetci, *Yapay Zekayı Kodlamak* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 315-409; Medium (Medium), “Al (Yapay Zeka) vs Machine Learning (Makine Öğrenmesi) vs Deep Learning (Derin Öğrenme)” (Erişim 24 Kasım 2023).



öğrenmesi, yüksek çekim gücüne sahip internet<sup>46</sup> gibi teknolojiler de yer almaktadır. Yine örneğin nesnelerin öğrenmesinde ("LoT"), nesnelerin birbirleriyle veri akışı internet aracılığıyla yapılmaktadır ve bu teknoloji ortamlardan veri toplamayı, göndermeyi ve toplanan veriler üzerinde işlemlerde bulunmayı gerçekleştirmektedir<sup>47</sup>.

## II. Özel Boşanma Sebepleri

### A. Genel olarak

Evlilik birliği, ölüm, gaiplik, cinsiyet değişikliği gibi sebeplerle sona erebileceği gibi tarafların devam eden evlilik birliğini sonlandırma istekleri olan boşanma iradelerini hukukun öngördüğü çerçevede ifade etmeleri (anlaşmalı<sup>48</sup> ve çekişmeli boşanma) şeklinde de sona erebilmektedir<sup>49</sup>. Türk Medeni Kanunu (TMK)'de 161.-165. maddeler arasında özel boşanma sebepleri ve 166.maddesinde genel boşanma sebepleri düzenlenmiştir. Kişiler boşanmak istediklerinde, eğer şartlar sağlanıyorsa özel

<sup>46</sup> Metaverse internetin evrilmiş hali sayılmakta olup internete erişim için yüksek çekim gücü gerektirir. Ancak halihazırdaki internet mecralarında gezinmek için dahi bazen mevcut internet çekim gücü yeterli olmayabilmektedir. Günümüzdeki çekim gücü ile Metaverse'e bağlanmaya çalışıldığında ise Metaverse'in acıklılık unsurunu sağlamakta güçlük çekileceği, akışın sağlanamayacağı ve Metaverse'in amacına ulaşamayacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda Metaverse amacına ulaşması açısından 5G hatta 6G gibi daha iyi çekim gücüne sahip internet ortamının uygun olduğu vurgulanmaktadır. Bu konudaki açıklamalar için Bkz. 42 İstanbul & 42 Kocaeli, "Açık Seminer | NFT, Metaverse ve Blokzincir", 00:15:00-00:15:46.

<sup>47</sup> Ahmet Ziyaeddin Türkkan, *Yapay Zeka ve Kentsel Sistemler: Akıllı Ulaştırma Sistemlerinin Kentsel Güç İçindeki Rolü* (İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 23-24; Nesnelerin internetine dair daha ayrıntılı bilgi edinmek için Bkz. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel vd., *Fütürist Hukuk 4* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2022), 31; Armağan Bozkurt Yüksel, "Nesnelerin İnternetinin Hukuki Yönden İncelenmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17/2 (Aralık 2015), 115-118; Alpkaan Ertan, "Nesnelerin İnternetinin Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında İncelenmesi", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 4/2 (Aralık 2022), 49-55; Mehmet Taştan, "Akıllı Ev Uygulamaları İçin Yeni Nesil IoT Denetleyici ile Gerçek Zamanlı Uzaktan İzleme ve Kontrol Uygulaması", *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi* 23/2 (Ağustos 2019), 481; Celal Hakan Kanıcıoğlu - Haldun Çolak, "Tüketicinin Nesnelerin İnterneti Teknolojilerini Benimsemesi ve Bir Uygulama", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19/4 (Aralık 2019), 243.

<sup>48</sup> TMK m.166/3'e göre anlaşmalı boşanma "Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükümlenir. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz." şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere anlaşmalı boşanma için kusur unsuru aranmaz, evlilik birliği temelinden sarsılmış olmalıdır ve temelden sarsılmanın kabulü için evlilik en az bir yıl sürmüş olması, eşler birlikte başvurmalı ya da başvurmayan eş başvuran elin davasını kabul etmeli, boşanmanın malî sonuçları ve çocuklarla ilgili durumlarda tarafların kabul ettiği düzenlemeyi hakimnin uygun bulması ve ayrıca hakimnin tarafların iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi gerekmektedir. Anlaşmalı boşanma ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 692-700; Dural vd., *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 123-125; Süleyman Yılmaz, *Aile Hukuku* (Ankara: Yetkin Basımevi, 2023), 202-203; Turgut Akıntürk-Derya Ateş, *Aile Hukuku* (İstanbul: Beta Basım, 2021), 269-271. Çalışma kapsamında inceleyeceğimiz boşanma türleri özel boşanma sebepleri olacağı için genel boşanma sebebi olan anlaşmalı boşanmaya dipnotta değinmekle yetinilecektir.

<sup>49</sup> Geçerli bir evliliğin devam edebilmesi için eşlerin hayatta olmaları gerekmektedir. Dolayısıyla eşlerden birinin ölümü halinde evlilik ölümle son bulmuş olacaktır. Evliliğin ölüm nedeniyle son bulması hali için örnek yargıtay kararları için Bkz. "Davanın devamı sırasında davacı koca ölmüş, evlilik birliği ölümle sona ermiştir. Bu halde evlilik birliği ölümle sona erdiğinden boşanma konusunda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2005/4012 (15 Mart 2005); "Yargılama devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde evlilik birliği sona erer. Bu sebeple boşanmaya karar verilemez.", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/801 (24 Ocak 2017). Eşlerden biriyle ilgili gaiplik kararı verildiğinde diğer eşin boşanma davası değil onun yerine evliliğin feshi davası açması gerekmektedir. Bu durum TMK m.131/1'de "Gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez." cümlesiyle açıklanmaktadır. Gaiplik ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Mehmet Ayan-Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 179-184; Dural vd. *Aile*, Akıntürk - Ateş, *Aile*, 196-198; Şaban Kayihan, *Kişiler Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 25-30. Türk hukukunda geçerli bir evlilik birliği kurulabilmesinin mutlak şartlarından biri de eşlerin farklı cinsiyetlerde olmalarıdır. Evlendikten sonra eşlerden birinin cinsiyetini değiştirmesi olasılığında evlenmenin yoklukla yaptırımına tabi olacağı yönünde örneğin Bkz. Sera Reyhani Yüksel, "Cinsiyet Değişikliği Ve Evliliğe Etkisi", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 9/21 (Mayıs 2017), 51-73; Dural vd., *Aile*, 76-77, 104; Akıntürk - Ateş, *Aile*, 198-201. Diğer bir görüşe göre cinsiyet değişikliğinde evlilik birliğinin yok sayılması için cinsiyet değişikliğinin evlilik birliği kurulmadan önce gerçekleşmesi ve nüfus kaydına geçmemiş olması gerekmektedir. Bu görüşte evlilik birliği kurulduktan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinde ise yokluk değil boşanma yoluyla evlilik birliğinin sona erdirilebileceği savunulmaktadır. Söz konusu görüş için Bkz. Öztan, *Aile*, 573.

boşanma sebeplerine<sup>50</sup> dayanabilecekleri gibi doğrudan evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması sebebi olan genel boşanma sebebine<sup>51</sup> de dayanabileceklerdir.

İnceleme konusu özel boşanma sebepleri ile sınırlandırılmış olup genel boşanma sebebine ayrıca değinilmeyecek, ana metin veya dipnotlarda bazen tamamlayıcı kısa açıklamalar ile yetinilecektir. Özel boşanma sebepleri kanun sırasına göre zina, hayata kast, pek kötü muamele ve onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı şeklinde sıralanabilir. Aşağıda bunlardan her birine

<sup>50</sup> Özel boşanma sebepleri mutlak ve nisbi olmalarına göre ikiye ayrılmaktadır. Buna göre özel ve mutlak boşanma sebebine dayanarak boşanmanın meydana gelmesi için belirli olguların oluşması yeterliyken özel ve nisbi boşanma sebebinde boşanmanın meydana gelebilmesi için belirli olguların meydana gelmesinin yanında evlilik birliğinin temelinden sarsılması şartı da aranır. Genel sebebe dayanılarak boşanma davası açılabilmesi için ise evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması yeterlidir. Bu ayırım için Bkz. Öztan, *Aile*, 644; Dural vd., *Aile*, 105; Mustafa Ünlütepe, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK M.166/1-1)* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 62-66; Kübra Çınar Mutlu, *Boşanma Sebepleri* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans, 2019), 16-18; Berna Özcan Çelik, *Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015), 13. Özel boşanma sebeplerine dayanarak boşanmanın sağlanabilmesi için özel boşanma sebeplerinin dayanağını oluşturan özel sebeplerin gerçekleşmesi şarttır. Bu bağlamda terk ve akıl hastalığı nedeniyle açılan boşanma davaların genel sebebe dayanılmayacağı görüşüyle ilgili örneğin Bkz. Öztan, *Aile*, 674, 677. Tüm özel boşanma sebepleriyle beraber genel boşanma sebebine de dayanılabileceği görüşü için Bkz. Yılmaz, *Aile*, 194-195. Dava açan eşin özel boşanma sebepleri oluşması halinde özel boşanma sebeplerine dayanarak dava açabileceği gibi genel sebebe dayanarak da dava açabilmesine dair Yargıtay kararı için Bkz. "...öncelikle özel boşanma sebeplerinin bulunup bulunmadığı belirlenmeli, özel sebep varsa bu sebebe dayanılarak, özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmemesi halinde ise deliller genel boşanma sebebi (TMK m. 166/1-2) çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir.", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/17457 (16 Eylül 2014); Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/1268 (19 Şubat 2020); "Davalı birleşen davacı erkek dava dilekçesinde zina ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı olarak boşanma davası açmış...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2015/15304 (9 Eylül 2015); "Davacı kadın dava dilekçesinde öncelikle zina (TMK m. 161) hukuksal nedenine, olmadığı takdirde evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK m. 166/1-2) hukuksal nedenine dayalı boşanma talep etmiş...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2022/1900 (1 Mart 2022); "Davacı kadın zina (TMK m. 161) olmadığı takdirde evlilik birliğinin sarsılması sebeplerine (TMK m. 166/1) dayalı olarak boşanma talebinde bulunmuş...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2018/12193 (31 Ekim 2018); "...davacı karşı davalının güven sarsıcı davranışlarda bulunduğunu ileri sürerek tarafların öncelikle 4721 sayılı Kanun'un 163 üncü maddesine göre haysiyetsiz hayat sürme, bunun mümkün olmaması hâlinde aynı Kanun'un 166 ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle tarafların boşanmalarına...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/1260 (23 Mart 2023). Belirtmek gerekir ki özel boşanma sebebi mevcut olsa dahi davacı özel boşanma sebebine dayanmayıp sadece genel boşanma sebebine de dayanabilir. Bu yönde Bkz. "Davacı kadın dava dilekçesinde TMK.161. maddesinde yer alan zina hukuki nedenine dayalı boşanma davasından bahsetmemiş, davalının sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarından da bahsetmek sureti ile evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuki nedenine dayalı olarak boşanma talebinde bulunmuştur...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2018/11820 (23 Ekim 2018). Özel boşanma sebeplerine dayanak sağlamayacak olan "eşe karşı ilgisizlik, eşini özel günlerde ve sosyal ortamlarda yalnız bırakma" gibi davranışlar için ise boşanma davası genel sebebe dayanılarak açılabilir. Örnek Yargıtay kararı için Bkz. "mahkemece davacı - karşı davalı erkeğe yüklenen kusurlu davranışların ise "erkeğin eşine karşı cinsel isteksizliği, güven sarsıcı davranışları, eşine karşı ilgisizliği" olarak belirtildiği...", Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 2.Hukuk Dairesi (BAM), K. 2020/1555 (26 Kasım 2020).

<sup>51</sup> Genel boşanma sebeplerine dayalı olarak açılan boşanma davalarında evlilik birliğinin devamının taraflar için çekilmez olacağı kanaatini uyandıran davranışlar nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsılması söz konusudur. Genel boşanma sebepleri de nisbi-mutlak ve kusura dayalı olup olmamalarına göre 3 türde sayılabilir: 1) Nisbi ve kusura dayalı olmayan, evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK m. 166/f.1-2) 2) Mutlak olan ancak kusura dayalı olmayan, eşlerin anlaşması (TMK m. 166 f.3) 3) Mutlak olan ancak kusura dayalı olmayan, ortak hayatın yeniden kurulamaması (TMK m.166/f.4). Bu konuda örneğin Bkz. Öztan, *Aile*, 678-705; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 115-116; Halil Kalabalık – Doğa Ekrem Doğançacı, *Temel Hukuk Bilgisi* (Ankara: Seçkin, 2023), 341; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 125-127; Dural vd., *Aile*, 119-127; Şaban Kayıhan – Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuk Bilgisi* (Ankara: Seçkin, 2016), 332-339; Mustafa Ünlütepe, *Boşanma*, 82. Genel boşanma sebebi ile ilgili Yargıtay kararları için Bkz. "...Boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin, müşterek hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığının sabit olması gerekir...", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), K.2007/192 (4 Nisan 2007), Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), K.1998/703 (10 Ekim 1998). Evlilik birliğinin temelinden sarsılması için sınırlı sayıda durum yoktur. Buna ilişkin bazı örnekler bu bağlamda paylaşılabilir. Örneğin bir eşim ailesinin evlilik birliğine karışmalarına sessiz kalması hakkında Bkz. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2011/8053 (10 Mayıs 2011). Örneğin eşin diğer eşin güvenini sarsıcı davranışlarda bulunması da evlilik birliğinin temelinden sarsılabilir. Güven sarsıcı davranışlara örnek kararlar için Bkz. "...Davalı-davacı (kadın)'ın kocasının bilgisi dışında ikinci ve üçüncü cep telefonu hattı edindiği ve bir başka erkeğin temin ettiği cep telefonunu kullandığı ve aynı erkekle dava sonrasına da sarkacak şekilde olağanın dışında görüşmeler yaptığı, bu suretle güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu anlaşılmaktadır...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2013/23930 (22 Ekim 2013); "...yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davalı-davacı kadının sadakatsiz davranışlar sergilemesine karşılık davacı-davalı kocanın da düzenli işte çalışmayıp birlik görevlerini ihmal ettiği, genelev ve pavyon gibi uygunsuz yerlere gitmek suretiyle güven sarsıcı davranışlar sergilediği anlaşılmaktadır...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2014/3624 (24 Şubat 2014). Sınırlı sayıda paylaşılan örneklerden de anlaşılacağı üzere evlilik birliğinin temelinden sarsılması birçok farklı durumdan kaynaklanabilir ve bu nedenle de çok geniş bir uygulamaya sahiptir. Makalenin devam eden kısımlarında ayrıca boşanmanın genel sebebe dayanması hususu irdelenmeyecek, sadece bazı yerlerde bu boşanma sebebine işaret etmekle yetinilecektir.

sırasıyla genel hatlarıyla değinildikten sonra takiben Metaverse özelinde değerlendirmeler paylaşılacaktır.

## B. Zina

### 1. Genel olarak

Özel, mutlak ve kusura dayalı bir boşanma sebebi olan zina, TMK m.161'de düzenlenmiştir<sup>52</sup>. Ancak ilgili kanun metninde zina kavramının tanımı yapılmamıştır. Genel olarak zina, eşlerden birinin eşi haricindeki bir karşı cins ile cinsel birliktelik yaşaması durumu olarak<sup>53</sup> ifade edilmektedir. Bu anlamda zina eşlerin birbirlerine karşı olan sadakat yükümlülüklerini cinsel sadakatsizlikle zafiyete uğratan bir durumdur.

Zina, kanunda özel sebeplerden biri olarak düzenlenmesi nedeniyle özel bir boşanma sebebidir<sup>54</sup>. Bundan dolayı uygulamada zina sebebine dayanmak için zinaya yönelik olguların varlığını ispat edecek türden kuvvetli emareler ortaya konması aranmaktadır<sup>55</sup>. Ayrıca davada zina unsuru kanıtlandığı takdirde hakim boşanmaya karar vermek zorunda olması nedeniyle zina mutlak bir boşanma sebebidir<sup>56</sup>. Bu sayede taraflar hukuka güvenerek, eşlerinin yaptığı zinadan dolayı sadakat yükümlülüklerinin en ağır biçimde ihlal edilmesinden duydukları elem ve kederin hafifletilmesinin sağlanmasını beklemektedir<sup>57</sup>. Bunun gibi eşlerden birinin zina eylemini bilinçli olarak yapması

<sup>52</sup> Oğuz Ersöz, *Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma* (İstanbul: On İki Levha, 2018), 18-25; Ünlütepe, *Boşanma*, 87; Dural, *Aile*, 105; Berkcan Bekem, *Boşanma Sebebi Olarak Zina (TMK m.161)* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 61; Yılmaz, *Aile*, 164.

<sup>53</sup> TDK'de de zina "Aralarında evlilik bağı olmayan kişiler arasındaki cinsel ilişki" şeklindedir. Sözlük için Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, "zina" (Erişim 24 Şubat 2024). Boşanma sebebi olan zina ile TDK'deki zina anlam olarak uyusmaktadır. Boşanma sebebi olmasında ayrıca zina yapanlardan en az birinin evli olması gerekmektedir ki bu durum diğer eş için boşanma sebebi olabilsin. İsmail Dede, "Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ile Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23/3, (Ocak 2017), 650; Yılmaz, *Aile*, 164; Ersöz, *Zina*, 71. Krş. Öztan, *Aile*, 645; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 244. Yine bu yönde örneğin Bkz. "...zina, evli bir kadının başka bir erkekle, evli bir erkeğin başka bir kadınla cinsel ilişkiye girmesi olduğu...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2023/105 (10 Ocak 2023). "...Davacı kadın tarafından erkek eş aleyhine zina nedenine dayalı boşanma davası açılmış...", Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2021/2559 (23 Mart 2021); "...Zina yaptığı için boşanma kararı verilen eşe nafaka ve tazminat verilirken katılma alacağı verilemeyecektir (TMK.md.236/2)...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2013/19478 (9 Temmuz 2013).

<sup>54</sup> Zina özel boşanma sebebi olduğundan dolayı zinanın varlığı kanıtlandığında hakim evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığına bakmaz. Hakim evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını aradığı durumlarda takdir hakkı vardır. Takdir hakkıyla ilgili genel olarak Bkz. O. Gökhan Antalya (ed.), *Medeni Hukuk* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2024), 423-438; M. Kemal Oğuzman-Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 87-92; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 146-164; zinanın mutlak boşanma sebebi olması dolayısıyla, zinanın ispatı halinde hakim takdir yetkisi olmamasıyla ilgili Bkz. Dural vd., *Aile*, 108; Mehmet Erdem – Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 105.

<sup>55</sup> Zinanın varlığını ispat edecek türden kuvvetli emarelere, sebepsiz yere geç saatte eve bir başka erkeği alması "Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2009/19205 (9 Kasım 2009)"; mektup, fotoğraf, çocuğun kendisinden olmadığı kan ve DNA testleriyle ispat edilmesi, kadının eşi yurtdışındayken hamile kalması, çocuk yapma kabiliyetinin olmadığı tıbben sabit olan kocanın karısının hamile kalması gibi örnekler verilebilir. Bu konuda Bkz. Öztan, *Aile*, 649; Dural vd., *Aile*, 107-108; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 246-247; Ersöz, *Zina*, 120-136; Bekem, *Zina*, 123-130; Krş. Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 103; Berna Berfin Kaya, *Medeni Hukukta Zina* (Ankara: Atılım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020), 47-48; Yılmaz, *Aile*, 169.

<sup>56</sup> Boşanma sebebinin mutlak olmasından kasıt boşanmaya sebebiyet veren durumun kanıtlanması halinde artık hakim evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığına bakmaksızın boşanmaya karar vermesi gerekmesi halidir. Zinanın mutlak boşanma sebebi sayılması, zina eyleminin var olmasının evlilik birliğini temelinden sarsmış olacağı kabulüne dayanır. "...zina mutlak boşanma sebebidir ve bu olayın evlilik birliğini temelinden yıktığı, kanunun bunu tek başına mutlak boşanma sebebi saymasıyla baştan kabul edilmiştir...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/17457 (16 Eylül 2014), Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/5553 (12 Mart 2014). Zinanın mutlak boşanma sebebi olduğuna dair örnek yargıtay kararları Bkz. "...Zina (TMK m. 161), yasal koşullar gerçekleştiğinde başkaca hiçbir şey aranmaksızın mutlak olarak boşanmayı sağladığı için özel boşanma sebeplerindendir...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2014/23684 (24 Kasım 2014); "...Zina özel ve mutlak boşanma sebebidir...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/19941 (27 Ekim 2015); "...mutlak boşanma sebeplerinde, kanunda boşanma sebebi olarak gösterilen olgunun gerçekleşmesi, tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterlidir. Örneğin zina veya cana kast olgusunun (eyleminin) gerçekleşmesi, boşanma kararı verilebilmesi için yeterlidir. Başka bir koşula gerek yoktur.", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2014/22538 (12 Kasım 2014).

<sup>57</sup> Krş. Dede, "Keskin Sınır", 658; Zeynep Şeyma Ceylan, "Yargıtay Kararları Işığında Zina Sebebiyle Boşanmada Manevi Tazminat İstemi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17/1 (Nisan 2022), 89. Zinanın delillerle kanıtlanması durumunda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilir ve bu şekilde başkaca bir sebebe gerek kalmaksızın evlilik birliğinin sona erdirilme sağlanmış olmaktadır. Zina varlığının evlilik birliğini temelinden sarstığını gösterir kararlar için

gerektiğinden dolayı kusura dayalı<sup>58</sup> bir boşanma sebebidir. Bu anlamda davalı eşin zina eylemini bilinçli bir şekilde ve isteyerek yapması gerekmekte olup bu eylemin tecavüz gibi onun isteği dışında zorla meydana gelmesi durumunda onun kusurundan bahsedilemeyeceği için zinaya dayalı boşanma davası da açılmayacaktır<sup>59</sup>. Zina sebebine dayanarak boşanma davası açılmasında fiilin uzun süreli olmasının da bir önemi bulunmamaktadır<sup>60</sup>.

Evlilik birliğinde eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü vardır<sup>61</sup>. Sadakatten sıklıkla cinsel sadakat anlaşılır ki bunun sebebi, cinsel sadakatsizlikte tarafların evlilik birliğinin devamını

örneğin Bkz. "...Zina mutlak bir boşanma sebebidir. Bunun mutlak boşanma sebebi olması gerçekleşmiş olması halinde evlilik birliğini temelinden sarstığının, karine olarak kabul edilmesine dayanır...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/2281 (10 Şubat 2014); "...Zina hem özel ve mutlak boşanma sebebi, hem de evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma sebebi oluşturur...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2013/28378 (3 Aralık 2013); "...Zina, mutlak boşanma sebebidir. Sebebin gerçekleşmesi halinde birlik temelinden sarsılmış sayılır...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2014/20325 (21 Ekim 2014); "...özel boşanma sebebi kabul edilmekle, evlilik birliğini derin ve onarılamaz bir şekilde sarstığı yasa koyucu tarafından baştan karine olarak kabul edilmiştir...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2014/17457 (16 Eylül 2014).

<sup>58</sup> Zina boşanma sebebinde kusur kavramıyla anlaşılması gereken ise eşin bilerek ve isteyerek evlilik dışı cinsi münasebet yaşamasıdır. Zinada kusur ile ilgili Bkz. Dural vd., *Aile*, 106; Krş. Hatemi, *Aile*, 120; Aydın Zevkiler vd., *Medeni Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 283; Süleyman Topak, *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 31. "...Kadının gece geç saatte, eşinin olmadığı bir zamanda eve yabancı erkek alması meşru bir amaca yönelik olduğu kanıtlanmadıkça zinanın varlığına delalet eder. Davalı-davacı kadının zinası kanıtlanmıştır. ... Boşanmaya neden olan olaylarda eve başka erkek alan davalı-davacı kadın tamamen kusurludur...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2010/15575 (28 Eylül 2010); "...davalı-karşı davacının zina nedenine dayalı boşanma davasının davacının zina yaptığı sabit olmakla kabulüne, tarafların boşanmalarına, davacı-karşı davalının kusurlu hareketlerinin davalı-karşı davacının kişilik haklarına saldırı mahiyetinde olması...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/6034 (23 Mayıs 2017); "...mahkemece, davalının bir başka kadınla cinsel ilişkisi sabit görülerek zina sebebiyle boşanma kararı verilmiştir. Toplanan delillerle davalının bir başka kadınla cinsel ilişkide bulunduğu gerçekleşmiştir.", Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2013/10532 (15 Nisan 2013); "...Öyleyse kusurun belirlenmesinde, kocanın da bir başka kadınla birlikte yaşadığı değerlendirilerek davanın kabulüne karar verilmelidir...", Şanlıurfa Aile Mahkemesi (Aile Mahkemesi), K.2013/264 (12 Mart 2013).

<sup>59</sup> Cinsel ilişkinin zorla meydana gelmesinin zina boşanma sebebi olmayacağına dair örneğin Bkz. Öztan, *Aile*, 648; Akıntürk - Ateş, *Aile*, 246; Dural vd., *Aile*, 106; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 102. Cinsel ilişkinin zorla meydana gelmesinin zina boşanma sebebi kabul edilmeyeceğine dair örneğin "...Dava, zina (TMK.md.161) hukuki nedenine dayalıdır. Davalı, kendisinin zorla kaçırılıp alıkonulduğunu savunmuştur. Bu konuda açılan ve görülmekte olduğu anlaşılmalı Gaziantep 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2008/457 esas sayılı dava dosyasının sonucu beklenmeden eksik araştırma ile karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...", Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2010/6472 (5 Nisan 2010).

<sup>60</sup> Zinanın bir defa gerçekleşmesinin yeterli olduğu yönünde örneğin Bkz. Öztan, *Aile*, 646; Dural vd., *Aile*, 106; Çınar Mutlu, *Boşanma Sebepleri*, 84; Cahide Işıl Bozdağ, *Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Kusurun Etkisi* (Konya: KTO Karatay Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 43. 765 sayılı ceza kanunu 440.maddesinde kadınlar için zina eyleminin suç olması için bir kere olması, evli ya da bekar biri olması fark etmeksizin beraber olunması yeterli görülüyorken 441.maddedeki erkeklerin zina suçuyla ilgili düzenlemede erkeğin cinsel ilişkiye girdiği kişinin evli olmaması, karı koca hayatı gibi yaşamaları, erkeğin evlilik birliğini sürdürdüğü evde beraber olmaları gibi sebeplerin varlığı gerektiğinden, açıkça kadın ve erkek arasında bir eşitsizlik mevcut olduğu görülmektedir. Bunun üzerine "Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 1996/34 (23 Eylül 1996)" kararında bu eşitsizliğin giderilmesi için daha ayrıcalıklı olan 441.maddenin iptali kararı verilmiştir. Ancak bu durumda da erkeğin zinası suç olmaktan çıkmış olmakla birlikte 440.maddede düzenlenen kadının zinası suç olmaya devam ederek yine bir eşitsizlik meydana gelmişti. Bunun üzerine "Anayasa Mahkemesi (AYM), K.1998/28 (23 Haziran 1998)" kararıyla 440.madde de iptal edilmiştir. 1998 tarihli bu karar ile birlikte hem kadın hem de erkeğin zinası suç olmaktan çıkarılmıştır. Söz konusu karara ilişkin değerlendirmeler için Bkz. Osman Korkut Kanadoğlu, "Feminizm ve Kadın Hakları", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/1 (Mart 2021), 152-153; Ceylan, "Manevi Tazminat İstemi", 54.

<sup>61</sup> Eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüklerinin olduğu Türk Medeni Kanunu m.185/III'te "Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." cümlesiyle ifade edilmektedir. Sadakat yükümlülüğünün genel anlamda eşlerin evlilik birliğini tehlikeye atacak türden davranışlardan uzak durmaları demek olduğu söylenebilir. Sadakat yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Akıntürk - Ateş, *Aile*, 113; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 215-216; Emel Badur-Gamze Turan Başara, "Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65/1 (Mart 2016), 101-136; Özlem Sarı Fidan "Yargıtay Kararları Işığında Boşanma Davası Açıldıktan Sonra Eşlerin Sadakat Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4/2 (Aralık 2022), 1278-1279; Bilal Atılğan, *Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü* (Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 11; Eşler arasındaki sadakat yükümlülüğü olması gerektiği ile ilgili Yargıtay kararları için Bkz. "...Eşler evlenmekle birbirlerine karşı cinsel anlamda sadakat yükümlülüğü altına girerler...", Yargıtay 4.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2015/7121 (1 Haziran 2015); "...Eşler arasındaki sadakat yükümlülüğü evlilik birliği süresince devam eder...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/22444 (25 Eylül 2012); "...yapılan yargılama ve toplanan delillerden, mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davacı-davalı kadının sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir.", Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2020/2942 (10 Haziran 2020); "...Öğretide, "zina eşlerden birinin Türk Medeni Kanununun 185.maddesinde belirtilen sadakat yükümlülüğüne aykırı olarak, karşı cinsten üçüncü bir kişiyle cinsel ilişkiye girmesi" olarak tanımlanmaktadır...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2010/3834 (2 Mart 2010).

sağlayabilmeleri ve affedebilmeleri diğer sadakatsizlik çeşitlerine göre daha zordur<sup>62</sup>. Ancak evlilik birliği içerisinde tarafların birbirlerine cinsel sadakat ile sınırlı olmaksızın manevi, ekonomik vb. diğer konularda da sadık olmaları gerekmektedir<sup>63</sup>. Dolayısıyla sadece zina değil aynı zamanda aile birliğini sarsabilecek olan, eş hakkında doğru olmayan söylentiler yayma, eşinin kadınlığına ya da erkekliğine laf etme, eşini herkesin içinde küçük düşürme, eşine hakaret etme, eşin hayatına kastetme, eşe işkence etme vs. gibi davranışlardan uzak durmaları da eşlerin genel olarak sadakat yükümlülüklerinden sayılabilecektir. Ancak son aktarılan durumlar genel boşanma sebepleri yanında bir sonraki başlıkta değinilecek olan “hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış” özel boşanma sebebi bağlamında dikkate alınmalıdır.

## 2. Metaverse özelinde değerlendirmeler

Metaverse’te avatarların yönlendirilip cinsel bir birliktelik gerçekleştirmelerinin zina kapsamına sokulup sokulamayacağı bu başlıkta değerlendirilecektir<sup>64</sup>. Metaverse’te kişilerin gerçek hayatlarındaki faaliyetlerini devam ettirmelerinin sağlanması (birebir sağlanmasının hedeflenmesi) söz konusudur. Analog dünyada geçerli olan, eşlerin birbirlerine karşı olan sadakat yükümlülüklerinin, bu dünyanın iz düşümü olan (olması beklenen) sanal ortamda da devam etmesi tutarlıdır. Bu anlamda dijital çağda kişinin analog ve dijital yaşamı birlikte onun yaşamının bir bütünü oluşturmaktadır<sup>65</sup>.

Sadakat yükümlülüğünün olduğu yerde bu yükümlülüğün ihlal edilmesi de mümkün olabilecektir. Dolayısıyla eşler Metaverse’te de sadakat yükümlülüğünü zedeleyebilecek davranışlarda bulunabilir. Bu bağlamda eşlerden birinin avatarının başka birinin avatarıyla cinsel sadakate aykırı davranışları irdelenmelidir. Burada iki ihtimal düşünülebilir. Bunlardan ilki sadece görsel ve işitsel olarak cinsel dürtülerin harekete geçirilmesi olup bu durumun diğer dijital ortamdaki benzer faaliyetlerden bir farkı yoktur. Örneğin cinsel içerikli bir yayın izlemek veya bir sosyal medya uygulamasında bir üçüncü kişiyle görsel ve işitsel cinsel içerikli iletişim kurmak böyledir<sup>66</sup>. Bilgisayar oyunlarından veya aktardığımız örneklerden teknik yönden farklılaşan bir diğer ihtimal ise sanal ortamda cinsel dürtülerin dokunsal geri bildirim sistemlerinin varlığı ve gerçekçi hisleri artırıcı teknik imkanlarla desteklenmesidir<sup>67</sup>. Bu

<sup>62</sup> Akıntürk – Ateş, *Aile*, 113; Sarı Fidan, “Sadakat Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi”, 1280-1281.

<sup>63</sup> Sadakatin çeşitli görünüşleri hakkında örneğin Bkz. Öztan, *Aile*, 199; Dural vd., *Aile*, 164; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 113. Evlilik birliği içerisindeki sadakatten en çok cinsel sadakat anlaşılma ile beraber sadece cinsel sadakatten bahsetmenin yanlış olacağına ve cinsel sadakatsizlik dışında da pek çok davranışın evlilik birliğine sadakatsizlik sonucunu doğuracağına dair Bkz. Dede, “Keskin Sınır”, 646; Badur-Turan Başara, “Manevi Tazminat İstemi”, 103, 107-108; Akıntürk – Ateş, *Aile*, 113; Dural vd., *Aile*, 164. Evlilik birliği içerisinde bir başkasıyla normal arkadaşlık ilişkisinin ötesinde bir ilişki yaşanmasının sadakatsizlik olduğuna dair örneğin Bkz. “...davalılar arasında normal arkadaşlık ilişkisinin ötesinde bir ilişki yaşandığı anlaşılmaktadır. Davalı M. S. B., evli olduğunu bilerek davacının eşiyile gayriresmi ilişkiye girmek suretiyle, gerek yasalarca gerek örf ve adet hukukunca korunmayan haksız bir davranış içine girmiş, diğer yönden davalı F. Ç.’in davacı eşine karşı sadakatsizlik eylemine katılmıştır...”, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/4958 (24 Mart 2014).

<sup>64</sup> Bu olaya somut bir örnek olarak “Sanalika” ve “Sims” adlı oyunlar verilebilir. Çok basit bir anlamda bu oyunlar da Metaverse gibi Dünya’nın herhangi bir yerinden insanların aynı ortamlarda bulunmasını ve Metaverse’ten farklı olarak günlük işlerini oyun içerisinde kurdukları oyunlardır. Hem Sanalika’da hem Sims’te kişilerin avatarları cinsel ilişkiye girebilmekte hatta oyun içerisine çocuklarda dahil olabilmektedir. Sims oyunu karakterlerinin hamile kalmasıyla ilgili Bkz. Whiny Brit, “I gave my sim the most realistic pregnancy possible // Sims 4 pregnancy mods”, *YouTube* (4 Mayıs 2022), 00.02.30-00.26.04. Ancak Metaverse’ün bu oyunlardan temel ayrım noktası Meta evrenin fiziki açıdan da hissedilebilmesi için geliştirilmiş ve geliştirilmeye devam edecek olan beş duyu organına hitap eden teknolojilerin varlığıyla gerçeklik hissinin gerçek hayattaki kadar fazla olmasının hedeflenmesidir.

<sup>65</sup> Analog ve dijital yaşamın Metaverse özelinde bir bütünü sağlaması, kişilerin Metaverse’te birlikte çalışıp, buluşup sosyalleşme imkanının sağlanması ve bunun hem sanal gerçeklikle hem de artırılmış gerçeklikle gerçekçi hale getirilmesi durumunda söz konusu olabileceği söylenebilecektir. Bu konuda Bkz. Krş. Armağan Ebru Bozkurt-Yüksel, *Metaverse*, 4-7.

<sup>66</sup> Bu konuda örneğin “...Davacı kadın tarafından, davalı erkeğin telefonundaki SKYPE isimli sesli, görüntülü ve yazılı sohbet ve iletişim uygulaması üzerinden başka kadınlarla yapmış olduğu cinsel içerikli yazışmaların ekran görüntüleri...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2021/1604 (23 Şubat 2021); “...erkeğin telefonundan ve e-posta adresi üzerinden farklı bayanlarla cinsel amaçlı birliktelik için yazışma ve görüşmeler yapmış olması, cinsel içerikli sitelere yapmış olduğu ödemelerde dikkate alındığında zina nedenine dayalı boşanma talebinin kabulü gerektiğini belirterek kararı zina nedenine dayalı boşanma davasının reddi, tazminat miktarları ile reddedilen yoksulluk nafakası talebi yönünden temyiz etmiştir...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2023/900 (8 Mart 2023).

<sup>67</sup> Somutlaştırmak gerekirse aktarılan durum ile benzer nitelikte olan “kissenger” uygulaması örnek verilebilir. Bu cihaz telefona entegre edilerek kullanılmaktadır. Cihazın kullanımında his duygusu basınç ve güç iletilmesi sayesinde

sistem sayesinde kullanıcının kendi avatarına yapılan müdahaleleri giyilebilir sistemin basınç doğrultusundaki hareketleri sayesinde hissetmesi sağlandığından ve kişiyi avatarıyla bir bütün gibi hissettirebilmesi sayesinde, kişi analog hayattaki ilişkide aldığı hazı hissedilebilmektedir<sup>68</sup>. Günümüzde dokunsal geri bildirim sistemine sahip giyilebilir teknolojinin tüm vücudu çevreleyecek kadar geliştirilmesi ve bu sayede avatarların birbirlerinin cinsel dürtülerini fiziki açıdan uyarmaları mümkün görülmektedir<sup>69</sup>. Bu bağlamda sanal ortamdaki cinsel sadakat davranışına aykırı bu tür eylemlerin, TMK m. 161 bağlamında zina olarak kabul edilip edilemeyeceği farklı ihtimaller dahilinde irdelenmelidir.

Zina sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için öğretisi ve uygulamadaki baskın yaklaşıma göre eylemin tarafı olan kişilerin farklı cinsiyette olmaları ve cinsel organlarının birleşmesi (cinsel ilişkiye fiziksel anlamda girilmesi) gerekmektedir<sup>70</sup>. Zinayı (zina eylemini) dar yorumlayan bu görüş kapsamında öncelikle sanal ortamda sadece cinsel dürtülerin harekete geçirilmesi durumu zina kapsamında kabul edilmeyecektir. Ayrıca sanal ortamda cinsel dürtülerin harekete geçirilmesinin dokunsal geri bildirim sistemindeki basınç hareketleriyle desteklendiği ihtimalde de aynı sonuca varılacaktır. Son aktarılan ihtimalde Metaverse ortamında eş, diğer kullanıcıya (kullanıcının avatarına) fiziksel olarak yaklaşma yerine dokunsal geri bildirimle sahip giysilerdeki basınç (dokunsal geri bildirim sistemindeki elektriksel akım) uygulanması aracılığıyla cinsel haz ve tatmini elde etmektedir. Aktarılan bu durum zina eylemini dar yorumlayan görüşe göre zinanın unsurlarını sağlamamaktadır<sup>71</sup>. Bununla tutarlı olarak da (zina fiili sayılmayan) bu eylemlere teşebbüs<sup>72</sup> de zinaya teşebbüs sayılmayacaktır<sup>73</sup>. Zinayı dar yorumlayan görüşe göre bu durumların tekrarlanması ve karşı taraf için çekilmez olduğunun kabulü durumunda haysiyetsiz hayat sürme özel boşanma sebebi altında veya evlilik birliğinin temelinden sarsılması durumunda genel bir boşanma sebebi olarak kabul edilebilir<sup>74</sup>.

---

gerçekleşmektedir. Bu cihaz için Bkz. The Gadget Show, "The Kissing App "Kissenger" – The Gadget Show", *YouTube* (22 Nisan 2016), 00.00.00-00.01.43.

<sup>68</sup> ThrillSeeker, "Meta's VR Gloves are actually INSANE", *YouTube* (18 Kasım 2021), 00.03.00-00.04.58.

<sup>69</sup> Savaş Ferhat, "Dijital Dünyanın Gerçekliği, Gerçek Dünyanın Sanallığı Bir Dijital Medya Ürünü Olarak Sanal Gerçeklik", *TRT Akademi* 1/2 (Temmuz 2016), 733-735.

<sup>70</sup> Dural vd., *Aile*, 106-107; Akıntürk- Ateş, *Aile*, 245-246; Serap Helvacı - Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 166; Bülent Köprülü-Selim Kaneti, *Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989), 151; Öztan, *Aile*, 645; Ali İhsan Özüğür, *Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 94-95; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1986), 258 vd. Kısaca bundan sonraki açıklamalarda bu görüş, zinayı (zina eylemini) dar yorumlayan görüş olarak ifade edilecektir.

<sup>71</sup> "... cinsel ilişkinin fiilen gerçekleşmiş olması şarttır; cinsel ilişki girişiminde bulunmak, örneğin flört etme, mektuplaşma, hazırlıklara girişme veya cinsel ilişki gerçekleşmeksizin yakın beden temaslar, sevişme, öpme ve sarılma biçimindeki davranışlar zina sayılmayacağı gibi..." (Akıntürk - Ateş, *Aile Hukuku*, 245'ten naklen). Yine Krş. Yılmaz, *Aile*, 165-166. Zinanın kabulü için fiziksel birleşmenin arandığı bazı kararlar için örneğin Bkz. "...Zina için tam ve normal bir cinsel ilişki şart...", Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 4.Hukuk Dairesi (BAM), K. 2020/514 (17 Şubat 2020); "...bilirkişi raporundan, kadının bir erkekle dini nikah yapıldığı anı gösterir, bir erkekle çıplak halde ve öpüşme halini gösterir yatak fotoğraflarının bulunduğu ... buna göre kadının başka bir erkekle zina yaptığının sabit olduğu...", Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 2.Hukuk Dairesi (BAM), K. 2019/1520 (15 Kasım 2019); "...Zina hukuki nedenine dayalı olarak açılan asıl dava açısından;Öğretide, "zina eşlerden birinin Türk Medeni Kanununun 185.maddesinde belirtilen sadakat yükümlülüğüne aykırı olarak, karşı cinsten üçüncü bir kişiyle cinsel ilişkiye girmesi" olarak tanımlanmaktadır...", Krş. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10.Hukuk Dairesi (BAM), K.2020/1197 (22 Ekim 2020).

<sup>72</sup> Böyle bir teşebbüsten örneğin avatar kullanıcıları dokunsal geri bildirim alabilecekleri giysilerini giymiş, birbirlerine yakınlaşmış ancak cinsel tatmine tamamen ulaşmadan bağlantı kopmuşsa söz edilebilir.

<sup>73</sup> Fiziksel olarak cinsel yaklaşma bağlamında zinaya teşebbüs ile ilgili örnek bazı kararlar için Bkz. "...zina için gerekli ortama girilmiş ancak elde olmayan nedenlerle eylemin tamamlanamamış olması bir başka anlatımla eylemin eksik kalkışma derecesinde kalması da zina sebebiyle boşanma için yeterlidir...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.1993/7941 (23 Eylül 1993); "...davalı kadının birlikte olduğu adam ile birlikte aynı yatakta gayet samimi ve yarı çıplak vaziyette pozlar vererek işveli tavırlar sergilediği ve kalp simgelerinin de olduğu bir video çektiği ... Yargıtay uygulamalarında cinsel ilişkiye teşebbüs ve sadakatsiz davranışlarında zina kabul edildiğini bir eylemin zina sayılabilmesi için cinsel ilişkide bulunmanın zorunlu olmadığını...", Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 4.Hukuk Dairesi (BAM), K. 2020/514 (17 Şubat 2020).

<sup>74</sup> Krş. Hatemi, *Aile*, 120; Öztan, *Aile*, 647-648; Akıntürk - Ateş, *Aile*, 245. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında söz konusu görüş dahilinde eşlerin birbirlerinden başka biriyle cinsel içerikli konuşmaları ya da birbirlerine cinsel içerikli fotoğraflar atmalarının karşılığı olabilir. İlgili durum için örnek yargıtay kararları için Bkz. "... raporlarında başka bir kadınla olağanın dışında telefon görüşmesi ve mesajlaşmalarının bulunduğu, erkeğin gerekli özeni göstermeyerek başka bir kadınla ilişkisi olduğu yönünde dedikoduya sebep olduğu, bu suretle güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında; evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2015/16556 (29 Eylül 2015);

Bu bağlamda avatarın gerçek kişi avatar olması halinde irdelenmesi gereken bir diğer durum ise eşlerden birinin avatarının hemcins profilindeki avatarla cinsel sadakate aykırı eylemlerde bulunmasıdır. Yine zinayı dar tanımlayan görüşe göre genel olarak aynı cinsten kişiler arasında cinsel ilişkiler (süreklilik unsuru taşıması şartıyla) diğer bir özel boşanma sebebi olan haysiyetsiz hayat sürme altında değerlendirilmektedir<sup>75</sup>. Değinilen durum Yargıtay kararlarında “doğal olmayan (yollarla) cinsel davranış” olarak nitelendirilerek zina altında kabul edilmemektedir<sup>76</sup>. Böylece şu ana kadar aktarılan ihtimaller dahilinde sanal ortamda diğer bir gerçek kişinin<sup>77</sup> avatariyle cinsel sadakate aykırı davranışta bulunan eş, zina özel boşanma sebebine dayanamasa bile<sup>78</sup> bu durum gerekli şartların sağlanması ile haysiyetsiz hayat sürme özel boşanma sebebi<sup>79</sup> veya genel boşanma sebebi<sup>80</sup> altındaki durumlardan biri olarak dikkate alınabilir.

---

“...Sunulan mesaj kayıtları incelendiğinde “senin mutlu olman beni de mutlu ediyor, ... aşkım...” gibi mesajlaşmaları ile davalı erkeğin güvensarsıcı davranışta bulunduğu anlaşılmaktadır...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/10321 (12 Aralık 2022).

<sup>75</sup> Dural vd., *Aile*, 106; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 246; Yılmaz, *Aile*, 164; Hatemi, *Aile*, 120, Ersöz, *Zina*, 76. Bu görüşe göre süreklilik unsuru taşımayan eşcinsel ilişkilerde ise TMK. M.166’ya göre evliliğin temelinden sarsılması boşanma sebebine dayanabileceği yönünde Bkz. Dural vd., *Aile*, 106; Ersöz, *Zina*, 76-77; Yılmaz, *Aile*, 164.

<sup>76</sup> Zina olarak kabul edilmeyen eşcinsel birlikteliklerin haysiyetsiz hayat sürme boşanma sebebi olarak görülmesine dair Yargıtay kararları için örneğin Bkz. “...Erkeğin 8. Yaşından beri cinsel kimliğini seçtiğini ve buna göre bir hayat seçtiğini, bu konuda devamlılık gösterdiğini, cinsel tercihin kadın için evliliği çekilmez hale getirdiğini, eşcinsel porno videoları izlediğini, erkeğin eşcinsel olduğunu ve bu porno videoları 8 yaşından beri izlediğini...”, Konya 3.Aile Mahkemesi (Aile Mahkemesi), K.2020/313 (28 Şubat 2020). Aktarılan ilk derece mahkemesinin gerekçesine binaen kararın istinafa gitmesi üzerine “...Somut olayda davalının eyleminin Türk Medeni Kanununun 163. maddesinde yer alan boşanma sebebini oluşturduğunda duraksama yoktur...”, Konya Bölge Adliye Mahkemesi 2.Hukuk Dairesi (BAM), K. 2020/787 (3 Aralık 2020) denilmek suretiyle eşcinsel ilişkinin haysiyetsiz hayat sürme boşanma sebebini oluşturduğu belirtilmiştir.

<sup>77</sup> Bu bağlamda avatar kullanımında takma ad kullanımı ve gizlilik söz konusu olduğundan avatarın görünen cinsel kimliğinin onun gerçek kullanıcılarından farklı olabileceği hatırlatılabilir. Bu konuda Bkz. Kulular İbrahim, “Telif Hakkı”, 544-545. Kişilerin avaturları sayesinde kendilerini istedikleri gibi tanıtabilecekleriyle ilgili Bkz. Ceyda İlğaz Büyükbaykal – İnci Abay Cansabuncu, “Türkiye’de Yeni Medya Ortamı ve Dijital Oyun Olgusu”, *Yeni Medya Elektronik Dergisi* 4/1 (Ocak 2020), 3. Çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere bu incelemede söz konusu ihtimal ve buna bağlanan sonuçlara değinilmeyecektir. Burada cinsel sadakate aykırı davranışın iradesinin fiili durumu örtüştüğünden yola çıkılacaktır.

<sup>78</sup> Özel boşanma sebebi yerine genel boşanma sebebine dayanılarak boşanma kararı verilebileceğine dair örnek Yargıtay kararları; “...Davalı-karşı davacı kadın dava dilekçesinde zina, pek kötü muamele, onur kırıcı davranış ve evlilik birliğinin sarsılması sebeplerine dayalı olarak boşanma davası açmış, mahkemece davalı-karşı davacı kadının davası tarafların evlilik birliğinin sarsılması sebebi ile kabul edilerek boşanmalarına karar verilmiştir...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/255 (12 Ocak 2016); “...Davalı-birleşen davacı kadın dava dilekçesinde zina sebebi ile (TMK. md. 161) olmadığı takdirde pek kötü muamele ve onur kırıcı davranış sebebi ile (TMK. md.162) bu da olmadığı takdirde evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine (TMK m. 166/1) dayalı olarak boşanmaya karar verilmesini talep ederek, terditli dava açmıştır...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/23431 (30 Haziran 2015); “...Davacı kadın öncelikle zina (TMK m. 161), kabul edilmediği takdirde evlilik birliğinin sarsılması sebeplerine (TMK m. 166/1) dayalı olarak boşanma talebinde bulunmuş, mahkemece erkeğin başka bir kadınla yaşadığı duygusal ilişkinin güven sarsıcı boyutta olduğu zina boyutuna varmadığı gerekçesiyle kadının zina hukuki sebebine dayalı olarak boşanma talebinin reddine, TMK 166/1. maddesi uyarınca ise davasının kabulü ile tarafların boşanmalarına karar verilmiş...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/11761 (23 Ekim 2018).

<sup>79</sup> Bu yönde örneğin Bkz. “...Davanın konusu haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanma isteğinden ibarettir. ... Olayda toplanan delillerin birlikte değerlendirilmesinden evli olan davalı kadının başka bir erkekle sürekli ilişki kurduğu ve bundan dolayı davacı koca için birlikte yaşamın çekilmez hal aldığı anlaşılmaktadır...”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHKG), K. 1984/791 (5 Ekim 1984); “...Davalının dört yıldır C. isimli bir şahısla ilişki içinde bulunduğu ununla seviştiği, kocası evden ayrıldığında onunla buluşup sokaklarda öpüştüğü görgüye dayalı tanık beyanları ile belirlenmiştir. Haysiyetsizlik nedeniyle boşanma davasında kusurlu tarafın birden çok kişi ile onur kırıcı temaslarda bulunması şart değildir...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 1995/1889 (16 Şubat 1995). Yine “...Davalı-davacı kadının bir başka erkekle cep telefonu ile konuştuğu ve mesajlaştığı toplanan delillerle ve dinlenen tanık beyanlarıyla anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu eylem koca bakımından, eşiyile birlikte yaşamayı çekilmez hale getirirse de haysiyetsiz yaşam olarak kabul edilemez...”, Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2011/23825 (28 Aralık 2011); “...Davalı kadının bir başka erkekle cep telefonu ile konuştuğu ve mesajlaştığı toplanan delillerle anlaşılmaktadır. Davalı kadının gerçekleşen bu davranışı, davacı koca bakımından birlikte yaşamayı ondan beklenemez duruma getirmiş ise de; sürekliliği olmadığı anlaşıldığından; haysiyetsiz hayat sürme ile Türk Medeni Kanununun 163. maddesindeki boşanma sebebi sabit kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2012/17686 (26 Haziran 2012).

<sup>80</sup> Bu durum gerçek hayatta da zina sayılmayan flört etme ya da telefon gibi iletişim araçları sayesinde uzak mesafeden birbirleriyle konuşmalar yapma, mesajlar ve görseller atma durumlarının benzeri olarak düşünülebilir. Aşkane ve güven sarsıcı hareketlerden sayılabilecek olan bu tür davranışlar her ne kadar zina sayılmasa da güven sarsıcı olma niteliği taşıyacaktır. Dolayısıyla eşler bu tür durumlarda zina boşanma sebebine dayanamasalar dahi evlilik birliğinin temelinden sarsılması boşanma sebebine dayanabilirler. Bu konuda Bkz. Ersöz, *Zina*, 81; Öztan, *Aile*, 648; Dural vd., *Aile*, 107; Ceylan, “Manevi Tazminat İstemi”, 55-56. Aşkane ve güven sarsıcı davranışlar hakkında bazı örnek Yargıtay kararı için Bkz. “...davalı

Ancak uygulamada ve öğretilerde bazı yazarlarca<sup>81</sup> “zina” fiilinin geniş yorumlandığı görülmekte ve ilk zikredilen görüşte tanıma girmeyen bazı fiiller de zina kapsamında değerlendirilmektedir. Biz de aşağıda aktarılabilecek gerekçelerle bu görüşe katılmaktayız.

TMK m. 161’de zina açıkça tanımlanmamış ve hüküm içi boşluğun türlerinden biri olan tanımlama boşluğu bırakılmıştır<sup>82</sup>. TDK sözlüğünde zina: “*aralarında evlilik bağı olmayan kişiler arasındaki cinsel ilişki*” olduğu belirtilmek suretiyle çok geniş tanımlanmış ve hatta evli olmayan kişiler arasındaki cinsel ilişkiler de buna dahil edilmiştir. Ancak sistematik yorumla TMK’da geçtiği yer düşünüldüğünde (“İkinci bölümde” ve “Boşanma” altında) ve söze göre yorumla (TMK m. 161’de geçen “*eşlerden biri*” ifadesi) kanun koyucunun zina eylemini taraflar yönünden sınırladığı görülmektedir. Böylece zinanın taraflarından birinin eşlerden biri olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>83</sup>. Öte yandan eylemin niteliği ve kapsamının ne olduğu konusunda TMK m. 161’in sözüne ve sistematığına göre yorum bir açıklama getirmemekte olup hükmün amaçsal yorumunu gerekli kılmaktadır<sup>84</sup>.

TMK m. 161’in zinanın davacı eş üzerinde yarattığı elem ve kederi gözetme amacı<sup>85</sup> dikkate alınarak takdir hakkı dahilinde zina kavramına ilişkin amaçsal geniş bir yorum yapılabilecektir. Bu görüşün kabulü halinde örneğin henüz cinsel ilişkiye girilmiş olmasa dahi bunun öncesi aşamasındaki faaliyetler de zina boşanma sebebi olarak kabul edilebilecektir<sup>86</sup>. Bu bağlamda bir eşin Metaverse ortamında fiziksel temas olmasa bile üçüncü kişilerle cinsel sadakate aykırı davranışı esas alınmalıdır. Buna göre dokunsal geri bildirim sistemi sayesinde karşı tarafın hareketleriyle diğer kullanıcının cinsel anlamda tatmin edebilmesi mümkün ise bu durum zina kapsamında değerlendirilebilecektir<sup>87</sup>. Benzer şekilde

---

*kadının barışmadan sonraki “Beşir” adlı kimseyle görüşmesinin ise zina aşamasına ulaşmadığı, bu davranışın güven sarsıcı davranış aşamasında kaldığı anlaşılmaktadır...*”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/26603 (9 Kasım 2012); “*...davalı erkeğin başka bir kadınla arkadaşlık kurduğu ve telefon görüşmeleri yaptığı anlaşılmaktadır. Erkeğin güven sarsıcı bu davranışları, ...*”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/5488 (21 Mart 2016); “*... davacı/karşı davalı kadının sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir başka erkekle görüşerek güven sarsıcı davranış içerisine girdiği; davalı/karşı davacı kocanın ise K5 isimli bir bayanla gönül ilişkisi kurduğu, tanık K6’ın beyanından anlaşılacağı üzere davalı kocanın bu hususu ikrar ettiği, görüşme kayıtları incelendiğinde söz konusu bayana ait olduğu belirtilen hat ile gece saatlerinde iletişim halinde olduğu, yine müşterek çocukların beyanından söz konusu bayanın davalı/karşı davacı kocanın evine geldiği, bu sebeplerle davalı karşı davacı kocanın sadakat yükümlülüğüne aykırı güven sarsıcı davranış içerisine girdiği... Gerçekleşen bu olaylara göre evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı,...*”, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi (BAM), K. 2020/1609 (22 Aralık 2020).

<sup>81</sup> Zina eylemini dar yorumlayan görüşten farklı olarak söz konusu görüşteki zina yerine geçmeyen bazı durumları da zina eylemi içerisinde sayan ve zinayı geniş yorumlayan görüşler için Bkz. Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 102; Helin Neval Tekin, *Anlaşılmalı Boşanma* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 38; Bekem, *Zina*, 89; Kılıçoğlu, *Aile*, 92.

<sup>82</sup> Antalya, *Medeni Hukuk*, 244-245; Oğuzman – Barlas, *Medeni Hukuk*, 92; Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 116.

<sup>83</sup> Nitekim evlenme öncesinde nişanlılardan biri bir üçüncü kişi ile cinsel ilişkiye girerse TDK’nın esas aldığı tanımdan farklı olarak artık zina eyleminden bahsedilemeyecektir. Bu konuda Bkz. Öztan, *Aile*, 645 vd.; Dede, “Keskin Sınır”, 648, dn.18.

<sup>84</sup> Bu bağlamda “zina” ifadesinin cinsiyet ve cinsel pratik (ve ayrıca ırk ve inanç bakımından) bakımından kimliksizleşmeyi esas alan “Querr” (amaçsal) yorum metoduyla yorumlandığı özgün bir inceleme için Bkz. Dede, “Keskin Sınır”, 651 vd.

<sup>85</sup> Krş. Asım Kaya, “Amaçsal Yorum”, *Ankara Barosu Dergisi* 4 (Temmuz 2014), 368-370; Nesrin Duman, “Boşanmanın Psiko-sosyal Sebepleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Uluslararası İnsan Çalışmaları Dergisi* 1/2 (Aralık 2018), 250-251; Bekem, *Zina*, 87-88.

<sup>86</sup> Atılğan, *Sadakat Yükümlülüğü*, 31; Bekem, *Zina*, 93; Ceylan, “Manevi Tazminat İstemi”, 56. Zinaya teşebbüsün bir boşanma sebebi olması gerektiğini ancak zina boşanma sebebine sebebiyet vermemesi gerektiği yönünde Bkz. Ersöz, *Zina*, 73-74. Zinanın teşebbüs aşamasında kalmayışıyla ilgili bazı Yargıtay kararları için Bkz. “*...zinanın gerçekleşebilmesi için cinsel ilişkiye girilmesi veya buna teşebbüs edilmesi gerekli...*”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.1993/7941 (23 Eylül 1993). “*...zina için gerekli ortama girilmiş ancak elde olmayan nedenlerle eylemin tamamlanamamış olması bir başka anlatımla eylemin eksik kalkışma derecesinde kalması da zina sebebiyle boşanma için yeterlidir...*”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.1993/7941 (23 Eylül 1993); Zina eyleminin suç olarak kabul edildiği tarihlerden zinaya teşebbüs ile ilgili bir karardaki açıklamalara ilişkin örneğin Bkz. “*...Zina için gerekli ortama girip de elde olmayan sebeplerle eylemin tamamlanamamış olması yani Ceza Kanununun deyimini ile eylemin eksik kalkışma derecesinde kalması da boşanma için yeterlidir. Çünkü kanunun amacı ahlak sınırları dışına çıkmayı bir ölçüde cezalandırmaktır. O halde zina sebebiyle de boşanmanın şartları sabit olmuştur...*”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.1976/6399 (20 Eylül 1976).

<sup>87</sup> Krş. Dural vd., *Aile*, 107; Beyza Dikici Çelik-Fahrettin Önder, “Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma Davası Açısından Af”, *Uygulamalı Sosyal Bilimler ve Güzel Sanatlar Dergisi (SOSGÜZ)* 5/12 (Ağustos 2023), 79-80; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 103. Nitekim bu durum analog dünyadaki zinaya teşebbüsün zina kapsamında kabul edilip edilmemesiyle alakalıdır. Teşebbüs, bir davranışın devam etmesi halinde sonuca ulaşma imkanı sağlanması mümkünken devam edilemediği için kaldığı aşamaya denir. Dolayısıyla şayet cinsel tatmine ulaşmak zinanın kabulünde esas alınacak olursa Metaverse sisteminde haptic sistem sayesinde



aynı cinsten kişiler arasında cinsel birleşmeler, katıldığımız görüşün dahilinde zina boşanma sebebi altında değerlendirilebilecektir<sup>88</sup>. Aksi yönde bir görüşün karşı cinsten ve hem cinsten birliktelikleri farklı esaslara tabi tutması yönünde ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edeceğine işaret edilmektedir<sup>89</sup>. Aldatan eşin cinsel dürtülerini aynı veya farklı cinsiyetten biri ile tatmin etmiş olmasının veya bunu ne şekilde yapmış olduğunun aldatılan eşin aldatılmışlık hissiyatı üzerinde bir etkisi olmadığı, belirleyici olanın cinsel sadakatsizlik olması gerektiği ileri sürülebilir<sup>90</sup>.

Her iki görüşe bağlanan hukuki sonuçlar da farklıdır. Bu anlamda aktarılan fiillerden dolayı zinayı geniş yorumlayan görüşe göre zina özel boşanma sebebine dayalı boşanma davası açılması durumunda dava hakkı, hak düşürücü sürelerin geçmesi ve af<sup>91</sup> ile sona erer (TMK m. 161/f.2,3). Buna karşılık zinayı dar yorumlayan görüşe göre haysiyetsiz yaşam sürme özel boşanma sebebine dayalı boşanma davası herhangi bir hak düşürücü süreye bağlanmamıştır. Öte yandan katıldığımız görüşe göre tek bir zina eylemi bile zina şartını sağlamaya yeterlidir<sup>92</sup>. Buna karşılık haysiyetsiz hayat sürmeyi arayan görüşün kabulü durumunda bir defalık davranış yeterli görülmemektedir<sup>93</sup> ve ayrıca bu durumun karşı taraf için çekilmez olması da aranmaktadır<sup>94</sup>. Böylece tek bir eylemin (eşcinsel birliktelikleri zina eylemine sokmayan görüş doğrultusunda) zina özel boşanma sebebine sokulamadığının kabulü durumunda veya

---

ulaşılabilmesi mümkün görünen cinsel tatminin hazırlık aşamasında kalınması halinde de ilgili davranışın yarıda kalması tutarlı olarak zinaya teşebbüsü oluşturacaktır.

<sup>88</sup> Eşcinsel birlikteliklerin zina boşanma sebebini oluşturacağı yönündeki görüşü destekler nitelikteki bazı Yargıtay Kararları için Bkz. "...Anal ya da oral yoldan yapılan, eşcinsel veya grup halinde bulunan cinsel birleşmelere ait görüntülerin veya cisimle yapılan masturbasyon görüntülerinin tek başına "doğal olmayan" kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği...", Yargıtay 18. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2017/2070 (22 Şubat 2017) karar metnindeki açıklamadan da anlaşılacağı üzere eşcinsel ilişkinin doğal olmayan yolla girilen cinsel ilişkilerden sayılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay bir başka kararında ilk derece mahkemesinin iki erkeğin cinsel ilişkisinin zina boşanma sebebini oluşturduğuna dair kararı üzerine temyiz yoluna gidildiğinde "...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2017/565 (17 Ocak 2017) şeklinde ifade etmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere Yargıtay 2.Hukuk Dairesi'ne göre de aynı cinsten kişilerin cinsel ilişkileri zina sebebiyle boşanmaya sebep olabilmektedir. Aksi yönde eşcinsel birlikteliklerin zina boşanma sebebi sayılmayacağı yönünde Bkz. "...İnsanlar için doğal cinsel davranışın, devamlılık gösteren Daire kararlarında da vurgulandığı üzere, bir kadın ile bir erkeğin, cinsel organlarının bir araya gelerek ilişkiye girmeleri suretiyle oluştuğu, bunun dışındaki, örneğin birden fazla kişinin bir araya gelerek cinsel ilişkiye girmeleri (grup sex), eşcinsel insanların birbirlerine cinsel davranışlarda bulunmaları, hayvanlarla cinsel ilişki, oral veya anal yoldan cinsel davranışların tamamının doğal olmayan cinsel davranışlar olduğu...", Yargıtay 14.Ceza Dairesi (Yargıtay), K.2014/3732 (20 Mart 2014). Aktarılan kararda ise Yargıtay 14. Ceza Dairesi ise eşcinsel ilişkileri doğal olmayan cinsel davranışlar içerisinde değerlendirmektedir. Olması gereken hukuk açısından aynı cinsten kişiler arasında cinsel ilişkinin zina olarak görülebileceği yönünde ise Bkz. Dede, "Keskin Sınır", 660; Ömer Uğur Gençcan, *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 134; Rona Serozan vd., "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/2 (2016), 540 vd.; Kılıçoğlu, *Aile*, 92; Bekem, *Zina*, 97-100.

<sup>89</sup> Dede, "Keskin Sınır", 656 vd.; zina boşanma sebebi bünyesinde eşcinsel birlikteliklerin haysiyetsiz hayat sürme boşanma sebebine girmesinin ayrımcılığın önünü açabileceğine dair görüş için Bkz. Özge Yücel, "Cinsiyet Kimliğinin ve Cinsel Yönelimin Medeni Hukukta Statüsü", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (Mayıs 2023), 1834.

<sup>90</sup> Krş. Beyza Dikici Çelik-Fahrettin Önder, "Af", 106-107.

<sup>91</sup> Kanunda bir eşin önceden rıza göstermesi durumunun akıbeti düzenlenmemiştir. Öğretideki bir görüş bunu af kapsamında görmektedir. Bu yönde örneğin Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Aile Hukuku* (İstanbul: Nurgök Matbaası, 1965), 198; Ferit Hakkı Saymen - Halid Kemal Elbir, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1960), 245. Ancak öğretideki baskın görüş ve Yargıtay uygulaması önceden gösterilen rızanın ahlaka aykırı olacağı ve bu anlamda af kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşündedir. Bu yönde örneğin Bkz. Akıntürk-Ateş, *Aile*, 248; Dural vd., *Aile*, 109. Yine aynı yönde Krş. Ersöz, *Zina*, 105; Öztan, *Aile*, 652; Şakir Berki, "Boşanma ve Ayrılık", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 32/1 (Mayıs 1975), 139; Mehmet Akif Tutumlu, *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku Cilt I* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2009), 239. Zina fiiline önceden rıza göstermenin af kapsamında sayılmayacağına dair örnek yargıtay kararları için Bkz. "...kadının kocasının zinasına önceden muvafakat etmiş olması veya muvafakatını belli edecek şekilde davranmış olması TCK'nun 180. maddesinde yazılı 6 aylık süre içerisinde şikayet hakkını kullanmasına engel olamaz (YİBK 23.5.1966 T. 1966/3 Esas, 1966/5 K).", Yargıtay 8.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2014/11905 (10 Haziran 2014), Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), K.2013/1601 (27 Kasım 2013).

<sup>92</sup> Hatemi, *Aile*, 120; Öztan, *Aile*, 646; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 245; Bekem, *Zina*, 89.

<sup>93</sup> Dural vd., *Aile*, 112; Öztan, *Aile*, 665; Köprülü - Kaneti, *Aile*, 156; Oğuzhan Ünsal, "Haysiyetsiz Hayat Sürme Nedeniyle Boşanma", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/12 (Mart 2022), 232; Oğuz Ersöz, "Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4/2 (Aralık 2018), 125-127.

<sup>94</sup> Evlilik birliğini çekilmez hale getirmesinin aranması suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme boşanma sebebinin nisbi boşanma sebebi olmasından kaynaklanmaktadır. Bu konuda Bkz. Köprülü-Kaneti, *Aile*, 156-157; Öztan, *Aile*, 665; Akıntürk - Ateş, *Aile*, 253; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 110.

karşı taraf için bunun çekilebilir olduğunun ispatında haysiyetsiz hayat sürme özel boşanma nedeni olarak da kabul edilemeyecektir. Ayrıca zina eylemini dar yorumlamanın davacı yönünden bir diğer olumsuz yönü şayet kendisi sıklıkla olduğu üzere yasal mal rejimi olan edinilmiş mal rejimine tabii ise kendi lehine (davalı aleyhine) olan TMK m. 236/f.2<sup>95</sup>'de öngörülen özel hukuk cezasından<sup>96</sup> yoksun kalmaktadır. Ancak katılmış olduğumuz görüşün benimsenmesi durumunda davacı eş aleyhine böyle bir sonuç doğmayacaktır.

Kanaatimizce böyle bir sonuç ve benzer bir duruma farklı iki hukuki sonuç bağlama<sup>97</sup> kabulü kanun koyucu tarafından istenmemektedir. Bu anlamda şayet katılmış olmadığımız görüşün (zinayı dar yorumlayan görüşün) benimsenmesi ve TMK m. 163'ün uygulanması gerektiğinin kabulü durumunda burada kanun koyucunun istemeden bıraktığı bilinçsiz (kural dışı) bir kanun boşluğu<sup>98</sup> bulunduğu ileri sürülebilir. Söz konusu boşluk amaca uygun şekilde "haysiyetsiz hayat sürme" olgusunun kabulü için bunun tek seferlik olmasını yeterli görmeyi ve davacı eş yönünden çekilmezlik şartının sağlandığının (veya bu şartın aranmamasının) kabulünü gerektirmektedir<sup>99</sup>.

Sanal ortamda yukarıda aktardıklarımızdan daha farklı cinsel sadakate aykırı durumlarla da karşılaşılabilir. Çalışmanın ilk bölümünde tüm avatarların gerçek kişi avatar olmadığı aynı zamanda yapay zeka avatarların da olabileceği belirtilmişti. Bu durumda ise eşlerden birinin avatarının yapay zeka avatar olduğunu bildiği avatar ile cinsel ilişkide bulunması, tıpkı gerçek hayatta mevcut olan yetişkin oyuncakları ("sex toys") ile cinsel dürtülerini tatmin etmek gibi düşünülebilir<sup>100</sup>. Bu tarz yetişkin oyuncaklarının bunların bir insan olmadığı bilincinde ve sadece cinsel dürtülerini uyarmak için kullanılması söz konusudur. Bu anlamda yapay zeka avatarın gerçek kişi avatar olmadığını bilen kişinin bu davranışı da cinsel dürtülerini etkinleştirmeye yönelik bir eylem olacaktır. Bu ihtimalde sanal ortamda aynı veya farklı cinsten bir üçüncü gerçek kişi ile cinsel yakınlaşma söz konusu olmamaktadır.

<sup>95</sup> TMK m. 236 f. 2'de: "Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir" şeklinde öngörülmüştür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Fahri Erdem Kaşak, "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılması veya Kaldırılması (TMK M. 236/II)", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/1 (Haziran 2020), 111-130; Şamil Demir, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması", *Ankara Barosu Dergisi* 1 (Ocak 2014), 264-265; Bekem, *Zina*, 101; Ersöz, *Zina*, 77-78. Bu konuyla ilgili ayrıca örnek mahkeme kararları için Bkz. "...Kuralın kusurlu olan eşin katılma alacaklı olduğu durumda uygulanmak üzere öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Buna göre kural uyarınca zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde katılma alacaklı kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılması veya kaldırılması mümkündür. ...", Anayasa Mahkemesi Kararı – GK (AYM), K. 2023/132 (26 Temmuz 2023); "...Mahkemece, TMK'nin 236/2 maddesine göre zina ve hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakimin kusurlu eşin katılma alacağına hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebileceği hükmüne dayanarak davacının, davalıyı dolandırması sebebiyle ceza davası olduğu, evlilik birliği içinde sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı, iyi niyetle hareket etmediği, bu nedenle davacının dava konusu edilen taşınmazda herhangi bir katılma alacağını hak etmediği gerekçesiyle,..." , Yargıtay 8.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2019/3464 (1 Nisan 2019); "...dosya ekinde bulunan ... Aile Mahkemesinin ... Esas-2013/604 Karar sayılı boşanma dosyasına göre kadının kusurlu bulunduğu ve tarafların TMK'nin 161/1 maddesi uyarınca zina nedeniyle boşanmalarına karar verildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmaktadır. Dava, katılma alacağı isteğine ilişkin olduğuna ve tasfiyeye konu taşınmazlar ile araç edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde edinildiğine göre TMK 236/2. maddesi uyarınca değerlendirme yapılarak ...", Yargıtay 8.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2018/18247 (6 Kasım 2018); "...davacının artık değere katılma alacağına tümü ile kaldırılması mı yoksa azaltılması mı gerektiğinin toplanan ve toplanacak deliller, dosya kapsamı karşısında tespit edilmesi ve oluşacak duruma göre hüküm kurulması olmalıdır..." , Krş. Yargıtay 8.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2019/5440 (23 Mayıs 2019)

<sup>96</sup> Bu hukuki niteleme için Bkz. Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 265.

<sup>97</sup> Böyle bir durumda davacının elinde kalan imkan, sadece nisbi bir boşanma sebebi olan evlilik birliğinin temelinden çökmesine dayalı bir dava açılabilmesidir.

<sup>98</sup> Bilinçsiz (kural dışı) kanun boşluğu ile örneğin Bkz. O. Gökhan Antalya, *Hukuk Metodolojisi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 261-273; Kayıhan – Ünlütepe, *Medeni Hukuk*, 122-124; Metin İkizler – Özlem Tüzüner (ed.), *Medeni Hukuk* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 133-134; Oğuzman – Barlas, *Medeni Hukuk*, 96-98.

<sup>99</sup> Hakim görüşüne göre zina sayılmayan eşcinsel ilişkilerde haysiyetsiz hayat sürme özel boşanma sebebine gidebilmek için çekilmezlik şartının gerçekleşmesi gerektiğine dair Bkz. Dede, "Keskin Sınır", 656.

<sup>100</sup> Eşyalar ile cinsel temas için Bkz. Ersöz, *Zina*, 79-80.

Ancak yapay zeka avatarla da cinsel dürtüleri için sürekli vakit geçirip eşine zaman ayırmayan eşin durumu evlilik birliğinin temelinden sarsılması sonucunu doğurabilir<sup>101</sup>.

### C. Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış

#### 1. Genel olarak

İlgili maddede hepsi özel, mutlak ve kusura dayalı<sup>102</sup> olan üç ayrı boşanma sebebi düzenlendiğinden dolayı bu başlıkta her bir boşanma sebebine genel hatlarıyla ayrı ayrı değinilecektir.

Hayata kast boşanma sebebi adından da anlaşılacağı üzere eşlerden birinin diğer eşin hayatına yani yaşama hakkına kastetmesi halidir<sup>103</sup>. Bu durum eşin hayatına aktif bir fiil ile kastetmekle gerçekleşebilir<sup>104</sup>. Bunun gibi bu eylem eşi intihara teşvik etmek ya da yaşamaya için yapması gereken bir eylemi, eşinin ölmesi için yapmaktan kaçınma olarak pasif şekilde de meydana gelebilir<sup>105</sup>. Yine "hayata kast" ifadesinden açıkça anlaşılan kast unsurunun varlığının aranmasıdır<sup>106</sup>. Dolayısıyla ayırt etme gücü olmayan eşin diğer eşi öldürmek için yaptığı bir eylemde ya da ölmemesi için yapması gereken eylemden kaçındığı durumda hayata kasttan bahsedilemeyecektir<sup>107</sup>. Vurgulanması gereken bir diğer durum ise hayata kastın boşanma sebebi olabilmesi için hayatına kastedilen eşin ölmemiş olması

<sup>101</sup> Cinsel obje ile cinsel tatminin zina sayılmayacağı ile ilgili Bkz. Ersöz, *Zina*, 79-80. Ömer Uğur Gençcan, *Boşanma Hukuku 1.Cilt* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 193; Eşya ile cinsel temas durumunun sürekli olması dahi evlilik birliğinin temelinden sarsılması sonucunu doğuracağı görüşü için Bkz. Ersöz, *Zina*, 79-80. Eşin, sürekli yetişkin oyuncaklarıyla cinsel dürtülerini gidermesi sonuç olarak eşyle cinsel ilişki yaşamamasına ya da daha az yaşamaya sebep olacaktır. Eş ile cinsel ilişki yaşanmamasının boşanma üzerindeki etkisi ile ilgili Bkz. Özlem Tüzüner, "Boşanma Açısından Eşle Cinsel Birliktelik Yaşa(ya)mama", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29/1 (Haziran 2023), 394-440. Evlilik birliği devamında cinsel ilişki yaşanmamasının boşanma davalarındaki görünümü için örneğin Bkz. "...Davalının yapılan jinekolojik muayenesinde, cinsel birleşmeye engel bir hal görülmediği, halen bakire olduğu 28.01.2009 tarihli doktor raporunda bildirilmiş, psikiyatri uzmanı da davalıda "vaginismus" düşünülmendiğini ifade etmiştir. Toplanan delillerden, taraflar arasında cinsel ilişki kurulmadığı anlaşılmaktadır...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2010/21269 (16 Aralık 2010).

<sup>102</sup> Dural vd., *Aile*, 109; Yılmaz, *Aile*, 172; Ahmet Fevzi Kibar, "Türk Hukukunda "Hayata Kast" Sebebi ile Boşanma ve Doğurduğu Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesi (TMK M 162)", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2 (Temmuz 2020), 636; Ünlütepe, *Boşanma*, 96.

<sup>103</sup> Öztan, *Aile*, 654; Dural vd., *Aile*, 109; Yılmaz, *Aile*, 173; Akıntürk - Ateş, *Aile*, 249. Hayata kast ile ilgili ceza mahkemesinin vermiş olduğu kararın hayata kast boşanma sebebinin verilmesinde etkili olup olmamasıyla ilgili Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 74 zikredilebilir. Bu maddede: "Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz" şeklinde belirtilmektedir. Hayata kast nedeniyle davalı eşin ceza mahkemesinde mahkum edilmesi halinde ceza mahkemesinin kararının hukuk hakimini bağlayıp bağlamayacağı TBK'nın 74.maddesine göre belirlenir. Bu yönde Bkz. Dural vd., *Aile*, 110.

<sup>104</sup> Dural vd., *Aile*, 110; Öztan, *Aile*, 654; Kılıçoğlu, *Aile*, 95; Tekin, *Anlaşmalı*, 40; Yusuf Bor, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 31. "...davalının davacının boşanmaya sığıp, hakaret ettiği, küfür ettiği, davacının Didim Devlet Hastanesinden darp gördüğüne ilişkin 14/08/2016 tarihinde rapor aldığı, akabinde 23/08/2016 tarihinde dava açtığı, dava açmasından sonra davalı K3'in davacı ile 23/09/2016 tarihinde buluştuğu ve davacıyı bıçakladığı, ... davalının davacıyı bıçaklama eyleminin sabit olduğu ve davalı K3'in eşine karşı kasten öldürmeye teşebbüs suçundan mahkumiyet cezası aldığı... Davalı tarafından gerçekleştirilen eylemin sabit olması TMK'nın 162. Maddesindeki şartların tümüyle gerçekleştiği...", İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2.Hukuk Dairesi (BAM), K. 2019/1827 (17 Aralık 2019); "...eşinin hayatına kast eden davalı erkeğin boşanmaya yol açan olaylarda ağır kusurlu olduğu...", Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 4.Hukuk Dairesi (BAM), K.2020/2982 (3 Aralık 2020).

<sup>105</sup> Dural vd., *Aile*, 109-110; Akıntürk - Ateş, *Aile*, 249; Öztan, *Aile*, 654; Yasemin Okan Koç, *Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebi ile Boşanma* (İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 49. "... davalı erkeğin, davacı eşin hayatına kast ettiği, intihara teşvik ettiği,...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2023/1530 (4 Nisan 2023).

<sup>106</sup> Kast unsurunda kasıtlı davranış anlaşılmalıdır. Kasıtlı davranış ise hayata kast özel boşanma sebebi bakımından eylemin dalgınlık veya ihmal ile yapılmaması, bilinçli olarak yapılmasını ifade eder. Hayata kast özel boşanma sebebinde kast unsuru ile ilgili Bkz. Dural vd., *Aile*, 110; Akıntürk - Ateş, *Aile*, 249; Yılmaz, *Aile*, 174; Öztan, *Aile*, 654-655; Kibar, "Hayata Kast", 639.

<sup>107</sup> Gülfer Gözütok, *Terk Sebebiyle Boşanma (TMK m. 164)* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 37; Tekin, *Anlaşmalı*, 41; Yasemin Okan Koç, *Hayata Kast*, 48; Öztan, *Aile*, 655; Akıntürk - Ateş, *Aile*, 249; Yılmaz, *Aile*, 174; kısıtlanan bir eşin eyleminin hayata kast sebebiyle boşanmaya neden olamayacağına dair örnek Yargıtay kararı için Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), K.2019/759 (26 Haziran 2019).

gerektiğidir, zira hayata kast eylemi ölümle sonuçlandığında evlilik birliği de ölümle sona ermiş olacaktır<sup>108</sup>.

Pek fena muamele, eşlerden birinin kasıtlı olarak diğer eşin vücut bütünlüğü üzerinde ve hatta bir bütün olarak hem ruhsal hem de bedensel sağlığını bozucu veya tehlikeye düşürücü, maddi yönü ön planda olan saldırıları ifade eder<sup>109</sup>. Bunlara fiziki şiddet, hapis hayatı yaşatmak, aç bırakma, vb. davranışlar örnek olarak verilebilir<sup>110</sup>. Bu davranışların tek sefer yapılmasının pek kötü muamele olup olmayacağı irdelenebilir. Öncelikle pek fena muameleden bahsedilebilmesi için yapılan fiilin kanun lafzındaki “pek” kelimesi ile de uyumlu olarak “ağır” olması gerekmektedir<sup>111</sup>. Bu ağırlık ise fiilin kendisinin ne olduğuyla alakalı olduğu gibi fiilin uygulandığı eşin şahsi değerlendirmesi ve kusurlu eşin böyle bir hareketi yapmasındaki iradesi gibi durumlarla da alakalıdır<sup>112</sup>. Bu nedenle de sadece fiilin kendisine bakılarak ağırlığı saptanamayabilir. Ancak örneğin hafif bir davranış tek sefer uygulandığında pek fena muamele sayılmayacakken sürekli uygulanması durumunda pek fena muamele sayılabilmektedir<sup>113</sup>.

Onur kırıcı davranış bir eşin diğer eşi küçük düşürmek amacıyla yaptığı saldırı, onun onuruna haksız yere yaptığı hakarettir<sup>114</sup>. Onur kırıcı davranışın boşanma sebebi olabilmesi için ilgili madde lafzında ifade edildiği gibi “*ağır derecede onur kırıcı*” bir davranış olması gerekmektedir<sup>115</sup>. Örneğin, eşi bakire olmasına rağmen bakire olmadığını yaymak ya da evde veya işyerinde eşine ağza alınmayacak ağır hakaretlerde bulunmak, eşini yüz kızartıcı suç işlediğiyle itham etmek, eşin onurunu kırıcı türden davranışlardır<sup>116</sup>. Bunun gibi onur kırıcı davranışın yazılı olarak da meydana gelebilmesi mümkündür<sup>117</sup>.

<sup>108</sup> Safiye Vasviye Özer, *Evlilik Birliğinin Türk Medeni Kanunu'nun 162. Maddesi'ne Göre Sona Ermesi* (Mersin: Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020), 35; Şakir Berki, “Boşanma ve Ayrılık”, 140.

<sup>109</sup> Öztan, *Aile*, 656-658; Dural vd., *Aile*, 110-111; Akıntürk – Ateş, *Aile*, 249-251; Gençcan, *Boşanma Hukuku*, 234; Çınar Mutlu, *Boşanma Sebepleri*, 104; Topak, *Yargılama Usulü*, 37; Krş. Tekin, *Anlaşmalı*, 41.

<sup>110</sup> Fiziki şiddete dair örnek karar için Bkz. “...Hükmün gerekçesinde “davacı kadının ve çocukların sürekli olarak fiziki şiddet gördüğü, davalının kızına ve eşine sürekli küftüğü” sabit kabul edilmiş...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2016/4293 (7 Mart 2016); “...Davalının zaman zaman eşine ve çocuklarına fiziki şiddet uyguladığı...açıklanan davranışlar pek kötü ve onur kırıcı davranış niteliğinde olup...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2012/22373 (24 Eylül 2012). Eşine toplum içinde hakaret etmeye dair örnek bir Yargıtay kararı için Bkz. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.1941/394 (10 Şubat 1941). Eşi hakkında savcılığa gerçek dışı hırsızlık suç duyurusunda bulunmakla ilgili örnek yargıtay kararı için Bkz. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.770/1933 (22 Mayıs 1933).

<sup>111</sup> Öztan, *Aile*, 656-657; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 107; Yılmaz, *Aile*, 175; Krş. Yasemin Okan Koç, *Hayata Kast*, 54; Krş. Ayşe Kübra Karabulut, *Türk Medeni Kanunu'nun 162. Ve 163. Maddelerine Dayanarak Açılan Boşanma Davaları* (Ankara: On İki Levha, 2018), 60; Bor, *Boşanma*, 32, Krş. Bekem, *Zina*, 35.

<sup>112</sup> Yılmaz, *Aile*, 107; Öztan, *Aile*, 656. Yine Krş. Bor, *Boşanma*, 32.

<sup>113</sup> Pek kötü muamele boşanma sebebinde süreklilik unsurunun aranmadığına dair Bkz. Bor, *Boşanma*, 32; Emine Eda Güvener, *Türk Aile Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Kusur İlkesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023), 67; Öztan, *Aile*, 657; Dural vd., *Aile*, 110; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 107; Yılmaz, *Aile*, 175; Topak, *Yargılama Usulü*, 37; Karabulut, *Açılan Boşanma Davaları*, 63; Tekin, *Anlaşmalı*, 42; Yasemin Okan Koç, *Hayata Kast*, 54; Normalde pek fena muamele sayılması için ağır olmayan davranışların süreklilik göstermesi durumunda pek fena muamele kapsamına sokulabileceğiyle ilgili Bkz. Öztan, *Aile*, 657; Yasemin Okan Koç, *Hayata Kast*, 54; Bor, *Boşanma*, 32.

<sup>114</sup> Krş. Yılmaz, *Aile*, 176; Dural vd., *Aile*, 111; Erdem - Makaracı-Başak, *Aile*, 108; Onur kırıcı davranış boşanma sebebine örnek Yargıtay kararı için Bkz. “... ağza alınmayacak sözlerle küfür ve hakaretlerde bulunduğunu, ... tarihinde meydana gelen son olayda çok ağır, onur kırıcı sözler sarfettiğini ... pek kötü ve onur kırıcı davranış sebebiyle boşamalarına karar verilmesini istemiş; mahkemece; ” davanın Türk Medeni Kanununun 162. maddesine dayandığı” kabul edilmiş...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2012/22373 (24 Eylül 2012).

<sup>115</sup> Bu boşanma sebebine ilişkin detaylı bilgi için örneğin Bkz. Aydın Zevkliler vd., *Aile Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 275-276; Gençcan, *Boşanma Hukuku*, 329-350; Öztan, *Aile*, 658-660; Yılmaz, *Aile*, 176-178; Gökçe Canarslan, “The Relationship Of Attempt Against Life, Grave Assaults and Insults With The General Divorce Grounds”, *International Journal of Social And Humanities Sciences* 1/2 (Aralık 2017), 100-101.

<sup>116</sup> Eş bakire olmasına rağmen bakire olmadığını söylenmesi ile ilgili Bkz. Dural vd., *Aile*, 111. İşyerinde eşine ağza alınmayacak hakaretlerde bulunması ile ilgili Bkz. Akıntürk- Ateş, *Aile*, 251. Eşini yüz kızartıcı suç işlediğiyle ilgili itham etmesi için Bkz. Kılıçoğlu, *Aile*, 97.

<sup>117</sup> Özüğür, *Evlencenin İptali Davaları*, 113; Onur kırıcı davranışa örnek durumlar için Bkz. Dural vd., *Aile*, 111; Akıntürk - Ateş, *Aile*, 250-251; Yılmaz, *Aile*, 178; Okan Koç, *Hayata Kast*, 61-62; Kılıçoğlu, *Aile*, 97. Bununla birlikte özel boşanma sebebi olan pek kötü davranışının daha çok fiziksel davranış olarak gerçekleştiği, buna karşın onur kırıcı davranışın daha çok sözel ve psikolojik olduğu hakkında Bkz. Yılmaz, *Aile*, 176; Erdem - Makaracı Başak, *Aile*, 108. Onur kırıcı davranışın hem sözel hem de yazılı yolla yapılabilmesiyle ilgili Bkz. Çınar Mutlu, *Boşanma Sebepleri*, 116-117; Öztan, *Aile*, 658.

Bu anlamda onur kırıcı davranışın oluşabilmesi için herhangi bir fiziksel temas varlığı aranmamakta olup bu davranışın uzaktan da yapılabilmesi mümkündür<sup>118</sup>.

## 2. Metaverse özelinde değerlendirmeler

Metaverse teknolojisinde kişilerin birebir temas etme şansları olmamakla beraber dokunsal geri bildirim siteleri ile kişiler birbirlerinin temaslarını hissedebilirler<sup>119</sup>. Bir avatar diğer avatarı öldürmek üzere bir eylemde bulunduğu bunu karşı tarafın ne kadar ve nasıl hissedebileceği irdelenebilir. Günümüz teknolojisiyle kişiler dokunsal geri bildirim sistemiyle elektrik iletimini ve giyilebilir teknolojilerle kendisine yapılan müdahaleleri hissedebilirler. Bu sayede sadece dokunma hissi değil aynı zamanda elektriksel uyarılarla beraber acı hissetme, yanma veya üşüme gibi hislerin de hissedilmesi sağlanmaktadır<sup>120</sup>. Ancak sıklıkla bir saldırı sonucu ölüm vakasında kişinin ölmesini sağlayan şey saldırının mağdurun vücuduna hissettirdiği acı değildir. Burada sıklıkla asıl önemli ve belirleyici olan saldırılan yerin hayati bir bölge olup olmadığı, ne kadar kan kaybına sebep olduğu, dokulara ve organlara ne kadar zarar verdiği gibi birçok fiziksel duruma bağlı faktörlerdir<sup>121</sup>. Dokunsal geri bildirim sistemi sayesinde acının hissedilmesi mümkündür. Ancak eşlerin aynı anda Metaverse’te aktif oldukları bir ihtimalde bunlardan birinin avatarının diğerinin avatarına gerçek hayattaki gibi aktif bir eylemle (bıçaklamak, silahla ateş etmek gibi) saldırması sonucu ölüm günümüz teknolojisiyle mümkün olmayacaktır.

Günümüzde yakın bir gelecekte Metaverse’te veya herhangi başka bir sanal ortamda herhangi bir alete ihtiyaç olmadan bilinç aktarımı sayesinde Metaverse’e girilebilmesi durumu tartışılmaktadır<sup>122</sup>. Bu durumda bunu sağlayacak ve dışardan da kontrol edilebilecek bir aparatın varlığı önem taşır. Örneğin alın bölgesine, boynun arkasındaki soğancığa yapıştırılan veya yerleştirilen küçük bir yonga (çip)<sup>123</sup> veya benzeri yapının varlığı sayesinde zihin aktarımı meydana gelebilmesi düşünülebilir<sup>124</sup>. Bu kurgusal ihtimalde ancak eşlerden biri Metaverse’teyken diğer eş dışarıdan müdahale ederek onun Metaverse’ten analog dünyaya çıkmasını engeller ve bu sayede de gerçek hayatta mümkün olabilecek bir hadise olan, eşini aç bırakarak öldürmeye çalışırsa kendisine hayata kast özel sebebiyle boşanma davası açılabilir<sup>125</sup>. Benzer şekilde örneğin eşlerden biri intihara meyilli ve psikolojik sorunları olan eşini intihara teşvik edebilir ve eşinin analog dünyaya çıkamayacak bir duruma girmesine yardımcı olabilir<sup>126</sup>. Buna da

<sup>118</sup> Dural vd., *Aile*, 111; Öztan, *Aile*, 658; Krş. Duygu Sezen, *Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu* (Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016), 35.

<sup>119</sup> Tamer Soysal, “Sanal Gerçeklik”, 177-178; Uğur, “Dijital Avatlar”, 6

<sup>120</sup> Uğurlu “Metaverse Nedir? Bizi Ne Bekliyor?”, 00.38.55 – 00.40.40.

<sup>121</sup> Ali İhsan Uzar vd., “Penetran Ateşli Silah Yaralanmalarında Yara Balistiği”, *Güvenlik Bilimleri Dergisi* Özel Sayı (Nisan 2019), 57; Prof. Dr. Murat Aksoy, “Silahlı Yaralanmalarda Vücudumuzda Neler Oluyor? / Film Setlerinde Yaşanan Kazalar”, *YouTube* (24 Ekim 2021), 00.02.40-00.03.20. Krş. Erol Acar vd., “Erişkin Karın Travma Hastalarının ve Karın İçi Solid Organ Yaralanmalarının Değerlendirilmesi”, *Phnx Med J.* 2/2 (Temmuz 2020), 90-97.

<sup>122</sup> Zihin aktarımı gibi bir durumun günümüzdeki benzer çalışmaları için Beyin Makine Arayüzü çalışmaları dikkat çekicidir. Bu konuda Bkz. Başak Ozan Özparlak – Sabire Sanem Yılmaz, “Beyin-Makine Arayüzü ve Mahremiyete Dair Yeni Hukuki Sorunlar”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (Eylül 2021), 581 vd.

<sup>123</sup> Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Çip” (Erişim 30 Aralık 2023) “Milimetrik yüzeyler üzerinde on binlerce devre elemanından oluşan, karmaşık elektronik devrelerin yerleştirildiği, genellikle silikon benzeri yarı iletken malzeme; yonga”.

<sup>124</sup> İlgili durum ile ilgili esinlenen bir yapıt ile ilgili bilgi için Bkz. Wikipedia (Wikipedia), “Sun Junipero” (Erişim 12 Mayıs 2024).

<sup>125</sup> Aç bırakmanın daha çok eziyet çekirme görünümünde meydana gelme ihtimali olduğu için ilk başta pek kötü muamele kapsamına gireceği düşünülebilir. Öte yandan aç bırakmanın sonucu bir süre sonra hayatın olağan akışına uygun olarak ölüm meydana gelecektir. Bunun için aç bırakma öldürme kastıyla yapılmışsa bu durumun hayata kast boşanma sebebinin oluşturacağı düşüncesindeyiz. İfade edildiği gibi burada önemli olan husus zaten hayata kast boşanma sebebinin oluşmasını sağlayan öldürme kastının varlığıdır. Bu konuda Bkz. Akıntürk-Ateş, *Aile*, 249; Öztan, *Aile*, 654; Dural vd., *Aile*, 109, Ünlütepe, *Boşanma*, 96; Bor, *Boşanma*, 31.

<sup>126</sup> Bahsedilen duruma benzer, örnek olabilecek bir dizideki Sun Junipero bölümü için Wikipedia, “Sun Junipero”. Charlie Brooker’ın yazdığı ve Owen Harris’in yönettiği bölüm (Black Mirror’un 3. sezonunun 4. bölümü) San Junipero’da yaşlı ve hasta olan kişiler bir aparat sayesinde bağlandıkları Metaverse benzeri evrende kalmaya karar verirlerse aparat ile bağlantıları koparılıp sonsuza dek o evrende yaşamaya devam ediyorlar. Gelecekte Metaverse’e girmek için sürekli bir bağlantıya ihtiyaç duyulması halinde intihar etmek isteyen eşe bağlantıyı kesebilmesini öğreten eş, eşini intihara teşvik edebilecek ve bu nedenle de hayata kast özel boşanma sebebi meydana gelebilecektir.

örneğin analog dünyaya çıkmasına yardımcı olabilecek bir yazılım mevcutsa bu yazılımı eşinin devre dışı bırakmasını sağlayarak yapabilir.

Hayata kast ile “tehdit” olguları arasındaki ilişkiye de değinilebilir. Öncelikle genel olarak analog dünyada tehdidin tek başına, doğrudan hayata kast unsurunu gerçekleştirmediği, ancak somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiği savunulmaktadır<sup>127</sup>. İnceleme konusu özelinde örneğin eşlerden birinin diğerini analog dünyada bir silah ile tehdit ederek sanal ortamda durmaya fiilen zorladığı düşünülün. Bu durum analog dünyadaki tehdit ile benzer şekilde değerlendirilebilir<sup>128</sup>. Öte yandan sanal ortamdaki tehdidin bu nitelikte olup olmadığına somut olaya göre karar verilmelidir. Bu anlamda şayet somut olayda belli bir süreden fazla Metaverse kullanımının kullanıcı olan eşin gerçeklik algısını bozduğunun kabulü durumunda<sup>129</sup> sanal ortamda diğer eşin yaptığı tehdidin hayata kast boşanma sebebini gerçekleştirme ihtimali mümkün olabilecektir. Şöyle ki özellikle yukarıda aktarılan ve ileride zihin aktarımıyla bağlanılabileceği düşünülen Metaverse’te kişilerin sanal ortama bağlılıkları daha fazla olacağından ve buna bağlı olarak Metaverse’te geçirilen zamanın fazla olması ile kullanıcıların gerçeklik algıları çok daha fazla etkilenecektir. Bunun nedeni ise şu an için Metaverse’ün, bilinç aktarımının mümkün olması halinde kullanıcıların hayatında çok daha merkezi bir role sahip olacak olmasıdır. Örneğin kullanıcılar analog dünyada hiç var olmayan bir okulu/üniversiteyi Metaverse’te kazanıp tıpkı fiilen bir okul/üniversite varmış gibi orada okuyup, arkadaşlarıyla sosyalleşebileceklerdir<sup>130</sup>. Günümüzde görüldüğü üzere kullanıcıların gerçek hayatta hiç var olmayan bir mağazayı Metaverse’te kurup orada sanal ürünler üretip satabilmeleri de buna örnek olarak verilebilir<sup>131</sup>. Metaverse’ün bir eşin ailevi, ticari ve beşeri ilişkilerini çok yoğun etkilediği bir ihtimalde bu durum eşlerin gerçeklik algısını ve diğer eşin kendilerine yaptığı tehdidin ağırlığını da etkileyecektir.

Değinilebilecek bir diğer husus da bir eşin diğer eşin ölmemesi için yapması gereken hareketten kaçınması halidir. Bu durum dünya çapında ünlü olan (“*world of warcraft*”) oyunu ile ilgili hadisedeki duruma<sup>132</sup> benzer bir hadise şeklinde meydana gelebilir. Buna göre örneğin eşlerden biri saatlerce Metaverse’ten ayrılmayıp herhangi birinin dikkatini çekecek kadar uzun saatler kalıyorsa artık burada diğer eşin, eşini uyarması gerektiğinden bahsedilebilir. Benzer durum söz konusu oyunun, mavi balina (“*the blue whale challenge*”) oyunu örneğinde görüldüğü üzere eşlerden birini analog dünyada intihara sürüklemesi durumunda da söz konusu olabilir<sup>133</sup>. Aktarılan örneklerde uyarılmadığı takdirde Metaverse’e bağımlı hale gelmiş eş Metaverse’te geçirdikleri zaman sonucunda hareketsizlikten dolayı

<sup>127</sup> Tehdit unsurunun tek başına hayata kast boşanma sebebine sebebiyet vermeyeceğine dair Bkz. Çınar Mutlu, *Boşanma Sebepleri*, 101; Kibar, “Hayata Kast”, 638; Dural vd., *Aile*, 110.

<sup>128</sup> Analog dünyada tehdit unsurunun hayata kast boşanma sebebini oluşturup oluşturmayacağına dair öğretilerdeki bakış açıları için Bkz. Dural vd., *Aile*, 110; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 249; Yılmaz, *Aile*, 174; Kibar, “Hayata Kast”, 638; Özer, *Evlilik Birliğinin*, 40; Çınar Mutlu, *Boşanma Sebepleri*, 101; Bozdağ, *Kusurun Etkisi*, 52.

<sup>129</sup> Kuş, “Dijital Büyük Patlamada”, 253. Krş. Ebru Ağaoğlu Ercan, “Sanal Gerçeklik, Hakikat Kavramının Dönüşümü ve Popüler Kültürdeki Yansımaları”, *Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi* 34 (Aralık 2019), 134.

<sup>130</sup> Sanal okulların mümkün olabileceği, daha çok covid19 pandemisi döneminde gündeme gelen uzaktan eğitim kavramı ile düşünülebilir. Uzaktan eğitim ile ilgili Bkz. Emine Demiray, *Kadın Eğitimi ve Uzaktan Eğitim* (Ankara: Efil Yayınevi, 2010), 65-119; Aytakin İşman, *Uzaktan Eğitim* (Ankara: Pegem Akademi, 2022), 14-31.

<sup>131</sup> Örnek verilen durum günümüzde oyunlardaki oyun karakterleri için satın alınan giysiler ile de benzerdir. Bir platformda oyun karakterleri için nasıl kıyafet yapılıp satılabileceğine dair örneğin. Krş. Asimmim, “Roblox İyafet Yaparak Robux Kazanma Roblox Kıyafet Yapma 2023”, *YouTube* (1 Mart 2023), 00.00.00-00.06.35.

<sup>132</sup> On dokuz saat aralıksız bir şekilde World of Warcraft oynayan çocuğun ölmesine dair haber için Bkz. Gündem Kıbrıs (Gündem), “19 saat boyunca oynadı, öldü!” (Erişim 11 Mart 2024).

<sup>133</sup> Bir dönem çok sayıda kullanıcının intihar etmesine sebep olan blue whale (mavi balina) oyunu gündeme gelmişti. Burada söz konusu oyun, uzun süre oynamaya bağlı hareketsizlik sonucunda bir ölüme sebep olmasa da çeşitli görevlerle kullanıcıların oyuna bağlanması sağlanmaktadır. Oyuna bağlanan kullanıcılar ise intihara sürüklenmektedir. Mavi balina oyunu ile ilgili Bkz. Ebru Ardic, “Çevrim İçi Oyun Tehditlerine Karşı Çözüm Önerileri: Mavi Balina Oyunu”, *Uluslararası Sosyal Bilgilerde Yeni Yaklaşımlar Dergisi* 3/1 (Haziran 2019), 57-75; Mehmet Yılmaz-Ferdi Candan, “Oyun Sanal İntihar Gerçek: “The Blue Whale Challenge/Mavi Balina” Oyunu Üzerinden Kurulan İletişimin Neden Olduğu İntiharlar Üzerine Kuramsal Bir Değerlendirme”, *Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi* 29.Özel Sayısı 270-283. Ayrıca Bkz. mynet (mynet), “Çocuklarınızı koruyun: 130 gencin ölümüne neden olan bilgisayar oyunu dünyayı ayağa kaldırdı” (Erişim 3 Mart 2024). Bu anlamda Mavi balina oyununa da bağımlı hale gelmiş olan eşe karşı herhangi bir harekette bulunmayan eşin durumu da hayata kast özel boşanma sebebi altında değerlendirilebilir.

veya analog dünyada intihara sürüklenerek ölümü gündeme gelebilir<sup>134</sup>. Bu tarz durumlara diğer eşin duyarsız kalması durumu hayata kast boşanma sebebi altında değerlendirilebilecektir.

Nihayet Metaverse özelinde hayata kast unsurunun oluşup oluşamayacağıyla ilgili ayırt etme gücünün etkisine değinilmelidir. Ayırt etme gücü olmayan bir eşin hayata kastetmesi durumunda hayata kast boşanma sebebindeki kast unsuru gerçekleşmez<sup>135</sup>. Bu bağlamda yukarıda aktarıldığı üzere Metaverse'ün de kişinin gerçeklik algısı üzerinde etkisi olduğu hatırlatılabilir. Ancak ayırt etme gücünü kendi isteğiyle kaybetmiş kişi için durum farklıdır. Örneğin eşin, sevgilisinin zorlamasıyla kendi eşini öldürmek için cesaret toplamak amacıyla alkol tüketip ayırt etme gücünü geçici süreliğine kaybetmesi durumunda artık ayırt etme gücü yoktur ve dolayısıyla da kast unsuru yoktur denilemez<sup>136</sup>. Benzer şekilde Metaverse'ün ayırt etme gücünü kaybettirecek kadar bir etkisi bulunduğu ihtimalde de eşin bu duruma kendi isteyerek geldiğinin kabulünde hayata kast unsurunun gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir.

Pek kötü muamele özel, mutlak ve kusura dayalı bir boşanma sebebidir<sup>137</sup>. Bunun altında eşini hapsetmek, anormal cinsel ilişkiye zorlamak gibi birçok farklı davranışın yer alması mümkündür<sup>138</sup>. Makalenin kapsamını genişletmemek üzere "pek kötü muamele" altında değerlendirilebilecek olan vücut bütünlüğünün bozulması, bedensel veya ruhsal sağlığı bozucu ya da tehlikeye düşürücü davranış uygulama örnekleri üzerinden bu başlıkta Metaverse özelinde değerlendirmeler yapılacaktır.

Öncelikle eşin vücut bütünlüğünü bozucu davranışların, daha önce aktarılan "hayata kast" başlığı altındaki değerlendirmelerdeki gerekçelerden dolayı mümkün olmayacağına işaret etmekle yetinilecektir. Ancak aç bırakmanın da bir önceki başlıkta bahsedilen hayata kast boyutunda olmadığı bir ihtimalde de yani ölüme sebebiyet vermeyecek derecede aç bırakma durumunun pek kötü muamele

<sup>134</sup> Eşin ilgili bağımlılığının ölüme sebep olabileceğini bilen diğer eşin, ölüm gerçekleşsin diye eşini uyarmaması durumunun, eşin ölmemesi için yapması gereken hareketten kaçınarak hayata kast özel boşanma sebebinin oluşturabileceği düşünülebilir. Eşin ölmemesi için yapması gereken hareketten kaçınmanın hayata kast özel boşanma sebebi olduğuna dair Bkz. Kibar, "Hayata Kast", 637; Krş. Özge Öztürk, *Genel Boşanma Sebepleri* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010), 24; Güvener, *Boşanma Sebepleri*, 65, Dural vd., *Aile*, 110; Öztan, *Aile*, 654.

<sup>135</sup> Dural vd., *Aile*, 110; Yılmaz, *Aile*, 174; Öztan, *Aile*, 655; Okan Koç, *Hayata Kast*, 48; Canarlan, "The Relationship Of Attempt Against Life", 99. Yine Krş. Çınar Mutlu, *Boşanma Sebepleri*, 103; Vasviye Özer, *Sona Ermesi*, 35.

<sup>136</sup> Ayırt etme gücünün bilerek kaybedilmesi durumunun hayata kast boşanma sebebine etkisi ile ilgili Bkz. Canarlan, "The Relationship Of Attempt Against Life", 99; Dural vd., *Aile*, 110. Hayata kast boşanma sebebinde ayırt etme gücünün bilerek kaybedilmesi durumunda Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.59 "Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur." Örneğe yoluya uygulanması halinde ifade edildiği üzere bilinçli olarak ayırt etme gücünün kaybında hayata kast özel boşanma sebebi oluşmuş olacaktır. TBK m. 59 hakkında bilgi için Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 420-421; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 526; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-V/1-2* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 276; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Basım, 2020), 180; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, 430.

<sup>137</sup> Dural vd., *Aile*, 109; Yılmaz, *Aile*, 172; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 248, 251; Öztan, *Aile*, 654, 658.

<sup>138</sup> Örnek pek fena muamele davranışları için Bkz. Yılmaz, *Aile*, 175-176; Dural vd., *Aile*, 110; Öztan, *Aile*, 656; Topak, *Yargılama Usulü*, 37; Okan Koç, *Hayata Kast*, 54-55; Karabulut, *Açılan Boşanma Davaları*, 60. Örnek yargıtay kararları için Bkz. "...Fiziki şiddet uygulamaktan hakkında ceza davası ikame edilmiş ve mahkum olmuştur. Davalının eşine yönelik bu eylemleri pek kötü muamele ve onur kırıcı davranış oluşturur...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/5358 (17 Mart 2016); "...yapılan ve toplanan delillerden, davalı erkeğin eşine sürekli fiziksel şiddet uyguladığı anlaşılmaktadır. Davalının eşine yönelik bu eylemleri pek kötü muamele ve onur kırıcı davranış oluşturur...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2017/7988 (22 Haziran 2017); "...Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davacı-davalı erkeğin eşine birkaç defa fiziksel şiddet uyguladığı ve fiziksel şiddet nedeniyle kadının kulak arkasında yırtılma oluştuğu anlaşılmaktadır. Davacı-davalının eşine yönelik bu eylemleri pek kötü muamele ve onur kırıcı davranış niteliğinde olup Türk Medeni Kanunu'nun 162. maddesi uyarınca davanın kabulü gerekmektedir...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2020/415 (28 Ocak 2020); "...Pek kötü davranış"; eşlerden birinin diğerine uyguladığı, vücut bütünlüğünü, bedensel veya ruhsal sağlığını bozucu ya da tehlikeye düşürücü davranışlardır. Dövme ve fiziksel şiddet uygulama, evden kovma, aç bırakma, anormal cinsel ilişkiye zorlama gibi davranışlar pek kötü davranışa örnek olarak gösterilebilir. İşlenen fiilin devamlılık arzemesi zorunlu olmamakla birlikte pek kötü davranış eyleminin zülüm ve işkence boyutunda olması gerekmektedir (Gençcan, s.184)...", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), K.2019/750 (20 Haziran 2019).

özel boşanma sebebi teşkil edeceği belirtilebilir<sup>139</sup>. Doğal olarak aç bırakma durumu öldürme kastıyla yapılıyorsa elverişli olup olmamasının önemi olmaksızın hayata kast özel boşanma sebebinin oluşturacaktır<sup>140</sup>. Bu anlamda ilgili durumun pek kötü muamele özel boşanma sebebi olabilmesi için öldürme kastının olmaması gerekmektedir<sup>141</sup>. Hayata kast unsuru dışında Metaverse'ün eşin gerçeklik farkındalığına yönelik etkisi ve bu bağlamda bedensel bütünlüğe yönelik faaliyetlere ilişkin daha önce yaptığımız değerlendirmeler ve açıklamalar burada da geçerli olup tekrardan kaçınmak üzere bunları hatırlatmakla yetiniyoruz.

Eşlerden biri, Metaverse'te diğer eşin ruhsal bütünlüğünü zedeleyecek çeşitli faaliyetlerde bulunabilir. Öncelikle Metaverse'te bir eşin istediği profillerde avatarlar oluşturmasının mümkün olduğuna işaret edilebilir<sup>142</sup>. Örneğin eşlerden biri diğerini oldukça rahat bir şekilde kandırabilecek ve oluşturduğu yeni profille eşini kendine güvendirip onunla arkadaş olup eşinin gizlediği özel bilgileri ele geçirebilecektir<sup>143</sup>. Bir kişinin sırrı öğretilen baskın görüş tarafından kabul edilen üç alan teorisine göre onun özel veya gizli alanına dahil olup kişilik değerleri arasında yer alır<sup>144</sup>. Eşin sırrını diğer eşin sanal gerçeklikte ele geçirmesi veya bunu üçüncü kişilere (diğer avatarlara) ifşası, onun kişilik değerleri arasında yer alan özel hayatının gizliliğini ihlal edecektir<sup>145</sup>. Ya da bir başka ruhsal bütünlüğü bozucu davranış olabilecek olan eşinin epilepsi rahatsızlığı olduğunu bilen eşin, hastalığı tetiklemek için eşinin avatarına yanıp sönen ışık tutması düşünülebilir<sup>146</sup>. Bu sayede epilepsi rahatsızlığı tetiklenerek aktif hale geçebilecektir.

Onur kırıcı davranışlar ile de yukarıda aktarıldığı üzere somut olayda farklı şekillerde karşılaşılabılır. Onur kırıcı davranışın varlığı açısından fiziksel temas gerekmediğinden bu durum hem sözlü hem de mesaj atmak gibi yazılı da olabilir<sup>147</sup>. Metaverse de sanal bir ortam olduğundan öncelikle bireysel anlamda kişinin, eşinin onurunu kıracak davranışlarda bulunması mümkündür. Ayrıca kişinin, Metaverse'teki diğer avatarların da gerçek kişi avatarlar olabilmelerinden dolayı eşine karşı sanal ortamdaki topluluk içinde de onur kırıcı davranışta bulunması mümkün olabilecektir. Örneğin gerçek hayatta eş evlendiklerinde bakire olmasına rağmen Metaverse'te bakire olmadığı şeklinde bilgi yaymak

<sup>139</sup> Aç bırakma gibi pek kötü muamele teşkil eden davranışların sürekli olmasına gerek yoktur. Tek sefer yapılmasının da yeterli olduğu hakkında Bkz. Dural vd., *Aile*, 110; Öztan, *Aile*, 657; Yılmaz, *Aile*, 175; Alper Keskin, *Boşanma Davaları 1.Cilt* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 17.

<sup>140</sup> Hayata kast özel boşanma sebebinin oluşması için öldürme niyetinin yeterli olmasıyla ilgili Bkz. Öztan, *Aile*, 654; Dural vd., *Aile*, 109; Yılmaz, *Aile*, 173; Canarslan, "The Relationship Of Attempt Against Life", 99; Okan Koç, *Hayata Kast*, 47.

<sup>141</sup> Hayata kastta eşin hayatına yönelik bir kast varken, pek fena muamele özel boşanma sebebinde eşe genel olarak bedensel zarar veren vücut bütünlüğü ve sağlığına yönelik saldırı vardır. Bu bağlamda Bkz. Dural vd., *Aile*, 109-110; Öztan, *Aile*, 654, 656; Akıntürk- Ateş, *Aile*, 249; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 107; Yılmaz, *Aile*, 173-174.

<sup>142</sup> Avatar görünümünün farklı görüntülerde meydana getirilebileceğine dair Bkz. Kurt - Toy, "Bir İnceleme", 184-185. Saybork, "Saybork, "Ready Player Me Nedir? / Metaverse Avatar Oluşturma / Vrchat Avatar Yapma", *YouTube* (24 Mart 2022) 00.01.00-00.04.04.

<sup>143</sup> Eşin, diğer eşin sırlarını öğrenmek için avatarının görüntüsünü değiştirmesi kendisini gizlemek amaçlı yaptığı bir durumdur. Bu durum analog hayatta meydana gelen ve kötü niyetli kişilerin, başka kişilerin bilgilerini almak için gizlice, bilgilerine ulaşmak istedikleri kişilerin hesaplarına girmesine benzetilebilir. Her iki durumda da kimliklerin gizlenmesi ve bilgilerin paylaşılmak istenmemesine rağmen ele geçirilmesi durumu vardır. Kötü niyetli kişilerin başkalarının hesaplarına izinsiz girmesiyle ilgili Bkz. Soner Altıntaş-Fatma Barkuş, "Dijital Ortamlarda Kişisel Veri Güvenliği Kavramı Üzerine Bir Derleme Çalışması", *Electronic Journal of Vocational Colleges* 13/1 (Haziran 2023), 50.

<sup>144</sup> Üç alan teorisinde en mahrem ve sırrını kendine saklayabileceği (gizli alan), sırrını bazı sınırlı sayıda yakını ile paylaşabileceği (özel alan) ve herkesin rahatça dahil olabileceği (kamusal alan) vardır. Üç alan teorisi hakkında örneğin Bkz. Mustafa Dural - Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 138 vd.; Serap Helvacı, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2023), 123 vd.; Ayan - Ayan, *Kişiler Hukuku*, 96 vd.; Kayıhan-Ünlütepe, *Medeni Hukuk*, 221-222; İkizler - Tüzüner, *Medeni Hukuk*, 352-353.

<sup>145</sup> Dilanur Demir, *Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Unutulma Hakkı* (Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023), 52. Yine bu konuda Bkz. Krş. Habip Oğuz, *İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması* (Ankara: Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010), 54-55; Mustafa Dural - Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), 140-141.

<sup>146</sup> Fotosensitiv epilepsilerin ışığa karşı duyarlı olduğu ve video oyunlarında, tv ve bilgisayarlardaki yanıp sönen ışıkların fotosensitiv epilepsiler için tetikleyici olduğuyla ilgili Bkz. Hacer Bozdemir - Kezban Aslan, "Refleks Epilepsiler", *Arşiv Kaynak Tarama Dergisi (aktđ)* 18/2 (Haziran 2009), 72-74.

<sup>147</sup> Dural vd., *Aile*, 111; Çınar Mutlu, *Boşanma Sebepleri*, 116-117; Öztan, *Aile*, 658.



böyledir<sup>148</sup>. Bunun gibi eşlerden birinin diğerine Metaverse’te birebir ya da herkes içinde ağır hakaretlerde bulunması da mümkündür.<sup>149</sup>

Onur kırıcı davranış ağır olma şartını sağladıktan sonra yukarıda aktarılan örneklerde görüldüğü üzere bunun yapıldığı yerin analog veya sanal dünya olması mümkündür. Ancak hakimın somut olayda değerlendireceği ağırlık unsuru<sup>150</sup> saldırının bulunduğu ortama göre değişebilecektir. Şöyle ki onur kırıcı davranışın ağır olması onun hem objektif hem de sübjektif anlamda ağır olmasını gerektirir<sup>151</sup>. Sübjektif ağırlık, onur kırıcı davranışta bulunan eşin diğer eşe karşı onun onurunu kırmak kastı ile bir davranışta bulunmasını ifade eder<sup>152</sup>. Buna karşın sanal dünyada özellik taşıyabilecek olan objektif unsurda ise saldırının bulunduğu çevrede bulunan standart, model alınabilecek bir kişinin nesnel algısı esas alınır<sup>153</sup>. Söz konusu unsur, sanal dünyanın dinamikleri ile zamanla oluşan sanal ortamda bulunan katılımcılarının kavrayışının tespiti ile irdelenebilir. Ayrıca saldırının kaç kişinin huzurunda yapıldığı da objektif unsur bağlamında saldırının ağırlığını etkileyen bir husustur<sup>154</sup>. Bu anlamda genel olarak dijital dünyanın ve dijital platformların çok sayıda katılımcısı bulunmaktadır. Milyonlarca takipçisi olan bir YouTuber veya influencer<sup>155</sup> buna örnek olarak verilebilir. Her geçen gün artan katılımcı sayısı ile

<sup>148</sup> Dural vd., *Aile*, 111; Yılmaz, *Aile*, 178; Krş. Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 108; Öztan, *Aile*, 658; Akıntürk - Ateş, *Aile*, 250; Bakire olmadığını yaymak ile ilgili “... tarafların cinsel yaşamları ve cinsel sağlıkları konusunda birbirlerine suçlamada bulunup, aralarında kalması gereken bu hususları çevreye de yayarak söylenti oluşmasına sebep oldukları anlaşılmaktadır...”, Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2013/25583 (7 Kasım 2013). Benzer yöndeki söylenti yaymak ile ilgili Yargıtay kararı için Bkz. “...İsviçre’de evli olduğunu gizlediği ve eşinin eve erkek aldığı dedikodusunu yaydığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında boşanmaya neden olan olaylarda davacı koca ağır kusurlu olup...”, Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2011/23291 (22 Aralık 2011).

<sup>149</sup> Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 108; Yılmaz, *Aile*, 178; Dural vd., *Aile*, 111; Krş. Öztan, *Aile*, 658; Akıntürk - Ateş, *Aile*, 251. Herkesin içinde hakaret etmek ile ilgili örnek kararlar için Bkz. “...davalı kadının da mahkemece belirlenen kusurları yanında eşine ot herif, salak diyerek toplum içinde ağır hakaretlerde bulunup, aşağıladığı anlaşılmaktadır...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2015/10788 (27 Mayıs 2015); “...eşine ailesinin maddi yardımında bulunması için baskı yaptığı, “lan” diye hitap ettiği, toplum içinde “fazla yeme, şişmansın” şeklinde sözler söyleyerek aşağıladığı, küfür ettiği, kayınvalidesine hakaret ettiği...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2015/13946 (30 Haziran 2015). “...eşine toplum içinde “Allah belanı versin, yavşak pezevenk, s...tir git, hayvan, adam değilsin” diyerek ağır hakaretlerde bulunan, küfür eden ve kiskanç tavırları olan kadın ile agresif davranışları olan...”, Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2019/6905 (11 Haziran 2019); “...Toplanan delillerden davacı-davalı kadının birlik görevlerini yerine getirmede; buna karşılık davalı-davacı kocanın da eşine hakaret ettiği toplum içinde eşini aşağılayıcı söz ve davranışlarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında; davalı-davacı koca boşanmaya neden olan olaylarda daha ağır kusurlu olduğu halde...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2013/5552 (4 Mart 2013); “...İlk derece mahkemesince kadının erkeğe toplum içinde hakaret ettiği ve emekli olduğunda boşayacağını söylediği belirtilerek, davacının dava açmakta haklı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. ... Yapılan yargılama ve toplanan delillerden davalı kadının erkeğe yönelik olarak süreklilik arz eden hakaretlerinin bulunduğu, davacı erkeğin dava dilekçesinde kadının başkalarının yanında kendisini küçük düşürdüğünü söyleyerek bu vakaya dayandığı anlaşılmaktadır...”, Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2019/8691 (16 Eylül 2019).

<sup>150</sup> Erdem/Makaracı-Başak, *Aile*, 108; Yılmaz, *Aile*, 176 vd.; Öztan, *Aile*, 659; Akıntürk - Ateş, *Aile*, 250.

<sup>151</sup> Öztan, *Aile*, 659; Yılmaz, *Aile*, 177; Arzu Ersoy, *Aile Hukukumuzda Boşanma Sebebi Olarak Pek Kötü veya Ağır Derecede Onur Kırıcı Davranış* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010), 80; Krş. Karabulut, *Açılan Boşanma Davaları*, 66-67; Eda Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 144-145.

<sup>152</sup> Krş. Dural vd., *Aile*, 111; Yılmaz, *Aile*, 177; Öztan, *Aile*, 659 vd.; Ersoy, *Aile Hukukumuzda*, 80; Krş. Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık*, 145; Krş. Karabulut, *Açılan Boşanma Davaları*, 67.

<sup>153</sup> Krş. Öztan, *Aile*, 659; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık*, 145; Yılmaz, *Aile*, 177.

<sup>154</sup> Öztan, *Aile*, 659.

<sup>155</sup> Düzenli bir şekilde YouTube platformuna içerik üreten ve ürettiği içeriklerle anılan kişilere YouTuber denirken bir sosyal medya mecrasında kuvvetli takipçi kitlesi olan ve içerik ürettiği alanda kanaatleri önemsenen kişiye ise Influencer denir. İlgili tanımlarla ilgili Bkz. Salih Seçkin Sevinç (Sevinç), “Blogger, Influencer, Fenomen, Instagrammer, Youtuber, Celebrity Nedir? Ne İşe Yarar? Nasıl İstifade Edilir?” (Erişim 24 Nisan 2024). YouTuber ve Influencer kavramları tek bir kişide de toplanabilmektedir. Yani bir Influencer, YouTube platformunu kullanarak da içeriklerini üretebilmektedir. Bu yönde Bkz. Yener Lütfü Mert, “Dijital Pazarlama Ekseninde Influencer Marketing Uygulamaları”, *Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi* 6/2 (Eylül 2018), 1318, 1320, 1323.

Metaverse evreninde onur kırıcı bir hareketin geniş bir kitle tarafından takibi<sup>156</sup> ihlalin ağırlığını analog dünyaya kıyasla çok daha arttıracak niteliktedir<sup>157</sup>.

Ayrıca genel olarak dijital dünyada yapılan her faaliyette olduğu gibi onur kırıcı bir saldırı da dijital bir iz bırakmaktır<sup>158</sup>. Bu bağlamda Metaverse teknolojisi diğer dijital platformlardan farklılık taşıyan bir özelliğe sahiptir. Arka planındaki teknolojilerden biri olan blokzinciri teknolojisiyle kullanıcılarına gizlilik vaat etmektedir<sup>159</sup>. Şöyle ki blokzincirinde bir değişiklik yapılmak istendiğinde bunun başarılabilmesi için birbirleriyle bağlantılı olan blokların da değiştirilmesi gerekmektedir<sup>160</sup>. Hem değişimin zorluğu nedeniyle hem de bilgilerin birçok işlemcide kaydedilmesinden dolayı dışarıdan gelebilecek saldırılara karşı korunaklıdır<sup>161</sup>. Bundan dolayı söz konusu durum onur kırıcı davranışın ağırlığını kural olarak azaltıcı niteliktedir.

## D. Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme

### 1. Genel olarak

Özel, nisbi ve kusura dayalı olan boşanma sebebi TMK m.163'te düzenlenmiş olan "Suç işleme" boşanma sebebidir<sup>162</sup>. Burada her türden olan suçlardan bahsedilmemekte, özellikle bu suçun küçük düşürücü nitelikte olması aranmaktadır<sup>163</sup>. Ancak kanun lafzında suçun küçük düşürücü bir suç olması yazmış olsa bile küçük düşürücü suçlar ile ilgili bir tanım mevcut değildir. Öğretide genellikle hırsızlık, ırza geçme gibi suçlar küçük düşürücü suç olarak sayılmaktadır<sup>164</sup>. Ancak suçun küçük düşürücü suç sayılıp sayılmayacağı topluma ve zamana göre değişkenlik gösterebileceğinden her türlü somut olayda, içinde bulunulan topluma ve zamana göre değerlendirme yapılmalıdır<sup>165</sup>.

<sup>156</sup> Bir durumun ağırlığı, onun sonuçlarının da ağırlaşmasıyla değerlendirilebilir. Geniş kitlelere yayılmanın kişinin üzerinde ağırlaştırıcı etkiye sahip olduğuna yönelik bir örnek olarak bir genç kızın siber zorbalığa maruz kalması nedeniyle intihar etmesi ile ilgili güncel bir olay verilebilir. İlgili içeriğe ulaşmak için Bkz. Onedio (Onedio), "Sosyal Medya Zorbalığı Bitmiyor: İntihar Ettikten Sonra Bile Kötü Yorumlar Alan Genç Kız" (Erişim 5 Mart 2024). Daha geniş kitleler tarafından görünmesi sağlandığı için sosyal medyanın ceza sınırlarının belirlenmesinde ağırlaştırıcı etkiye sahip olması gösterilebilir. Örneğin hakaret suçunu düzenleyen TCK m.125'e göre cezası normal şartlarda en az 3 ay en fazla 2 yıl arasında hapis veya adli para cezasıyken sosyal medyadan alenen edilen hakaretin 1/6 oranında arttırılarak verilmektedir.

<sup>157</sup> Öztan, *Aile*, 659. Krş. Mine Kaya, *Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme-İnternet-Sosyal Medya) Kişilik Hakkının Korunması* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2015), 142; Erkan Akar, *Sosyal Medya Pazarlaması Sosyal Web'te Pazarlama Stratejileri* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2024), 51; Nuri Aydın, *Sosyal Medya Aracılığı İle Hakaret Suçu İşlenmesi* (İstanbul: Beykent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 76-77; Murat Kayabaşı, *Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu ve Suça İlişkin Ağırlaştırıcı Sebepler* (Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 117-120; Dural – Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 132-137; Rona Serozan, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 416-417; Kayıhan, *Kişiler Hukuku*, 78; Ayan - Ayan, *Kişiler Hukuku*, 93-94; İhsan Erdoğan-A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), 282-283.

<sup>158</sup> Dijital iz kavramı ile ilgili Bkz. Gül Bahar Yıldız Oğuz, *Dijital Çağda Çocuğun Mahremiyet Hakkının Korunması: Paylaşan Anne-Babalar Özelinde Sosyal Medya ve Çocuk İstismarı* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023), 21; Cemile Turgut, *Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 251. Yine Krş. Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu*, 25; Ayça Zorluoğlu Yılmaz, "Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29/4 (Aralık 2021), 3386-3387. Dijital iz kavramıyla ilgili değinilebilecek bir husus da dijital ortam kullanıcıları öldükten sonra, dijital ortamdaki izlerinin mirasçılarına geçmesini savunan ve geçmemesini savunan görüşlerin varlığıdır. Hatta bu görüşler de kendi içlerinde alt dallara ayrılmaktadır. İlgili durum ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Nurten İnce Akman, "Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/2 (Aralık 2018), 538-554.

<sup>159</sup> Müller – Seiler, "Smart Contracts aus Sicht des Vertragsrechts", 324; Markus Kaulartz, "Die Blockchain- Technologie", *Computer Und Recht* 32/7 (July 2016), 474-480; Berk Kapanacı, "Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: "Sanal Para" Değerleri ve "Akıllı Sözleşmeler" Üzerine Değerlendirmeler", *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I – Blokzincir ve Hukuk*, ed. Eylem Aksoy Returnaz – Osman Gazi Güçlütürk (İstanbul: On İki Levha, 2020), 114.

<sup>160</sup> Kapanacı, "Değerlendirmeler", 114.

<sup>161</sup> Bilgilerin birçok işlemcide kaydedilmesiyle ilgili Bkz. Doğanç, *Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri*, 34.

<sup>162</sup> Dural vd., *Aile*, 111; Yılmaz, *Aile*, 180; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 253; Ünlütepe, *Boşanma*, 99

<sup>163</sup> TMK m.163'te şu şekilde ifade edilmektedir: "Eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşamayı diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir".

<sup>164</sup> Öztan, *Aile*, 663; Yılmaz, *Aile*, 181; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 252.

<sup>165</sup> Erdem – Makaracı Başak, *Aile*, 109; Öztan, *Aile*, 663-664; Dural vd., *Aile*, 111-112; Bozdağ, *Kusurun Etkisi*, 60; Oğuz Ersöz, "Suç İşleme", 119; Karabulut, *Açılan Boşanma Davaları*, 42; Ahmet Gökçen, *Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebi ile Boşanma* (İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021), 31-37.

Küçük düşürücü suçun evlilik birliğinin kurulmasından önce ya da sonra gerçekleşmesi boşanma davasına dayanak oluşturması açısından önem taşır. Evlilik birliğinin kurulmasından sonra küçük düşürücü suç işlenmesi halinde diğer eşin bu boşanma sebebine dayanarak boşanma davası açabileceği açıktır<sup>166</sup>. Ancak evlilik birliğinin kurulmasından önce küçük düşürücü suçun işlenmesinde bu sebebe dayanılıp dayanılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre evlilik birliği kurulmadan önce eşlerden biri suç işlemişse ve diğerinin bunu bilmesine rağmen evlenmesi durumunda bu nedene dayanarak dava açamaz<sup>167</sup>. Ancak son aktarılan durumda eş, bunu bilmeden evleniyorsa ve şartları varsa hata, hile ya da evlenmenin iptali yollarına başvurabileceği gibi evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanarak da boşanma davasını açabilecektir<sup>168</sup>. Diğer görüşe göre ise evlilik birliği kurulmadan önce küçük düşürücü suç işlenmiş ve diğer eşten gizlenmişse, diğer eşin küçük düşürücü suç işlendiğini öğrenmesiyle küçük düşürücü suç boşanma sebebine dayanabilecektir<sup>169</sup>. Ancak bu durumda evlilik birliği kurulması aşamasında eş, diğer eşin suç işlediğini bilmesi halinde suç işleme özel boşanma sebebine dayanamaz<sup>170</sup>.

Yine TMK m. 163'te düzenlenen özel, nisbi ve kusura dayalı olan haysiyetsiz hayat sürme boşanma sebebine ise sürme fiilinden anlaşılacağı üzere tek seferlik olan durumlarda değil devamlılık durumunda dayanılabilecektir<sup>171</sup>. Bundan dolayı uygulamada karşılaşılan örnekler arasında evlilik dışı birlikte yaşamak, eşi dışında başka bir karşı cinsle yıllardır ilişki içinde bulunmak gibi belli bir süre devam eden eylemler yer almaktadır<sup>172</sup>. Bu bağlamda tekrardan kaçınmak üzere eşcinsel birlikler zina olarak gören görüşe katıldığımızı ilişkin daha önceki açıklamalarımıza işaret etmekle yetiniyoruz<sup>173</sup>.

<sup>166</sup> Öztan, *Aile*, 663; Bozdağ, *Boşanma Sebepleri*, 61; Yılmaz, *Aile*, 182; Karabulut, *Açılan Boşanma Davaları*, 40-41.

<sup>167</sup> Öztan, *Aile*, 663; Ersöz, "Suç İşleme", 123; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 253; Dural vd., *Aile*, 112; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 109; Gökçen, *Suç İşleme*, 45. Örnek kararlar için Bkz. "...Küçük düşürücü suç işlemenin Türk Medeni Kanununun 163. maddesi hükmüne göre boşanma sebebi olabilmesi için suç teşkil eden eylemin evlendikten sonra işlenmiş olması gerekir...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2016/3369 (23 Şubat 2016). "...davanın Türk Medeni Kanununun 163. maddesi uyarınca, açılan "küçük düşürücü suç işleme" nedenine dayalı bir boşanma davası olduğu, davalı kocanın işlediği iddia edilen suçların suç tarihlerinin boşanma dava tarihinden önceki tarihlere ait olduğu, ..." Krs. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2014/5431 (11 Mart 2014).

<sup>168</sup> Öztan, *Aile*, 663; Dural vd., *Aile*, 112; Yılmaz, *Aile*, 182; Gökçen, *Suç İşleme*, 45; Bozdağ, *Boşanma Sebepleri*, 61. Krs. Ünlütepe, *Boşanma*, 101. Suç işleme boşanma sebebine dayanılarak boşanma davası açılabilmesi için suçun evlilik kurulduktan sonra işlenmesi gerektiğine dair örnek kararlar için Bkz. "...Küçük düşürücü suç işlemenin Türk Medeni Kanununun 163. maddesi hükmüne göre boşanma sebebi olabilmesi için suç teşkil eden eylemin evlendikten sonra işlenmiş olması gerekir...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2016/3369 (23 Şubat 2016); "...Türk Medeni Kanununun 163. maddesi hükmüne göre boşanma kararı verebilmek için suç teşkil eden eylemin evlendikten sonra işlenmiş olması gerekir...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/8173 (27 Haziran 2018).

<sup>169</sup> Öztan, *Aile*, 663; Yılmaz, *Aile*, 182.

<sup>170</sup> Öztan, *Aile*, 663; Yılmaz, *Aile*, 182; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 253; Dural vd., *Aile*, 112; Ersöz, "Suç İşleme", 123; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 109; Gökçen, *Suç İşleme*, 45.

<sup>171</sup> Ünsal, "Haysiyetsiz Hayat Sürme", 231-232; Yılmaz, *Aile*, 183; Ersöz, "Suç İşleme", 125; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 253; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 110.

<sup>172</sup> "...Davalının dört yıldır C. İsmiyle bir şahısla ilişki içinde bulunduğu onunla seviştiği, kocası evden ayrıldığında onunla buluşup sokaklarda öpüştüğü...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.1995/1889 (16 Şubat 1995); "...Haysiyetsiz hayatın varlığından söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için, başkalarıyla ilişkinin bir yaşam tarzı olarak benimsenmiş ve bu şekilde yaşamının devamlılık göstermesi gerekir...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2011/23825 (28 Aralık 2011); "Haysiyetsiz hayat sürmenin varlığından söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için; eşin, sosyal hayatta toplumun genel değer yargılarıyla çatışan, olumsuz nitelikte kabul edilen davranışının süreklilik göstermesi ve bu davranışın diğer eş için birlikte yaşamayı ondan beklenemez hale getirmesi gereklidir...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2012/17686 (26 Haziran 2012); "...Davalının E. U. kimliğini kullandığı, G. U. ve F. P.'la bir müddet evlilik dışı birlikte yaşadığı, bu nedenle haysiyetsiz yaşam sürmenin koşullarının gerçekleştiği...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2009/19112 (9 Kasım 2009); "...Haysiyetsiz hayatın varlığından söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için, başkalarıyla ilişkinin bir yaşam tarzı olarak benimsenmiş ve bu şekilde yaşamının devamlılık göstermesi gerekir...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2011/23825 (28 Aralık 2011).

<sup>173</sup> Bu konudaki açıklamalarımız için Zina üst başlığı altındaki "Metaverse Özelinde Değerlendirmeler" başlığına bakılmalıdır.

## 2. Metaverse özelinde değerlendirmeler

Suç işleme sebebine dayanarak boşanma davası açılabilmesi için öncelikle Metaverse’de de suç işleme olanağının bulunması ve bunun küçük düşürücü nitelikte bir suç olması gereklidir<sup>174</sup>. Yukarıda da aktarıldığı üzere küçük düşürücülük niteliği suçun işlendiği topluma göre belirlenir<sup>175</sup>.

Burada tartışılacak olan Metaverse’te küçük düşürücü suç olma algısının acaba internetin evrimleştiği sanal ortamın dinamikleri gözetilerek mi, yoksa toplumun geneli dikkate alınarak mı belirleneceğidir<sup>176</sup>. İlk zikredilen durumun esas alınmasında sanal ortam algısı bilimsel anket ve istatistikle tespit edilip değerlendirme yapma gereği duyulabilir<sup>177</sup>. Bu ihtimalde örneğin Metaverse’te sanal bir toplum bilincinin var olması ve gelişmesi halinde<sup>178</sup> belki de bir kişinin başkasının avatarını ele geçirmesi (hack) veya buna zarar vermesi de küçük düşürücü nitelikte kabul edilebilecektir. İkinci durum esas alınırsa Metaverse, günümüzde genel olarak internet aracılığıyla boşanmaya sebebiyet verebilecek küçük düşürücü suç işlenmesi halinin gelişmiş, teknik bir aracı olarak görülebilir. Dolayısıyla internet yoluyla da gerçekleştirilebilecek suçlar Metaverse ortamında işlenirse bunlar yine TMK m. 163 kapsamında değerlendirilebilir. Buna Metaverse’te avatarların sözlü ya da birbirlerine ulaşabilecekleri

<sup>174</sup> Metaverse’ün sanal bir alan olmasından dolayı küçük düşürücü suçun da sanal ortam vasıtasıyla yapılabilmesi önem arz eder. Günümüzde buna örnek olarak internet üzerinden dolandırıcılık yapılması verilebileceği “TCK m.158/ bent f’de “Bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle,” ifadeleriyle bilişim sistemlerinin kullanılmasını dolandırıcılığın nitelikli hali saymıştır. Genel olarak dolandırıcılık suçunun yüz kızartıcı suçlar arasında sayılabileceğiyle ilgili olarak Bkz. Yılmaz, *Aile*, 181; Dural vd., *Aile*, 112; Oğuz Ersöz, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Boşanma Sebeplerine Genel Bakış”, *The Journal of Social Science* 3/5 (Şubat 2019), 236.” gibi direkt olarak Metaverse’te gerçekleşebilecek dolandırıcılık durumu için Bkz. İsa Başbüyük, “Blokzincir-Kripto Varlık Bağlantılı Yaygın Sahtekarlık Türlerinin Dolandırıcılık ve İlişkili Suçlar Yönünden Analizi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/2 (Kasım 2023), 832-833.

<sup>175</sup> Krş. Ersöz, “Suç İşleme”, 119; Krş. Gökçen, *Suç İşleme*, 34; Kaya Gökmen, *Boşanma Davası Sırasında Ölen Eşin Mirasçılarının Boşanma Davasına Devam Etmesi* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 72; Çise Sevimli, *Türk Cumhuriyeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Kadınların ve Çocukların Aile İçi Şiddetten Korunması* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 43; Topak, *Yargılama Usulü*, 39.

<sup>176</sup> Analog dünyada, işlenen bir suçun küçük düşürücü suç olup olmadığını hakim somut olayın özelliklerine göre belirler. Bu belirlemede ise eşlerin toplum içerisindeki statüleri, toplumun örf, adet ve ahlak kuralları dikkate alınır. Bu konuda Bkz. Mehmet Zahid Yener, “Sosyal Medya Paylaşımlarının Boşanma Davasına Etkisi”, *Adalet Dergisi* 67 (Kasım 2021), 244; Yılmaz, *Aile*, 181; Dural vd. *Aile*, 112. Yine Krş. Öztan, *Aile*, 663-664; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 252; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 109; Topak, *Yargılama Usulü*, 39; Ersöz, “Suç İşleme”, 119. Günümüzde genel anlamda internet teknolojisiyle de toplumun örf, adet ve ahlak anlayışına; eşlerin sosyal statülerine uymayacak türden küçük düşürücü suç niteliğindeki davranışlar gerçekleşmektedir. Bu konuda en çok akla gelebilecek husus dolandırıcılıktır. Kişinin analog hayatını etkileyen bu tarz durumların yine kişinin toplum içindeki statüsünü ve toplumun örf, adet ve ahlak anlayışıyla uyuşup uyuşmadığına bakılıp hakim taktiri ile küçük düşürücü suç işlenip işlenmediği anlaşılmalıdır. Ancak Jonathan Nolan ve eşi Lisa Joy’un oluşturduğu “Westworld” (İlgili diziyile ilgili bilgi için Bkz. Wikipedia (Wikipedia), “Westworld (TV series)” (Erişim 20 Mayıs 2024).) adlı dizide de olduğu gibi Metaverse gibi diğer sanal mecralarda da işlenen suçların yapay zekalara karşı işlenmesi durumu incelenebilir. İlgili dizide olduğu gibi öldürmek, tecavüz ve işkence etmek gibi fiillerin yapay zekaya karşı işlenmesi onların canlı varlıklar olmamaları dolayısıyla bir suç teşkil etmeyeceği düşünülse de geniş anlamda bakıldığında bu tür eylemler toplumsal hayat için de tehlike arz edecektir. Çünkü kişilerin sanal dünyadaki deneyimlerinden edindikleri bilgiler, hazlar vs. sadece sanal dünya içerisinde kalmayabilmekte, bunlar kişilerin analog hayatta iken ki sosyal ilişkilerini de etkileyebilmektedir. Nitekim bu yönde örneğin Bkz. Tamer Soysal, “Sanal Gerçeklik”, 194-195. Bu nedenle kişilerin özellikle gelişmiş teknolojilerle beraber deneyimlendiğinde tıpkı gerçek hayatta yaptığı hissi uyandırabilecek bu tür sanal dünya uygulamalarındaki davranışları gelecek yıllarda toplumsal hayata etkisi dikkate alınarak benimsenecek hukuk politikasına göre küçük düşürücü suç olarak nitelendirilmesi mümkündür. Nitekim sanal ortamda yapılan eylemlerden bazılarının suç olarak düzenlenebileceği yönünde Bkz. Bacaksız, “Ceza Hukuku”, 298-299; Soysal, “Sanal Gerçeklik”, 196.

<sup>177</sup> Krş. Çığır İlbaş, *Bilişim Suçlarının Sosyo-Kültürel Seviyelere Göre Algı Analizi* (Ankara: Başkent Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009), 45 vd.; Kullanıcıların Metaverse’ü fiziksel dünyadan tamamen bir kopuş olarak yorumladıkları ile ilgili Bkz. Kuş, “Dijital Büyük Patlama”, 256.

<sup>178</sup> Metaverse’te toplum bilinci ile ilgili Bkz. Filiz Güven-İklim Güven, “Metaverse Toplumu: Kimlik, Mekan ve Yeni Topluluk Bilinci”, *Erciyes Akademi* 36/4 (Aralık 2022), 1802-1804.

mesajlaşma bölümlerini kullanarak cinsel tacizin meydana gelmesi<sup>179</sup>, nitelikli dolandırıcılık<sup>180</sup> vb. örnek olarak verilebilir.

Daha önce aktarıldığı üzere haysiyetsiz hayat sürme kavramı lafızdan da anlaşılacağı üzere haysiyetsiz şekilde ifade edilen bir davranışın sürekli olmasını ifade eder<sup>181</sup>. Hangi durumların haysiyetsiz hayat sürmeyi gerçekleştireceği hükümde net bir biçimde belirtilmemekle birlikte kavram genel olarak toplumsal düzeyde namus, şeref ve ahlak kavramlarına uygun olmayan durumlara karşılık gelir<sup>182</sup>. Sınırları net olarak belirtilmemiş bu boşanma sebebinin çok farklı görünüşleri bulunur<sup>183</sup>. Çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere bir sınırlama olarak kumarbazlık<sup>184</sup> ve ayaşlık örnekleri üzerinden açıklamalara devam edilecektir.

Kumarbazlık durumu ile Metaverse ortamında karşılaşılabilmesi olasıdır. Şöyle ki; bir kişinin kumarbaz olarak nitelendirilebilmesi için o kişinin tek sefer değil süreklilik ifade eder şekilde kumar oynaması gerekmektedir<sup>185</sup>. Dolayısıyla kumarbaz olan birinin haysiyetsiz hayat sürme boşanma sebebindeki süreklilik koşulunu yerine getirdiği anlaşılmaktadır<sup>186</sup>. Metaverse’te de çevrimiçi bir şekilde rahatlıkla

<sup>179</sup> “...Davalının, on iki yaşında bir kız çocuğuna cinsel tacizde bulunduğu, suçu sabit görülerek bundan dolayı ceza aldığı yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. ... Dava Türk Medeni Kanununun 163'üncü maddesinde yer alan “küçük düşürücü suç işleme” sebebine dayanılarak açılmıştır. İşlenen suçun niteliğine göre davacının dava açması karşısında onunla birlikte yaşamayı kendisinden beklenemeyeceği açık ve tartışmasızdır.”, Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2015/4947 (19 Mart 2015); “...saniğin, mağdureye hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın, elinde mağdureye ait resimler bulunduğunu, bu resimleri montajlayarak kötü sitelere ve ailesine göndereceğinden bahisle mağdureyi tehdit ederek internetten görüntülü görüşme yaptığı mağdurenin elbiselerini çıkartmasını, cinsel içerikli hareketler yapmasını temin etmekten ibaret eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu ...”, Yargıtay 14.Ceza Dairesi (Yargıtay), K.2016/2793 (22 Mart 2016).

<sup>180</sup> İnternet aracılığıyla nitelikli dolandırıcılık suçunun işlendiğine dair bir Yargıtay kararı örneği için “...davalı Ö. tarafından bir bilgisayar korsanıyla işbirliği yapılarak internet şifreleri kırılıp hesaplarına girildiğini, A. T.A.Ş.'nin M. Şubesindeki hesabından sahte isimli S. B. (gerçekte davalı A. B.), sahte isimli S. K. (gerçekte davalı M. A.) adlarına toplam 5.200 TL'nin bankanın başka şubelerine havale ettiklerini...”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2010/12858 (13 Aralık 2010). Nitelikli dolandırıcılıkta önemli bir ayrıma değinmek gerekir. Mudi (faiz elde etmek gereğiyle bankaya para yatıran kimse) bankaya para yatırdığında yatırmış olduğu para artık bankanıdır. Mudi ise alacak hakkı sahibi konumunda bulunur. Dolayısıyla üçüncü kişi bankadaki bu parayı çektiğinde haksız fiil mudiye değil bankaya karşı işlenmiş olur. Mudinin ise alacak hakkı devam edecektir. Ancak bu durum üçüncü kişinin haksız fiilinde mudinin kusurunun olmaması durumunda geçerlidir. Mudi eğer üçüncü kişinin bankadan parayı çekmesinde kusurluysa bu akde aykırı davranışından dolayı bankaya karşı sorumlu olur. Aktarılan önemli ayırım ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Yeşim Atamer, “İnternet Bankacılığının Üçüncü Kişiler Tarafından Hukuka Aykırı Kullanımı Nedeniyle Doğan Zararı Kim Taşır?”, *Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2007), 21.

<sup>181</sup> Tutumlu, *Boşanma Yargılaması Hukuku*, 242; Bor, *Boşanma*, 36; Ünlütepe, *Boşanma*, 101; Ferhat Kalkmaz, *Türkiye’de Çoklu Boşanma Sistemi* (Gaziantep: Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Doktora Tezi, 2022), 93; Ünsal, “Haysiyetsiz Hayat Sürme”, 232; Ersöz, “Suç İşleme”, 125; Gözütok, *Terk*, 38.

<sup>182</sup> Gökçen, *Suç İşleme*, 57; Ünsal, “Haysiyetsiz Hayat Sürme”, 231-232; Kalkmaz, *Çoklu Boşanma*, 92; Krş. Ersöz, “Suç İşleme”, 126.

<sup>183</sup> Farklı, haysiyetsiz hayat sürme boşanma sebebine ilişkin bazı örnek Yargıtay kararları için Bkz. “...Davalının dört yıldır C. isimli bir şahısla ilişki içinde bulunduğu onunla sevdiği, kocası evden ayrıldığında onunla buluşup sokaklarda öpüştüğü görgüye dayalı tanık beyanları ile belirlenmiştir. Haysiyetsizlik nedeniyle boşanma davasında kusurlu tarafın birden çok kişi ile onur kırıcı temaslarda bulunması şart değildir. Davalının boşanmaya neden olan eylemlerinin onur kırıcı, görevler üzerinde etki yapacak herkesce kabul edilemeyecek nitelikte olmasıdır. Davacı, yönünden müşterek hayatı sürdürmesi kendisinden beklenmeyecek hal almıştır. ....”, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.1995/1889 (16 Şubat 1995); “... Davalının E. U. kimliğini kullandığı, G. U. ve F. P.'la bir müddet evlilik dışı birlikte yaşadığı, bu nedenle haysiyetsiz yaşam sürmenin koşullarının gerçekleştiği ve onunla birlikte yaşamayı davacıdan beklenemeyecek hale geldiği sabit olduğu ....”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2009/19112 (9 Kasım 2009); “...evli olan davalı kadının başka bir erkekle sürekli ilişki kurduğu ve bundan dolayı davacı koca için birlikte yaşamının çekilmez hal aldığı anlaşılmaktadır. ....”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), K.1984/791 (5 Ekim 1984).

<sup>184</sup> “...davalı karşı davacı erkeğin aile ekonomisini sarsacak boyutta şans oyunu oynadığı...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/10868 (05 Nisan 2023); “...davalının bizzat kendi beyanları ve davalı tanık beyanları ile düzenli olarak şans oyunları oynadığının anlaşıldığı...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/1835 (13 Nisan 2023); “...şans oyunları oynadığı, birlik görevini ihmal ettiği...”, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2024/902 (15 Şubat 2024); “... kadını eve almadığı, karşılıklı birbirlerine küfür hakaret ettikleri, evi ile ilgilenmediği evin giderlerini ... kadının karşıladığı, ilgilendiği, şans oyunları oynadığı ...”, Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/2865 (01 Haziran 2023).

<sup>185</sup> TDK’ye göre de kumarbazın anlamı “Kumara düşkün, sürekli kumar oynayan; kumarçı, bitirimci” şeklinde ifade edilmiştir. Bunun için bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Kumarbaz” (Erişim 10 Şubat 2024). Kumarbaz olunması için süreklilik unsurunun gerektiği ifadesi ile TDK’da kumarbazın anlamı içerisindeki “sürekli kumar oynayan” ifadeleri örtüşmektedir.

<sup>186</sup> Haysiyetsiz hayat sürme boşanma sebebinin oluşabilmesi için süreklilik koşulunun gerekliliği için örnek yargı kararları için Bkz. “...Haysiyetsiz hayat sürmenin varlığından söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için; eşin,

kumar oynanabilecek bir ortam oluşturulması mümkündür<sup>187</sup>. Metaverse ortamında kumar oynamanın, gerçekliğin ve hissin daha fazla hissedilebilmesi, sanal bir ortamın cazipliği ve anonimlik gibi unsurların varlığı sayesinde analog hayattan daha cazip görülmesi olasıdır<sup>188</sup>.

Ayyaşlık alkol tüketimine düşkünlüğü ifade eder<sup>189</sup>. Bu bağlamda Metaverse her ne kadar bir gerçek hayat tasviri olmaya yakınlaşsa da sanal bir ortam olacağından kişilerin gerçekten bir şey içmeleri mümkün görünmemektedir. Ancak Metaverse'ün kişinin algısında bulanıklık yapması ve bunun da sarhoşluğa benzer bir hal alması meydana gelebilir ki bu durum gerçeklik algısıyla da yakından alakalı olabilecektir<sup>190</sup>. Ayyaşlığın kişi üzerindeki etkisi ile Metaverse'e bağlanmanın kişinin algısı üzerindeki etkileri somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Eğer algı bulanıklığının kişiyi ayyaşlık derecesinde etkilediği kabul edilebilirse ve diğer şartlar da sağlarsa bu durum haysiyetsiz hayat sürme olarak nitelendirilebilir<sup>191</sup>.

Yukarıda Metaverse'ün sanal bir ortam olmasından dolayı alkol tüketilemeyeceğine değinilmiş olsa da tat ve koku almayla ilgili devam eden çalışmalar sayesinde Metaverse kullanıcıları sanal ortam içerisindeyken dahi alkolün tadı ve kokusunu algılayabileceklerdir<sup>192</sup>. Toplum nezdinde aşırı alkol tüketmek çeşitli kişisel ve toplumsal nedenlerden dolayı genel olarak tavsiye edilmemektedir. Bu bağlamda Metaverse'te duyu organlarıyla alkolün tadı ve kokusu hissedilmesine rağmen sarhoşluk hissi vermese de toplum nezdindeki olumsuz görüntüsünden dolayı ve kullanıcının alkol tadını hissetmek için

---

*sosyal hayatta toplumun genel değer yargılarıyla çatışan, olumsuz nitelikte kabul edilen davranışının süreklilik göstermesi ve bu davranışın diğer eş için birlikte yaşamayı ondan beklenemez hale getirmesi gereklidir...* Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2012/17686 (26 Haziran 2012); *"...Haysiyetsiz hayatın varlığından söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için, başkalarıyla ilişkinin bir yaşam tarzı olarak benimsenmiş ve bu şekilde yaşamının devamlılık göstermesi gerekir..."* Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2011/23825 (28 Aralık 2011); *"...Haysiyetsiz hayat sürmenin varlığından söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için; eşin, sosyal hayatta toplumun genel değer yargılarıyla çatışan, olumsuz nitelikte kabul edilen davranışının süreklilik göstermesi ve bu davranışın diğer eş için birlikte yaşamayı ondan beklenemez hale getirmesi gereklidir..."* Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2012/17686 (26 Haziran 2012); *"...Haysiyetsiz hayattan söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için, başkalarıyla ilişkinin bir yaşam tarzı olarak benimsenmiş olması ve bu şekilde yaşamının az veya çok devamlılık göstermesi gerekir..."* Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 2.Hukuk Dairesi (BAM), K.2020/39 (15 Ocak 2020).

<sup>187</sup> Metaverse'ün ve Metaverse'e oyun geliştiren platformların kendilerini geliştirmesiyle beraber gerçeklik hissini daha çok arttığı, kullanıcılarının artmasıyla insanların daha çok sosyalleşebileceği bir platform haline gelen Metaverse'te yer almak, kullanıcılarını sürükleyici bir ortamın içine çekmektedir. Kumar gibi kağıt oyunlarının basit internet sayfalarından bile oynanabileceği göz önüne alındığında Metaverse'te de rahatlıkla kumar oynanabilecek alanların oluşturulabileceğini söylemek güç değildir. Gerçeklik hissini artırması ve özellikle çok çeşitli insanlarla zaman ve mekan sınırı olmaksızın kumar oynanabilmesi bu durumu daha da çekici hale getirebilecektir. Metaverse'te oyunların daha sürükleyici hale gelmesiyle ilgili Bkz. Mevlüt Hürol Mete, "Dijital Oyunların Geleceğinde Metaverse Etkisi", *TRT Akademi* 8/17 (Ocak 2023), 299 vd.

<sup>188</sup> Metaverse'te anonimliğin kullanıcıları daha özgür yaptığıyla ilgili Bkz. Güven-Güven, "Topluluk Bilinci", 1804; Metaverse'ün sürükleyici bir deneyim olduğuyla ilgili Bkz. Muharrem Kılıç, "Meta Gözetimsel İktidar Aygıtı Olarak Metaverse-İnsan Hakları ve Tekillik İdeali Bağlamında Bir Çözümleme", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (Ağustos 2022), 29.

<sup>189</sup> TDK'da yer alan ayyaşlık tanımlarından birine göre bu durum: "İçkiye düşkün; içkici, içici, keş ..." şeklinde ifade edilmektedir. Ayyaşlığın bir boşanma sebebi olabileceğiyle bazı kararlar *"...erkeğin sürekli alkol aldığı tanıkları tarafından gözlemlendiği,..."* Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2023/2008 (27 Nisan 2023); *"...Alkol bağımlılığı bulunan ve taşkınlık çıkaran, kadına fiziksel şiddet uygulayan, zinet eşyalarını kadından habersiz alıp satan ve parayı alkol için harcayan, şikayetçi olmaması için kadını evin tuvaletine kilitleyen, kadını para istemesi için yakınlarına gönderen ve para almadan gelme diyen erkeğin tam kusurlu olduğu" gerekçesiyle kadının davasının kabulüne karar verilmiş,...* Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2021/663 (27 Ocak 2021). Yine Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2024/761 (13 Şubat 2024); Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2023/2863 (01 Haziran 2023); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), K. 2022/1272 (11 Ekim 2022).

<sup>190</sup> Metaverse'ün gerçeklik algısı üzerinde olumsuz etkileri ve sonuçlarına yönelik olabilecek senaryolar için Bkz. Kuş, "Dijital Büyük Patlamada", 253.

<sup>191</sup> *"...Alkol bağımlılığı bulunan ve taşkınlık çıkaran,..." ... kadının davasının kabulüne karar verilmiş,...* Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2021/663 (27 Ocak 2021); *"...Hâl böyle olunca sürekli alkol kullanmak suretiyle tartışma çıkaran, böyle anlarda evdeki eşyaları kırıp döken, eşine hakaret edip aşağılayan..."*, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), K. 2022/1272 (11 Ekim 2022).

<sup>192</sup> Metaverse'te tat ve koku üzerine devam eden çalışmalar olduğuyla ilgili Bkz. Muhammet Mustafa Ünlü, "Metaverse ve Görsel Sanat", *AKRA Kültür Sanat ve Edebiyat Dergisi* 10/28 (Eylül 2022), 56. Metaverse'te tat almaya yönelik çalışma olarak Japonya'da cihazın içerisine 10 adet kapsül yerleştirilerek ekrandaki görüntülerin tadını almayı sağlayan çalışma için Bkz. Merve Karaman - Deniz Akçay Balcı, "Metaverse ve NFT Bağlamında Sanatta Dijital Dönüşüm", *İzlek Akademik Dergi (Izlek Academical Journal)* 5/1 (Mart 2023), 24.

sürekli olarak Metaverse'e girmesi durumunda ilgili durum haysiyetsiz hayat sürme boşanma sebebine neden olabilir kanaatindeyiz.

## E. Terk

### 1. Genel olarak

Terk özel, mutlak ve kusura dayalı bir boşanma sebebidir<sup>193</sup>. Buna kısaca eşlerden birinin ortak konutu terki durumunda başvurulabilir<sup>194</sup>. Terk sebebinin oluşabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar vardır<sup>195</sup>. Bu şartların oluşması için öncelikle eşlerden biri ailenin birlikte yaşadığı ortak konuttan aile birliği içerisindeki görevlerini<sup>196</sup> yapmamak için ayrılmalıdır<sup>197</sup>. Ortak konuttan haklı bir sebeple ayrılan kişinin haklı sebebi ortadan kalkmasına rağmen ortak konuta geri dönmemesi<sup>198</sup>. Ortak konutun terki

<sup>193</sup> Gözütok, *Terk*, 45; Ünlütepe, *Boşanma*, 104; Bekem, *Zina*, 39; Süleyman Yılmaz – Abdülkerim Yıldırım, *Medeni Hukuk – I (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 225; Nurşen Ayan, "Terk Nedeniyle Boşanma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/1 (Haziran 2007), 42-43.

<sup>194</sup> TMK m.185 f. 3'te: "Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar" şeklinde ifade edilmiştir. Aktarılan madde metninin muhalifinden birlikte yaşama son verilmesinin eşlerin birlikte yaşama olgusuna son vereceği için bunun terk boşanma sebebinin oluşturduğu söylenebilir. Bu konuda Bkz. Nursena Genç Güntürk, *Terk Sebebiyle Boşanma* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 35-36; Ayan, "Terk", 42; Gözütok, *Terk*, 43-44; Bor, *Boşanma*, 37. Değinmek gereken bir husus da terk eden eşin sadece ortak konuttan ayrılan eş olmayıp aynı zamanda ortak konutta yaşamaya devam eden eş de olabilmesi halidir. Bu husus TMK m.164/1'de "diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmeyi engelleyen eş de terk etmiş sayılır" ifadesiyle düzenlenmiştir. Terke zorlayan eşin terk etmiş sayılmasıyla ilgili bazı örnek Yargıtay kararları için Bkz. "...davacının terk nedeni ile boşanma davası açmış ise de davalının eve gelmemesi için her türlü psikolojik baskıyı yaptığını, oysa davalının eve dönmeyi çok istediğini çocuklarına duyduğu özlem nedeni ile bu ayrılığın bir an önce bitmesini istediğini, bu nedenle davalının şeklen evi terk etmiş ve geri dönmüyor gibi görünmekte ise de menen davacı tarafın tavır ve davranışları nedeniyle dönmek istediği evine, bugüne kadar dönemediğini...", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), K. 2013/67 (16 Ocak 2013); "...Olayda, tarafların kendilerinin seçtikleri bağımsız bir konut bulunmamaktadır. Davacı kadın, kayınvalidesi ve kayınbabasıyla birlikte oturdukları evi terk etmiştir. Bu durumda; bağımsız, ortak konut seçiminden kaçınarak, eşini, rızası hilafına kendi anne ve babasıyla oturmaya mecbur bırakan koca, eşini terk etmiş sayılır...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2003/10891 (16 Temmuz 2007); "...Önemle vurgulanmalıdır ki, burada "terk eden eş" kavramına sadece evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk eden veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmeyen eş girmemekte; yasanın açık hükmü gereği bu kavram diğer eşin terk veya dönmeye zorlamakla terk etmiş sayılan eşi de kapsamaktadır....", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), K. 2015/1032 (13 Mart 2015).

<sup>195</sup> TMK'nin Terk başlıklı 164. maddesinde sayılan şartlar: 1) evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemek maksadı (TMK m.164/f.1); 2) haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmek (TMK m.164/f.1); 3) ayrılık, en az altı ay sürmeli ve bu durum devam etmeli ve istem üzerine hâkim veya noter tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmalı (TMK m.164/f.1); 4) Diğer eşi haklı bir sebep olmaksızın terk etmeye zorlamak (TMK m.164/f.1). Terkin şartları hakkında örneğin Bkz. Öztan, *Aile*, 667-674; Gözütok, *Terk*, 50-58; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 112-118; Yılmaz, *Aile*, 185-190; Ünlütepe, *Boşanma*, 105-108.

<sup>196</sup> Aile birliği içinde eşlerin karşılıklı hak ve yükümlülükleri hakkında Bkz. Dural vd., *Aile*, 161-165; Yılmaz, *Aile*, 269-279; Ünlütepe, *Boşanma*, 27-28; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 215-223.

<sup>197</sup> Burada eşin ortak konutun aile birliği içerisindeki görevlerini yapmamak için ayrılması durumu açısından değinilmesi gereken bir nokta vardır. Eş, ortak konut içerisinde aile birliğindeki görevlerini yerine getirmiyor olabilir. Eşlerden biri adeta eşini tanıyamıyormuş gibi davranılabilir, aynı sofrada yemek yenmeyebilir, aynı yatakta uyunmayabilir ve hatta eşle hiç konuşmayabilir, ailesine maddi manevi hiçbir katkı sağlamıyor olabilir. Aktarılan durumlar ilk başta aile birliği içerisindeki görevlerden kaçmak olgusunu düşündürse dahi terk özel boşanma sebebinin oluşması için fiziki olarak ortak konutun terk edilmesi gerekmektedir. Zaten fiziki terkin gerekliliği aynı zamanda terk unsurunun oluşması için gerekli olan unsurlardan biri olan ihtarın çekilerek eve dönme çağrısında bulunulması için de lazımdır. Bu anlamda da ortak konuttan fiziki olarak ayrılma şartının gerekliliği açıktır. Yapılan açıklamalar için Krş. Ayan, "Terk", 42, 45; Gözütok, *Terk*, 51. Terk boşanma sebebi için ortak konutun terkedilmesinin gerektiğiyle ilgili Bkz. "...Terk sebebine dayalı boşanma davasının kabul edilebilmesi için öncelikli şart, davalı eşin haklı bir sebep olmadan en az dört aydan beri evlilik birliği dışında kalmasıdır... Terk edilen eş (TMK m. 164) diğerini yukarıda açıklanan kurallara uygun olarak ortak konuta çağırarak yükümlüdür...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2010/2231 (10 Şubat 2010); "...eşi evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla kendisini terk eden veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmeyen eş ... "terk edilen eş" kavramına girmektedir...", Krş. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), K.2015/1032 (13 Mart 2015).

<sup>198</sup> Terk boşanma sebebine dayanılabilmesi için terkin haksız olması gerekmektedir. Eğer eş ortak konutu terk etmekte haklı nedene sahipse bu durum terk boşanma sebebine sebebiyet vermeyecektir. Aktarılan açıklamalar için Krş. Ayan, "Terk", 45-46; Gözütok, *Terk*, 53-54. Yine bazı örnek Yargıtay kararları için Bkz. "...Türk Medeni Kanununun 164. maddesi; eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebeple ortak konuta dönmeyi takdirde, ayrılık en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ise istem üzerine hakim tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; boşanma davası açılabilirliğini hükme bağlamıştır....", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/8049 (20 Nisan 2016); "...Aleyhinde boşanma davası açılmış olan eş, dava süresince ayrı yaşamakta ve eve dönmekte haklıdır. Bu süre zarfında Türk Medeni Kanunu'nun 164. maddesi kapsamında bir terkin varlığından ve haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmekten bahsedilemez....", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2009/5348 (20 Mart 2009); "...Kadının eve dönmemesi üzerine davacı erkek, 22.04.2015 tarihinde, TMK'nun 164. maddesi uyarınca terk hukuki sebebine dayanarak, boşanma

en az altı ay sürmüş olmalı<sup>199</sup>. Terk eden eş terkin üzerinden en az dört ay geçmesinden itibaren, iki ay içinde ortak konuta dönmesini içeren, hakim veya noter tarafından çekilen ve buna uymamanın sonuçlarını da içeren bir ihtar<sup>200</sup> rağmen ortak konuta geri dönmemelidir<sup>201</sup>. Şartların sağlanması halinde terk sebebine dayalı boşanma davası açılabilir.

## 2. Metaverse özelinde değerlendirmeler

Bu başlıkta inceleme konusu özelinde değinilecek olan, terkin maddi unsuru olan ortak hayata son verilmesi unsurudur<sup>202</sup>. Bu unsur eşlerden birinin konutu terk etmesi, kaçması ve haklı bir sebep olmadan konuta dönmemesini veya eşini ortak konutu terk etmeye zorlamayı ve ortak konuta dönmek isteyen eşe izin vermemeyi ifade eder<sup>203</sup>. Fiziksel olarak aynı evde yaşamakla birlikte odaları ayırmak, hiç konuşmamak ise terk olarak kabul edilmez<sup>204</sup>. TMK m. 164'ün sözünde açıkça geçen "konut" ifadesi terkin fiziksel olduğunu "manevi" anlamda bir terkin kastedilmediğini açıkça ortaya koymaktadır<sup>205</sup>. Bu bağlamda ortak konuttan kurulacak bir çevrim içi bağlantıyla sanal ortamda çok zaman geçiren ve eşle hiç karşılaşmayıp iletişim kurmayan bir eşin bu durumu düşünülün. Söz konusu örnekte terkin diğer şartları (evlilik yükümlülüklerini yerine getirmeme amacı, bu durumun altı aydır sürüyor olması, eve dönme ihtarı) sağlansa bile bu durum terk sayılmaz<sup>206</sup>. Ancak verilen örnekte somut şartlar dahilinde

---

*davasını ikame etmiş, davalı kadın da davanın reddini talep etmiş, mahkemece, davalı kadının eve dönmekte haklı olduğunu ispatladığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...."*, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2019/2172 (05 Mart 2019).

<sup>199</sup> En az dört ay ortak konuttan ayrı olan eşe ihtar çekilmeli. Dört aylık süre ihtar için alt sınır olmakla beraber ihtar çekilebilmesi için belirli bir üst sınır yoktur. Dolayısıyla terk boşanma sebebine dayanılabilmesi için ihtardan sonra beklenmesi gereken 2 aylık süreyle beraber toplamda en az altı aylık bir süre geçmeli ancak ihtar için üst sınır olmadığından terk boşanma sebebine dayalı boşanma davası açılabilmesi için yıllar dahi geçmiş olabilir. Bu konuda Krş. Gözütok, *Terk*, 45; Ayan, "Terk", 48; Yine " *...Terk sebebine dayalı boşanma davasının kabul edilebilmesi için öncelikli şart davalı eşin haklı bir sebep olmadan en az dört aydan beri evlilik birliği dışında kalmasıdır...*", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2005/12222 (19 Eylül 2005).

<sup>200</sup> Terk eden eşe eve dönmesi için çekilen ihtarın samimi olması gerekmektedir. Bu konuda Bkz. Tülay Aydın Ünver-Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, "The Impact of the Notice of Abandonment Upon the Reasons for Divorce and the Claim for Non-Pecuniary Damages in the Light of the Supreme Court's Rulings", *Journal of Istanbul University Law Faculty* 75/2 (Aralık 2017), 594-595; Gözütok, *Terk*, 45; Ünlütepe, *Boşanma*, 108-109; Tekin, *Anlaşmalı*, 47 ihtarın samimi olmasına dair Yargıtay kararları için Bkz. " *...Davalı kadın, koca aleyhine nafaka alacağına tahsili amacıyla yapılan takip sonrası gönderilen terk ihtarının samimi olmadığını iddia etmiş, mahkemece kocanın ihtarında samimi olmadığı belirtilerek dava reddedilmiştir...."*, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/17511 (16 Eylül 2014); " *...boşanma istemi terk ihtarı samimi olmadığından reddedilerek, davalı K1 lehine aylık 200 TL tedbir, müşterek çocuk lehine 100 TL tedbir nafakasına karar verilmiştir...."*, Yargıtay 3.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/1081 (18 Ocak 2012); " *...Tarafların ayrılmasına neden olan olay, davacı-davalı kocanın başka bir kadınla olan güven sarsıcı davranışlarıdır. Davalı-davacı kadının evi terkenden sonra bile davacı-davalı kocanın Yeliz isimli kadınla görüşmeye devam ettiği, dosyada bulunan internet/facebook çıktısı, Yeliz'in çektiği mesajlar ve tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Davacı-davalı koca da Y.le görüştüğünü kabul etmektedir. Terke dayalı dava açılmadan davacı-davalı karısına mesaj çekerek "eve dön, dönüp geçmişten bahsetme, ailene de sık gitmek yok, kabul edersen gel" dediği de sabittir. Toplanan delillerden; davacı-davalı kocanın ihtarında samimi olmadığı, davalı-davacı kadının terk ihtarında dönmekte haklı bulunduğu anlaşılmaktadır. ..."*, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/28405 (27 Kasım 2012).

<sup>201</sup> Tan Tahsin Zapata, *Medeni Hukuk* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2018), 223-243; Krş. Ayşe Nur Kılınc, "Terk Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.2015 Tarihli ve 2-1688/1032 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 36 (Ekim 2018), 203. Terk sebebiyle boşanmaya dair örnek Yargıtay kararları için Bkz. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2005/12936 (27 Eylül 2005); Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2009/5348 (23 Mart 2009); Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2007/10257 (18 Haziran 2007); Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2007/15744 (14 Kasım 2007); Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2005/16900 (5 Aralık 2005).

<sup>202</sup> Öztan, *Aile*, 667; Yılmaz, *Aile*, 185; Krş. Gözütok, *Terk*, 43; Krş. Bekem, *Zina*, 39; Ünlütepe, *Boşanma*, 105; Tekin, *Anlaşmalı*, 45.

<sup>203</sup> Yılmaz, *Aile*, 185; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 112; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 254; Öztan, *Aile*, 666-667.

<sup>204</sup> Öztan, *Aile*, 667; Dural vd., *Aile*, 113; Akıntürk - Ateş, *Aile*, 254; Köprülü - Kaneti, *Aile*, 158; Yılmaz, *Aile*, 185; Feyzioğlu, *Aile*, 279. Terkin ortak konuttan ayrılmak olduğu yönünde Bkz. " *...Terk sebebine dayalı boşanma davasının kabul edilebilmesi için öncelikli şart, davalı eşin haklı bir sebep olmadan en az dört aydan beri evlilik birliği dışında kalmasıdır...."*, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2010/2231 (10 Şubat 2010). Terkin varlığı için ortak konuttan ayrılmanın ihtar çekilmesi şartı ile bağlantılı kararlar için Bkz. " *...Davacı tarafından, aynı ihtar kararına dayanılarak 09.11.2006 tarihinde açılan terk sebebiyle dayanan 2006/811 esas sayılı boşanma davası, "iki aylık eve dönüş süresi dolmadan açıldığından" bahisle, 26.12.2006 tarihinde reddedilmiştir...."*, Krş. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2009/5348 (23 Mart 2009); " *Davacı erkek, 09.01.2015 günü mahkemeye başvurarak eşinin eve dönmesi için; Türk Medeni Kanununun 164. maddesine ve 27.03.1957 tarihli 10/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına uygun olan ihtar isteminde eşinin ortak konuta dönmemesinin ihtar edilmesini (TMK.m.164) istemiş,*" Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2019/2172 (5 Mart 2019).

<sup>205</sup> Gözütok, *Terk*, 43; Öztan, *Aile*, 667; Dural vd., *Aile*, 113; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 254.

<sup>206</sup> Ortak hayatın kesilmesi unsuruna ilişkin değerlendirmede mekânsal ayrılığın esas alınmasının nedeninin, bu durumda normal şartlar altında dönme imkanı ve ihtimalinin mevcut olduğu hakkında Bkz. Öztan, *Aile*, 667. Sosyal medyayı ve interneti



evlilik birliğinin eşlerin ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsıldığı kabul edilebilir (TMK m. 166).

Bu bağlamda bilinç aktarımının sağlanarak Metaverse'e girilebildiği bir teknolojinin oluşturulduğu gelecek tasvirinde kişilerin bedenlerinin şeklen bir yerde muhafaza edilmiş (konumuz özelinde ortak konutta) olmasına rağmen bilinçlerinin tamamen sanal ortama aktarılması düşüncesine işaret edilebilir. Bu bağlamda TMK m. 164 değerlendirilecek olursa ilk aktardığımız örnekten daha farklı bir durumla karşılaşılır. Son durumda manevi anlamda terkin yoğunluğunun çok daha fazla olmasının yanında sanal ortamdaki kişinin bedeninin durumu da farklılaşmaktadır. Bu geliştirilmekte olan teknolojinin olası bazı uygulamalarında kişinin bedeni tabiri caizse bir kılıf/kabuk gibi ifade edilmektedir. Kişinin bilincinin, hafızasının depolanıp bir sanal veya robotik varlığa aktarılması fikri çeşitli filmlere ve dizilere ilham kaynağı olmuştur<sup>207</sup>. Bilinç aktarımı ve hatta bazen benlik aktarımı (duyguların da olması halinde) olarak da nitelendirilen bu teknoloji ile ilgili çeşitli bilimsel çalışmalar bulunmaktadır<sup>208</sup>. Bunlardan bir tanesi de Rus milyarder Dmitry Itskov'un kurduğu, yaklaşık 100 bilim insanının görev aldığı 2045 girişim ("2045 Initiative") adlı kar amacı gütmeyen bilimsel projedir. Bu proje dahilinde 2045 yılına kadar aşamalı olarak sanal ortama bilinç/benlik transferinin sağlanması hedeflenmektedir<sup>209</sup>. Gelecekte söz konusu teknolojinin gelişiminin tamamlanması ihtimalinde, sanal ortama bilinç transferi olgusu, TMK'da yeni bir boşanma sebebi altında değerlendirilebilir ya da Terk başlıklı maddenin içeriğine gerekli eklemeler yapılması düşünülebilir. Ancak terke ilişkin bir düzenlemenin ihdas edildiği bir ihtimalde ise ikili bir ayırım yapılmalıdır. Şayet kişinin bilincinin tekrar analog hayattaki vücuduna geri geleceği sabit ise bu durum terk boşanma sebebine dayandırılmamalıdır. Terkin doğal niteliği bu ihtimali dışlar. Buna karşılık depolanan zihnin tamamen sanal ortama ya da robotik/sibernetik vb. bir bedene aktarımından geri dönmeyeceği sabit ise terk boşanma sebebine dayanılabilir. Olan hukuk yönünden ise aktarılan olasılıklar, fiziksel terkten yola çıkan TMK m. 164'ün anlamsal çekirdeğini aşacağından, artık bu hükmün amaçsal genişletici yorumu da söz konusu olamayacaktır<sup>210</sup>. Böyle bir durumda kanun koyucunun öngörmemiş olduğu, teknolojik yeniliklere göre sosyal hayatın şekillenmesinden doğan, kural dışı (açık) bir kanun boşluğu bulunmaktadır<sup>211</sup>. Bu boşluk da TMK m. 166'nın söz konusu duruma kıyasen uygulanması ile doldurulabilecektir. Manevi terkin kabul edildiği bu ihtimalde diğer unsurlarla teknolojinin niteliğine ve kanunun amacına uygun şekilde yorumlanmalıdır<sup>212</sup>.

---

sorumluluklarından kaçmak için kullanılan eşin, bu kullanımının evlilik birliğinin temelinden sarsılmasındaki etkisine ilişkin değerlendirmeler yapılabileceği ile ilgili Bkz. Mehmet Emin Özgül, "Sosyal Paylaşım Sitelerinde Sürekli Zaman Geçirmenin Evlilik Birliğinin Sarsılması Sebebiyle Boşanma Bakımından Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30/1 (Mart 2022), 357.

<sup>207</sup> Zihin aktarımını işlemiş film ve dizi örnekleri hakkında bilgi için Bkz. "The Peripheral" dizisi hakkında bilgi ve her bölümüyle ilgili özet için, Wikipedia (Wikipedia), "The Peripheral (TV Series)" (Erişim 10 Mayıs 2024); "Surrogates" filmi hakkında bilgi için, Wikipedia (Wikipedia), "Surrogates" (Erişim 10 Mayıs 2024); "Upload" dizisi hakkında bilgi ve bölümlerin özetleri için, Wikipedia (Wikipedia), "Upload (TV series)" (Erişim 10 Mayıs 2024).

<sup>208</sup> Ümit Harun Akkaya, "Ölümsüzlük Arzusu ve Dijital Çağda Yeni Açılımlar: "Upload" Televizyon Dizisi Örneği", *Medya ve Din Araştırmaları Dergisi* 5/1 (Haziran 2022), 202-2019; Uğur, "Dijital Avatarlar", 4-6.

<sup>209</sup> INDEPENDENT (Independent), "Russian billionaire Dmitry Itskov seeks 'immortality' by uploading his brain to a computer" (Erişim 4 Şubat 2024); Onedio (Onedio), "Söylendiği Gibi 2045'te Zihin Tarnsferi Mümkün Olursa Yaşanabilecekler Üzerine 19 Tahmin" (Erişim 4 Şubat 2024); PERSPEKTİF (Perspektif), "Dijital Ölümsüzlük" (Erişim 4 Şubat 2024).

<sup>210</sup> Krş. Antalya, *Medeni Hukuk*, 304; Mustafa Dural – Suat Sarı, *Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 80 vd.; Hatice Kübra Ercoşkun Şenol, *Şematik Medeni Hukuk* (Ankara: Seçkin, 2023), 33-34.

<sup>211</sup> Antalya, *Medeni Hukuk*, 245-250.

<sup>212</sup> Kıyas bir görüşe göre yorum, başka bir görüşe göre boşluk doldurma ve katıldığımız diğer bir görüşe göre ise hem yorum hem de boşluk doldurma aracıdır. Bu konuda Bkz. Antalya, *Hukuk Metodolojisi*, 316 vd. Genel olarak mantıksal bir eleman olan kıyas hakkında Bkz. Sinan Okur, *Türk Medeni ve Borçlar Hukukunda Metot* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 184-185; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2022), 366-375; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 204; Turhan Esener-Ender Demir, *Hukuka Giriş* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 274-275; Oğuzman – Barlas, *Medeni Hukuk*, 113-115; Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 205-206.

## F. Akıl hastalığı

### 1. Genel olarak

Akil hastalığı özel, nisbi ve kusura dayanmayan bir boşanma sebebidir<sup>213</sup>. Akil hastalığına dayalı olarak açılan boşanma davasında akıl hastalığı nedeniyle boşanmaya karar verilebilmesi için aranılan şartlar genel olarak üç başlık altında ele alınabilir. Öncelikle boşanma davası esnasında (evlenmeden önce olan ya da sonra ortaya çıkabilecek) bir akıl hastalığının bulunması gerekmektedir<sup>214</sup>. Ayrıca akıl hastalığı sebebiyle boşanma davası açmak isteyen eşin bu sebebe dayanabilmesi için diğer eşin akıl hastalığının ortak hayatı çekilmez hale getirmesi gerekmektedir<sup>215</sup>. Akil hastalığı, evlilik birliğinin devamını artık çekilemez hale getirdiği ile ilgili hakimde kanaat oluşturabilecek nitelikte olmalıdır<sup>216</sup>. Akil hastalığının tıp bilimine göre saptanması gerektiğinden bu özel boşanma sebebine dayanılabilmesi için diğer şart eşin akıl hastalığının resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesidir<sup>217</sup>. Akil hastalığının ne demek

<sup>213</sup> Öztan, *Aile*, 674-675; Yasemin Erol, "Akil Hastalığına Dayalı Boşanma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19/1 (Haziran 2011), 121-122,126; Aydın Zevkliler vd., *Medeni Hukuk III Aile Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 283; Sera Reyhani Yüksel, *Aile Hukuku Meseleleri* (İstanbul: Aristo Yayınları, 2023), 97 vd.; Kusura dayanmamasıyla ilgili Öztan, *Aile*, 677; Coşkun Çaldağ, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Akil Hastalığı Sebebiyle Boşanma", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 5/1 (Aralık 2021), 191.

<sup>214</sup> Akil hastalığı sebebiyle açılan boşanma davasında akıl hastalığı davanın açıldığı zamanda mevcut olmalıdır. Ancak evlenmeden önce mevcut olan akıl hastalığına rağmen evlenilmişse ve bu akıl hastalığı evlenme engeli oluşturur mahiyetteyse evlenme zaten mutlak butlanla sona ereceği için bir boşanma davası ile evliliği sonlandırmaya çalışmaya gerek yoktur. Bu durum Türk Medeni Kanunu m.145/b.3'te de evlenmeye engel teşkil edecek derecede akıl hastalığı bulunmasının mutlak butlanla batıl olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu durumdan mutlak butlan sebebi var olduğu için akıl hastalığı nedenine dayanarak boşanma davası açılmayacağı sonucuna varılmamalıdır. Bu konuda Bkz. Öztan, *Aile*, 675; Dural vd., *Aile*, 117; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 121.

<sup>215</sup> Akıntürk – Ateş, *Aile*, 260; Öztan, *Aile*, 676-677; Dural vd., *Aile*, 117; Erol, "Akil Hastalığına Dayalı Boşanma", 132-134; Çaldağ, "Akil Hastalığı", 196-197; Burcu Yağcıoğlu, "Akil Hastalığının Evlilikteki Etkilerine Genel Bir Bakış", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29/2 (Haziran 2021), 971-973; Yılmaz – Abdülkerim, *Medeni Hukuk*, 226. Yine Bkz. "...Akil hastalığı sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelmesi...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2018/10308 (01 Ekim 2018); Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2006/378 (26 Ocak 2006); Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2010/8623 (29 Nisan 2010); "...Akil hastalığı sebebiyle boşanma kararı verilebilmesi için, davalı (eş)'in akıl hastası olması, bu yüzden ortak hayatın davacı eş için çekilmez hale gelmiş bulunması ve hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporu ile saptanmış olması zorunludur...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2015/822 (3 Şubat 2015).

<sup>216</sup> Hakimın kanaat getirmesi durumu akıl hastalığı nedeniyle boşanma olgusunun kusura dayanmayan yani nisbi bir boşanma sebebi olmasıyla alakalıdır. Akil hastalığına dayalı boşanmanın nisbi boşanma sebebi olmasından dolayı hakime tanınan takdir hakkı ile ilgili olarak Bkz. Erol, "Akil Hastalığına Dayalı Boşanma", 132-133; Şahin Şengül, *Filili Ayrılık*, 152-153; Topak, *Yargılama Usulü*, 45; Yağcıoğlu, "Genel Bir Bakış", 971.

<sup>217</sup> Akil hastalığının resmi sağlık kuruluyla tespitinin zorunlu olması akıl hastalığının mevcut olup olmadığının tıp bilimine göre saptanabilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu konuda Krş. Akıntürk-Ateş, *Aile*, 259; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 121 vd.; Yılmaz, *Aile*, 191; Çaldağ, "Akil Hastalığı", 184; Hatemi, *Aile*, 123; Zapata, *Medeni Hukuk*, 243; Zeki Zorlu, "Boşanma Davalarında İspat", *Konya Barosu Dergisi* 1/1 (Aralık 2023), 25; Muhammet Hasan Türkel, *Türk Aile Hukukunda Akil Hastalığı* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022), 91; Tekin, *Anlaşmalı*, 49. Akil hastalığı nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için sağlık kurulu raporunun gerekliliğine dair bazı Yargıtay kararları için Bkz. "...Akil hastalığı sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelmesi ve hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi gerekir (TMK m. 165)...", Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2018/10308 (01 Ekim 2018); Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2023/400 (24 Ocak 2023); Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2018/8964 (11 Eylül 2018); "...Akil hastalığı sebebiyle boşanma kararı verilebilmesi için, davalı (eş)'in akıl hastası olması, ... hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporu ile saptanmış olması zorunludur...", Yargıtay 2.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2015/822 (03 Şubat 2015).

Değnilmesi gereken bir husus da sağlık kurulu raporuyla akıl hastalığının sadece tespit edilmesinin yeterli olmadığıdır. Sağlık kurulu raporunda aynı zamanda akıl hastalığının iyileşmesinin imkansız olması gerekmektedir. İyileşmekten kasit ise hastalığın hafifletilmesini kapsar mahiyette değildir. İyileşmekten anlaşılması gereken hastalığın tam anlamıyla geçmesi halidir. Bu konuda Bkz. Öztan, *Aile*, 678; Türkel, *Akil Hastalığı*, 91-92; Yağcıoğlu, "Genel Bir Bakış", 970, Krş. Çaldağ, "Akil Hastalığı", 197; Şahin Şengül, *Filili Ayrılık*, 151.

olduğu her ne kadar tıp biliminin konusu olsa da en azından akıl hastalığının ayırt etme gücü<sup>218</sup> yoksunluğunu doğurabilecek türden olması gerektiğine işaret etmekle yetiyoruz<sup>219</sup>.

## 2. Metaverse özelinde değerlendirmeler

Akil hastalığı boşanma sebebinde Metaverse bağlamında ele alınacak olan durum normalde TMK m. 165 bağlamında akıl hastası olarak nitelendirilemeyecek olan birinin sırf sanal ortam kullanımına bağlı olarak bu kapsama alınabilip alınamayacağı durumudur. Bu durum daha önce hiç mevcut olmayan bir akıl hastalığının sonradan oluşmasından kaynaklanabilir. Bunun gibi daha önce mevcut olan ama TMK m. 165 anlamında akıl hastalığı olarak nitelendirilemeyen bir ruhsal hastalığın Metaverse kullanımına bağlı olarak ağırlaşmış akıl hastalığına dönüşmesiyle söz konusu olabilir. Metaverse'ün bir kişinin akıl hastalığına sebep olup olamayacağı ve bu durumun boşanma sonucuna varmasını sağlayıp sağlayamayacağı irdelenmelidir.

TMK m. 165'te akıl hastalığının "...ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek olması" ile bu hastalığın "geçici olmaması" ölçütleri öngörülmüştür<sup>220</sup>. Yargıtay uygulaması ve öğretide zeka geriliği, bunama, şizofreni ve bipolar bozukluk gibi hallerin söz konusu ölçütleri sağladığı kabul edilmekte ve bunlar TMK m. 165 anlamında akıl hastalığı olarak görülmektedir<sup>221</sup>.

Metaverse'e ilişkin değerlendirmede bunun bilgisayar oyunu fikrinden yola çıkılarak tasarlanmış bir sanal dünya olduğu göz ardı edilmemelidir<sup>222</sup>. Metaverse'ün, bilgisayar oyunlarında olduğu gibi algı

<sup>218</sup> Ayırt etme gücü Medeni hukuk kapsamında kişinin fiil ehliyetine sahip olması için gerekli şartlardan biridir. TMK m.10'da "Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır" şeklinde ifade edilmektedir. Hükmün lafzından da fiil ehliyetinin varlığından bahsedilebilmesi için her ergin kişinin kısıtlı olmaması şartının yanı sıra ayırt etme gücünün de olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu konuda Bkz. Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 22-23; Dural-Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 57-62; Kemal Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 52-63.

<sup>219</sup> TMK m.13 "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir." Lafzından anlaşılacağı üzere akıl hastalığı ve akıl zayıflığı durumları da ayırt etme gücü yoksunluğunu doğurabilecek türden durumlardır. Ancak bu durumdan her akıl hastalığı ya da akıl zayıflığının ayırt etme gücünü ortadan kaldıracığı sonucu çıkarılmamalıdır. Ayırt etme gücü, akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmama halini ifade etmekte olup yokluğundan bahsedilmesi için akıl hastalığı ve akıl zayıflığının akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olma sonucunu doğurması gerekir. Bu konuda örneğin Bkz. Vehbi Umut Erkan-İpek Yücer, "Ayırt Etme Gücü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60/3 (Eylül 2011), 491,492; Krş. Yağcıoğlu, "Genel Bir Bakış", 937; Nafiye Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti İçin Gerekli Ayırt Etme Gücü", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/2 (Aralık 2022), 424. Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı ile ilgili Bkz. Türkel, *Akil Hastalığı*, 21-26; Yağcıoğlu, "Genel Bir Bakış", 935-939.

<sup>220</sup> Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 121-122; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 259-260; Öztan, *Aile*, 676-678; Dural vd., *Aile*, 117; Yılmaz, *Aile*, 192-194; Türkel, *Akil Hastalığı*, 86; Çaldağ, "Akıl Hastalığı", 185.

<sup>221</sup> Öğretide akıl zayıflığının akıl hastalığı içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre tıp biliminde akıl hastalığı içerisinde bulunan akıl zayıflığı hallerinin hukuk açısından farklı kavramlardır. Bu görüş için Bkz. Aslı Açıkgoz, *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları* (Ankara: On İki Levha, 2017), 111-112; Yağcıoğlu, "Genel Bir Bakış", 939. Diğer görüş ise TMK m.13'te akıl zayıflığının bulunmasının nedeninin akıl hastalığı olarak görülmemeye ihtimaline binaen yer aldığını söylemektedir. Dolayısıyla akıl zayıflığının akıl hastalığı olarak kabul edilmesinden yanadır. Söz konusu görüş için örneğin Bkz. Türkel, *Akil Hastalığı*, 26; Gözde Erkin, "Akıl Hastalıkları Kavramına Genel Bakış ve Covid - 19", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/8 (Eylül 2020), 6.

Bipolar bozukluğun akıl hastalığı olduğuna dair Bkz. "...davalıda "Bipolar Affektif Bozukluk" denilen hastalığın mevcut olduğu...atak döneminde evliliği diğer eş için çekilmez hale getirebileceği, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının ifade edildiği...", Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/297 (18 Ocak 2023); Şizofreninin akıl hastalığı olduğuna dair Bkz. "...yapılan muayenesinde şizofreni denilen akıl hastalığının saptandığı...", Yargıtay 8.Ceza Dairesi (Yargıtay), K.2014/28859 (1 Aralık 2014); zeka geriliğinin akıl hastalığı olduğuna dair Bkz. "...26.12.2013 tarihli raporunda "Anamnez, ruhsal durum muayenesi ve zekâ testi sonucuna göre hastada Hafif Derecede Zeka Geriliği (IQ:50-69) adlı akıl hastalığının olduğu, ...", Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/35521 (3 Aralık 2015) (Türkel, *Akil Hastalığı*, dn. 133'ten naklen). Bunamanın akıl hastalığı olduğuna dair Bkz. "Davacı ..., kısıtlı adayı annesi ...'un yaşlılığa bağlı olarak unutkanlık, bunama, akıl zayıflığına maruz kaldığını...", Krş. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2018/13400 (30 Mayıs 2018). Öğreti ve yargıtay uygulamasına bakıldığında Dünya Sağlık Örgütü tarafından hazırlanan akıl hastalığı listesi ile de uyumlu olduğu görülmektedir. İlgili listeye ulaşmak için Bkz. ICD-10 Version:2019 (ICD-10) "Mental and behavioural disorders" (Erişim 14 Mayıs 2024).

<sup>222</sup> Krş. Mete, "Metaverse Etkisi", 298, 301; Ekici, *Metaverse Hukuku*, 100, 107.

üzerinde etkisi olduğu dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda bilgisayar oyunlarının bağımlılık yapıcı unsuruna işaret edilebilir<sup>223</sup>.

Yapılacak değerlendirmede Metaverse'ün dijital ortamdaki diğer bilgisayar oyunlarından farklılıkları göz ardı edilmemelidir. Öncelikle Metaverse bir yaşam alanı şeklinde geliştirilmeye çalışılmakta olup burada sadece oyun değil günlük kullanılan diğer platformlara kıyasla farklı ortam mevcudiyeti açısından daha geniş seçenekler sunulmaktadır<sup>224</sup>. Ayrıca daha önce aktarıldığı üzere Metaverse'ün, kullanıcının algısı üzerinde klasik bilgisayar oyunlarından (ve diğer sosyal medya uygulamalarından) çok daha yoğun bir şekilde etkileri söz konusu olmaktadır. İnternet bağımlılığının dahi başlı başına ruh sağlığını bozucu etkisi<sup>225</sup> dikkate alınınca arttırılmış gerçeklik hissi gibi teknolojilerle sanal ortamdaki kullanıcıların gerçeklik algısının çok yoğun etkilendiği Metaverse gibi bir sanal ortama eşlerden birinin bağımlılığı da evleviyetle ruh sağlığını bozucu etkiye neden olabilir. Örneğin kişi Metaverse'te yaşadığı bir durumu gerçek hayatta mı yoksa Metaverse'te mi yaşadığına karar veremeyebilir veya tam tersi olabilir. Bu tarz durumlar kişinin zihinsel sağlığını bozabilir<sup>226</sup>. Aktarılan durumlarda Metaverse kullanıcısı eşin üzerinde kalıcı hasarlar bulunduğu kabul edilebilir ve bu durumda diğer eşten ortak hayatı sürdürmesi beklenemeyecek (TMK m. 165) ise akıl hastalığı nedeniyle boşanma gündeme gelebilir. Buna karşılık özellikle Metaverse'e bağımlılığın somut olayda geçici nitelikte olduğu kabul edilirse artık akıl hastalığı özel boşanma sebebine dayanılmaz<sup>227</sup>. Ancak evlilik birliğinin çekilmezliği şartının sağlandığına hakim kanaat getirirse talep edildiği takdirde evlilik, evlilik birliğinin sarsılması genel boşanma sebebiyle son bulabilir<sup>228</sup>.

Nihayet giyilebilir teknolojilerin elektrik iletimiyle çalışması durumu irdelenebilir. Şayet bir kişi herhangi bir hata sonucu elektrik akımına maruz kalırsa onun daha çok bedensel sağlığı üzerinde felç, beyin kanaması, iç organ hasarı gibi kalıcı hasarlar oluşabilir<sup>229</sup>. Bunun yanında genel olarak gündelik hayatta bir kişi elektrik iletimine maruz kalırsa bu kişinin sinir sisteminde hasarlar meydana gelebilir<sup>230</sup>. Özellikle sanal ortama girişin sensörler sayesinde yapıldığı durumda yerleştirilecek sensörün beyne yakın bölgelere takılması bu riski çok daha fazla arttırabilir<sup>231</sup>. Bu tarz risk/ risklerin gerçekleşmesi ve

<sup>223</sup> Genel olarak bağımlılık, dijital bağımlılık ve bilgisayar oyunlarına bağımlılık ile ilgili Bkz. Engin Yönet-Fehmi Çalık, *Liselilerin Sportif Serbest Zaman İlgilenimi Dijital Oyun Bağımlılığı ve Yaşam Kaliteleri* (Ankara: Bizim A.Ş. 2020), 42-43; Halil İbrahim Cicioğlu (ed.), *Spor, E-Spor ve Dijital Oyun Bağımlılığı* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2022), 28-30.

<sup>224</sup> Güven-Güven, *Topluluk Bilinci*, 1807; Kulular İbrahim, "Telif Hakkı", 546; Yazıcı- Kirişçi, *Kuramsal Bakış*, 73-74.

<sup>225</sup> Krş. Güven-Güven, *Topluluk Bilinci*, 1807. Oyun bağımlılığının halüsinasyonlara sebep olabileceğiyle ilgili Bkz. haber7com (haber), "Oyun bağımlılığı halüsinasyona neden oluyor" (Erişim 4 Şubat 2024). Teknoloji bağımlılığının zihinsel sorunlara sebep olabileceğiyle ilgili Bkz. MEMORIAL (Memorial), "Teknoloji Bağımlılığı Nedir? Nedenleri ve Tedavisi" (Erişim 4 Şubat 2024).

<sup>226</sup> Örneğin Prof.Dr. Acar Baktas'ın ilgili yazısında sanal ortamdaki etkileşimlerde algısal bir bozukluklar arasında bulunan halüsinasyonları (olmayan şeyleri görme durumu) ve bilişsel bozukluklar arasında bulunan hezeyanları (akıl dışı olana inanma durumu) kışkırtmasının ve patolojilerini büyütmesinin kaçınılmaz olduğu tespitinde bulunmaktadır. Bu konuda Bkz. Kaynak (Kaynak), "Metaverse'ün İnsan Psikolojisine Etkisi" (Erişim 4 Şubat 2024).

<sup>227</sup> Krş. Hatemi, *Aile*, 123; Zapata, *Medeni Hukuk*, 243; Zorlu, "İspat", 25; Erdem-Makaracı Başak, *Aile*, 121-122; Türkel, *Akıl Hastalığı*, 91; Tekin, *Anlaşmalı*, 49.

<sup>228</sup> Dural vd., *Aile*, 119; Akıntürk-Ateş, *Aile*, 264-265; Öztan, *Aile*, 685-687; Yılmaz, *Aile*, 198-199

<sup>229</sup> Elektrik çarpmasının insan vücudu üzerindeki olası olumsuz sonuçları ile ilgili Bkz. Fatih Mehmet Ateş vd., "Study on First Aid and Essential Precautions Against Electrical Accidents", *Bayburt Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi* 2/2 (Kasım 2019), 338.

<sup>230</sup> Özden Kamışlı vd., "Elektrik Çarpmasına Bağlı Ortaya Çıkan Nadir Bir Semptom: Prosopagnozi", *Journal of Turgut Ozal Medical Center* 20/3 (Haziran 2013), 269. Kaldı ki elektrik akımının sadece bedensel hasara neden olabileceği düşünülse dahi kişinin felç, beyin kanaması gibi ağır hasarlarla karşı karşıya kalması da ruhsal anlamda kötü hissettirecek ve ruh hastalığı şekline dönüşebilecektir. Bu konuda örneğin Bkz. Fulya Erlüle, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 257. Elektrik çarpmasının psikiyatrik anlamda anksiyete, uykusuzluk, post travmatik stres bozukluğu, psikoz vb. şeklinde direkt ruhsal etkileri de olabilir. Bu yönde Bkz. Kamışlı vd., "Prosopagnozi", 269. Elektrik çarpmasının psikolojik rahatsızlıklara neden olma durumunun bir diğer görünümü ise elektrik çarpması olayından çok etkilenildiği için kişide ruhsal etkilerin meydana gelmesidir. Bu yönde Bkz. Yeşim Ayagöz vd., "Elektrik Çarpması Sonrası Ortaya Çıkan İlk Manik Atak: Olgu Sunumu", *Harran Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi* 17/2 (Ağustos 2020), 328-329.

<sup>231</sup> Elektrik çarpmasında elektriğin vücuda girdiği ve çıktığı yerlerin önemli olduğuna ve dolayısıyla vücut üzerinde izlediği yolun önemli olmasıyla ilgili Bkz. Kamışlı vd., "Prosopagnozi", 269. Bu bağlamda beyne yakın olarak yerleştirilmiş herhangi bir teknolojiden elektrik çarpması gerçekleşirse elektrik akımının girdiği yerin önemli olmasından dolayı beyne olumsuz etkileri olabileceği düşünülebilir.

bunların meydana getirdiği sonuçların kullanıcı üzerinde kalıcı ruhsal tahribata yol açtığına resmi sağlık raporuyla ispatlanması halinde bu durum diğer eş için ortak hayatı sürdürmeyi çekilemez hale getiriyorsa TMK m.165 kapsamında bir akıl hastalığından bahsedilebilecektir.

## Sonuç

Günümüzde teknolojinin gelişmesi ivmelenerek hız kazanmaktadır. Metaverse de bu gelişmenin son somut örneklerinden biridir. Gelişmenin hız kazanmasıyla beraber bu gelişme aşamasında meydana gelebilecek sorunlara da hızla çözüm bulunmalıdır. Bu kapsamda çalışmanın amacı en azından eşlerin Metaverse’teki faaliyetleri sonucu özel boşanma sebepleriyle ilgili meydana gelebilecek sorunlara ilişkin yol gösterici bir çalışma sunmaktır.

Çalışma kapsamında özel boşanma sebepleri olan “zina”, “hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış”, “suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme”, “terk” ve “akıl hastalığı” Metaverse özelinde değerlendirilmiştir.

Baskın görüşe göre zina kapsamına sokulmayan birçok durumun çalışma kapsamında gerekçeleriyle de belirtilerek zina kapsamında sayılabileceğine yönelik değerlendirmeler aktarılmıştır. Zina boşanma sebebinin Metaverse bağlamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin önemli olan; bir cinsel ilişkinin zina sayılabilmesi için cinsel ilişkinin ne olması gerektiğidir. Çalışma kapsamında savunulan görüşe göre Metaverse’te dokunsal geri bildirim sistemleri vasıtasıyla alınan cinsel haz da zina boşanma sebebine sebebiyet verebilir.

Hayata kast boşanma sebebi ile ilgili önemli durum, hayata kastedildiğinde öldürmeye elverişli olup olmamasına bakılmaksızın eşin, diğer eş öldürme amacıyla yaptığı eylemlerin öldürme ile sonuçlanmaması durumudur. Bu bağlamda ve Metaverse’ün de sanal bir ortam olduğu düşünüldüğünde çalışma kapsamında şu anki Metaverse teknolojisinde hayata kast boşanma sebebinin oluşturabilecek bir eylemin meydana gelemeyeceği sonucuna varılmıştır. Ancak Metaverse ile ilgili yürütülen araştırmalarda gelecekte kişilerin zihinlerinin Metaverse’e aktarılabilirliği ve onların Metaverse’ten analog dünyaya çıkmalarını sağlayacak bir aparata ihtiyaçları olacağı ifade edilmektedir. Bu ihtimalde bir eşin, diğer eşin Metaverse’ten çıkmasını engelleyerek hayati ihtiyacı olan yemek yeme gibi ihtiyaçlarına erişmesini engellemesi mümkün olabilecektir. Aktarılan olasılıkta diğer eşin ölümden kurtulması durumunda hayata kast unsurunun gerçekleşebileceği ileri sürülebilir.

Pek kötü muamele özel boşanma sebebinde Metaverse ile bağlantılı olarak kişinin eşine şiddet uygulaması gündeme gelebilecektir. Bu bağlamda Metaverse kullanıcılarının dokunsal geri bildirim sistemleriyle donatılmış giysiler giymesi halinde eşin, diğer eşin avatarına gösterdiği şiddeti, pek kötü muamele boşanma sebebi olarak değerlendirilebilir.

Onur kırıcı davranış özel boşanma sebebi kişinin onuruna yönelik olup genel anlamda duygusal bir durumdur. Bir eş, diğer eşin onurunu Metaverse ortamında da hakaretler edip aşağılayarak vb. fiillerle kırabilmesi mümkündür. Bu durum dikkate alındığında onur kırıcı davranış özel boşanma sebebinin de Metaverse ortamında oluşabileceği söylenebilir.

Suç işleme özel boşanma sebebine ilişkin Metaverse özelinde değerlendirmelerde, suçun Metaverse’ün internet ile olan ilişkisiyle alakalı olması veya direkt olarak Metaverse ortamında suç işlenebilirlik işlenemeyeceği belirleyicidir. Öncelikle Metaverse’te de kişinin avatırı vasıtasıyla başka bir kişiyi dolandırması ya da dokunsal geri bildirim sistemleri sayesinde cinsel istismarda bulunması durumları gündeme gelebilir. Bu tür durumlarda diğer internet ortamlarında olduğu gibi Metaverse ortamında da suç işleme özel boşama sebebi meydana gelebilir. Diğer durumlar ise Metaverse’ün tamamen kendi kurallarına göre değerlendirilmesi durumunda meydana gelebilecek suçlara ilişkindir. Söz konusu durumlarda suç işleme özel boşanma sebebi oluşabilmesi için somut ihtilaftaki Metaverse

uygulamasının dahil olduğu sanal ortam platformuna ilişkin bir toplum bilincinin oluştuğu ve buna göre suçun küçük düşürücü nitelikte olduğunun kabulü gerekmektedir.

Haysiyetsiz hayat sürme özel boşanma sebebinin analog hayatta kumar gibi şans oyunları oynanması, ayyaşlık gibi bağımlılıklar, hayat kadınlığı gibi toplum nezdinde yadırganan işler gibi çok farklı görünüşleri olabilmektedir. Bu bağlamda Metaverse bir sanal ortam olması nedeniyle şans oyunlarının da internet üzerinden oynanması mümkün olduğu için bu türden bir haysiyetsiz hayat sürme örneğinin Metaverse ortamında da gerçekleşebileceği söylenebilir. Buna karşılık ayyaşlık gibi durumlarda Metaverse'ün algılar üzerine etkisi önem arz eder. Çalışma dahilinde Metaverse'e bağlanma sonucu algı bulanması halinin kabul edilebildiği durumlarda haysiyetsiz hayat sürme boşanma sebebinin oluşabilmesi mümkündür. Hayat kadınlığı gibi bir işin yapılması da zinaya ilişkin çalışmada benimsenen görüş bağlamında haysiyetsiz hayat sürme boşanma sebebinin oluşturacaktır.

Terk özel boşanma sebebinde ise boşanma sebebinin meydana gelmesi için eşlerden birinin ortak konutu terk etmiş ya da terk etmeye zorlanmış olması, yani sonuç olarak fiili anlamda ortak konutta bulunmaması gerekmektedir. Metaverse'e bağımlı olan, bu nedenle ailesiyle iletişimini kesen bir eş fiili olarak evinde bulunmasına rağmen evde varlığı hissedilmese dahi kanun kapsamında terk etmiş sayılmaz. Yine bu durum gelecekte zihin aktarımının mevcut olması ihtimalinde dahi günümüz düzenlemesine göre terk boşanma sebebinin oluşturmayacaktır. Ancak Metaverse'ün ileriki aşamalarına ilişkin öngörülen zihin ve bedenin tamamen ayrılması durumunda çalışmada terk boşanma sebebinin oluşabileceği, ancak bu durumun kanun ile düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Akil hastalığı boşanma sebebinin oluşmasında Metaverse ile bağlantılı olan husus kişinin Metaverse'e bağlanmasının onu akıl hastası yapıp yapamayacağıyla ilgilidir. Bu kapsamda çalışmada özellikle iki husus vurgulanmıştır. Bunlardan ilki Metaverse'ün bilgisayar oyunu mantığında değerlendirilmesidir ki bu durumun önemi bu tarz oyunların bağımlılık yapmasıdır. Bağımlılığın ise ruh sağlığını bozucu etkisinden dolayı Metaverse'e karşı bağımlı olmuş bir eşin Metaverse kullanımının devam etmesi halinde bunun söz konusu boşanma nedeni kapsamında değerlendirilebilmesi için öncelikle bu durumun doktor raporuyla sabit olması gerekir. Ayrıca bu durum diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getirmelidir. Vurgulanması ve yapılacak değerlendirmede özellikle gözetilmesi gereken ikinci husus Metaverse'ün teknolojik yönüyle alakalıdır. Kullanıcılar Metaverse'e bağlanmak için çeşitli teknolojiler kullanmaktadır ve bu teknolojiler içerisinde de elektrik akımı olabilmektedir. Aktarılan durumda kişinin beyin kanaması, felç gibi ciddi rahatsızlıklara yakalanabilmesi ihtimal dahilindedir. Bu gibi durumlarda eşin akıl hastalığına yakalanabilmesi mümkün olup diğer eş için akıl hastalığı boşanma sebebine dayanılarak boşanma davası açılabilmesi gündeme gelebilecektir.

Sonuç olarak yukarıda da belirtildiği üzere Metaverse'te özel boşanma sebepleri bazı yönleriyle analog hayattaki durumla aynı sonuçları doğururken bazı yönleriyle ise ya hiç özel boşanma sebebi sonucu doğurmamaktadır ya da başka bir boşanma sebebi sonucunu doğurmaktadır. Bu bağlamda Metaverse'te özel boşanma sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleştiyse hangi boşanma sebebinde değerlendirileceği hem somut olayın özelliklerine göre hem de özellikle bir sanal evren olması sebebiyle Metaverse'te meydana gelmesi ve kullanılan teknolojilerin özellikleri göz önüne alınarak değerlendirilmelidir.

## Kaynakça

- Acar. Erol vd. "Erişkin Karın Travma Hastalarının ve Karın İçi Solid Organ Yaralanmalarının Değerlendirilmesi". *Phnx Med J.* 2/2 (Temmuz 2020), 90-97.
- Acar, Faruk. *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*. Ankara: Seçkin, 4.Basım, 2014.
- Açıkgöz, Aslı. *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları*. Ankara: On İki Levha, 1.Basım, 2017.
- Ağaoğlu Ercan, Ebru. "Sanal Gerçeklik, Hakikat Kavramının Dönüşümü ve Popüler Kültürdeki Yansımaları". *Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi* 34 (Aralık 2019), 115-143.
- Akar, Erkan. *Sosyal Medya Pazarlaması Sosyal Web'te Pazarlama Stratejileri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 5. Basım, 2024.
- Akıntürk, Turgut – Ateş, Derya. *Aile Hukuku*. 2.Cilt. İstanbul: Beta Basım, 23.Basım, 2021.
- Akkaya, Ümit Harun. "Ölümsüzlük Arzusu ve Dijital Çağda Yeni Açılımlar: "Upload" Televizyon Dizisi Örneği". *Medya ve Din Araştırmaları Dergisi* 5/1 (Haziran 2022), 201-226.
- Akman, Nurten İnce. "Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/2 (Aralık 2018), 527-560.
- Altıntaş, Soner – Barkuş, Fatma. "Dijital Ortamlarda Kişisel Veri Güvenliği Kavramı Üzerine Bir Derleme Çalışması". *Electronic Journal of Vocational Colleges* 13/1 (Haziran 2023), 46-69.
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 1.Cilt. Ankara: Seçkin, 2.Basım, 2019.
- Antalya, O. Gökhan. *Hukuk Metodolojisi*. 2.Cilt. Ankara: Seçkin Yayınları, 1.Basım, 2021.
- Antalya, O. Gökhan (ed.). *Medeni Hukuk*. 1.Cilt. Ankara: Seçkin Yayınları, 5.Basım, 2024.
- Araalan, Cemal. "Metaverse Teknolojisi'nin Sözleşmeler Hukuku'nda Sebep Olacağı Değişimlere İlişkin Değerlendirmeler". *Terazi Hukuk Dergisi* 193 (Eylül 2022), 14-29.
- Ardıç, Ebru. "Çevrim İçi Oyun Tehditlerine Karşı Çözüm Önerileri: Mavi Balina Oyunu". *Uluslararası Sosyal Bilgilerde Yeni Yaklaşımlar Dergisi* 3/1 (Haziran 2019), 57-75.
- Arıkan, Özgür. "Telif Hakları Hukuku Boyutuyla NFT'ler". *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 8/2 (Aralık 2022), 323-336.
- Atamer, Yeşim. "İnternet Bankacılığının Üçüncü Kişiler Tarafından Hukuka Aykırı Kullanımı Nedeniyle Doğan Zararı Kim Taşır?". *Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*. 15-41. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2007.
- Ateş, Fatih Mehmet vd. "Study on First Aid and Essential Precautions Against Electrical Accidents". *Bayburt Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi* 2/2 (Kasım 2019), 336-347.
- Atılğan, Bilal. *Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü*. Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Ayagöz, Yeşim vd. "Elektrik Çarpması Sonrası Ortaya Çıkan İlk Manik Atak: Olgu Sunumu". *Harran Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi* 17/2 (Ağustos 2020), 327-329.
- Ayan, Mehmet – Ayan, Nurşen. *Kişiler Hukuku*. Ankara: Seçkin, 8.Basım, 2016.

- Ayan, Nursen. "Terk Nedeniyle Boşanma". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/1 (Haziran 2007), 39-59.
- Aydemir, Emrah. *Weka ile Yapay Zeka*. Ankara: Seçkin, 2. Basım, 2019.
- Aydın, Nuri. *Sosyal Medya Aracılığı ile Hakaret Suçu İşlenmesi*. İstanbul: Beykent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Aydın Ünver, Tülay - Dursun Karaahmetoğlu, Şeyda. "The Impact Of The Notice Of Abandonment Upon The Reasons For Divorce And The Claim For Non-Pecuniary Damages In The Light Of The Supreme Court's Rulings" *Journal of Istanbul University Law Faculty* 75/2 (Aralık 2017), 587-608.
- Aydoğdu, Betül – Toy, Ertan. "Merkeziyetsiz Metaverse Platformlarındaki Üç Boyutlu Yapıların Görsel Analizi". *İMÜ Sanat Tasarım ve Mimarlık Fakültesi Dergisi* 9/1 (Haziran 2023), 151-173.
- Bacaksız, Pınar. "Metaverse ve Sanal Gerçeklik Ortamları Karşısında Ceza Hukuku". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/1 (Haziran 2023), 289-303.
- Badur, Emel - Turan Başara, Gamze. "Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65/1 (Mart 2016), 101-136.
- Bakır, Çiğdem. "Metaverse Üzerine Kapsamlı Bir Araştırma". *Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi Özel Sayı:45* (Aralık 2022), 64-73.
- Baranseli, Ebru S. "Ekrandan Günlük Hayatımıza Sızan Yeni Gerçeklik: Arttırılmış Gerçeklik". *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi* 66 (Mayıs 2018), 297-309.
- Başbüyük, İsa. "Blokzincir-Kripto Varlık Bağlantılı Yaygın Sahtekarlık Türlerinin Dolandırıcılık ve İlişkili Suçlar Yönünden Analizi". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/2 (Kasım 2023), 805-846.
- Başderici, Ayşe. *Kripto Para ve Hukuki Çerçevede Değerlendirilmesi*. Gaziantep: Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023.
- Batdı, Veli – Ayaz, Sezer (ed.). *İnovasyon Yönetimi ve İnovatif Metaverse Devrimi*. Ankara: Anı Yayıncılık, 1. Basım, 2023.
- Batu, Mikail - Kocaömer, Celal. "Metaverse Nedir? Literatür Art Alanı Bağlamında Yeni Bir Tanım Önerisi". *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 51 (Ağustos 2023), 92-112.
- Baygın, Cem - Nar, Ahmet. *Medeni Hukuk Dersleri-I*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Basım, 2021.
- Bekem, Berkcan. *Boşanma Sebebi Olarak Zina (TMK m.161)*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Basım, 2023.
- Berki, Şakir. "Boşanma ve Ayrılık". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 32/1 (Mayıs 1975), 135-154.
- Beyguoğulları, Fatih. *Token Ekosisteminde Vergilendirme*. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023.
- Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 33. Basım, 2015.
- Bilgili, Fatih – Cengil, M. Fatih. *Blockchain ve Kripto Para Hukuku*. Bursa: Dora Yayıncılık, 2. Basım, 2022.
- Bor, Yusuf. *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Basım, 2023.



- Bozdağ, Cahide Işıl. *Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Kusurun Etkisi*. Konya: KTO Karatay Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Bozdemir, Hacer – Aslan, Kezban. “Refleks Epilepsiler”. *Arşiv Kaynak Tarama Dergisi (aktd)* 18/2 (Haziran 2009), 70-90.
- Bozkurt Yüksel, Armağan. “Nesnelere İnternetin Hukuki Yönden İncelenmesi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17/2 (Aralık 2015), 113-140.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru vd. *Fütürist Hukuk 4*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 1.Basım, 2022.
- Bozkurt Yüksel, Ebru. *Metaverse ve Hukuki Sorunlar*. İstanbul (E-Kitap): Aristo Yayınevi, 1.Basım, 2023.
- Bulut, Yusuf - Vural, Mustafa, *Üniversite Öğrencilerinde Sosyalleşme Taktikleri ve İnternet Bağımlılığı ile Metaverse Farkındalığı*. Ankara: Gazi Kitabevi, 1.Basım, 2023.
- Büyüközkan Feyzioğlu, Gülçin. “Dijitalleşen Dünyada Yapay Zeka”. *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk: II: Yapay Zeka*, ed. Eylem Aksoy Retornaz – Osman Gazi Güçlütürk. 1-20. İstanbul: On İki Levha, 1.Basım, 2021.
- Canarşlan. Gökçe. “The Relationship Of Attempt Against Life, Grave Assaults and Insults With The General Divorce Grounds”. *International Journal of Social And Humanities Sciences* 1/2 (Aralık 2017), 95-107.
- Ceylan, Zeynep Şeyma. “Yargıtay Kararları Işığında Zina Sebebiyle Boşanmada Manevi Tazminat İstemi”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17/1 (Nisan 2022), 49-95.
- Cicioğlu, Halil İbrahim (ed.). *Spor, E-Spor ve Dijital Oyun Bağımlılığı*. Ankara: Gazi Kitabevi, 1.Basım, 2022.
- Çağlayan Aksoy, Pınar. *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*. İstanbul: On İki Levha, 1.Basım, 2021.
- Çaldağ, Coşkun. “Türk Medeni Kanunu’na Göre Akıl Hastalığı Sebebiyle Boşanma”. *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 5/1 (Aralık 2021), 182-216.
- Çekin, Mesut Serdar. “Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 33 (Ocak 2018), 283-346.
- Çelikkol, Şimal. “Metaverse Dünyası’nın Tüketici Satın Alma Davranışları Açısından Değerlendirilmesi”. *İstanbul Kent Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi* 3/1(2022), 64-75.
- Çinar Mutlu, Kübra. *Boşanma Sebepleri*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans, 2019.
- Çoşan, Bilal. “Web 1.0’dan Web 3.0’a Mahremiyetin Dönüşümü ve Dezavantajlı Gruplar Açısından Muhtemel Sonuçları”. *Çalışma ve Toplum Dergisi* 5/75 (Ekim 2022), 2639-2662.
- Dede, İsmail. “Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ile Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23/3 (Ocak 2017), 643-664.
- Demir, Dilanur. *Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Unutulma Hakkı*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023.
- Demir, Şamil. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması”. *Ankara Barosu Dergisi* 1 (Ocak 2014), 246-269.
- Demiray, Emine. *Kadın Eğitimi ve Uzaktan Eğitim*. Ankara: Efil Yayınevi, 1.Basım. 2010.

- Dikici Çelik, Beyza – Önder, Mehmet Fahrettin. “Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma Davası Açısından Af”. *Uygulamalı Sosyal Bilimler ve Güzel Sanatlar Dergisi (SOSGÜZ)* 5/12 (Ağustos 2023), 103-115.
- Doğancı, Doğa Ekrem. *Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar*. İstanbul: On İki Levha, 1.Basım, 2021.
- Dönmez, Servet Can. “The Key Sanal Gerçeklik Deneyimi Üzerine Bir Analiz”. *Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi* 38 (Aralık 2021), 439-454.
- Duman, Nesrin. “Boşanmanın Psiko-sosyal Sebepleri Üzerine Bir Değerlendirme”. *Uluslararası İnsan Çalışmaları Dergisi* 1/2 (Aralık 2018), 246-255.
- Dural, Mustafa vd. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. 3.Cilt. İstanbul: Filiz Kitabevi, 14.Basım, 2019.
- Dural, Mustafa – Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*. 2.Cilt. İstanbul: Filiz Kitabevi, 16.Basım, 2015.
- Dural, Mustafa – Sarı, Suat. *Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*. 1.Cilt. İstanbul: Filiz Kitabevi, 17.Basım, 2022.
- Durgut, Doğukan. vd. “Sanal Gerçeklik (VR) Yaklaşımı ile Geliştirilen Dijital Oyun Uygulamasının Doğruluk Analizi”. *Bilgisayar Bilimleri ve Teknolojileri Dergisi* 3/2 (Şubat 2023), 56-64.
- Erdem, Mehmet – Makaracı Başak, Aslı. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin, 1.Basım, 2022.
- Erdoğan, İhsan - Keskin, A. Dilşad. *Türk Medeni Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2.Basım, 2019.
- Erkan, Vehbi Umut - Yücer, İpek. “Ayırt Etme Gücü”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60/3 (Eylül 2011), 485-522.
- Ekici, Şerafettin. *Metaverse Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1.Basım, 2023.
- Erarslan Türkmen, Sevgi. *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*. İstanbul: On İki Levha, 1.Basım, 2019.
- Ercoşkun Şenol, Hatice Kübra. *Şematik Medeni Hukuk*. Ankara: Seçkin, 2.Basım, 2023.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Legem Yayınevi, 28.Basım, 2023.
- Erkin, Gözde. “Akıl Hastalıkları Kavramına Genel Bakış ve Cocid – 19”. *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 5/8 (Eylül 2020), 1-24.
- Erlüle, Fulya. *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*. İstanbul: On İki Levha, 3.Basım, 2021.
- Erol, Yasemin. “Akıl Hastalığına Dayalı Boşanma”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19/1 (Haziran 2011), 119-149.
- Ersoy, Arzu. *Aile Hukukumuzda Boşanma Sebebi Olarak Pek Kötü veya Ağır Derecede Onur Kırıcı Davranış*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Ersöz, Oğuz. “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Boşanma Sebeplerine Genel Bakış”. *The Journal of Social Science* 3/5 (Şubat 2019), 230-247.
- Ersöz, Oğuz. “Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma”. *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4/2 (Aralık 2018), 111-146.

- Ersöz, Oğuz. *Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma*. İstanbul: On İki Levha, 1.Basım, 2018.
- Ertan, Alpkaan. "Nesnelerin İnternetinin Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında İncelenmesi". *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 4/2 (Aralık 2022), 48-68.
- Erzen, M. Halil. "Divan Şiirinde Mahlas Kullanma Geleneği ve Bu Geleneğin Modern Şiire Yansımaları". *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi* 59 (Mayıs 2017), 41-73.
- Esener, Turhan - Demir, Ender. *Hukuka Giriş*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 12.Basım, 2018.
- Ferhat, Savaş. "Dijital Dünyanın Gerçekliği, Gerçek Dünyanın Sanallığı Bir Dijital Medya Ürünü Olarak Sanal Gerçeklik". *TRT Akademi* 1/2 (Temmuz 2016), 724-746.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 3.Basım, 1986.
- Genç Güntürk, Nursena. *Terk Sebebiyle Boşanma*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Boşanma Hukuku. 1 Cilt*. Ankara: Yetkin Yayınları, 12.Basım, 2023.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 7.Basım, 2017.
- Geriş, Ali – Tunga, Yeliz. "Sanal Gerçeklik Ortamlarında Bulunma Hissi". *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 18/4 (Aralık 2020), 261-282.
- Gökçen, Ahmet. *Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebi ile Boşanma*. İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Gökmen, Kaya. *Boşanma Davası Sırasında Ölen Eşin Mirasçılarının Boşanma Davasına Devam Etmesi*. İstanbul: On İki Levha, 1.Basım, 2021.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 19.Basım, 2022.
- Gözütok, Gülfer. *Terk Sebebiyle Boşanma (TMK m. 164)*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1.Basım, 2019.
- Güçlütürk, Osman Gazi. "Blokzincir ve Regüle Edilebilirlik". *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk*. ed. Eylem Aksoy Retornaz – Osman Güçlütürk. 23-71. İstanbul: On İki Levha, 1.Basım, 2020.
- Güven, Filiz - Güven, İklim. "Metaverse Toplumu: Kimlik, Mekan ve Yeni Topluluk Bilinci". *Erciyes Akademi* 36/4 (Aralık 2022), 1792-1812.
- Güvener, Emine Eda. *Türk Aile Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Kusur İlkesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi 2023.
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 9.Basım, 2021.
- Hatemi, Hüseyin. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 9.Basım, 2021.
- Hatemi, Hüseyin. *Medeni Hukuk'a Giriş*. İstanbul: On İki Levha, 10.Basım, 2021.
- Helvacı, Serap. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 10.Basım, 2023.
- Helvacı, Serap – Erlüle, Fulya. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 4.Basım, 2016.
- Ilgaz Büyükbaykal, Ceyda – Abay Cansabuncu, İnci. "Türkiye'de Yeni Medya Ortamı ve Dijital Oyun Olgusu". *Yeni Medya Elektronik Dergisi* 4/1 (Ocak 2020), 1-9
- İkizler, Metin – Tüzüner, Özlem (ed.). *Medeni Hukuk*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1.Basım 2021.

- İlbaş, Çığır. *Bilişim Suçlarının Sosyo-Kültürel Seviyelere Göre Algı Analizi*. Ankara: Başkent Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- İlgar, Hakan. *Mobil Uygulamalarda Erişim İzinleri*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016.
- İşman, Aytekin. *Uzaktan Eğitim*. Ankara: Pegem Akademi, 5.Basım, 2022,
- Kahraman, Mehmet Emin. "Blok zincir, Deepfake, Avatar, Kripto para, NFT ve Metaverse ile Yaygınlaşan Sanal Yaşam". *Uluslararası Kültürel ve Sosyal Araştırma Dergisi (UKSAD)* 8/1 (Haziran 2022), 149-162.
- Kalabalık, Halil – Doğanç, Doğa Ekrem. *Temel Hukuk Bilgisi*. Ankara: Seçkin, 13.Basım, 2023.
- Kalkmaz, Ferhat. *Türkiye’de Çoklu Boşanma Sistemi*. Gaziantep: Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Doktora Tezi, 2022.
- Kamışlı, Özden vd. "Elektrik Çarpmasına Bağlı Ortaya Çıkan Nadir Bir Semptom: Prosopagnozi". *Journal of Turgut Ozal Medical Center* 20/3 (Haziran 2013), 269-271.
- Kanadoğlu, Osman Korkut. "Feminizm ve Kadın Hakları". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/1 (Mart 2021), 141-169.
- Kancıoğlu, Celal Hakan – Çolak, Haldun. "Tüketicinin Nesnelerin İnterneti Teknolojilerini Benimsemesi ve Bir Uygulama". *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19/4 (Aralık 2019), 241-268.
- Kapancı, Berk. "Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: "Sanal Para" Değerleri ve "Akıllı Sözleşmeler" Üzerine Değerlendirmeler". *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I - Blokzinciri ve Hukuk*. ed. Eylem Aksoy Retornaz – Osman Gazi Güçlütürk. 113-154. İstanbul: On İki Levha, 1.Basım, 2020.
- Karabulut, Ayşe Kübra. *Türk Medeni Kanunu’nun 162. Ve 163. Maddelerine Dayanılarak Açılan Boşanma Davaları*. Ankara: On İki Levha, 1.Basım, 2018.
- Karaman, Merve – Akçay Balcı, Deniz. "Metaverse ve NFT Bağlamında Sanatta Dijital Dönüşüm". *İzlek Akademik Dergi (Izlek Academical Journal)* 5/1 (Mart 2023), 15-26.
- Kaşak, Fahri Erdem. "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılması veya Kaldırılması (TMK M. 236/II)". *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/1 (Haziran 2020), 111-130.
- Kaulartz, Markus. "Die Blockchain- Technologie". *Computer Und Recht* 32/7 (July 2016), 474-480.
- Kaya, Asım. "Amaçsal Yorum". *Ankara Barosu Dergisi* 4 (Temmuz 2014), 363-383.
- Kaya, Berna Berfin. *Medeni Hukukta Zina*. Ankara Atılım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Kaya, Mine. *Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme-İnternet-Sosyal Medya) Kişilik Hakkının Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1.Basım, 2015.
- Kayabaşı, Murat. *Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu ve Suça İlişkin Ağırlaştırıcı Sebepler*. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Kayıhan, Şaban. *Kişiler Hukuku*. Ankara: Seçkin, 1.Basım, 2022.
- Kayıhan, Şaban – Ünlütepe, Mustafa. *Medeni Hukuk Bilgisi*. Ankara: Seçkin, 3.Basım, 2016.
- Keskin, Alper. *Boşanma Davaları. 1 Cilt*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1.Basım, 2017.

- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 6.Basım, 2022.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Medeni Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 3.Basım, 2019.
- Kılınç, Ayşe Nur. "Terk Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.2015 Tarihli ve 2-1688/1032 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 36 (Ekim 2018), 197-210.
- Kibar, Ahmet Fevzi. "Türk Hukukunda "Hayata Kast" Sebebi ile Boşanma ve Doğurduğu Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesi (TMK M 162)". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2 (Temmuz 2020), 633-676.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt-1*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 6.Basım, 2014.
- Koçak, Durmuş. "Web 1.0'dan Web 3.0'a Metaverse'ün Gelişimi ve Sunduğu Fırsatlar". *Yeni Medya Elektronik Dergisi* 7/2 (Mayıs 2023), 97-113.
- Köprülü, Bülent – Kaneti, Selim. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2.Basım, 1989.
- Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. "Metaverse Avatarlarının Telif Hakkı". *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4/2 (2022), 540-580.
- Kurt, Neval İsra – Toy, Ertan. "Metaverse Platformlarındaki Temsilimiz Olan 3 Boyutlu Avatarlar Üzerine Bir İnceleme". *Yeni Yüzyıl'da İletişim Çalışmaları Dergisi* 2/6 (Ocak 2023), 179-199.
- Kuruüzümcü, Rıza. "Bir Dijital Ortam ve Sanal Formu Olarak Sanal Gerçeklik". *Sanat Dergisi* 12 (Ağustos 2010), 93-96.
- Kuş, Oğuz. "Metaverse: 'Dijital Büyük Patlamada' Fırsatlar ve Endişelere Yönelik Algılar". *Intermedia International E-Journal* 8/15 (Aralık 2021), 245-266.
- Latorre, Marino. "Web 1.0, 2.0, 3.0 ve 4.0'ın Tarihi". Çev. Özgür Yılmaz, *Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi* 8/2 (Şubat 2022), 351-359.
- Martin, Hanzl. *Handbuch Blockchain und Smart Contracts*. Österreich: Linde Verlag Ges.mb.H., 2020.
- Mert, Yener Lütfü. "Dijital Pazarlama Ekseninde Influencer Marketing Uygulamaları". *Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi* 6/2 (Eylül 2018), 1299-1328.
- Mete, Mevlüt Hürol. "Dijital Oyunların Geleceğinde Metaverse Etkisi". *TRT Akademi* 8/17 (Ocak 2023), 294-317.
- Mete, Mevlüt Hürol. "Metaverse Teknolojileri ve Etki Alanları". *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi* 14/2 (Aralık 2022), 155-171.
- Müller, Lukas – Seiler, Reto. "Smart Contracts aus sicht des Vertragsrechts - Funktionsweise, Anwendungsfälle und Leistungsstörungen". *AJP* 3/ (Nisan 2019), 317-328.
- Nazlı, Azra Kardelen vd. "Metaverse Evreninde Yer Alan Bazı Uygulamalar Üzerine Tematik Bir Analiz". *TRT Akademi* 7/16 (Eylül 2022), 1096-1119.
- Oğuz, Habip. *İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması*. Ankara: Gazi Üniveristesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku 1 Cilt*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 17.Basım, 2019
- Oğuzman, M. Kemal vd. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 19.Basım, 2020.

- Oğuzman, M. Kemal – Barlas, Nami. *Medeni Hukuk*. İstanbul: On İki Levha, 27.Basım, 2021.
- Okan Koç, Yasemin. *Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebi ile Boşanma*. İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Okur, Sinan. *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1.Basım, 2021.
- Okur, Sinan. *Türk Medeni ve Borçlar Hukukunda Metot*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2.Basım, 2023.
- Ozan Özparlak, Başak – Yılmaz, Sabire Sanem. “Beyin-Makine Arayüzü ve Mahremiyete Dair Yeni Hukuki Sorunlar”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2* (Eylül 2021), 269-308.
- Ozan Özparlak, Başak – Yılmaz, Sabire Sanem. “6G Kablosuz Teknolojisi ve Veri: Yeni Hukuki Tartışmalar”. *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri*. ed. Eylem Aksoy Retornaz-Osman Gazi Güçlütürk. 167-220. İstanbul: On İki Levha, 1.Basım, 2021.
- Ökdem, Duygu. *Hukuksal Açıdan Non-Fungible Token (NFT)*. Antalya: Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023.
- Özcan Çelik, Berna. *Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Özer, Safiye Vasviye. *Evlilik Birliğinin Türk Medeni Kanunu'nun 162. Maddesi'ne Göre Sona Ermesi*. Mersin: Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Özer, Yusuf Mansur. *Kişisel Verilerin Korunmasında Blok Zinciri Modeli: Vaatler ve Hukuki Engeller*. İstanbul: On İki Levha, 1.Basım, 2020.
- Özgül, Mehmet Emin. “Sosyal Paylaşım Sitelerinde Sürekli Zaman Geçirmenin Evlilik Birliğinin Sarsılması Sebebiyle Boşanma Bakımından Değerlendirilmesi”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 30/1* (Mart 2022), 325-370.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 6.Basım, 2015.
- Öztürk, Özge. *Genel Boşanma Sebepleri*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Özüğür, Ali İhsan. *Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları*. Ankara: Seçkin, 5.Basım, 2013.
- Polat, Cemre. *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler*. Ankara: İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2022.
- Reyhani Yüksel, Sera. *Aile Hukuku Meseleleri*. İstanbul: Aristo Yayınları, 1.Basım, 2023.
- Reyhani Yüksel, Sera. “Cinsiyet Değişikliği ve Evliliğe Etkisi”. *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi 9/21* (Mayıs 2017), 51-73.
- Şağban, Eyüp Ensar. “NFT’ler Özelinde Siber Sigortaya Bir Bakış”. *Bilişim Hukuku Dergisi 3/2* (Aralık 2021), 430-493.
- Sarı, Onur. *NFT’ler Açısından Mali Hakların Devri Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin, 2.Basım, 2024.
- Sarı Fidan, Özlem. “Yargıtay Kararları Işığında Boşanma Davası Açıldıktan Sonra Eşlerin Sadakat Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi”. *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4/2* (Aralık 2022), 1275-1311.

- Saymen, Ferit Hakkı – Elbir, Halid Kemal. *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku* 3. Cilt. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 2. Basım, 1960
- Schrey, Joachim – Thalhofer, Thomas. "Rechtliche Aspekte der Blockchain". *Neue Juristische Woc*, 20 (2017), 1431- 1436.
- Sebetci, Özel. *Yapay Zekayı Kodlamak*. Ankara: Seçkin, 1. Basım, 2023.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011
- Serozan, Rona. vd. "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi". *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı 15/2 – Cilt 2 (Özel Sayı)* (2016), 531-560.
- Sevimli, Çise. *Türk Cumhuriyeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Kadınların ve Çocukların Aile İçi Şiddetten Korunması*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Sezen, Duygu. *Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu*. Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016.
- Soysal, Tamer. "Sanal Gerçeklik ve Artırılmış Gerçeklik Uygulamalarının Ceza Hukuku Üzerindeki Olası Etkileri Üzerine Bir Deneme". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 53 (Ocak 2023), 169-246.
- Şahin Şengül, Eda. *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma*. İstanbul: On İki Levha, 1. Basım, 2022.
- Şimşek, İrfan – Can, Tuncer. "Yüksek Öğretimde Sanal Gerçeklik ile İlgili Yapılan Araştırmalara Yönelik İçerik Analizi". *Folklor/Edebiyat* 25/97 (Eylül 2019), 77-90.
- Tanrıverdi, Mustafa vd. "Blokzinciri Teknolojisi Nedir? Ne Değildir?: Alanyazın İncelemesi". *Bilişim Teknolojileri Dergisi* 12/3 (Temmuz 2019), 203-217.
- Taştan, Mehmet. "Akıllı Ev Uygulamaları İçin Yeni Nesil IoT Denetleyici ile Gerçek Zamanlı Uzaktan İzleme ve Kontrol Uygulaması". *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi* 23/2 (Ağustos 2019), 481-487.
- Tekelioğlu, Numan. "Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: NFT'lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30/3 (Eylül 2022), 1301-1329.
- Tekin, Helin Neval. *Anlaşmalı Boşanma*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2. Basım, 2021.
- Tokbaş, Hakan (ed.). *Tüketici Hukukunun Güncel Meseleleri 2023*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 1. Basım, 2023.
- Yıldırım, Merve. "İnvazyon ve Dijital Sanat". *ODÜ Sosyal Bilimler Dergisi* 10/1 (Mart 2020), 188-200.
- Topak, Süleyman. *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*. İstanbul: On İki Levha, 1. Basım, 2021.
- Turgut, Cemile. *Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı*. İstanbul: On İki Levha, 1. Basım, 2021.
- Tutumlu, Mehmet Akif. *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku*. 1. Cilt. Ankara: Seçkin Yayınları, 2. Basım, 2009.
- Türkel, Muhammet Hasan. *Türk Aile Hukukunda Akıl Hastalığı*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

- Türkkan, Ahmet Ziyaeddin. *Yapay Zeka ve Kentsel Sistemler: Akıllı Ulaştırma Sistemlerinin Kentsel Güç İçindeki Rolü*. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Tüzüner, Özlem. "Boşanma Açısından Eşle Cinsel Birliktelik Yaşa(ya)mama". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29/1 (Haziran 2023), 393-440.
- Uğur, Serap. "Sosyal Ağlar, Dijital Avatarlar ve Teknolojik Tekillik". *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi* AUAd 5/2 (Nisan 2019), 4-6.
- Uzar, Ali İhsan vd. "Penetran Ateşli Silah Yaralanmalarında Yara Balistiği". *Güvenlik Bilimleri Dergisi Özel Sayı* (Nisan 2019), 53-77.
- Ünlü, Muhammet Mustafa. "Metaverse ve Görsel Sanat". *AKRA Kültür Sanat ve Edebiyat Dergisi* 10/28 (Eylül 2022), 47-70.
- Ünlütepe, Mustafa. *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK M.166/I-İ)*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1.Basım, 2019.
- Ünlütepe, Mustafa. *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1.Basım, 2021.
- Ünsal, Oğuzhan. "Haysiyetsiz Hayat Sürme Nedeniyle Boşanma". *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/12 (Mart 2022), 229-254.
- Yağcıoğlu, Burcu. "Akıl Hastalığının Evlilikteki Etkilerine Genel Bir Bakış". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29/2 (Haziran 2021), 933-998.
- Yener, Mehmet Zahid. "Sosyal Medya Paylaşımlarının Boşanma Davasına Etkisi". *Adalet Dergisi* 67 (Kasım 2021), 239-262.
- Yıldız, Serdar Kuzey – Bozkurt, Gülsün. "Sanal Gerçekliğin Yeni Anakarası: Metaverse". *TRT AKADEMİ* 8/17 (Ocak 2023), 268-293.
- Yılmaz, Mehmet – Candan, Ferdi. "Oyun Sanal İntihar Gerçek: "The Blue Whalechallenge/Mavi Balina" Oyunu Üzerinden Kurulan İletişimin Neden Olduğu İntiharlar Üzerine Kuramsal Bir Değerlendirme". *Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi* (29.Özel Sayısı), 270-283.
- Yıldız Oğuz, Gül Bahar. *Dijital Çağda Çocuğun Mahremiyet Hakkının Korunması: Paylaşan Anne-Babalar Özelinde Sosyal Medya ve Çocuk İstismarı*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023.
- Yılmaz, Süleyman. *Aile Hukuku*. Ankara: Yetkin Basımevi, 1.Basım, 2023.
- Yılmaz, Süleyman – Yıldırım, Abdulkerim. *Medeni Hukuk – I (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)*. Ankara: Seçkin Yayınları, 4.Basım, 2023.
- Yönet, Engin – Çalık, Fehmi. *Liselilerin Sportif Serbest Zaman İlgilenimi Dijital Oyun Bağımlılığı ve Yaşam Kaliteleri*. Ankara: Bizim A.Ş., 1.Basım, 2020.
- Yücedağ, Nafiye. "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti İçin Gerekli Ayırt Etme Gücü". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/2 (Aralık 2022), 421-436.
- Yücel, Özge. "Cinsiyet Kimliğinin ve Cinsel Yönelimin Medeni Hukukta Statüsü". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (Mayıs 2023), 1817-1840.
- Zapata, Tan Tahsin. *Medeni Hukuk*. Ankara: Savaş Yayınevi, 23.Basım, 2018.



Zevkliler, Aydın vd. *Medeni Hukuk III Aile Hukuku*. 3.Cilt. Ankara: Adalet Yayınevi, 1.Basım, 2024.

Zevkliler, Aydın vd. *Medeni Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 9.Basım, 2015.

Zorlu, Zeki. "Boşanma Davalarında İspat". *Konya Barosu Dergisi* 1/1 (Aralık 2023), 1-41.

Zorluoğlu Yılmaz, Ayça. "Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29/4 (Aralık 2021), 3383-3417.

### **Elektronik Kaynaklar**

42 İstanbul & 42 Kocaeli. "Açık Seminer | NFT, Metaverse ve Blokzincir". YouTube. Yayın Tarihi 13 Mayıs 2022. [https://www.youtube.com/live/GroKv\\_RWxRs?si=0F3SBYXiL9OSSQc7](https://www.youtube.com/live/GroKv_RWxRs?si=0F3SBYXiL9OSSQc7)

Asimmim. "Roblox iyafet Yapararak Robux Kazanma Roblox Kıyafet Yapma 2023". YouTube. Yayın Tarihi 1 Mart 2023. [https://youtu.be/8qFb6f9YeWo?si=tVIXuFf3M\\_nu6Z0z](https://youtu.be/8qFb6f9YeWo?si=tVIXuFf3M_nu6Z0z)

BBC, BBC News Türkçe. "Meta: Facebook Adını Neden Meta Olarak Değiştirdi?". Erişim 3 Ağustos 2023. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-59085284>

Brit, Whiny. "I gave my sim the most realistic pregnancy possible // Sims 4 pregnancy mods". YouTube. Yayın Tarihi 4 Mayıs 2022. [https://youtu.be/i4nocHlqm\\_g?si=c3soWt5hreMUIUUr](https://youtu.be/i4nocHlqm_g?si=c3soWt5hreMUIUUr)

California, California Legislative Information. "AB-1836 Use of likeness: digital replica.". (Erişim 17 Ekim 2024). [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill\\_id=202320240AB1836](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=202320240AB1836)

CB Dijital Dönüşüm Ofisi Blokzinciri Sözlüğü. Erişim 11 Kasım 2023. <https://cbddo.gov.tr/sss/blokzincir-sozlugu/>

CHIP, CHIP. "Surround Ses". Erişim 24 Kasım 2023. [https://www.chip.com.tr/bilgisayarkursu/surround-ses\\_2844.html](https://www.chip.com.tr/bilgisayarkursu/surround-ses_2844.html)

Gündem, Gündem Kıbrıs. "19 saat boyunca oynadı, öldü!". Erişim 11 Mart 2024. <https://www.gundemkibris.com/19-saat-boyunca-oyun-oyyadi-oldu>

Haber, haber7com. "Oyun bağımlılığı halüsinasyona neden oluyor". Erişim 4 Şubat 2024. <https://www.haber7.com/teknoloji/haber/1188505-oyun-bagimlilik-halusinyona-neden-oluyor>

ICD-10, ICD-10 Version:2019. "Mental and behavioural disorders". Erişim 14 Mayıs 2024. <https://icd.who.int/browse10/2019/en#/V>

Independent, INDEPENDENT. "Russian billionaire Dmitry Itskov seeks 'immortality' by uploading his brain to a computer". Erişim 4 Şubat 2024. <https://www.independent.co.uk/news/science/dmitry-itskov-2045-initiative-immortality-brain-uploading-a6930416.html>

Independent, INDEPENDENT Türkçe. "Somnium Space Duyurdu: Ölenler Metaverse'te Yaşayacak". Erişim 15 Kasım 2023. <https://www.indytrk.com/node/498581/ya%C5%9Fam/somnium-space-duyurdu-%C3%B6lenler-metaversete-ya%C5%9Fayacak>

Kaynak, Kaynak. "Metaverse'ün İnsan Psikolojisine Etkisi". Erişim 4 Şubat 2024. <https://kaynakbaltas.com/gelecek/metaverseun-insan-psikolojisine-etkisi/>

Medium, Medium. "AI (Yapay Zeka) vs Machine Learning (Makine Öğrenmesi) vs Deep Learning (Derin Öğrenme)". Erişim 24 Kasım 2023. <https://lastirembender.medium.com/ai-yapay-zeka-vs->

machine-learning-makine-%C3%B6%C4%9Frenmesi-vs-deep-learning-derin-%C3%B6%C4%9Frenme-f44e81a79cab

Medium, Medium. "Artırılmış Gerçeklik ve Sanal Gerçeklik Arasındaki Fark Nedir? AR-VR". Erişim 24 Kasım 2023. <https://medium.com/heapjet-t%C3%BCrkiye/art%C4%B1r%C4%B1lm%C4%B1%C5%9F-ger%C3%A7eklik-ve-sanal-ger%C3%A7eklik-aras%C4%B1ndaki-fark-nedir-ar-vr-f887776c1cc6>

Medium, Medium. "Web 3.0 Nedir? (Web Teknolojilerinin Gelişim Sürecine Yüzeysel Bir Bakış)". Erişim 2 Ağustos 2023. <https://enversanli.medium.com/web-3-0-nedir-web-teknolojilerinin-geli%C5%9Fim-s%C3%BCrecine-y%C3%BCzeysel-bir-bak%C4%B1%C5%9F-2570c044b6a5>

Memorial, MEMORIAL. "Teknoloji Bağımlılığı Nedir? Nedenleri ve Tedavisi". Erişim 4 Şubat 2024. <https://www.memorial.com.tr/saglik-rehberi/teknoloji-bagimlilik-nedir-nedenleri-ve-tedavisi?ysclid=lve88hkuj3434317858#teknoloji-bagimlilik-belirtileri-nelerdir>

Meta. "The Metaverse and How We'll Build It Together -- Connect 2021". YouTube. Yayın Tarihi 28 Ekim 2021. <https://youtu.be/Uvufun6xer8?si=dKHzgsVFHtPh6HAG>

mynet, mynet. "Çocuklarınızı koruyun: 130 gencin ölümüne neden olan bilgisayar oyunu dünyayı ayağa kaldırdı". Erişim 3 Mart 2024. <https://www.mynet.com/cocuklarinizi-koruyun-130-gencin-olumune-neden-olan-bilgisayar-oyunu-dunyayi-ayaga-kaldirdi-1205617-mykadin?ysclid=luvwny5ibb488678958>

Onedio, Onedio. "Sosyal Medya Zorbalığı Bitmiyor: İntihar Ettikten Sonra Bile Kötü Yorumlar Alan Genç Kız". Erişim 05 Mart 2024. <https://onedio.com/haber/sosyal-medya-zorbaligi-bitmiyor-intihar-ettikten-sonra-bile-kotu-yorumlar-alan-kiz-744817?ysclid=ltgfmhbnt0702255679>

Onedio, Onedio. "Söylendiği Gibi 2045'te Zihin Transferi Mümkün Olursa Yaşanabilecekler Üzerine 19 Tahmin". Erişim 4 Şubat 2024. <https://onedio.com/haber/soylendigi-gibi-2045-te-zihin-transferi-mumkun-olursa-yasanabilecekler-uzerine-19-tahmin-692634>

O'REILLY, O'REILLY. "What Is Web 2.0". Erişim 1 Ağustos 2023. <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html>

Perspektif, PERSPEKTİF. "Dijital Ölümsüzlük". Erişim 4 Şubat 2024. <https://www.perspektif.online/dijital-olumsuzluk/>

Prof. Dr. Murat Aksoy. "Silahlı Yaralanmalarda Vücudumuzda Neler Oluyor? / Film Setlerinde Yaşanan Kazalar". YouTube. Yayın Tarihi 24 Ekim 2021. <https://youtu.be/d-TGqBpHpnU?si=xYbYehufymvGclju>

Saybork. "Saybork, "Ready Player Me Nedir? / Metaverse Avatar Oluşturma / Vrchat Avatar Yapma". YouTube. Yayın Tarihi 24 Mart 2022. <https://youtu.be/qYnmjfp5RMQ?si=RhBaLSVQwYFAQQR8>

Sevinç, Salih Seçkin Sevinç. "Blogger, Influencer, Fenomen, Instagrammer, Youtuber, Celebrity Nedir? Ne İşe Yarar? Nasıl İstifade Edilir?". Erişim 24 Nisan 2024. <http://salihseckinsevinc.com/blogger-influencer-fenomen-instagrammer-youtuber-celebrity-nedir-ne-ise-yarar-nasil-istifade-edilir/>

TECH, TECHDergi. "Merkeziyetsiz Merkez: Metaverse". Erişim 30 Temmuz 2023. <https://www.techdergi.net/merkeziyetsiz-merkez-metaverse#close>

The Gadget Show. "The Kissing App "Kissenger" – The Gadget Show". YouTube. Yayın Tarihi 22 Nisan 2016. <https://youtu.be/5sfMbc7vVV0?si=DOFS9Ci5SXBnvDU4>

- ThrillSeeker. "Meta's VR Gloves are actually INSANE". YouTube. Yayın Tarihi 18 Kasım 2021. <https://youtu.be/MY9EdNo3gVA?si=Y6FtMhm9m1msFGq0>
- Tureng, The multilingual dictionary tureng. "avatar". Erişim 10 Ekim 2023. <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/avatar>
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri. Erişim 24 Şubat 2024. <https://sozluk.gov.tr/>
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri. Erişim 30 Aralık 2023. <https://sozluk.gov.tr/>
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri. Erişim 10 Şubat 2024. <https://sozluk.gov.tr/>
- Uğurlu, Kahraman. "Metaverse Nedir? Bizi Ne Bekliyor?". YouTube. Yayın Tarihi 12 Ocak 2022. <https://www.youtube.com/live/EkzKXZj0wKw?si=9E2Rx5I1cLcQUWK4>
- Wikipedia, Wikipedia. "Sun Junipero". Erişim 12 Mayıs 2024. [https://en.wikipedia.org/wiki/Sun\\_Junipero](https://en.wikipedia.org/wiki/Sun_Junipero)
- Wikipedia, Wikipedia. "Surrogates". Erişim 10 Mayıs 2024. <https://en.wikipedia.org/wiki/Surrogates>
- Wikipedia, Wikipedia. "Snow Crash". Erişim 30 Temmuz 2023. [https://en.wikipedia.org/wiki/Snow\\_Crash](https://en.wikipedia.org/wiki/Snow_Crash)
- Wikipedia, Wikipedia. "The Peripheral (TV Series)". Erişim 10 Mayıs 2024. The Peripheral (TV series) - Wikipedia
- Wikipedia, Wikipedia. "Upload (TV series)". Erişim 10 Mayıs 2024. [https://en.wikipedia.org/wiki/Upload\\_\(TV\\_series\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Upload_(TV_series))
- Wikipedia, Wikipedia. "Westworld (TV series)". Erişim 20 Mayıs 2024. [https://en.wikipedia.org/wiki/Westworld\\_\(TV\\_series\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Westworld_(TV_series))

### **Mahkeme Kararları**

- Aile Mahkemesi, Konya 3.Aile Mahkemesi. K. 2020/313 (28 Şubat 2020).
- Aile Mahkemesi, Şanlıurfa Aile Mahkemesi. K. 2013/264 (12 Mart 2013).
- AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 1996/34 (23 Eylül 1996).
- AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 1998/28 (23 Haziran 1998).
- AYM, Anayasa Mahkemesi Kararı – GK. K. 2023/132 (26 Temmuz 2023).
- BAM, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 2.Hukuk Dairesi. K. 2020/39 (15 Ocak 2020).
- BAM, Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 2.Hukuk Dairesi. K. 2019/1520 (15 Kasım 2019).
- BAM, Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 2.Hukuk Dairesi. K. 2020/1555 (26 Kasım 2020).
- BAM, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10.Hukuk Dairesi. K. 2020/1197 (22 Ekim 2020).
- BAM, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10.Hukuk Dairesi. K. 2020/1609 (22 Aralık 2020).
- BAM, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2.Hukuk Dairesi. K. 2019/1827 (17 Aralık 2019).
- BAM, Konya Bölge Adliye Mahkemesi 2.Hukuk Dairesi. K. 2020/787 (3 Aralık 2020).
- BAM, Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 4.Hukuk Dairesi. K. 2020/514 (17 Şubat 2020).
- BAM, Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 4.Hukuk Dairesi. K. 2020/2982 (3 Aralık 2020).

- Yargıtay, Yargıtay 8.Ceza Dairesi. K. 2014/28859 (1 Aralık 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 14.Ceza Dairesi. K. 2014/3732 (20 Mart 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 14.Ceza Dairesi. K. 2016/2793 (22 Mart 2016).
- Yargıtay, Yargıtay 18. Ceza Dairesi. K. 2017/2070 (22 Şubat 2017).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 770/1933 (22 Mayıs 1933).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 1941/394 (10 Şubat 1941).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 1976/6399 (20 Eylül 1976).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 1993/7941 (23 Eylül 1993).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 1995/1889 (16 Şubat 1995).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2005/4012 (15 Mart 2005).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2005/12222 (19 Eylül 2005).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2005/12936 (27 Eylül 2005).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2005/16900 (5 Aralık 2005).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2006/378 (26 Ocak 2006).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2007/10257 (18 Haziran 2007).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2003/10891 (16 Temmuz 2007).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2007/15744 (14 Kasım 2007).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2009/5348 (20 Mart 2009).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2009/5348 (23 Mart 2009).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2009/19205 (9 Kasım 2009).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2009/19112 (9 Kasım 2009).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2010/2231 (10 Şubat 2010).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2010/3834 (2 Mart 2010).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2010/6472 (5 Nisan 2010).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2010/8623 (29 Nisan 2010).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2010/15575 (28 Eylül 2010).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2010/21269 (16 Aralık 2010).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2011/8053 (10 Mayıs 2011).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2011/23291 (22 Aralık 2011).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2011/23825 (28 Aralık 2011).
- Yargıtay, Yargıtay 3.Hukuk Dairesi. K. 2012/1081 (18 Ocak 2012).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2012/17686 (26 Haziran 2012).

- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2012/22373 (24 Eylül 2012).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2012/22444 (25 Eylül 2012).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2012/26603 (9 Kasım 2012).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2012/28405 (27 Kasım 2012).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2013/5552 (4 Mart 2013).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2013/10532 (15 Nisan 2013).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2013/19478 (9 Temmuz 2013).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2013/23930 (22 Ekim 2013).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2013/25583 (7 Kasım 2013).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2013/28378 (3 Aralık 2013).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2014/2281 (10 Şubat 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2014/3624 (24 Şubat 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2014/5431 (11 Mart 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2014/5553 (12 Mart 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2014/17457 (16 Eylül 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2014/17511 (16 Eylül 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2014/20325 (21 Ekim 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2014/22538 (12 Kasım 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2014/23684 (24 Kasım 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2015/822 (3 Şubat 2015).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2015/4947 (19 Mart 2015).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2015/10788 (27 Mayıs 2015).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2015/13946 (30 Haziran 2015).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2014/23431 (30 Haziran 2015).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2015/15304 (9 Eylül 2015).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2015/16556 (29 Eylül 2015).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2015/19941 (27 Ekim 2015).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2016/255 (12 Ocak 2016).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2016/3369 (23 Şubat 2016).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2016/4293 (7 Mart 2016).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2016/5358 (17 Mart 2016)
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi K. 2016/5488 (21 Mart 2016).

- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2016/8049 (20 Nisan 2016).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2017/565 (17 Ocak 2017).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2017/801 (24 Ocak 2017).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2017/6034 (23 Mayıs 2017).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2017/7988 (22 Haziran 2017).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2018/8173 (27 Haziran 2018).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2018/8964 (11 Eylül 2018).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2018/10308 (1 Ekim 2018).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2018/11820 (23 Ekim 2018).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2018/11761 (23 Ekim 2018).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2018/12193 (31 Ekim 2018).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2019/2172 (5 Mart 2019).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2019/6905 (11 Haziran 2019).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2019/8691 (16 Eylül 2019).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2020/415 (28 Ocak 2020).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2020/1268 (19 Şubat 2020).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2020/2942 (10 Haziran 2020).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2021/663 (27 Ocak 2021).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2021/1604 (23 Şubat 2021).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2021/2559 (23 Mart 2021).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2022/1900 (1 Mart 2022).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2022/10321 (12 Aralık 2022).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2023/105 (10 Ocak 2023).
- Yargıtay, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi. K. 2023/297 (18 Ocak 2023).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2023/400 (24 Ocak 2023).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2023/900 (8 Mart 2023).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2023/1260 (23 Mart 2023).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2023/1530 (4 Nisan 2023).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2023/10868 (5 Nisan 2023).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2023/1835 (13 Nisan 2023).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2023/2008 (27 Nisan 2023).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2023/2865 (1 Haziran 2023).

- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2023/2863 (1 Haziran 2023).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2024/761 (13 Şubat 2024).
- Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K. 2024/902 (15 Şubat 2024).
- Yargıtay, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi. K. 2014/4958 (24 Mart 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi. K. 2015/7121 (1 Haziran 2015).
- Yargıtay, Yargıtay 8.Hukuk Dairesi. K. 2014/11905 (10 Haziran 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi. K. 2018/13400 (30 Mayıs 2018).
- Yargıtay, Yargıtay 8.Hukuk Dairesi. K. 2018/18247 (6 Kasım 2018).
- Yargıtay, Yargıtay 8.Hukuk Dairesi. K. 2019/3464 (1 Nisan 2019).
- Yargıtay, Yargıtay 8.Hukuk Dairesi. K. 2019/5440 (23 Mayıs 2019).
- Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. K. 2010/12858 (13 Aralık 2010).
- Yargıtay, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi. K. 2015/35521 (3 Aralık 2015).
- HGK, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 1984/791 (5 Ekim 1984).
- HGK, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 1998/703 (10 Ekim 1998).
- HGK, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2007/192 (4 Nisan 2007).
- HGK, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2013/67 (16 Ocak 2013).
- HGK, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2013/1601 (27 Kasım 2013).
- HGK, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2015/1032 (13 Mart 2015).
- HGK, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2019/750 (20 Haziran 2019).
- HGK, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2019/759 (26 Haziran 2019).
- HGK, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2022/1272 (11 Ekim 2022).

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarların Katkıları:** Bu makalenin yazımına tüm yazarlar eşit katkıda bulunmuştur. Tüm yazarlar son metni okudu ve onayladı.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Danıştay Kararları Işığında İdari Yorum

### *Administrative Interpretation in the Light of the Decisions of the Council of State*

Emine Cin 

<sup>1</sup> Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale-Türkiye  
eminecin@kku.edu.tr



Geliş Tarihi/Received: 01.06.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 22.08.2024  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online: 29.10.2024

**Öz:** Yorum faaliyeti daha ziyade yargıç faaliyeti olarak değerlendirildiğinden yoruma ilişkin akademik çalışmalarda yargısal yoruma ağırlık verilmekle birlikte hukuk normunun uygulayıcısı konumundaki idarenin de yorumu dikkate alınarak idari yorum üzerinde durmak gerekmektedir. İdari yorum çok farklı yönleriyle geniş bir çerçevede incelenmesi gereken mufassal bir konu olmakla birlikte bu çalışmada esas olarak yorum kavramı, kaynağına göre yorum türleri, yorum yöntemleri ve Danıştay kararları ışığında idari yorumda göz önünde bulundurulması gereken ilkeler gibi temel konulara temas edilerek idari yorumun genel hatlarıyla hukuki çerçevesi çizilmeye gayret edilmektedir. Çalışma kapsamında idari yorumun çerçevesinin çizilebilmesi adına yol gösterici nitelikte olmak üzere Danıştay'ın çeşitli kararlarından istifade edilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Yorum Yöntemleri, Hukuk Devleti, Adalet, Hukukun Genel İlkeleri, Normlar Hiyerarşisi

**Abstract:** As the act of interpretation is considered mostly as an act of judge, the focus of the academic studies made on interpretation is judicial interpretation, despite the necessity to consider the administrative interpretation of the concerned public institution which acts as the implementer of the legal norm. Entailing various different features, administrative interpretation is a very detailed subject that require examination from a broad perspective. The main aim of this study is to draw the legal framework of administrative interpretation, by touching on basic issues, such as types of interpretation according to the types of source, methods of interpretation, basic principles to be pursued in administrative interpretation in the light of the verdicts of the Council of States. The study benefits from various verdicts of the Council of State that entail a function of guidance, with a view to draw the framework of the administrative interpretation.

**Keywords:** Methods of Interpretation, Rule of Law, Justice, General Principles of Law, Hierarchy of Norms

### Extended Abstract

Although primary actors of the interpretation practice are judges, the public administrations also continuously interpret the legal norms and put them into practice as the implementer of the legal rules. One of the most important tools used by public administrations when implementing the law is interpretation. The public administrations are expected to produce objective, fair, systematic, standard, consistent, rational and ideal legal solutions, under the guidance of interpretation methods, instead of relying on arbitrary, subjective, unjust and unforeseeable interpretation. This is because the intent behind the use of methods of interpretation is to produce an organized, just, systematic, consistent, rational and ideal legal solution, which in return would ensure a reliable and inspectable method of solution.

Classical interpretation methods are literal interpretation, systematic interpretation methods, purposive approach and historical interpretation. In order to interpret and implement the legal rule correctly, all interpretation methods should be employed, if necessary. In the case of literal interpretation the focus is strict adherence to the text of the law and the purpose is to prevent arbitrariness by remaining loyal of the text and pursuing the principles of foreseeability and certainty in the interpretation and implementation of the text. Interpretation of the rules of competence in the



administrative law strictly adheres to the text of law. Competence of the public administration through interpretation or wide interpretation of the rule of authority are not approved. A clear legal frame should be drawn, with a view to prevent misuse of power and arbitrariness, and protect the fundamental rights and freedoms of the individual against the public power.

Purposive interpretation seems to be necessary to evaluate the conditions peculiar to the concrete case, produce an equitable solution, secure justice, and achieve public best interest, when the laws entail ambiguity and generality which result in the inadequacy of literal interpretation in solving legal disputes. Purposive interpretation does not change the meaning of the law text, eliminate the existing meaning or destroy the general structure of the law. Purposive interpretation entails the dangers of exceeding the limits, replacing the lawmaker's position, disrupting the constitutional system of the state and questioning the sovereignty of the state. It is not possible for a judge to perform review of expediency, instead of legality review, under the name of purposive interpretation. This is because the public administration is expected to act in the best interest of the public as a public unit tasked with concretizing the public best interest in its activities. Determination of the meaning and scope of the law on the basis of political, religious, ideological or personal traits, instead of the public best interest and conduct of subjective interpretation are unacceptable. Each activity of the public administration should seek to serve to the achievement of public interest, due to the fact that the lawmaker originally determines the public interest and accordingly authorizes the public administration to reach those public interests and sets out the tools which can be used by the administration to realize those interests during the legislation process. The public administration is not entitled to interpret the law in a way which would serve to a purpose which was not intended by the lawmaker. In cases where the balance between the public interest and the interest of the individual is interrupted in favor of the individual during the practice of interpretation, the requirements of the public service would be inevitably affected by this picture in a negative way. For this reason, the reconciliation between the public interest and the interest of the individual should be achieved in favor of the public interest established by the lawmaker.

In systematic interpretation, the place of the respective law article in the whole body of the law, its relevance with the remaining Articles, its sidebar heading and its position in the systematics of the law function as determiners. It is necessary to take into consideration the principle of hierarchy of norms particularly and meticulously during the practice of interpretation, in line with the principle of coherent integrity of the legal order and the principle of non-contradiction of legal norms. This would require conduct of interpretation in a manner to construe an inner linkage reconciling one word in an article with other words in the Article, one article with other articles, one legal regulation with other regulations. Reason of presence and scope of a specific norm at the bottom of the hierarchy of norms are expected to be interpreted in coherence with the upper norms. An interpretation which contradicts with or cannot be reconciled with an article or a principle of the constitution cannot be adopted. Moreover, a legal rule should be interpreted in such a way that it would be in harmony with the general philosophy of the legal system to which it belongs.

Historical interpretation is the practice of interpretation conducted by taking into consideration the preparatory legislative work, commission reports, speeches and discussions made the resolutions proposed in the national assembly, minutes of meetings and the justification of the law, in cases where literal interpretation falls short. The intent of the lawmaker and the comprehensive and sophisticated preparatory work performed in order to achieve this intent are considered to be helpful tools which lack binding effect and certainty in understanding the text of the law and determining its purpose.

The public administration should interpret and implement the legal rule, by evaluating the legal system from a holistic point of view covering technical requirements of the public service, public interest, hierarchy of norms, general principles of the law, justice, equity and constitutional values. It is utmost important to prevent arbitrary decisions. Furthermore, the principle of equality before law should be

put into practice and establish a better understanding and practice of law. As a consequence, the public administration, as a unit of the rule of law, should perform reasonable, rational, scientific, conscientious and fair interpretation of the laws, taking into consideration of all requirements of the rule of law.

## Giriş

Hukuk kuralının anlamlandırılması ve uygulanması günümüzde halen önemli bir düşünsel faaliyet olarak görülmekte ve özellikle yargının yorumu hukukun gelişimi açısından büyük önem taşımaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu niteliğindeki idari yargı mercilerinin yorumu, hem vatandaşlar açısından hukuki güvence sağlamakta hem de idarenin uygulamalarına yön vermektedir. İdare hukukunda hukuk normuyla ilk olarak karşılaşan idaredir. Hem tesis ettiği düzenleyici idari işlemler ile kanunun nasıl yorumlanacağını belirlemekte ve bunu uygulama kapsamına giren herkesin önceden öngörebilmesi için objektif ve genel biçimde düzenlemektedir. Hem de mevzuatı yorumlayarak somut olaya uygulayıp birel nitelikte uygulamalar gerçekleştirmektedir. Bununla birlikte kanuni düzenlemenin idarece tereddüde düşülerek yanlış veya hatalı bir biçimde yorumlanması ile ya da idarenin takdir yetkisine dayandırılarak keyfi ve eşitsiz uygulamalara yol açacak biçimde yorumlanması ile bir düzenleyici işlem ihdas edilmesi halinde düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı gündeme gelmektedir. Birel işlemlerde de idarenin mevzuatı tereddüde düşerek yanlış ya da hatalı yorumlaması işlemin hukuka aykırılığı sonucunu doğurmaktadır. İşte idarenin mevzuatı hatalı, eksik, yanlış veya amacıyla bağdaşmayan yorumunu tespit eden yargı kararının gerekçesindeki yorum, idare yönünden bağlayıcı hukuki değer taşımakta ve idarenin uygulamalarına yön vermektedir.

Bu çalışmada öncelikle doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında yorum kavramının tanımı yapılacaktır. Daha sonra geçmişten günümüze kadar uzanan ciddi bir birikimin ürün olan yorum yöntemleri ve işlevleri ortaya konulacaktır. Yorumu gerçekleştiren kaynaklar bakımından yorum türleri üzerinde durulup idari yorum anlatılacaktır. Danıştay kararları ışığında idari yorum gerçekleştirilirken göz önünde bulundurulması gereken temel ilkeler ve farklı hukuk sistemlerinin yorum üzerindeki etkisi noktalarına temas edilecektir.

## I. Yorum Kavramının Tanımı

Yorum, Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre bir yazının veya sözün anlaşılması güç olan yönlerini açıklığa kavuşturmak, bir olayı belli bir görüşe göre açıklamak ve değerlendirmek, tefsir etmek anlamına gelmektedir<sup>1</sup>. Hukuk sözlüğünde ise yorum, tefsir; yasa, tüzük, yönetmelik, karar gibi her türlü belgedeki ifadenin açıklanması ve belirlenmesi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>2</sup>. Edebiyat, spor, din ve sanatın pek çok dalında yoğun bir biçimde başvurulan yorumlama faaliyeti hukukta hayati derecede öneme sahiptir. Zira her bir sanatçının aynı müzik eserini kendine özgü değerlendirmesiyle farklı yorumlaması, eserin anlamına zenginlik, derinlik ve özgünlük kazandırması toplumda hoş karşılanırken bir hukuk normunun zenginlik, derinlik ve özgünlük kazandırmak adına herhangi bir yorum ilkesine tabi tutulmaksızın farklı ve keyfi yorumlanması ve uygulanması, hukuki belirsizliğe ve istikrarsızlığa yol açarak hukuk güvenliğinin sarsılması ve demokrasi ve temel hak ve özgürlükler düzeninin tehdit altında bulunması tehlikesini doğurmaktadır.

Hukukta yorumun, doktrinde benzer şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Bir tanıma göre yorum, hem hukuk normunu anlaşılır hale getirmek hem de soyut normu günlük uygulama gerçeğine indirmektir<sup>3</sup>. Bu durumda yorum yeterince açık olmayan hukuk normunu anlaşılır hale getirme faaliyeti olduğu gibi aynı zamanda normun somut olaya uygulanması bakımından yürütülmesi gereken zorunlu

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Ankara 1988.

<sup>2</sup> Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Ankara: Yetkin, 2017), 852.

<sup>3</sup> J. Gaudemet, "Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukuki Muamelelerin Yorumu", Çeviren Bülent Tahiroğlu, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 36/1-4 (1970), 495; Ünal Narmanlıoğlu, "Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması", *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan* (2001), 98.

bir akıl yürütme sürecidir. Soyut ve genel hukuk normunun hayata aktarıcısı, tatbik edicisi olarak muhatabı uygulamada başta yargı mercileri olmak üzere hukukçular ve idarecilerdir. Diğer bir tanıma göre yorum, “bir hükmün içeriğini, sınırını ve anlamını, kurallara göre irdeleyip belirleyen zihinsel-düşünsel bir etkinlik ve süreçtir”<sup>4</sup>. Benzer bir tanıma göre ise “bir hukuki uyumsuzlukta somut olaya uygulanması gereken bir hükmün gerçek anlamını (özünü) ortaya çıkarma çabasıdır”<sup>5</sup>. Danıştay da yorumu, “yeni bir hüküm getirmeyen, mevcut kanun hükümlerinin anlaşılmasını sağlayarak kanunların uygulanma biçimini gösteren bir başka ifadeyle, soyut hukuk kuralının somut hukuki durum, işlem ve olaylara uygulanabilmesi için çeşitli esaslar göz önünde bulundurularak yapılan açıklamalardır” şeklinde tanımlamaktadır<sup>6</sup>.

Yorum görüldüğü üzere geniş ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanmakla birlikte daha çok açık olmayan anlamın ortaya çıkarılmasında başvurulan bir süreç olarak dar anlamıyla değerlendirilmektedir<sup>7</sup>. Zira belirsizliklere, tutarsızlık ve istikrarsızlıklara yol açmamak için hukuk kurallarının açık, anlaşılır, akıcı ve belirgin bir dille kaleme alınması gerekmektedir. Bununla birlikte normun içerdiği anlam her durumda açık ve keskin olmayıp kelimeler birden fazla anlama gelebilmekte, anlam kayması yaşanabilmekte, kelime veya terimin günlük dildeki anlamı ve hukuki anlamı örtüşmemekte ya da belirsiz, veciz veya muğlak kavramların içeriği tartışmalı hale gelip anlaşılması zorlaşabilmektedir. O halde, başta anayasa ve kanunlar olmak üzere Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, uluslararası hukuk düzenlemeleri, idarenin düzenleyici işlemleri, sözleşmeler ya da birel idari işlemler yorum yoluyla açık ve anlaşılabilir hale getirilmeli ve böylece hukuki metin somut durumlara uygulanmalıdır.

Hukuk normlarının yorumu, hukukun geliştirilmesine katkı sunmak için ifa edilen sürekli ve derinlikli bir çalışma ürünüdür<sup>8</sup>. Özellikle bilimsel yorum, yargı yorumunun oluşum sürecinde sıkı bir iş birliği içerisine girerek hukukun geliştirilmesi sürecinde önemli bir birikim fonksiyonu üstlenmektedir. İçtihad niteliğinde ortaya konulan yargı yorumu ise, çağdaş toplumsal ilerleme ve gelişmelerin, modern demokratik hukuk devleti anlayışının izlerini taşıyarak hukuksal evrimin sürdürülmesine öncülük etmektedir. Çağdaş bir anlayış çerçevesinde adalet ve hakkaniyetin gerçekleştirilmesi için hukukun genel ilkelerini ve tüm değerler sistemini esas alan yorum faaliyeti hukuku yeniden inşa olarak algılanmaktadır<sup>9</sup>. Bu kapsamda idari yargı hakiminin yargılama faaliyeti sırasında yaptığı yorumların, onları kanunun ağız olmanın ötesine taşıyarak kanunun ağız ve idare hukukunun yaratıcı olarak nitelendirilmesini sağladığı ifade edilmektedir<sup>10</sup>. Bu denli önemli bir fonksiyon üstlenen yorumlama faaliyeti, ihtisaslaşma gerektiren ve dürüstlük, iyi niyet ve nesnellik gibi etik ilkeler çerçevesinde yürütülmesi gereken ciddi bilimsel bir etkinliktir.

## II. Yorum Yöntemleri

Yorumcuların metni anlayış farklılığından doğan olumsuz etkileri ve ortaya çıkan dağınıklık ve kargaşayı bertaraf etmek için yorum yöntemlerinin yol göstericiliğine ihtiyaç duyulmaktadır. Diğer bir ifadeyle mevzuatın yorumunda hataya düşmemek ve metne objektif bir anlam kazandırabilmek adına yorum yöntemlerine başvurulmaktadır. Yorumcunun beklentisine, duygularına, psikolojisine, yetişme tarzına, kişisel değer yargılarına veya faydasına göre değişen öznellik dışlanmak zorundadır<sup>11</sup>. Nitekim

<sup>4</sup> Rüstem Karabatak, “Türk Hukukunda Kanunların Anayasaya Uygun Yorumu”, *Danıştay Dergisi* 94 (1998), 32.

<sup>5</sup> Mehmet Akif Tutumlu, “Yasanın Yorumunda Gerekçenin Rolü”, *Terazi Hukuk Dergisi* 13 (2018), 124; Turgut Akıntürk, *Medeni Hukuk*, (İstanbul: Beta, 1999), 68.

<sup>6</sup> Danıştay 4. Dairesi (Danıştay), K. 2021/1335 (2 Mart 2021) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>7</sup> Tarık Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri* (İstanbul: Sulhi Garan, 1976), 415.

<sup>8</sup> Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (İstanbul: On İki Levha: 2010), 184.

<sup>9</sup> Özlem Erişkin, “Yasal Düzenlemenin Yorumu”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı* (2010), 140.

<sup>10</sup> Ender Ethem Atay, “İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XI/1-2 (2017), 512.

<sup>11</sup> Ertuğrul Uzun, “Yorumu Hukuktan Kurtarmak”, *Ankara Barosu Dergisi* (2016), 236; Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, *Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı* (2012), 4-5.

idari yorumda idarenin farklı uygulamalarının kanun önünde eşitlik ilkesi ve hakkaniyet gereği yaratabileceği tehlikeler bertaraf edilerek subjektifliğin önüne geçilmesi gerekmektedir. İdari teşkilatta yer alan her idarenin kanun hükmünü yorumlarken farklı, keyfi ve öngörülemez uygulamalara yer vermemek için adalet, hakkaniyet, insan onuruna saygı, ayrımcı muamele yasağı, kanun önünde eşitlik, kamu yararı, hukukun üstünlüğü ve nihayetinde hukuk devleti ilkesine başvurması ve yorumunu bu ilke ve değerlerle desteklemesi gerekmektedir. Bu ilke ve değerlerle desteklenen standart ve doğru bir yorumun ortaya konulamaması halinde yorumun sıhhati tartışılmalı olmakla birlikte öngörülemezlik ve belirsizlik nedeniyle vatandaşların devlete duydukları saygı ve güvenin azalması suretiyle hukuk düzenine aykırı bir durumun yaratılması ihtimal dahilindedir.

Hukuk güvenliğinin sağlanması açısından yorum faaliyetine ihtiyatla yaklaşarak akla mantığa uygun, makul, sağlıklı ve saydam yorum gerçekleştirilmesi beklenmektedir. Hukuki belirlilik ve istikrar, öngörülebilirlik, kesinlik ve hukuk güvenliği ilkeleri bu kabulü gerektirmektedir. Hukuki belirliliğin sağlanması aynı zamanda hukuk kuralının uygulanmasında meşruiyet sağlamaktadır. Yorum yöntemleri aracılığıyla düzenli, sistemli, standart, tutarlı, rasyonel ve ideal bir hukuki çözüm ortaya konulmaya çalışılmakta ve bu yolla çözüm yönteminin güvenilir ve denetlenebilir olması sağlanmaktadır. Nitekim yorumun tutarlılığının, güvenilirliğinin ve denetlenebilirliğinin sağlanması için gerekçesi delillerini de ihtiva edecek şekilde ikna edici bir biçimde ortaya konulmak zorundadır. Diğer bir ifadeyle hangi sebeplere dayanarak bu yorum şeklinin isabetli ve elverişli bulunduğu ispat edilmelidir<sup>12</sup>. İspat faaliyeti çerçevesinde hakim, yargı kararının gerekçesinde hangi yorum ilkelerine dayanıldığını ve sebeplerini açıklamakta, idare ise idari işlemin gerekçesinde hangi yorum yöntemine hangi sebeplerle başvurulduğunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda gerek Anayasa Mahkemesi gerek Danıştay ve Yargıtay, kararlarına meşruiyet kazandırmak için yorum yöntemlerini etkin bir biçimde kullanmaktadır. Yüksek yargı kararlarının eleştirisi ve denetiminde bu yorum yöntemleri önemli bir araç işlevi görmektedir. Danıştay, özellikle vergi hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde yorum yöntemlerini etkin bir biçimde kullanarak kararının gerekçesini şekillendirmektedir. Somut uyuşmazlık özelinde idarenin yorumunu irdeleyip denetleyerek hatalı, yanlış ya da eksik yorumların düzeltilmesine ve ideal olana en yakın, adil ve isabetli çözüme ulaşılmasına katkı sunmaktadır.

Yorumun sıhhati ve saydamlığı için yorum yöntemleri yol gösterici olmakla birlikte hukuk devleti ilkesinin kurumsal yapı ve gereklilikleri ile sistemde mevcut olmasının ve devletin modern çoğulcu devlet kavram ve anlayışının özelliklerini taşımasının da sağlıklı ve amacına uygun bir yorumun temellerini oluşturduğunu gözden uzak tutmamak gerekmektedir<sup>13</sup>. Bu noktada toplumda yaşayan bireylerde devletin kurucu değerlerine ve adalet sistemine duyulan güven ve inancın da yorumun sıhhati açısından ehemmiyet arz ettiği belirtilmelidir.

Bir ustanın takım çantasındaki aletlere benzetilen yorum ilkeleri nasıl ki aletler ustanın arızayı tamir etmesi için zorunlu ise yorum ilkelerinin de hakim veya idare için hukuki uyuşmazlığın çözümünde başvuru başucu kaynakları oldukları değerlendirilmektedir<sup>14</sup>. O halde hukuki uyuşmazlığın çözümünde gerektiğinde tüm yorum yöntemlerine başvurulmalıdır. Günümüzde çağdaş hukukçuların tüm yorum öğelerine lafzi, tarihsel, sistematik, anayasal değer yargıları, amaçsal, eşitlik ilkesine ve sosyal realiteye dengeli ve uyumlu bir biçimde yer vermesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır<sup>15</sup>. Zira yorum yöntemlerinin eşit değerinde olduğu, birbirlerini tamamladığı ve dengelediği kabul edilmektedir<sup>16</sup>. Nitekim Anayasa mahkemesi lafzi yorum yöntemiyle sınırlı kalmayarak amaçsal yorum, tarihsel yorum ve sistematik yorum yöntemlerini de kullanarak anayasanın 70. maddesinde ifade edilen kamu

<sup>12</sup> Ernest Hırş, "Pratik Hukukta İlmi İspat ve Tefsir", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/2 (1944), 197; Ernest Hırş, *Pratik Hukukta Metod* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978), 109.

<sup>13</sup> Ender Ethem Atay, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara: Gazi, 2021), 283.

<sup>14</sup> Gözler, "Yorum İlkeleri", 14.

<sup>15</sup> Rona Serozan, *Hukukta Yöntem-Mantık* (İstanbul: Vedat, 2017), 137.

<sup>16</sup> Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre* (München: C.H. Beck, 1994), 56.

hizmetine girme hakkının kamu hizmetinde bulunmayı da kapsadığına hükmetmektedir<sup>17</sup>. Somut olayın niteliğine uygun düşecek şekilde en ideal ve adil çözümün bulunması için bir yönetim öncelik tanınması gerekebilmekle birlikte tek bir yorum yönteminin mutlak anlamda uygulanması bahse konu olmamalıdır<sup>18</sup>. Tek bir yorum yönteminin yeterli bulunmaması halinde kademeli bir usul izlenerek adil ve hakkaniyetli bir sonuç elde edilmesine yönelik çaba gösterilmelidir.

Klasik yorum yöntemleri; lafzi, sistematik, amaçsal ve tarihsel yorum yöntemidir. Anayasanın yorumlanmasında kullanılması gereken yorum yöntemini belirlemede ise anayasadaki değerler sistemi etkili olmaktadır<sup>19</sup>.

### A. Lafzi yorum yöntemi

Lafzi yorum, hukuku yaratma fonksiyonu ile hukuku uygulama fonksiyonunun birbirinden ayırt edilmesi düşüncesine dayanmaktadır<sup>20</sup>. Pozitivist hukuk teorisi anlayışını yansıtan bir yorum yöntemidir. Zira hukuksal pozitivizm, yoruma kısıtlı bir işlev yüklemekte ve hukuk normunun yorumunu kanun koyucunun iradesinin somutlaştığı kanun metninde yer alan sözcüklerin dil bilgisi kurallarına uygun bir biçimde anlamlandırılması faaliyeti olarak görerek lafzi (sözel) yorumu benimsemektedir<sup>21</sup>. Lafzi yorum ile hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkesinin gerçekleştirilerek keyfiliğin önüne geçileceği değerlendirilmektedir. Kanunun metnine sıkı sıkıya bağlılık esas tutulmaktadır. Amaçsal yorum dışlanmaktadır. Biçimsel hukuk anlayışı yansıtılmaktadır. Hukuksal pozitivizm, kanun metninden ayrılıp sosyal ve ekonomik gerçekler ile etik değerlerin mantık süzgecinden geçirilerek uygulanmasını tehlikeli bulmaktadır. Adalet, hakkaniyet ve dürüstlük gibi soyut kavramlar üzerine bilimin inşa edilemeyeceğini savunmaktadır<sup>22</sup>. Güncel sosyal ve ekonomik gerçekler ışığında ve etik ilkeler çerçevesinde yorum yapmanın hukukta istikrarsızlığa yol açabileceği endişeleri taşınmaktadır.

Bu yorum yönteminde kanun koyucunun niyeti ve amacı araştırılmaksızın kanun metnine sıkı sıkıya bağlı kalınarak yorum yapılmaktadır. Kanun metnindeki kelimelerin anlamı, kelimelerin birbirleriyle olan ilişkisi, noktalama işaretleri ve dilbilgisi kuralları dikkate alınmaktadır. Kelimelerin cümle içerisindeki dizilimi, noktalama işaretleri, ve-veya bağlaçları gibi bağlaçların kullanımı anlama etki eden faktörler olarak yorumda göz önünde bulundurulmaktadır. Hukuki metnin yorumlanmasında ilk olarak başvuru olan yöntem, doğası gereği lafzi (sözel) yorumdur. Bununla birlikte lafzi yorumun yeterli gelmediği durumlarda başta amaçsal yorum olmak üzere diğer yorum yöntemleri ile desteklenmesi elzemdir. Özellikle ve/veya gibi bağlaçların kullanımında kanun koyucunun yeterli özeni göstermemesi sonucu bu bağlaçların birbirlerinin yerine yanlışlıkla kullanılması, uygulamada kuralın işlevsiz hale gelerek neredeyse uygulama imkanı kalmaması gibi olumsuz neticeler doğurabilmektedir. Bu nedenle ve/veya bağlaçlarının kullanımında lafzi yorumun amaçsal yorum yöntemi ile desteklenmesi önem arz etmektedir<sup>23</sup>. Nitekim Danıştay, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanununun 8. maddesinin 1. fıkrasının j bendinde yer alan “yayın hizmetleri haksız çıkarılara hizmet eden ve haksız rekabete yol açan unsurlar içeremez” düzenlemesine dayalı öngörülen idari para cezasının iptaline ilişkin uyuşmazlıkta, yorum yaparken haksız çıkarılara hizmet etme ve haksız rekabete yol açma şartlarının birlikte aranması halinde kuralın uygulanmasının imkansız hale geleceği ve normun

<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2021/87 (11 Kasım 2021) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>18</sup> Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 311.

<sup>19</sup> Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 5/1-3 (1984), 27.

<sup>20</sup> Sururi Aktaş, “Hukukta Yorum Çabaları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XV/3-4 (2011), 8.

<sup>21</sup> Sevtap Metin, *Hukuk Normunun Yorumu* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2002), 63-66.

<sup>22</sup> Mehmet Yüksel, *Modernite Postmodernite ve Hukuk* (Ankara: Siyasal, 2004), 143.

<sup>23</sup> Mustafa Gürsoy, “Kanunlarımızda Dil ve Anlatım Özensizlikleri -I-: “Ve” Bağlacının Kullanımı”, *Terazi Hukuk Dergisi* 78 (2013), 100.

kendisinden beklenen amacın gerçekleşmeyeceği sonucuna ulaşmaktadır<sup>24</sup>. Bu nedenle uyumsuzlukta idari yorumun doğruluğuna kanaat getirilerek kanunda veya idarenin düzenleyici işleminde yer alan “ve” bağlacı “veya” olarak anlaşılıp amaçsal yorum gerçekleştirilerek uygulamaya aktarılmaktadır.

Lafzi yorum gerçekleştirilirken kanunun ilgili hükmünün anlamını ve sınırlarını aşan, yorum adı altında yeni bir hukuk normu öngörülmesi gibi kanun koyucunun iradesinin önüne geçen bir durum kabul edilemez<sup>25</sup>. Kamu düzenine ilişkin hususlar ihtiva etmesi nedeniyle idare hukukunda yetki kurallarının anlamı ve kapsamı, kanun metnine sıkı sıkıya bağlı kalınarak belirlenmek zorundadır. Yetki kurallarının kanunilik ilkesine tabi olması nedeniyle idare, yalnızca kanunda yetkilendirildiği konularda ve yetkilendirildiği şekilde faaliyette bulunmak zorundadır. İdarenin kanuniliği ilkesi ile bu ilkenin bir sonucu olan yetki kurallarında kıyas yasağı çerçevesinde hareket edilmek zorundadır. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, belediye başkanı seçildikten sonra ticaret yasağı kapsamında belediye başkanının maden işletme ruhsatının idarece feshine yönelik uyumsuzlukta, Maden Kanunu'nun 6. maddesinin 4. fıkrasında yalnızca memur olanlar için devir mecburiyeti getirildiğinden bu fıkra hükmünün yorum ve kıyas yoluyla memur olmayan belediye başkanı açısından da uygulanmasını, hukukun genel ilkelerine aykırı bulmakla birlikte kanun koyucunun bilinçli bir tercihte bulunduğu ve yoruma yer bırakmadığını da açıkça ortaya koymaktadır<sup>26</sup>. Yetkinin kötüye kullanılmasının önüne geçebilmek ve keyfiligi önlemek için yasal çerçeve net bir biçimde çizilmekte, kamu gücü karşısında bireyin temel hak ve özgürlükleri korunmak istenmektedir.

İdare hukukunda idarenin yorum yoluyla yetkilendirilmesi mümkün değildir. İdarenin teşkilatı, görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi öngörüldüğünden, yetkilendirme ancak kanuna dayanarak yapılabildiğinden idare hukukunda yetkisizlik asıl yetki ise istisnaidir. İstisnai nitelik taşıyan yetki ile ilgili kurallar dar yorumlanır, genişletici yoruma tabi tutulamaz<sup>27</sup>. Nitekim Danıştay, mevzuatta hayvan yetiştiricileri birliğinin Bakanlık tarafından genel kurul toplantılarına çağırılma yetkisinin bulunduğu ancak planlanan genel kurul toplantılarını süresiz erteleme yetkisinin bulunmadığını belirterek idarenin mevzuatta tanınan yetkisini aşması ve yorum yoluyla yetkisini genişletmesini hukuka aykırı değerlendirmekte ve işlemi iptal etmektedir<sup>28</sup>. Ceza hukukunda da kanunilik ilkesinin gereği olarak suç ve cezayı düzenleyen normun yorumunda metnine bağlılık esas tutulmaktadır. İdari yaptırımlar açısından da hangi fiillerin idari yaptırım gerektirdiği kanunda açıkça tanımlanmakta ve kıyas yoluyla yaptırım uygulanmasına başvurulmamaktadır.

Danıştay, hukuki uyumsuzluğun çözümünde lafzi yorumun tek başına yetersiz kalması halinde, diğer bir ifadeyle hukuk kuralının katılığı ve kesinliğinin yarattığı sakıncalar nedeniyle adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçların önüne geçebilmek için diğer yorum yöntemleriyle desteklenerek sonuca varılması gerektiği yönünde değerlendirmeler yapmaktadır. Nitekim Danıştay, bir kararında “5193 sayılı Optisyenlik Hakkında Kanun amacı, kapsamı ve gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, kanunun

<sup>24</sup> Danıştay 13. Dairesi (Danıştay), K. 2023/1188 (15 Mart 2023); Aynı doğrultuda bkz. Danıştay 13. Dairesi (Danıştay), K. 2018/1281 (4 Nisan 2018); Danıştay 13. Dairesi (Danıştay), K. 2020/3439 (1 Aralık 2020) (Kararlar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>25</sup> Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1989), 185; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, (Yargıtay), K. 1993/100 (19 Nisan 1993): “Yazılı (pozitif) hukuk adı üstünde yazılıdır. Somuttur. Terimin türetildiği Fransızca “poser” mastarı gözetildiğinde “konulmuş” hukuktur. Yargıç, yasal metni bir kişi olarak değil kurum olarak yorumlayacaktır. Herkesin üzerinde birleştiği açık metni yorumlamaya gerek yoktur. İster dilbilimsel, ister ereksel, ister sistematik vb. hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, düşünsel bir etkinlik olan yorumlama, mutlak var olan bir metinden yola çıkmak ve ona anlam vermek demektir. Erkler ayrılığını benimsemiş her demokratik hukuk devletinde bu böyledir. Metne yabancı öğeler, yorumda müdahale edemezler. Çünkü yasalar sözcüklere kazanmışlardır. Bunun nedeni de keyfiligi önlemek ve hukuk güvenliğini sağlamaktır.” (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>26</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (Danıştay), K. 2001/1031 (28 Aralık 2001) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>27</sup> Danıştay 11. Dairesi (Danıştay), K. 2007/7759 (5 Kasım 2007); Danıştay 15. Dairesi (Danıştay), K. 2016/214 (25 Ocak 2016) (Kararlar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>28</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (Danıştay), K. 2021/1148 (3 Haziran 2021) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

optisyenlik mesleğinin icrası le birlikte optisyenlik müesseselerinin işletilmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlediği, optisyenlik müesseselerinin faaliyetlerini de kapsadığı görülmekte, yine kanunun üstün tuttuğu menfaatin yani kanunun gerçek amacının kamu sağlığını korumak olduğu anlaşılmakta, bu üstün tutulan menfaatin korunması amacıyla Kanunun 11. maddesinde kişileri ve toplumu yanıltıcı, paniğe sevk edici, yanlış yönlendirici, benzer nitelikli müesseseler arasında haksız rekabete yol açıcı davranışlarda bulunulmaması amacıyla gerçeğe uymayan reklam yapılmasının yasaklandığı görülmektedir. 11. madde hükmünün sadece lafzının ölçü alınması suretiyle, yalnızca optisyenleri kapsadığı, müesseselerin bu madde kapsamında olmadığı yönünde yorum yapmak, optisyenlik faaliyetinin gerçekleştirildiği optik müesseselerini bu yasak kapsamından çıkarmak anlamına gelecektir ki, Kanun amacı ile birlikte bir bütün halinde yorumlandığında bu yorum eksik bir yorum olarak kalacaktır”<sup>29</sup> şeklinde değerlendirme yaparak lafzi yorumun amaçsal (gai) yorumla desteklenmesi halinde sağlıklı, adil ve doğru bir sonuca varılabileceğini ortaya koymaktadır.

Danıştay, kamu ihale mevzuatının uygulanmasına yönelik uyuşmazlıklarda esas itibarıyla lafzi yorum yöntemini kullanmakla birlikte bazı uyuşmazlıklarda lafzi yorumun ötesine geçerek amaçsal yorumu esas aldığı görülmektedir. Nitekim, idarenin mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ait ihalelerde temel olarak açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanması gerektiğini, doğrudan temin yöntemine başvurulurken ise kanunda öngörülen özel hallerin ne şekilde gerçekleştiğinin gerekçeleriyle birlikte ortaya konulması ve genişletici yorumdan kaçınılarak, şekil şartlarına sıkı sıkıya uyulması gerektiğini ifade etmektedir<sup>30</sup>. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 21/b<sup>31</sup> maddesi uyarınca pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihalenin iptali istemiyle açılan davada ise, 21/b maddesindeki ivedilikten kastın, sadece ihale sürecinin bir an önce sonuçlandırılması olmadığı, ihale edilen yapım işinin bir an önce bitirilmesi şartının da sağlanması gerektiği, bu bağlamda somut dosyada ihale konusu işin tamamlanma süresinin yaklaşık 500 gün olarak belirlenmiş olması nedeniyle işin ivedilikle gerçekleştirilmesini gerektiren bir durum bulunmadığından ötürü işlemin iptaline karar vermektedir<sup>32</sup>. Yüksek mahkeme, kararda lafzi yorumun ötesine geçmekte ve normun amacına odaklanarak yorum yoluyla ihale edilen işin bir an önce bitirilmesi şartını da 21/b maddesi kapsamında kabul etmektedir.

## B. Amaçsal (Gai) yorum yöntemi

Doğal hukuk teorisi anlayışını yansıtan bir yorum yöntemidir. Doğal hukuk teorisine göre, yorum yapılırken etik değerler mantık süzgecinden geçirilerek uygulamaya konulmalıdır. Özellikle insan onuru, adalet, hakkaniyet ve eşitlik gibi evrensel düzeyde insanlığın değer ölçülerinden kabul edilen hukukun genel ilkeleri yorumda dikkate alınmalıdır. Hukukun adaleti tesis etme amacından yola çıkılarak adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayan lafzi yorumdan kaçınılmalı, adaleti tesise en yakın çözümü meydana getirmeye çalışılmalıdır<sup>33</sup>. Etik değerler çerçevesinde yapılan rasyonel yorum ile, metne sıkı sıkıya bağlılığın önüne geçilmekte ve hukukun gerçek gayesi ortaya konulmaktadır. Hukuk kuralının meşruiyeti de etik değerlere bağlılıkla sağlanmaktadır. Hukuk kaynaklarının yorumunda etik değerlerin yol göstericiliğinden yararlanılmaktadır.

İdare hukukunda kamu gücü kullanma yetkisiyle donatılmış tek yanlı iradesi ile hukuki sonuç ortaya koyan idare ile birey karşı karşıya geldiğinden kamu yararı amacına ulaşılması ve adaletin tesisi son derece önemlidir. Somut olayın şartları ve spesifik durumu değerlendirilerek adaletin gereklerine uygun bir çözüm geliştirilmesi için hakkaniyet adı verilen iyileştirme aracı kullanılmalıdır. Diğer bir

<sup>29</sup> Danıştay 15. Dairesi (Danıştay), K. 2017/5094 (3 Ekim 2017) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>30</sup> Danıştay 13. Dairesi (Danıştay), K. 2014/1116 (21 Mart 2014) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>31</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 21/b: (Pazarlık usulü ile ihale yapılabilecek haller): “Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması”

<sup>32</sup> Danıştay 13. Dairesi (Danıştay), K. 2022/98 (18 Ocak 2022) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>33</sup> Niyazi Öktem, “Hukukta Sosyolojik ve Teleolojik Yorum”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2*(2006), 551.

ifadeyle somut olay adaleti sağlanmalıdır. Amaçsal yorum hakkaniyetin sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Zira kanunların soyutluğu ve genelliği nedeniyle lafzi yorumun uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kalması karşısında somut olaya özgü şartların değerlendirilerek hakkaniyete uygun çözümler üretilmesi adaletin tesisi ve kamu yararının gerçekleştirilmesi için zorunlu görünmektedir. Nitekim Danıştay, intibak hesabında kanun koyucunun amacına odaklanarak “özel okul” ibaresini dershaneleri de içine alacak şekilde geniş yorumlamakta ve idarenin intibak değerlendirmesinde ilgilinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 36/C-5 uyarınca özel okulda değil, özel öğretim kurumu niteliğinde olan dershanede geçen çalışma sürelerinin hesaba katılmamasına yönelik işlemini iptal etmektedir<sup>34</sup>.

Amaçsal yorum yöntemine göre lafzi yorumun yeterli gelmediği bir zeminde kanun koyucunun amacının ve gerekçesinin araştırılması ve buna göre kanunun yorumlanması gerekmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun bir kararına göre, “kanunun yorumu, kanun metninin anlamı ve ruhudur. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna amaçsal (gai) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorumu denilir. Bir kanun hükmünün, kanunun konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören Medeni Kanun'un 1. maddesine uygun düşmez”<sup>35</sup>. Danıştay da bir kararında “idare hukuku içtihadı bir hukuk dalı olup, yasa kurallarının ve buna dayalı alt düzenlemelerin; hukuk ve hakkaniyete uygun sonuçlar doğurması amacı doğrultusunda amaçsal yoruma tabi tutulması mümkündür. Kanunların, anayasa ve hukukun genel ilkelerinin amacına uygun bir şekilde yorumlanması hukuki yorum yöntemlerinden birisidir”<sup>36</sup> diyerek amaçsal yoruma değinmektedir.

Amaçsal yorumun hedefi, yorum için yorum yapmak değil toplum için yorum yapmaktır<sup>37</sup>. Bu hedef doğrultusunda varılacak sonuç da sosyal hayatta geniş bir meşruluk temeli kazanmaktadır<sup>38</sup>. Dinamik bir yorum tarzıdır. Hukuk kuralının zamanın çağdaş ve güncel koşullarına ayak uydurmasının sağlanması bağlamında dönüştürme ve uyarılama yöntemleri kullanılarak kuralın taşıdığı anlamın içeriği biçimlendirilmektedir<sup>39</sup>. Bu şekilde hukuk durağanlıktan kurtulmakta ve ortaya çıkan yeni ihtiyaç ve beklentilere cevap verebilmektedir.

Amaçsal yorum, kanun metninin anlamının değiştirilmesi, mevcut anlamının kaldırılması veya kanunun genel yapısının bozulması şeklinde gerçekleştirilemez<sup>40</sup>. Zira bu doğrultuda icra edilecek yorum, kuvvetler ayrılığı ilkesine ters düşme tehlikesini ve yorumcunun keyfiliğini bünyesinde barındırmaktadır. Amaçsal yorumda sınırın aşılması ve kanun koyucunun yerinin alınması, devletin anayasal sisteminin bozulması ve egemenlik yetkisinin sorgulanması gibi bir tehlikeyi de beraberinde getirmektedir. Kamu hukukunda ve özellikle anayasa yargısı ve idari yargıda hakimin yorumunun hukukilik denetim işlevindeki yorumun kapsamını aşip siyasi tercihlerin yerinde olup olmadığı noktasına ulaşması gibi bir sonuç ortaya çıkmamalıdır<sup>41</sup>. Bu nedenle yorumda kritik çizgiyi geçmemek için mahkemelerin amaçsal yorum ahlakı geliştirdikleri ifade edilmektedir<sup>42</sup>.

<sup>34</sup> Danıştay 5. Dairesi (Danıştay), K. 2000/541 (16 Şubat 2000); Aynı doğrultuda karar için bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (Danıştay), K. 1995/728 (20 Ekim 1995) (Kararlar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>35</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu (Yargıtay), K. 1997/1 (22 Şubat 1997) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>36</sup> Danıştay 8. Dairesi (Danıştay), K. 2020/6099 (29 Aralık 2020) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>37</sup> Yunus Vehbi Yavuz, “Maksadi Yorum”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 8 (2006), 51.

<sup>38</sup> Öner Eyrenci, “Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış”, *Amme İdaresi Dergisi* 14 (1981), 48.

<sup>39</sup> Celal Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)* (Ankara: Danıştay, 2016), 30.

<sup>40</sup> Abdullah Demir, *Hukuk Metodolojisi* (Ankara: Astana, 2016), 178.

<sup>41</sup> Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 294.

<sup>42</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, “Anayasal Yargıda Yorum”, *Amme İdaresi Dergisi* 28/3 (1995), 5. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), K. 1990/1 (5 Temmuz 1991): “Hakim kanun boşluğunu doldururken hiçbir zaman kanun koyucu sıfatıyla genel, objektif, soyut ve gayri şahsi kural koyma yoluna gitmeyecektir. Kanunda bulunan boşluğu önüne gelen uyuşmazlığa hasren dolduracaktır. Bu işlevini, önce yasanın kuralını amaçsal yöntemle yorumlayarak, buna karşın kuralı olguya uygulayamaz ise boşluğu kural koyup doldurmak suretiyle yerine getirecektir.” Kararda amaçsal yorumun sınırları belirlenmekle birlikte



Amaçsal yorumda metne bağlı kalarak kanun koyucunun amacının araştırılması ve kanunun pratik gerekliliğinin tespit edilmesi gerekmektedir<sup>43</sup>. Diğer bir ifadeyle, amaçsal yorumda hukuk normunda öngörülen düzenlemenin getirilme sebebi ve koşullarının göz önünde bulundurulmasıyla norma anlam kazandırılmaktadır<sup>44</sup>. Kanun koyucunun amacının araştırılması noktasında kanunun gerekçesi önemli bir kaynak işlevi görmektedir<sup>45</sup>. Kanuna sadakatin bir gereği olarak kanunun anlamının aydınlatılmasına katkı sağlayan gerekçedeki açıklamalar amaçsal yorumda dikkate alınmalıdır<sup>46</sup>. Kanunun uygulandığı zamanın gerekliliklerine ve modern güncel ihtiyaçlarına göre kazandığı anlam esas alınmaktadır<sup>47</sup>. Bu nedenle doktrinde amaçsal yoruma “zamana göre (güncel) objektif yorum” denildiği de görülmektedir<sup>48</sup>.

Amaçsal yorum yapılırken adil bir çözüm elde edilmesi için menfaatler dengesi gözetilerek bir menfaat diğeri karşısında üstün tutulmaktadır<sup>49</sup>. Menfaatler arasındaki çatışmada kanunun özüne temas edilip, amacı ve işlevi esas alınarak korunan hukuki değer çerçevesinde bir seçim yapılmaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında “amaca bağlı yorum, çıkarlar dengesine ağırlık tanıyan bir yorum yöntemidir. Her yasa toplumsal yaşamdaki çeşitli kurum ve ilişkileri düzenlerken karşılıklı çatışan çıkarlardan birini daha çok korumak ister. İşte yasanın dayandığı temel ilkeyi ve amacı araştırılıp ortaya çıkarmak gerekir. Bu işlem yapılırken de toplumun o anda sahip olduğu güncel olan gereksinimler, gerekçeler, değer yargıları, olayın özellikleri göz önünde tutularak bir sonuca varmaya çalışılır. Yasalara anlam verilirken toplumsal değişme ve ilerlemeler ihmal edilmemelidir”<sup>50</sup> diyerek amaçsal yorumun önemini ortaya koymaktadır.

İdare hukukunda kamu yararını gerçekleştirmeyi amaç edinen idarenin tabi tutulduğu hukuk kurallarında daha çok idarenin yetkilerini düzenleyen, kamu hizmetlerinin işleyiş usulünü ve ayrıcalıklarını belirleyen, idari teşkilatı ve faaliyetlerini ortaya koyan kurallar yer aldığından idarecilere hitap ettikleri ve kamu yararı ile bireysel yararın çatışması halinde tatbik edilecek maddi hukuk kuralları içermedikleri ifade edilmektedir<sup>51</sup>. Bununla birlikte günümüzde özellikle vergi hukukunda yer alan düzenlemeler kamu yararı ile bireysel yararın çatışmasını çözümlenmeyi ve karşılıklı yararları bağdaştırmayı amaçlayan hükümlerden oluşmaktadır. Bu hukuki düzenlemeler, vergi yükümlülüğünü ortaya koyan idare ile vergi yükümlüsü mükelleflerin haklarını karşılıklı olarak korumaktadır. Sürekli değişen ve gelişen ekonomik hayatın ihtiyaçlarına cevap verilebilmesi ve vergi yükümlülüğünü ortaya koyan idare ile vergi yükümlüsünün karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesi için vergi hukukunda amaçsal yoruma özel önem atfedilmektedir<sup>52</sup>.

Kamu gücü kullanma yetkisiyle donatılmış idare edenlerin yetkileri karşısında idare edilenlerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar veya soyut ve muğlak kavramlar ile idareye yetki veren kurallar amaçsal yorumu idare hukukunda önemli hale getirmektedir. Özellikle kamu yararı, kamu düzeni, genel sağlığın korunması gibi soyut, muğlak ve belirsiz kavramların yorum yoluyla içeriğinin somutlaştırılmasında amaçsal yorum önem kazanmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere sınırlama

---

hakimin hukuk yaratma işlevi de ortaya konulmaktadır. Ayrıntılı bilgi ve eleştiri için bkz. Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku*, 35-36.

<sup>43</sup> Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri* (İstanbul: Beta, 2010), 103.

<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2020/31 (12 Haziran 2020) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>45</sup> Tutumlu, “Yasanın Yorumunda Gerekçenin Rolü”, 125.

<sup>46</sup> Tutumlu, “Yasanın Yorumunda Gerekçenin Rolü”, 134. Özellikle kanuni değişiklik söz konusu ise gerekçede kanun değişikliğinin sebebi, meydana getirilme amacı, mukayeseli hukuktaki benzer düzenlemeler ve değişiklik öncesi düzenlemenin uygulamada aksayan yönleri mufassal bir biçimde açıklanmaktadır.

<sup>47</sup> Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (İstanbul: On İki Levha, 2010), 189.

<sup>48</sup> Aktaş, “Hukukta Yorum Çabaları”, 16.

<sup>49</sup> Asım Kaya, “Amaçsal Yorum”, *Ankara Barosu Dergisi* 4 (2014), 368.

<sup>50</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 1990/83 (14 Şubat 1990) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>51</sup> Halim Alperen Çıtak, *İdare Hukukunun İçtihadı Karakteri* (İstanbul: On İki Levha, 2020), 96.

<sup>52</sup> Lütfiye Elmas Kara, *Vergi İdaresi ile Vergi Yargısı Arasındaki Yorum Farklılıkları*, (Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2014), 89.

getiren kavramları veya hukuk normlarını yorumlarken idarenin, varlık amacına, işlevine ve kuralın amacına uygun sonuca ulaştıracak çözüm tarzına odaklanması gerekmektedir. Hukuk normunun amacından uzaklaşarak, onunla bütünleşmeyen ve hatta temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak biçimde yorum yapılması mümkün değildir. İdareye takdir yetkisi tanınan bu tür durumlarda, idarenin kanunun gerekçesini ve amacını birlikte değerlendirerek somut olayın şartları doğrultusunda faaliyet yürütmesi beklenmektedir. Her ne kadar bu kavramların çekirdek alanına göre daha geniş olan kenar alanlarının geniş yorumlanması<sup>53</sup> gibi bir eğilim söz konusu ise de genişletici yorum yapılmamalı, dar yorum yapılarak kavramların içeriği ve sınırları netleştirilmelidir.

İdare hukukunun tanımı idarenin nihai amacı olan kamu yararı ile bireysel yararın bağdaştırılması ve dengelenmesinden yola çıkılarak yapıldığı için amaçsal yoruma ağırlık verilmesi önem arz etmektedir. Zira idarenin faaliyetlerinde kamu yararının somutlaştırıcısı olarak kamu yararı amacına uygun davranması beklenmektedir. Kamu yararı amacının dışında siyasi, dini, ideolojik veya kişisel eğilimlere göre kanunun anlam ve kapsamı tespit edilemez, yorumu yapılamaz. İdareden kaynaklanan her faaliyet kamu yararını gerçekleştirme amacına yönelmek zorundadır. Zira en başında kanun koyucu kanuni düzenlemeyi gerçekleştirirken kamu yararını tespit ederek söz konusu kamu yararına ulaşılması için idareyi yetkilendirip kullanabileceği vasıtaları tespit etmektedir<sup>54</sup>. Bu nedenle idare, kanunla tayin ve tespit edilen kamu yararı amacıyla hareket etmek zorundadır. Kanun koyucunun tespit ettiği özel amaçtan uzaklaşarak istemediği bir amaca ulaşmaya yarayacak şekilde yorum gerçekleştirilemez. Yorum faaliyetinin gerçekleştirildiği hallerde kamu yararı ile bireyin yararı arasındaki denge kamu yararı aleyhine bozulur ise kamu hizmetlerinin gerekliliklerinin de bu tablodan olumsuz etkilenmesi kaçınılmazdır.

Amaçsal yorum, idare hukukunda sadece maddi hukuk kurallarının yorumunda değil aynı zamanda temel hak ve özgürlüklere sınırlamalar öngören şekli hukuk kurallarının yorumunda da dikkate alınmaktadır. Nitekim Danıştay, idari yargılama usulü kanunundaki süre, ehliyet, menfaat, feragat gibi birçok usul hükmünün idare hukukunun uygulama alanı olan idari yargının kendine özgü özellikleri ve amacı dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir<sup>55</sup>. Bu usul müesseselerinin uygulanmasında katı ve aşırı şekilci nitelikte lafzi yorum yapılarak henüz ilk inceleme aşamasında davanın reddedilmesi ve davacı açısından hak kaybına yol açılması yerine amaçsal yorum yöntemi ile esasa girilerek idarenin hukuka uygunluk sınırları içerisinde kalıp kalmadığı denetlenmektedir. Böylece idari yargı hakimi, kanunun uygulayıcısı konumundan çıkıp kanunun yorumlayıcısı haline gelmekte ve adil ve hakkaniyetli yargılama ilkesine hizmet etmektedir<sup>56</sup>.

Hukukun adaletli bir hukuk düzeni kurma amacına hizmet ettiğini belirten amaçsal yorum, adaletin ve hakkaniyetin tesisi için bazen daraltıcı bazen de genişletici bir biçimde yorumu gerektirmektedir<sup>57</sup>. Kanun koyucunun kanundaki kelimelerin anlamının dar yorumlanması gerektiği konusunda bir amaçla hareket ettiği düşünülüyorsa daraltıcı yorum yapılması gerekmektedir<sup>58</sup>. Bu bağlamda istisna hükümleri ve yasaklayıcı kurallar dar yorumlanmaktadır. Hukuk devletinde özgürlükler esas sınırlamalar ise istisna olduğundan kanunun yorumunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuracak şekilde genişletici bir yorum yapılamaz. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 36. maddesinin 7. fıkrası kapsamında yer almayan özel

<sup>53</sup> Karl Nastelski, "Unbestimmte Rechtsbegriffe, Generalklauseln und Revision", *GRUR* (1968), 545.

<sup>54</sup> Pertev Bilgen, *İdare Hukuku Dersleri İdare Hukukuna Giriş* (İstanbul: Filiz, 1999), 239.

<sup>55</sup> Abdullah Atay, *Bireysel Başvuru Kararlarının İdari Yargıda Usul Kurallarının Yorumuna Etkisi* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 12 vd.

<sup>56</sup> Selami Demirkol, "İdari Yargılamada Hakim Duyarlılığı-Hakkaniyet Odaklı Yargılama Anlayışının Kurumsallaşma Önerisi", *İdare Hukuku ve İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu*, 24-26 Mayıs 2021, ISALAJ-2021 Bildiriler Kitabı, (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2021), 429.

<sup>57</sup> Öktem, "Hukukta Sosyolojik ve Teleolojik Yorum", 554.

<sup>58</sup> Merve Burcu Gişi, "İdare Hukukunda Yorum ve İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde ve Yorumlanmasında Hukuk Devleti İlkesinin Yeri ve Önemi", *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 9/2 (2016), 219.

muayenehanede gerçekleştirilen çalışma biçiminin genişletici yorumla sınırlama kapsamına alınarak öğretim üyesinin tıpkı vakıf üniversitesi veya özel hastanede çalışan öğretim elemanları gibi idari görevinden alınmasını hukuka aykırı değerlendirmektedir<sup>59</sup>. Çalışma biçimi itibarıyla idari görevlerde bulunamayacak kapsam içerisinde kalmayan öğretim üyesi hakkında kanunun kapsamına giren öğretim üyeleri hakkında uygulanan sınırlandırma getirilmesi kanun koyucunun amacıyla bağdaşmamaktadır.

Mali konularla ilgili yasal düzenlemelerde de Danıştay, mali nitelikteki bir hakkın genişletici yoruma tabi tutulamayacağını belirtmektedir<sup>60</sup>. Nitekim memurların ve diğer kamu görevlilerinin ek göstergelerini düzenleyen kanun hükmünün yorum yoluyla genişletilerek davacının durumuna uygun düşen 2200 ek gösterge yerine 3600 ek gösterge uygulanmasının kabulünün hukuken mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Mali nitelikteki hakkın genişletici yoruma tabi tutulamayacağı gibi mali konularla ilgili mevzuatta yer alan istisna hükümlerinin de verginin yasallığı ilkesi gereği yorum yoluyla genişletilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>61</sup>.

Yine Danıştay, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun bazı hükümlerini değiştiren 2766 sayılı Kanun ile sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmamak üzere görevlerine son verilen kamu personelinin durumuna ilişkin olarak, hukuki uyumsuzluğun çözümünde "bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" ibaresinin anlamını yorumlamak için anayasaya uygun yorum başta olmak üzere çeşitli yorum yöntemlerine başvurmuştur. Bu yorum yöntemleri arasında anayasaya uygun yorum ve amaçsal yorum yöntemini ön plana çıkararak "bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" ibaresini dar yorumlamaktadır. 2766 sayılı Kanunda yer alan "Bu şekilde işlerine son verilen memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu hizmetlerine görevli işçiler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" hükmünün "bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" ibaresinin yorumu sıkıyönetim süresiyle sınırlı bir hüküm olarak değerlendirilmekte ve sadece sıkıyönetim süresinde hukuki sonuç doğuracağı kabul edilmektedir<sup>62</sup>. Sıkıyönetimin dayanağını anayasadan alan geçici bir rejim olduğu, bu niteliği gereği sıkıyönetim idaresince alınan önlemlerin sıkıyönetimin kalkmasıyla birlikte sona erdiğinin kabulünün zorunluluğu üzerinde durulmaktadır. Aksi halde toplumsal gereksinim ve gelişmelerle bağdaşmayan, zamanın ihtiyaçlarına yanıt vermeyen ve adalet duygusunu zedeleyen uygulamaların ortaya çıkma riski üzerinde durulmaktadır. İctihadı birleştirme kararında dar yorum yapılmakta ve anayasaya uygunluk değerlendirmesini de aşan bir kapsamda temel hak ve özgürlüklere yönelik uluslararası sözleşme ve bildirgelere ve hukukun genel ilkelerine uygunluk değerlendirilmesi gerçekleştirilmektedir<sup>63</sup>.

Yine 7083 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanunun kamu personeline ilişkin tedbirler başlıklı 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan milli güvenliğe karşı tehdit oluşturduğu tespit edilen ve FETÖ/PYD'ye aidiyeti, iltisakı veya örgütle irtibatı olan kamu görevlilerinin görevlerinden çıkarılmaları ve bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyeceklerine yönelik düzenlemenin kamu görevinden çıkarılıp serbest avukatlık mesleğini ifa etmek isteyenler hakkında uygulanıp uygulanmayacağı noktasında idare ve yargı mercileri tarafından farklı yorumlar gerçekleştirildiği ve hararetli tartışmalar yapıldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi Tamer MAHMUTOĞLU başvurusunda, ilgilinin baroya kayıt talebinin Türkiye Barolar Birliğince kabulü sonrasında Adalet Bakanlığı'nın açtığı iptal davasının kabulü üzerine ilgilinin baro levhasına yazılmaması nedeniyle yaptığı bireysel başvuruda, özel hayata saygı hakkına değinerek

<sup>59</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (Danıştay), K. 2019/4005 (2 Ekim 2019) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>60</sup> Danıştay 12. Dairesi (Danıştay), K. 2020/3785 (18 Kasım 2020) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>61</sup> Danıştay 9. Dairesi (Danıştay), K. 2012/7621 (26 Kasım 2012); Danıştay 4. Dairesi (Danıştay), K. 2013/10451 (24 Aralık 2013): "Vergilendirme alanında muafiyet ve istisna hükümlerinin yorum yoluyla genişletilmesi veya daraltılması Anayasal güvence ifade eden verginin yasallığı ilkesine aykırı düşeceğinden öngörüldüğü kuralda veya Gelirler Vergisi Kanunu'nda vergiden müstesna tutulmayan, gelirin unsurlarında dahil olan her türlü kazanç ve iradın vergilendirilmesi zorunludur." (Kararlar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>62</sup> Danıştay İctihadı Birleştirme Kararı (Danıştay), K. 1989/4 (7 Aralık 1989) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>63</sup> Celal Erkut, "Danıştay'ın "1402'likler" Kararı: Türk Kamu Hukukunun Yüzakı", *Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan* (1992), 85.

avukatlığın istihdam boyutuna odaklanıp “avukatlık kural olarak idari hiyerarşiye dahil olmayan serbest bir meslektir. Serbest avukatlığın devletin namına ve hesabına yapılan bir iş olmaması, serbest avukatların baro levhasına kaydolduktan sonra çalışıp çalışmama ve müvekillerini seçme konusunda kural olarak bağımsız olmaları, devletten herhangi bir maaş almamaları, gelirlerinin müvekillerinden aldıkları vekalet ücretinden oluşması, zorunlu müdafilik ve arabuluculuk gibi görevlendirmeler dışında serbest avukatlara devletin mali olarak bir katkısının bulunmaması, müvekilleri ile aralarında sözleşmeden kaynaklanan tüm haklara kendilerinin sahip olmaları, yükümlülüklerle de kendilerinin katlanması” gerekçelerine dayanarak avukatlık mesleğini kamu hizmetinde istihdam edilme yasağı kapsamında görmemektedir<sup>64</sup>. Avukatlık mesleğinin kamu hizmetinde istihdam boyutuyla değerlendirilmesi gibi öngörülebilir olmayan genişletici bir yorum, bilirkişiler gibi kamu hizmeti gerçekleştiren diğer meslek gruplarının da kapsama dahil edilmesi anlamına gelir ki böyle bir durumda bu meslek grubundaki bireylerin ömür boyu sürecek şekilde çalışma özgürlüğünü ortadan kaldıran güvencesiz bir konuma düşmeleri kaçınılmazdır.

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin Mehmet ÇETİNKAYA ve D.K. bireysel başvurusunda da özel hayata saygı hakkına yönelik müdahalenin yasal çerçevesini ortaya koyarak “hak ve özgürlüğü kısıtlayıcı bir kanunun kapsamını genişletici yorum ve uygulamalar, kanun koyucunun getirmedığı bir sınırlandırmanın idari ve yargısal makamlarca ihdas edilmesi sonucunu doğurabilir. Bu açıdan hak ve özgürlükleri sınırlandıran kurallara ilişkin yorum ve uygulamaların kuralın kapsamını genişletici nitelikte olmaması ve öngörülebilir sınırlar içinde kalması önem taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle derece mahkemelerinin hak ve özgürlükleri sınırlayıcı kuralların kapsamının geniş yorumlanması hususunda oldukça ihtiyatlı davranması gerekir. Aksi durum keyfi uygulamaların yaygınlaşmasına ve bireylerin kamu otoritelerine karşı güvencesiz bir konuma düşmesine yol açar” gerekçesiyle dar yorum ilkesinin uygulanmasına dikkat çekmektedir<sup>65</sup>.

Kanun koyucunun kanundaki kelimelerin anlamının geniş yorumlanması gerektiği şeklindeki bir amaçla düzenlemeyi yaptığı düşünülüyorsa hüküm geniş yorumlanmaktadır<sup>66</sup>. Örneğin, Anayasanın 10. maddesinde yer alan “herkes” ifadesi, temel hak ve özgürlükler hukuki etkisini en güçlü şekilde gösterecek şekilde geniş yorumlanmalıdır. Nitekim Bolu Belediyesi’nin 2022 yılı gelir tarifesi gereği “evlenecek tarafların her ikisinin de Türk vatandaşı olmaması durumunda nikah ücretinin 100.000,00 TL olarak uygulanmasına ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 3. maddesinin j fıkrası gereğince Türkiye’de kalmak üzere izin belgesi sahibi olan yabancılar için meskenlerde kullanılan su tarifesi para biriminin ABD doları olarak belirlenmesine” dair düzenlemenin eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı olduğu gerekçesiyle açılan davada Bolu İdare Mahkemesi, Anayasanın 10. maddesinde yer alan “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” şeklindeki düzenlemeyi yorumlayarak “herkes” ibaresiyle eşitlik ilkesinden faydalanacak kişi hususunda potansiyel kapsamın sınırlandırılmadığını, anayasa hükmü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ayrımcılık yasağına dair hükmü birlikte değerlendirildiğinde, eşitlik ilkesi ile bu ilkenin kapsadığı ayrımcılık yasağının sadece ülke vatandaşları için değil yabancı uyruklular da dahil herkes için kabul gördüğünü ifade etmektedir<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), Tamer Mahmutoğlu Başvurusu, B. No. 2017/38953, (23 Temmuz 2020). Aynı doğrultuda Danıştay kararı için bkz. Danıştay 8. Dairesi (Danıştay), K. 2014/8567 (12 Kasım 2014): “Avukatlık, sunulan hizmet açısından bir kamu hizmeti, mesleki faaliyet açısından ise bir serbest meslektir. Bu bakımdan mesleğin kendine özgü kuralları bulunduğu avukatlık mesleği Anayasada yapılan kamu görevlisi tanımı içinde de değerlendirilmemektedir. Aksine bir yaklaşımla sadece yürütülen hizmetin kamu hizmeti olmasından hareketle kamu görevlilerinin tabi olduğu kurallara tabi kılınması mesleğin niteliği ve gerekleri ile örtüşmeyecektir.” (Kararlar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>65</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), Mehmet Çetinkaya ve D.K. Başvurusu, B. No. 2018/27392, (15 Nisan 2021) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>66</sup> Gişi, “İdare Hukukunda Yorum ve İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde ve Yorumlanmasında Hukuk Devleti İlkesinin Yeri ve Önemi”, 219.

<sup>67</sup> Bolu İdare Mahkemesi, K. 2022/566 (24 Mayıs 2022). (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

Danıştay, yurt dışında tedavi olma hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu gereği devlet memurlarının yararlanıp, devlet memuru olmayan fakat kamu görevi ifa eden Belediye Başkanı'nın yararlandırılmamasına yönelik işlemin iptali davasında "657 sayılı Kanunun ek geçici 6. maddesine tabi olup ek geçici 21. maddesi yoluyla aynı kanunun devlet memurlarına yurt dışında tedavi olma hakkında faydalanma olanağı tanıyan 209. maddesinden belediye memur ve müstahdemleri yararlanabilirken kamu görevi yapan ve belediye personelinin hiyerarşik yönden en üst kademesi olan fakat kanunda açık hüküm olmaması nedeniyle emri altında bulunan personele tanınan sosyal haklardan belediye başkanlarının memur statüsünde sayılmaması sonucu faydalandırılmaması hak ve adalet ilkelerine aykırı düşmektedir. Bu durumun, hukuk kaidelerinin dayanağı olan mantık, kamu yararı ve sosyal hukuk devleti anlayışı ile bağdaştırılması da mümkün değildir" diyerek amaçsal yorum yöntemi ışığında işlemin iptaline yönelik karar vermektedir<sup>68</sup>. Bu kararda Danıştay, anayasa hükümlerini doğrudan doğruya uygulayarak adaletin tesisini sağlamaktadır.

Yine Danıştay, ibadethane kabul edilmesi sonucu cemevlerinin elektrik giderlerinin Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından karşılanmasına yönelik uyuşmazlıkta, mevzuat gereği cami ve mescitler dışında bir yeri idarenin ibadethane kabul etmesinin mümkün olmadığı ve elektrik giderlerini ödeyemeyeceği yönündeki itirazı, cemevlerinin çok çeşitli ibadetlere açık alanlar olduğu, herkesin düşünme, vicdan ve din hürriyetine sahip olduğu, kanun önünde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı gereği toplumun ibadetine açılan ve ücretsiz girilen ibadethanelerin tümünün aydınlatma giderinin Diyanet İşleri Başkanlığınca karşılanmasına gerektiğine hükmederek cemevlerini ibadethane kapsamında yorumlamaktadır<sup>69</sup>. Bu değerlendirmenin yapılmasında 6446 sayılı Kanunun geçici 6. maddesinin<sup>70</sup> amaçsal yorumunun dikkate alındığı görülmektedir.

### C. Sistematik yorum yöntemi

Sistematik yorum yönteminde maddenin kanunda yer aldığı kısım, diğer maddelerle ilişkisi, madde kenar başlığı<sup>71</sup> ve kanunun sistematigi içerisindeki yeri belirleyicidir. Hukuk normları üst üste gelen yığın olmaktan çıkmakta, anlamlı ve tutarlı bir bütün oluşturmakta, böylece normatif bütünlük sağlanmaktadır<sup>72</sup>. Hukuk düzeninin ahenkli bir bütünlük arz etmesi ve çelişmezliği ilkesi gereği normlar hiyerarşisi ilkesinin, yorumda özellikle ve hassasiyetle göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Gerek kanun koyma faaliyetinde gerek hukuk normunun uygulanmasında çelişmezlik ilkesi dikkate alınmak zorundadır<sup>73</sup>. Bu doğrultuda bir kanun hükmündeki kelimeler bu hükümdeki diğer kelimelerle, kanunun bir hükmü diğer hükümlerle, bir kanuni düzenleme diğer kanuni düzenlemelerle bağdaşacak şekilde yorumlanmalıdır. Normlar hiyerarşisinde yer alan alt normun varlık sebebini ve kapsamını belirleyen üst norma uygun yorumlanması beklenmektedir.

Anayasaya uygun yorum sistematik yorumun özel bir biçimi olarak değerlendirilmektedir<sup>74</sup>. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü prensibi ve anayasaya saygı ilkesi gereğince normlar hiyerarşisinde yer alan tüm normlar anayasaya uygun yorumlanmalıdır. İdare hukukunun temel kaynaklarının başında anayasanın geldiği düşünüldüğünde idare hukukunda yorum faaliyetinde anayasaya uygun yorumun

<sup>68</sup> Danıştay Dava Daireleri Kurulu (Danıştay), K. 1975/704 (17 Ekim 1975) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>69</sup> Danıştay 13. Dairesi (Danıştay), K. 2017/2263 (10 Temmuz 2017) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>70</sup> 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu geçici 6. maddesi: "...Toplumun ibadetine açılmış ve ücretsiz girilen ibadethanelere ilişkin aydınlatma giderleri Diyanet İşleri Başkanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanır."

<sup>71</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, (Yargıtay), K. 1998/100 (11 Şubat 1998): "Kanun koyucunun maksat ve gayesini anlamak, hükmü açık bir şekilde yorumlamak için kenar başlığına ihtiyaç vardır. Diğer bir söyleyişle, kenar başlığı, kanunun açık fikir silsilesini, anlaşılmasını ve yorumunu kolaylaştıran bir unsurdur. Bu bakımdan, kenar başlığına, metinle uygunluk göstermesi koşulu ile hukuken değer verilebilir. Çelişmesi durumunda açık metne üstünlük tanınmalıdır." (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>72</sup> Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, 56-57.

<sup>73</sup> Altan Heper, "Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler", *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı* (2010), 104.

<sup>74</sup> Yasemin Işıktaç-Sevtaç Metin, *Hukuk Metodolojisi* (İstanbul: Filiz, 2021), 199; Bakır Çağlar, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 5/1-3 (1984), 30.

yeri ve önemi ortaya çıkmaktadır<sup>75</sup>. Hukuk devletinde anayasal hükümlere aykırı bir yargı yorumu ya da idari yorum geliştirilmesi kabul edilemez. O halde, anayasanın bir hükmü ile ya da ilkeleri ile çelişen ya da bağdaştırılmayan yorumun benimsenmemesi gerekmektedir. Nitekim Danıştay, “bir mevzuat hükmünün birden farklı biçimde yorumlanmasının mümkün olduğu hallerde Anayasa’ya aykırı olan yorumun benimsenmesinden kaçınılması Anayasa’nın üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir. Hakimin bir hukuk kuralının anlam ve kapsamını tespit ederken Anayasayı ve anayasal ilkeleri hesaba katmaması Anayasa’nın normlar hiyerarşisinin tepesinde yer almasını anlamsız hale getirir. Bu bağlamda Anayasa kağıt üzerinde kalan bir metin değil yaşayan, hukuk sistemini yönlendiren, her türlü kamusal tasarrufta gözetilmesi gereken hukuki bir belgedir” diyerek anayasaya uygun yorum yönteminin önemine vurgu yapmaktadır<sup>76</sup>. Danıştay yakın tarihli bir kararında, yabancı uyruklu tıpta uzmanlık öğrencilerine döner sermaye gelirinden pay verilmesini öngören açık bir kanun hükmü bulunmadığı gerekçesiyle bu yöndeki başvuruların reddine yönelik uygulamada, anayasal bir görev olarak mevzuatın anayasal ilkeler uyarınca yorumlanması suretiyle Anayasanın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa’nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarına dayanmakta, işlemin iptaline karar vermekte ve mevzuat hükümlerinin anayasal güvenceler ışığında yorumlanması gereğine dikkat çekmektedir<sup>77</sup>. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru neticesinde verdiği kararlar da sistematik yorumun özel bir biçimi olan anayasaya uygun yorum yöntemi ile hem temel hak ve özgürlüklerin korunmasına katkı sunmakta hem de adalet ve hakkaniyet düşüncesine hizmet etmektedir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları hem idari yargı mercilerine hem de idari yorumu gerçekleştiren idareye bu anlamda kılavuzluk etmektedir.

Kanunların uygulayıcısı konumundaki idarenin de tıpkı idari yargı mercileri gibi anayasaya uygun yorum yöntemini izlemesi gerekmektedir<sup>78</sup>. Kuralın uygulayıcısı konumunda bulunan idarenin anlamlandırma çabası içerisine girerek metni aydınlatması ve açıklaması gerektiğinde, geniş anlamda sistematik yorumu benimseyerek hukukun genel ilkeleri ve anayasal ilkeler çerçevesinde değerler sistemini gözeterek yorum yapması gerekmektedir. Bu durumda, kanunların yorumu hukuk sisteminin genel felsefesiyle tutarlı olmalıdır. Bu bağlamda hukuk devleti ilkesi, dürüstlük ve iyi niyet ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, masumiyet karanesi, savunma hakkı, ölçülülük ilkesi gibi hukukun genel ilkeleri idari yargı merciinin yorumunda dikkate alınması gerektiği gibi idarenin yorumunda da dikkate alınmak zorundadır. Hukukun genel ilkeleri ve anayasal ilkelerle bağdaşmayan veya bu ilkelere ters düşen bir yorumun kabul edilebilmesi mümkün değildir.

#### D. Tarihsel yorum yöntemi

Kanun metninin şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık ve net olmadığı hallerde lafzi yorum yönteminin yetersiz kalması nedeniyle tarihsel yorum yöntemine başvurulabilmektedir. Bu yöntemde kanun koyucunun tarihsel yorumu esas alınmaktadır. Kanunun hazırlık çalışmaları, komisyon raporları ve mecliste gerçekleştirilen konuşma ve tartışmalar, verilen önergeler, tutanaklar ve kanunun gerekçesi dikkate alınarak kanun koyma faaliyetinin gerçekleştirildiği zamana gidilmektedir. Bu kuralın getirilmesinin altında yatan tarihsel sebepler irdelenmektedir. Bu bağlamda kuralın tarihi kökenlerine

<sup>75</sup> Nitekim Danıştay İdari yargılama Usulü Kanununa 2014 yılında eklenen 20/B maddesine göre dava açma süresinin hesaplanmasına ilişkin bir uyuşmazlıkta “Anılan düzenlemenin getiriliş amacına uygun biçimde işlerliğinin sağlanması yanında hukuka uygunluk bloku içinde yer alan temel hakların bu amaçla bağdaşmayacak ya da bu amaç için gerekli ve oranlı olmayan biçimde ihlali sonucunun doğmaması adına “anayasaya uygun yorum yöntemi” ile değerlendirilmesi bir zorunluluk arz etmektedir” diyerek İYUK m. 20/B maddesinin yürürlük tarihi olan 11.09.2014 tarihinden önce gerçekleştirilmiş merkezi sınavlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, dava açma süreleri bakımından 20/B maddesi hükmü değil genel hükümlerin uygulanacağına hükmetmektedir. Danıştay 12. Dairesi (Danıştay), K. 2015/4698 (9 Eylül 2015) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>76</sup> Danıştay 13. Dairesi (Danıştay), K. 2023/480 (8 Şubat 2023) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>77</sup> Danıştay 8. Dairesi (Danıştay), K. 2023/2809 (24 Mayıs 2023) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>78</sup> Ali Ülkü Azrak, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, *Anayasa Yargısı Dergisi* 9/1 (1992), 336.

inilmekte ve nitekim özel hukuktaki birçok hükmün özü ve anlamı Roma Hukuku prensipleri ile açıklığa kavuşturulmaktadır<sup>79</sup>. Yine suçta ve cezada kanunilik ilkesi, aydınlanma çağındaki tarihi köklerine inilerek anlaşılma ve bu suretle hakiki manasına uygun yorumlanmaktadır<sup>80</sup>. Kuralın getirildiği dönemin ihtiyaçları, değer yargıları, gelenekleri ve zamanın ruhu göz önünde bulundurularak yorum yapılmaktadır. Dolayısıyla tarihsel süreç içerisinde ortaya konulan birikimden istifade edilmekte ve hukuki düşünce sağlamlaştırılmaktadır. Bununla birlikte kuralın getirildiği zaman için öngörülen sebepler zamanla ortadan kalkabilmekte, değer yargıları zaman içerisinde değişebilmekte, toplumsal ihtiyaçlar farklılaşabilmekte, buna rağmen kanun farklılaşan ihtiyaçlara cevap vermek durumunda kalmaktadır<sup>81</sup>. Salt kanun koyucunun iradesine odaklanarak modern çağın güncel ve dinamik toplumsal ihtiyaçları ve şartları gözetilmeksizin gerçekleştirilen yorum ile güncel toplumsal gelişme ve ilerlemelerin gerisinde kalınarak hukuk devleti ilkesinin gereği olarak kanundan beklenen istikrar, kesinlik ve güvenlik sağlanamamaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun iradesi ve bu iradenin ortaya konmasına yönelik kapsamlı ve çok yönlü ön çalışmalar, kanun metninin anlaşılmasında ve amacının ortaya konulmasında bağlayıcılığı ve kesinliği bulunmayan salt yardımcı bir araç niteliğinde kabul edilmektedir<sup>82</sup>.

### III. Yorumu Yapan Kaynak Bakımından Yorum Türleri

Hukukun anlam bakımından uygulanmasında kanun koyucunun, bilim dünyasının, hukuk normunun uygulanması noktasında idarenin ve yargı mercilerinin söz sahibi olduğu bilinmektedir. Bu bağlamda yorumu kim yapar sorusuna verilen cevap, yasama yorumu, yargı yorumu, bilimsel yorum ve idari yorum olmak üzere dört başlığa ayrılmaktadır<sup>83</sup>.

#### A. Yasama yorumu

Kanunun kendisini gerçekleştiren kanun koyucu tarafından en doğru ve sağlıklı şekilde yorumlanabileceği düşüncesine dayanmaktadır. Kanun koyucu, kendisinin ihdas ettiği kanuni düzenlemeler ile ilgili uyumsuzlukların çözümünde tüm yargı mercilerini ve idareyi bağlayıcı nitelikte yorum yapmaktadır. Yasama yorumu kanun niteliğinde kabul edilmekle birlikte kanunlardan farklı olmak üzere uygulama zamanı ile sınırlı olarak geçmişe etkililik niteliği taşımaktadır<sup>84</sup>. Türk hukukunda 1924 Anayasasının 26. maddesinde<sup>85</sup> yasama yorumunun kabul edildiği görülmektedir. Kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılığı gerekçesiyle 1961 ve 1982 Anayasalarında yasama yorumuna yer verilmemiştir. Zira hem kanun koymak hem de kanunu yorumlamak yetkisi, genel iradenin yanılmazlığı prensibinin bir yansıması olduğundan ve kuvvetler ayrılığı ilkesine ters düştüğünden günümüz çağdaş demokratik hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayan bir yorum türü olduğu kabul edilmektedir<sup>86</sup>. Yasama yorumu, kanun koyucuyu asli işlevinden veya diğer siyasi hedeflerinden alıkoyabileceği

<sup>79</sup> Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1979), 195.

<sup>80</sup> Münir Orhan Çağır, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş (Hukuk Başlangıcı Dersleri)* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1969), 206.

<sup>81</sup> Henri Capitant, "Kanunun Manasının Tayininde İhzaî Çalışmaların Değeri", Çeviren Hakkı Demirel, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/1 (1956), 57.

<sup>82</sup> Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 196; Capitant, "Kanunun Manasının Tayininde İhzaî Çalışmaların Değeri", 67.

<sup>83</sup> Yeliz Neslihan Akel, "Vergi Hukukunda Yorum", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları* 62. Seri, (2017), 106.

<sup>84</sup> Rüstem Karabatak, *Hukukun Anlam Bakımından Uygulanması (Yorum ve Nitelendirme)* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 1996), 34.

<sup>85</sup> 1924 Anayasası m. 26: "Kanun koymak, kanunlarda değişiklik yapmak, kanunları yorumlamak, kanunları kaldırmak, Devletlerle sözleşme, antlaşma ve barış yapmak, harb ilan etmek, Devletin bütçe ve kesinhesap kanunlarını incelemek ve onamak, para basmak, tekelli ve akçalı yüklenme sözleşmelerini ve imtiyazları onamak ve bozmak, genel ve özel af ilan etmek, cezaları hafifletmek ve değiştirmek, kanun soruşturmalarını ve kanun cezalarını ertelemek, mahkemelerden çıkıp kesinleşen ölüm cezası hükümlerini yerine getirmek gibi görevleri Büyük Millet Meclisi ancak kendisi yapar."

<sup>86</sup> Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 295; İngiliz hukukunda otantik yoruma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Timothy Endicott, "Otantik Yorum", Çeviren İsmail Köküsarı, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25/2 (2021), 227 vd.

gereğesiyle de eleştirilmektedir<sup>87</sup>. Günümüzde kanunların yorumu bağımsız mahkemeler tarafından gerçekleştirilmektedir.

## B. Yargı yorumu

Yorum faaliyeti, günümüzde modern hukuk devletlerinde en çok yargı yorumu şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Zira kanunun uygulanabilmesi için hakim ilk olarak kanunu yorumlamak durumundadır. Dolayısıyla yorum faaliyetinin asli aktörü hakimlerdir. İdari yargıda ise idari yargı hakimi, idarenin kanunları tatbikinin hukuka uygun olup olmadığını denetlemektedir. Diğer bir ifadeyle idari yargı hakimi, idari işlem ya da idari eylem şeklinde ortaya konulan idari yorumu hukuka uygunluk değerlendirmesi çerçevesinde yeniden yorumlamaktadır. Bu özelliğinden ötürü mahkemenin yorum üstüne yorum yaptığı kabul edilmektedir<sup>88</sup>.

İçtihadilik özelliğine sahip idare hukukunda idari yargı mercii yorum yoluyla ilkeler geliştirmektedir. Aynı zamanda kanuni düzenlemeleri güncel modern ihtiyaçlar ve gereklilikler doğrultusunda yorumlayarak kanunlara canlılık ve hayatıyet kazandırmaktadır<sup>89</sup>. Hatta yargı içtihatları, yasa koyucu tarafından dikkate alınarak yasal düzenleme haline getirilmektedir. Yargısal yorum, idareye yön gösterici bir yapıya sahiptir. Zira idari yargı mercileri kendilerine doğrudan hitap eden hukukun genel ilkeleri ve anayasal ilkelere<sup>90</sup> dayanarak daha üst kavram ve ilkeleri somut uyumsuzluğa uygulamakta, soyut veya belirsiz nitelikteki kanuni düzenlemelere anlam kazandırmaktadır. Dolayısıyla kanunların yorumunda hukukun genel ilkeleri destekleyici bir araç rolü üstlenmektedir<sup>91</sup>. Hukukun genel ilkelerinin yargılamada hakim tarafından uygulanması sonucunda, bu ilkeler idare açısından da bağlayıcı bir hukuki değer taşımaktadır.

İçtihadı birleştirme kararı şeklinde yapılan yargı yorumu yargı mercilerini ve idareyi bağlamakta, mahkeme ve idare için emsal içtihat niteliği taşımaktadır. Kanun hükümlerinin yorumlanması suretiyle kabul edilen içtihatların emsal olarak göz önünde bulundurulması, adalettaki eşitlik esaslarının yerine getirilmesi noktasında zorunludur<sup>92</sup>. Yargısal yorumu idarenin dikkatle takip etmesi ve hukuka uygun uygulamalar gerçekleştirmek için içtihadı birleştirme kararına konu olan hukuki düzenlemeyi Danıştay'ın yorumladığı biçimde anlamlandırması gerekmektedir. Diğer yargı kararları açısından da idari yargı kararını uygulamakla yükümlü idare, yargı kararındaki hüküm ve gerekçe kısmı bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğinden ve gerekçede yargı yorumu ortaya konulduğundan idari yorum gerçekleştirirken bu hususu dikkate alması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru neticesinde verdiği kararlar ve ortaya koyduğu içtihat da idare hukukunda önemli bir kaynaklık vazifesi görmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade edilen hak eksenli yaklaşım, temel hak ve özgürlüklerin esas olması sınırlamaların istisnai nitelikte kabul edilmesi ile özgürlük lehine yorum yapılması esasına dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesinin gerek bireysel başvuruda gerekse norm denetiminde temel hak ve özgürlükler odaklı yaklaşımından yola çıkarak mahkemelerin ve idarenin yorumunu hak odaklı yaklaşımı esas alarak anayasal hak ve özgürlüklerin alanını genişletici bir biçimde gerçekleştirmesi gerekmektedir. Nitekim bir bireysel başvuru kararında Anayasa Mahkemesi düşünce açıklamaları nedeniyle kamu görevlileri hakkında

<sup>87</sup> Endicott, "Otantik Yorum", 229.

<sup>88</sup> Çıtak, *İdare Hukukunun İçtihadı Karakteri*, 97.

<sup>89</sup> Zuhâl Bereket, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay* (Ankara: Yetkin, 1996), 8.

<sup>90</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), M.B Başvurusu, B. No. 2018/37392, (23 Temmuz 2020): "Derece mahkemelerinin hukuk kuralını yorumlarken Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen ve Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesini göz önünde bulundurmaları gerekir. Esasen hukuk devleti ilkesi, Anayasanın tüm maddelerinin yorumlanmasında dikkate alınması zorunlu olan bir ilkedir."

<sup>91</sup> Bereket, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, 9; Aynı doğrultuda bkz. Selda Çağlar, *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik Üzerinden Değerlendirilmesi* (İstanbul: Beta, 2013), 28.

<sup>92</sup> Senai Olgaç, "Adaletin Gerçekleştirilmesinde Hakimlerin Ödevleri ve Kanunların Yorumlanması ve İçtihatların Belli Edilmesinde Yargıtay'ın Görevleri", *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı* (1968), 113.



verilen disiplin cezalarına ilişkin olarak idarenin ve idarenin hukuka uygunluğunu denetleyen idari yargının subjektif yorumlardan kaçınmaları için belirli standartlar ortaya koymakta ve somut uyuşmazlık özelinde idare ve yargı mercilerinin bu standartları uygulaması beklenmektedir<sup>93</sup>. Böylece Anayasa Mahkemesi kamu görevlisinin düşünce açıklamalarının mevzuatta öngörülen devlet memurunun vakarına yakışmayan nitelikte bir tutum ve davranış olarak kabul edilip disiplin cezası verilebilmesi için objektif kriterler ortaya koymakta ve idare ve yargı mercilerinin soyut yorumlarını Anayasanın 26. maddesinde ifade edilen ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmektedir.

### C. Bilimsel yorum

İlmi tefsir de denilen bilimsel yorum, hukuk ilmi ile uğraşanların gerçekleştirdiği yorumdur. Bilimsel yorum, somut ve kişisel olmayıp teorik ve genel bir nitelik arz etmektedir. Bağlayıcılık karakteri taşımamakla birlikte teorik anlamda ciddi bir birikim içerdiğinden yargı yorumuna ışık tutması itibarıyla değer kazanmaktadır. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan "hakim karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır" hükmü ile kanun koyucu tarafından hakimlerin hukukun uygulanmasında bilimsel görüşlerden istifade etmesi arzu edilmektedir. Doktrin görüşü, mahkeme kararlarındaki gerekçelerin oluşturulması sürecinde kararın dayanaklarını ortaya koyarken yararlanan destekleyici bilimsel güçtür. Doktrinin analitik bir yaklaşımla konuyu değerlendirmesi ve ciddi bilgi birikimiyle teorik ve genel tarzda çözüm üretmesi, somut uyuşmazlıklarda yargı kararının gerekçesinin şekillenmesi anlamında ciddi bir fayda sağlamaktadır.

### D. İdari yorum

İdari yorum doktrinde "idari birimlerin hiyerarşik yapılanması uyarınca hukuk normunu uygulayacak birimlerin arasında yeknesaklığın sağlanabilmesi ve kanun önünde eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinde sorun yaşanmaması için üst hiyerarşik makamların ast makamların uygulayacağı kuralın anlam ve kapsamını düzenleyebilmesi anlayışının sonucu olarak tesis ettikleri düzenleme ve kararlarında gerçekleştirdikleri yorumlardır"<sup>94</sup>. Bu tanımdan hareketle idari yorumda üst hiyerarşik makamlar, ast makamların uygulayacağı kuralın pratikte nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiğini tespit etmektedir. Diğer bir tanıma göre idari yorum, "yetkili idare tarafından kanunun uygulanması amacıyla kanun metnini anlamlandırma faaliyeti"<sup>95</sup> olarak tanımlanmaktadır.

İdarenin kanunun uygulanmasını gerçekleştirirken kullandığı en önemli yöntemlerden birisi yorumdur. İdare işlevi gerçekleştirilirken, soyut hukuk kuralı somut olaya uygularken sürekli olarak yoruma başvurulmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hukuku uygulama yetkisi kapsamında gerçekleştirilen her uygulama aynı zamanda birer yorumdur<sup>96</sup>. İdare, öncelikle mevcut hukuk kuralını yorumlamakta sonra somut olaya uygulamaktadır. Vergi idaresinin vergi mevzuatını uygularken gerçekleştirdiği yorum, mahallin en büyük mülki amirinin görev alanına ilişkin mevzuatı uygularken gerçekleştirdiği yorum, ihaleyi gerçekleştiren idarenin ihale mevzuatını yorumu veya idarenin bünyesinde yer alan itiraz ve inceleme birimlerinin yorumları<sup>97</sup> bu kapsamda değerlendirilmektedir. İdari yorumun yoğunlaştığı alanı ise, vergi hukuku mevzuatının uygulanması kapsamında idarenin vergilendirme işlemleri oluşturmaktadır.

İdare, kanunların somut olaya uygulanmasını gerçekleştirirken somut olay adaletini tesis etmek, kamu düzeni ve kamu yararı amacına uygun ideal çözümler geliştirmek zorundadır. Kanun önünde eşitlik ilkesinin sağlanması ve uygulamada birliği sağlamak için kanunların uygulanmasını göstermek veya

<sup>93</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), Lale Çalıkoğlu Başvurusu, B. No. 2018/36354, (18 Ekim 2022) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>94</sup> Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 96.

<sup>95</sup> Oğuz Bandır, "Kabahatler Hukukunda Yorum ve Kıyas", *Kabahatler Hukuku Yazıları -II*, ed. Zeynel T. Kangal (İstanbul: On İki Levha, 2018), 18.

<sup>96</sup> Mukbil Özyörük, *İdare Hukuku Ders Notları* (Ankara: Ankara Üniversitesi, 1973), 216.

<sup>97</sup> Ali Naim Sözer, *Hukukta Yöntembilim* (İzmir: Beta, 2020), 33.

emrettiği işleri belirtmek üzere çıkarılan yönetmelik, genelge, tebliğ, yönerge ve sirküler gibi düzenleyici idari işlemler, idarenin yorumunu ortaya koymaktadır. Diğer bir ifadeyle, düzenleyici idari işlemleri ile idare, kanunun nasıl yorumlanacağını belirlemekte ve bunu uygulama kapsamına giren herkesin önceden öngörebilmesi için objektif ve genel biçimde düzenlemektedir. Böylece hukuki belirsizlik ve öngörülemezlik ortadan kaldırılmaktadır. Düzenleyici idari işlemler yolu ile kanunun yorumlanması faaliyeti belli özelliklere haiz idari makamlarca gerçekleştirilmektedir. Bu bağlamda yönetmelik çıkarma yetkisine, Anayasanın 124. maddesine göre Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilikleri bulunan idari makamlar sahiptir. Dolayısıyla kanunların nasıl yorumlanacağını belirleyen yönetmelik düzenlemesi ancak anayasada belirtilen Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişiliğine sahip idarelerce gerçekleştirilmektedir. Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişiliğine sahip idareler, genelge, tebliğ, sirküler, ilke kararı ve yönerge gibi adsız düzenleyici işlemler de çıkarmaktadır. Adsız düzenleyici işlemlerdeki idari yorum soyut nitelikte iken birel subjektif işlemlerdeki idari yorum somut nitelik arz etmektedir<sup>98</sup>.

İdari makamların yorumları hiyerarşiye dahil tüm idari merciler açısından bağlayıcı iken vatandaşlar hukuka uygunluk karinesinden yararlanan bu işlemlere karşı yargı yoluna başvurma hakkına sahiptir. Hukuka uygunluk karinesinden yararlanan düzenleyici idari işlem, yargı mercii tarafından iptal edilinceye ya da idarece geri alınıp kaldırılıncaya kadar uygulanmaya devam etmektedir. Kanuni düzenlemenin idarece tereddüde düşülerek yanlış veya hatalı bir biçimde yorumlanması ile ya da idarenin takdir yetkisine dayandırılarak keyfi ve eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara yol açacak biçimde yorumlanması ile bir düzenleyici işlem ihdas edilmesi halinde ortaya konulan düzenleyici idari işlem hukuka aykırıdır. Bu durumlarda idari yargı mercilerince düzenleyici işlemin iptali gerekmektedir.

Diğer taraftan kanun hükmünün yorum hatası ile uygulama alanının genişletilmesi, uygulama alanına girmeyen hukuk süjelerine uygulanması halinde de ortaya çıkan birel idari işlemin hukuka aykırılığı gündeme gelmektedir. Nitekim davacı ilköğretim müfettişinin Devlet Memurları Kanunu 36. maddesi uyarınca bir derece verilmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin uyuşmazlıkta Danıştay, "Devlet Memurları Kanunu 36. maddesinin Ortak Hükümler bölümünün A bendinin 11. fıkrasının kapsamına aldığı memurları tek tek belirtmek suretiyle sınırlayıcı bir düzenleme getirmiş olduğu, ilköğretim müfettişliği unvanının fıkra da sayılanlar arasında yer almadığı ve fıkranın yorum yoluyla kapsamının genişletilmesine elverişli bir içerik taşımadığı gerekçesiyle ilköğretim müfettişlerinin Bakanlık müfettişlerine benzediğinden hareketle fıkra kapsamına alınmasını hukuka aykırı değerlendirmektedir<sup>99</sup>.

İdari yorumun çerçevesini ve sınırlarını idarenin kanuniliği ilkesi belirlemektedir. Bu nedenle kanuni idare ilkesi göz önünde bulundurularak idari yorum gerçekleştirilmek zorundadır. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanuna dayanması ve idarenin kanuna saygılı davranması şeklinde izah edilmektedir. İdarenin örgütlenmesi ve faaliyetlerini yürütmesinin şartını ve sınırını idarenin kanuniliği oluşturmaktadır<sup>100</sup>. Dolayısıyla idari yorumda, kanunun göz önünde bulundurulması ve kanuna saygı gösterilmesi gerekmektedir. Bu durumda kanun koyucunun iradesini ortaya koyduğu kanunun içermediği bir anlamı metne yüklemek veya kanunun metnine kendi anlamının ötesine geçen bir anlam yüklemek hukuka uygun idari yorum olarak düşünülemez. Diğer bir ifadeyle, kanuni sınırlar dahilinde kalmadan kanunun içermediği bir anlama yönelik ya da var olan anlamı aşacak şekilde keyfi yorum yaparak idarenin kendisini yetkilendirmesi hukuk devletinde kabul edilemez. Bu durum en başta hukuk devletinde kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak yasama organının icra ettiği kanun koyma faaliyetine ve kanuna duyulan saygının bir gereğidir.

<sup>98</sup> Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 296.

<sup>99</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (Danıştay), K. 1994/599 (27 Ekim 1994) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>100</sup> Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan, 2021), 140.

#### IV. İdari Yorumda Göz Önünde Bulundurulması Gereken Temel İlkeler

İdari yorumda göz önünde bulundurulması gereken ilkelerden söz etmeden önce sıhhatli, adil ve doğru yorum yapılabilmesi noktasında hukuk sistemlerinin geliştirdiği yaklaşım tarzlarından söz etmek gerekmektedir. Zira hukuk sistemleri adil, isabetli, hukuka uygun idari yorum gerçekleştirilmesi için idarenin yaklaşım ve anlayış tarzını değerlendirerek belli ilkeler çerçevesinde hareket etmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda Anglosakson hukukunda iyiniyetli idare kavramı ön plana çıkarken Kıta Avrupası hukuk sisteminde idarenin objektifliği ilkesi ön plana çıkmaktadır. Bununla birlikte bu iki ilke etrafında çizilen çerçevenin birbirlerine yakınlık ve benzerlik gösterdiği gözlemlenmektedir.

Anglosakson hukukunda iyiniyetli idare kavramından kastedilen, yorumu gerçekleştiren idarenin iyiniyetli ve makul olması gereğidir. Kanun metni ya da sözleşme<sup>101</sup> gibi hukuki metinlerin yorumunda idari yorumun çerçevesini iyi niyet kavramı çizmektedir. Makul bir idare, normun konu ve amacından sapmadan, normu bağlamından koparmadan dürüstlük kuralına uygun bir biçimde iyi niyetle norma anlam kazandırmaktadır. İdarenin takdir yetkisinin kullanılmasında kamu yararı amacı çerçevesinde iyi niyete dayanılıp dayanılmadığı idari yargı mercileri tarafından denetlenmektedir<sup>102</sup>. Hukuk devletinde idarenin tüm faaliyetlerinde düzenleme ve uygulamalarını adalet, hakkaniyet, eşitlik ve kamu yararı amacı gibi evrensel nitelikteki ilkelere bağlı kalarak hukuka uygun gerçekleştirdiği varsayılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hukuka uygunluk karinesi kabul edilmektedir. İdarenin kanunun bağlamından çıkarılmayacak, kanunun amacıyla tezat oluşturacak, zorlama yoluyla kanunun anlamını aşacak, kişisel dünya görüşünü esas alan veya gerçeklikle bağdaşmayan bir yorum gerçekleştirmesi ve uygulamaya koyması iyi niyet ilkesinden uzaklaşmış ve keyfiliğe izin verildiğini göstermektedir. Yine idarenin kanun koyucunun gerçek iradesini dikkate almaksızın menfaatler dengesini bir taraf lehine bozması adalet ve eşitlik ilkesine uygun olmadığı gibi iyiniyetli bir yaklaşım da değildir. İyi niyetten ve dürüstlük ilkesinden uzaklaşıp kanunun metni aşılarak veya anlamı tamamen değiştirilerek öngörülemez nitelikte yorum yapılması, yorum ihlalinin en ağır biçimi olarak göze çarpmaktadır<sup>103</sup>. Bu bağlamda kanunun siyasi, ideolojik veya kişisel amaçlarla yorumlanması, yorumda dürüstlük ilkesine riayet edilmediğini açıkça göstermektedir.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise, hukuki düzenlemenin herkes için aynı anlama gelebilecek şekilde objektif anlamına odaklanılarak idari yorum yapılması gerekmektedir. Böylece subjektif değerlendirmelere saplanması ve ön yargıların ön plana çıkmasından uzaklaşmakta, yorumda keyfiliğin ve temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesinin önüne geçilmektedir. Uygulama birliği ve tutarlılığı sağlanarak belirsizlik ortadan kaldırılmakta ve böylece hukuk güvenliği gerçekleştirilmektedir. İdarenin objektifliği prensibi ışığında hukuk normunu yorumlarken normun bağlamı, konu ve amacı ışığında tüm yorum yöntemleri dengeli ve birbirini tamamlayıcı bir biçimde kullanılarak en ideal, objektif, makul ve isabetli sonuç elde edilmeye çalışılmalıdır. İdari işlevin, kamu yararı, kamu düzeni ve kamu hizmetinin gereklilikleri çerçevesinde şekillendiği değerlendirildiğinde yorumun objektifliğini tayinde idarenin işlevinin belirleyici rolü de görülmektedir. İdari işlevin teknik gerekliliklerine uygun düşmeyecek şekilde siyasi iradenin görüşlerinin benimsenerek yorum olarak

<sup>101</sup> Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31. maddesine göre bir uluslararası antlaşma, bağlamı içerisinde konu ve amacı ışığında olağan anlama uygun şekilde iyi niyetle yorumlanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hilal Nur Şarbak, *Uluslararası Hukukta Yorum ve Uluslararası Hukukun Ulusal Mahkemelerde Yorumlanması*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2018), 41 vd. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin onu işlevsel ve etkili kılacak şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır. Nitekim El-Dulimi ve Montana Management İsviçre kararında iç hukukun yorumlanması ve uygulanmasında ulusal otoritelerin geniş takdir yetkisinin olduğu alanlarda dahi keyfilik yasağı yönünden değerlendirme yapmıştır.

<sup>102</sup> Uğur Mumcu, "İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27/1 (1970), 63; Aynı doğrultuda bkz. Paul Craig, "Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review", *The Cambridge Law Journal* 57/1 (1998), 63-90.

<sup>103</sup> Karabatak, *Hukukun Anlam Bakımından Uygulanması (Yorum ve Nitelendirme)*, 27.

uygulamaya yansıtılması idarenin objektifliği ilkesinden sapıldığını ortaya koymaktadır. Subjektif değer yargıları dikkate alınarak, önyargılarla veya tarafsızlık ilkesine riayet edilmeksizin yapılan idari yorum, kanunun öngörülebilirliği ve belirliliği ilkesine de zarar vermekte, öngörülebilir bir idari yorumun bulunmayışı ise temel hak ve özgürlüklerin keyfi bir biçimde ihlal edilmesi sonucunu doğurabilmektedir. O halde, hukuk normu yorumlanırken idare kamu hizmetinin teknik gerekliliklerinin yerine ikame edilen hukuk dışı faktörlerden uzaklaşarak, hukuk devletinin adalet, eşitlik, tarafsızlık, ölçülülük ve şeffaflık gibi temel ilkeleri çerçevesinde hareket etmeli ve norma objektif anlam kazandırmalıdır<sup>104</sup>. İdare, benzer durumlara ilişkin önceden gerçekleştirdiği, istikrar kazanan standart yorum ve uygulamaları göz önünde bulundurarak tutarlılık, inandırıcılık, saydamlık ve öngörülebilirlik noktasında da hassas davranmalıdır.

İdari yorumun sıhhati açısından idarenin yaklaşım tarzının önemini ortaya koyduktan sonra Danıştay kararları ışığında idari yorumda hangi temel ilkelerin göz önünde bulundurulduğunu değerlendirmek gerekmektedir. Yorumun akıl yürütme faaliyeti olduğu düşünüldüğünde evleviyet kuralı, aksi ile kanıt ve kıyas gibi mantık kurallarından istifade edilmesi gereği de hatırd tutulmalıdır<sup>105</sup>.

Hukuk kuralına anlam verirken öncelikle yorum yapılan ilgili hukuk dalının özellikleri, niteliği ve genel geçer ilkeleri dikkate alınmalıdır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında; "...Medeni hukukta yorum ceza hukukundan farklıdır. TMK 1. maddesine göre kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunun yorumunda, kanun metninin anlam ve ruhu-özü önemlidir. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna amaçsal (gai) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorum denir. Bir kanun hükmünün konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü hem de özü ile uygulanmasını öngören TMK'nin 1. maddesine uygun düşmez"<sup>106</sup> diyerek bu hususu vurgulamaktadır. Nitekim bir kanun hükmünün anlamının tespitinde şüphe bulunması halinde iş hukukunda işçi lehine yorum ilkesi<sup>107</sup>, sosyal güvenlik hukukunda sigortalı lehine yorum ilkesi ağırlık kazanmakta, kamu hukuku disiplinlerinden ceza hukukunda ise yorum yapılırken suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kıyas yasağı<sup>108</sup> ile anayasa hukukunda şüphe halinde temel hak ve özgürlüğü genişletici bir yorum çerçevesinde hareket edilmektedir.

Kamu hukuku disiplinlerinden idare hukukunda hukuk normunun anlamlandırılmasında normun tabi olduğu idare hukukunun özellikleri ve ilkeleri dikkate alınarak yorum yapılması gerekmektedir. İdare hukuku, kamu yararı ile bireyin temel hak ve özgürlüklerini birbirlerine uyumlaştırmayı, dengelemeyi amaçlamaktadır<sup>109</sup>. Kamu gücünün kendisini somut bir biçimde yoğun olarak gösterdiği idare hukuku sahasında bu gücün keyfi ve kötüye kullanımının önüne geçmek için bireyin temel hak ve özgürlüklerinin tanınması ve güvence altına alınması meselesi son derece önemlidir. Bu bağlamda temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanun hükümlerinin yorum ve uygulanmasında idarenin dar yorum yapması, kuralın kapsamını kıyas yoluyla genişletmemesi ve öngörülebilir sınırlar içerisinde kalması gerektiğini vurgulamak gerekmektedir. Zira temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanun hükmü

<sup>104</sup> Çeviren Onur Karahanoğulları, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC (2007) 7 sayılı Tavsiye Kararı", *Danıştay Dergisi* 116 (2007).

<sup>105</sup> Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 287.

<sup>106</sup> Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 286.

<sup>107</sup> Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi, (Bursa BİM), K. 2022/690 (7 Nisan 2022): "İş mevzuatı kurallarının bir çoğu ekonomik bakımdan güçlü olan işverene karşı geçimini emeği ile sağlayan zayıf durumdaki işçiyi koruma amacı ile ihdas edilmiştir. Bu tür kuralların yorumunda başvuru "işçi lehine yorum" yöntemi amaçsal yorum ile örtüşür. Başka bir anlatımla "işçi lehine yorum" "amaçsal yorumun" iş hukukunda işçiyi korumak için konulan kurallar yorumlanırken büründüğü biçimdir." Alman Hukukunda da iş hukukunun içtihatlar doğrultusunda gelişmesi istendiği için geniş yorum alanları bırakılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bernd Ruthers, *Rechtstheorie*, (Münih: C.H.Beck 2005), 448.

<sup>108</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 2: "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz."

<sup>109</sup> Atay, "İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri", 507.

istisna hükmüdür ve istisnalar dar yorumlanmalıdır<sup>110</sup>. Temel hak ve özgürlüklere sınırlandırma getiren hükümlere istisna getiren hükümler ise temel hak ve özgürlükler alanını genişletme amacına yönelik olduğu için geniş yorumlanmalıdır. Bu yaklaşım şüphe durumunda özgürlük lehine karar verilmesi ilkesi (in dubio pro libertate) ye dayanmaktadır<sup>111</sup>. Bu ilkeye göre, kanunun metni muğlak ve karanlık olduğu takdirde, ilgilinin aleyhine yorumlanmaması geniş yorumdan kaçınılması gerekmektedir<sup>112</sup>. O halde temel hak ve özgürlüklere sınırlandırma getiren hüküm kanunilik ilkesine tabi olduğundan açıkça neyi hükme bağlıyorsa yalnızca onun için değer taşır, onun dışına çıkılamaz<sup>113</sup>. Böylece bireyin hak ve özgürlüklerinin kamu gücü karşısında gerçek anlamda korunması sağlanmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuru kararında, “Türk anayasal sisteminde hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı düzenleme yapma yetkisi yasama organına aittir. Hak ve özgürlüğü kısıtlayıcı bir kanunun kapsamını genişletici yorum ve uygulamalar kanun koyucunun getirmediği bir sınırlandırmanın idari makamlarca ihdas edilmesi sonucunu doğurabilir. Bu açıdan hak ve özgürlükleri sınırlandıran kurallara ilişkin yorum ve uygulamaların kuralın kapsamını genişletici nitelikte olmaması ve öngörülebilir sınırlar içinde kalması önem taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle derece mahkemelerinin hak ve özgürlükleri sınırlayıcı kuralların kapsamının geniş yorumlanması hususunda oldukça ihtiyatlı davranması gerekir. Aksi durum keyfi uygulamaların yaygınlaşmasına ve bireylerin kamu otoritelerine karşı güvencesiz bir konuma düşmesine yol açar” diyerek bu hususu vurgulamaktadır<sup>114</sup>. İdari yaptırımlar söz konusu olduğunda da idarenin kanun hükmünü uygularken şüpheyeye düşülmesi halinde özgürlük lehine yorum yapması gerekmektedir. İdari yaptırım uygulaması istisnai nitelik taşıdığından dar yorumlanması gerekmektedir<sup>115</sup>. Ölçülülük ilkesinin de temel hak ve özgürlükler lehine koruma sağlayan evrensel bir hukuk ilkesi olduğu hatırdta tutulmalıdır.

Yine idarenin düzenleyici işlemler yoluyla gerçekleştirdiği yorumda düzenleyici işlemin normlar hiyerarşisine göre üst sırada yer alan normlara aykırı hükümler içermeyecek olması üzerinde hassasiyetle durulmalıdır<sup>116</sup>. Düzenleme yetkisi kapsamında idare, kanunilik ilkesine tabi olarak kanunun belirlediği çerçevede ve sınırlar içerisinde hareket etmek zorundadır. Özellikle kanunun kapsamı itibarıyla sınırlı sayıdaki olay ve olguları ilgilendirmesi tespiti yapılmışsa, diğer bir ifadeyle sınırlı sayı prensibi kabul edilmişse, idarenin kanun koyucunun bilinçli tercihi ve amacının dışına çıkarak kanunun kapsamını genişletmesi mümkün değildir. Nitekim bir sağlık teknisyeninin fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmaması sonucunu doğuran yönetmeliğin iptali için açtığı davada Danıştay, “yasa normuyla tanınabilecek bir hak olan fiili hizmet süresi zammının yönetmelik kuralı ile ihdas edilemeyecek ve genişletilemeyecek olması karşısında, dayandığı 5510 sayılı Kanunun 40. maddesine uygun olarak düzenlendiği anlaşılan yönetmelik kuralında ve buna dayalı olarak davacının fiili hizmet süresi zammından yararlandırılması yolundaki başvurusunun reddine ilişkin bireysel

<sup>110</sup> Aynur Yongalık, “İstisnalar Dar Yorumlanır” Kuralı ve Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60/1 (2011), 10.

<sup>111</sup> Yongalık, “İstisnalar Dar Yorumlanır” Kuralı ve Değerlendirilmesi”, 10.

<sup>112</sup> Öztekin Tosun, “Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 28/1 (1962), 26.

<sup>113</sup> Bülent Nuri Esen, *Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması (Bir inceleme Özeti)*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1972), 73.

<sup>114</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), M.B. Başvurusu, B. No. 2018/37392, (23 Temmuz 2020) (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>115</sup> Danıştay 13. Dairesi (Danıştay), K. 2016/4367 (23 Aralık 2016): “Kanunilik ilkesi gereği, idari tedbirlere ilişkin genişletici yorum yapılmayacağı ve dar yorumlanması gerektiğinden, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına yönelik dava konusu işlemde hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.” (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>116</sup> Danıştay 11. Dairesi (Danıştay), K. 2014/4312 (13 Haziran 2014): “Normlar hiyerarşisi, her türlü normun hiyerarşik olarak bir sıra dahilinde sıralanması ve birbirine bağlı olması anlamına gelmektedir. Bunun doğal sonucu olarak, hiyerarşik sıralamada daha altta yer alan bir norm, kendisinden üstte bulunan norma aykırı hükümler içeremez. Bir başka deyişle, alt norm niteliğindeki düzenleyici işlemler, bir hakkın kullanımını üst normda öngörülmeleyen bir şekilde daraltamaz veya kısıtlayamazlar. Bazı durumlarda üst norm niteliğindeki düzenleyici işlemlerde bir olayın veya konunun genel çerçevesi çizilerek bu konunun ayrıntısının alt normlarla düzenlenmesi öngörülebilir. Bu gibi hallerde, üst normda belirtilen hususların düzenlenmesi hakkında düzenleme yapmaya yetkili idarenin takdir yetkisini üst normda çizilen sınırlar aşarak kullanıp kullanmadığının hukuki denetiminin yapılacağı tabiidir.” (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

işlemede hukuka aykırılık bulunmamıştır” diyerek kanunda sınırlı sayıda belirtilen iş kolları arasında sağlık hizmeti çalışanlarının bulunmadığı, dolayısıyla kapsam dışında kaldıkları sonucuna ulaşmaktadır. İdarenin kanun hükmünü geniş yorumlamak suretiyle idari yaptırım öngörmesi, kanunla öngörülen somut bir yasağı ağırlaştırması ya da geçmişe yürütme yoluyla hukuk güvenliği ilkesini zedeleyecek sonuçlara ulaşması da mümkün değildir<sup>117</sup>. Yine normlar hiyerarşisi çerçevesinde uluslararası hukuk normlarının iç hukukta referans alınması ve yargı kararlarında kullanılarak uygulamaya aktarılması bahse konu olduğundan idarenin uluslararası hukuk normlarına tezat oluşturacak yorum ve uygulama gerçekleştirmesi mümkün değildir. Özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin idari yargı mercilerince hukukun anlamlandırılması ve yorumlanmasında hassasiyetle göz önünde bulundurulması söz konusu olduğundan, idarenin de bu sözleşme hükümleriyle uyumlu düşecek şekilde hukuk kuralını anlamlandırması gerekmektedir.

İdari yorum gerçekleştirilirken hukukun genel ilkeleri ve anayasal ilkeler çerçevesinde bir yaklaşım tarzı sergilenmesine de dikkat edilmesi gerekmektedir. Hukukun genel ilkeleri hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu ülkelerde benimsenmiş; soyut, genel, sürekli, evrensel nitelikte olan ve toplumun bir arada yaşama isteğinin ürünü olan, ortak adalet duygusunu tatmin etmeye yönelik olarak hakim tarafından keşfedilen ilkelere<sup>118</sup>. Toplumda adaletin tesis edilmesi için neredeyse her toplumda aynı düşüncelerden yola çıkılarak kabul edilebilmektedir. Kanunların ruhunun gizli kalan özlemleri olarak da nitelendirilmektedir<sup>119</sup>. İdare hukukunda kazanılmış haklara saygı ilkesi, haklı beklentinin korunması ilkesi, ölçülülük ilkesi, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi, savunma hakkı, idari istikrar ilkesi, idarenin kanuniliği ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi, yetki ve şekilde paralellik ilkesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesi gibi pek çok hukukun genel ilkesi bulunmakta ve hukuk kuralının yorumlanmasında destekleyici ve tamamlayıcı bir araç rolü üstlenmektedir. Hukukun genel ilkelerinin yargılamada hakim tarafından uygulanması sonucunda, bu ilkeler idare açısından da bağlayıcı bir hukuki değer taşımaktadır. Hukukun genel ilkeleri kanun koyucunun esin kaynağı olmakta ve kanunun yapım sürecinde takdir yetkisini sınırlamakla birlikte kanunun idarece yorumlanması faaliyetinde de dikkate alınmak zorundadır. O halde idarenin, hukukun genel ilkelerinin yön göstericiliğinden hareket etmeyerek bunlara aykırı düşecek şekilde hukuk normunun içeriğini biçimlendirmesi ve somut olaya uygulaması kabul edilemez.

## Sonuç

Kanunları uygulamakla yükümlü idarenin kanunu anlamlandırırken hukuk devletinin idaresi olduğunu unutmaması gerekmektedir. Bu bağlamda idarenin kanuniliği ilkesine dayanarak kanunun veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin uygulanmasını sağlamak için çıkardığı düzenlemelerde veya somut uygulamalarında hukuk devleti ilkesini referans alarak, hakkı, adaleti, hakkaniyeti ve kanun önünde eşitlik ilkesini sağlayacak şekilde faaliyetlerini gerçekleştirmesi gerekmektedir. İdare, idari yargı kararlarının öncülüğünde ve yön göstericiliğinde kişiden kişiye değişmeyen objektif nitelikte standart yorum ve uygulamalar gerçekleştirerek hukuki güvenlik, istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik gibi hukuk devleti ilkesinin gerekliliklerini eksiksiz gerçekleştirmelidir. Zira standart bir yorum ve uygulama yerine her idarenin aynı kanun hükmünü farklı yorumlaması ve uygulaması sonucu oluşan kargaşa, dağınıklık ve belirsizlik vatandaşlarda idarenin keyfiliği, subjektifliği ve öngörülemezliği endişelerini doğurmaktadır. İdare karşısında hukuki anlamda güvencesiz hissetmelerine yol açmaktadır. Bu haklı endişenin giderilmesi için başta lafzi yorum olmak üzere amaçsal yorum, sistematik yorum ve tarihsel yorum yöntemlerinin başucu kaynağı olarak dengeli, uyumlu ve birbirlerini tamamlayıcı bir biçimde

<sup>117</sup> Gişi, “İdare Hukukunda Yorum ve İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde ve Yorumlanmasında Hukuk Devleti İlkesinin Yeri ve Önemi”, 228.

<sup>118</sup> Bereket, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, 6.

<sup>119</sup> İbrahim Ö Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı Dergisi* 8 (1991), 292.

kullanılarak modern hukukun gereklilikleriyle bağdaşan ve örtüşen standart yorum ve uygulamaların hayata aktarılması gerekmektedir.

Bu noktada Danıştay'ın içtihat niteliğindeki yargısal yorumunun idare için bağlayıcı hukuki değer taşıdığı, idarenin yorum hatasına düşmemek için yargı kararının hüküm fıkrasını gerekçesiyle birlikte değerlendirip uygulaması gerektiği ifade edilmelidir. Bu noktada ilk olarak Danıştay ve Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında ifade edilen hukukun genel ilkeleri ve anayasal ilkeler çerçevesinde değerler sistemini gözeterek yorum yapılması hususuna hassasiyetle dikkat edilmelidir. Kanun önünde eşitlik ilkesi, ölçülülük ilkesi, ayrımcılık yasağı, adalet ve hakkaniyet, masumiyet karinesi, kazanılmış haklara saygı, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gibi modern hukuk devletlerinde benimsenen tüm ilke ve değerlerin normun anlamlandırılması ve uygulanması sürecinde gözetilmesi ve idari işlemin böylece gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Modern hukuk devletlerinin kabul ettiği uluslararası hukuk normlarında veya sözleşme hükümlerinde de yer alan bu ilke ve değerlere tezat oluşturacak ya da bağdaşmayacak bir yorum faaliyeti hukuk devletinde düşünülemez.

Yine Danıştay ve Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarının kılavuzluğundan yola çıkılarak, kamu gücü karşısında temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı veya bu hak ve özgürlükler açısından yasaklayıcı nitelikteki kanun hükümlerinin idarece yorumunda ve uygulanmasında dar yorum yapılması ve öngörülebilir sınırlar içerisinde kalınması gerektiği ifade edilmelidir. Zira modern hukuk devletinde istisnai nitelik taşıyan hukuki düzenlemelerin geniş yorumlanması suretiyle hak ve özgürlüklerin etkisizleştirilmesi kabul edilemez. Bununla birlikte bireylere hak ve özgürlük tanıyan kanun hükümlerinin uygulanmasında tereddüde düşülürse geniş yorum yapılması gerekmektedir. Kamusal üstünlük ve ayrıcalıklar istisnai nitelikte olduğundan idareyi yetkilendiren hukuk kuralının yorumunda da dar yorum yapılması gerekmektedir.

İdare hukukunda amaçsal yorum, hukuk kuralının uygulanmasında lafzi yorum yöntemiyle adalet ve hakkaniyete veya kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı sonuçların ortaya çıkma ihtimali bulunan hallerde kuralın sözünden hareketle özüne ulaşmak ve hukukun özünü ihtiva eden adalet idesine varmak için kullanılmaktadır. Kuralın lafzından yola çıkarak ulaşmak istediği amaç doğrultusunda yorum yapılarak adil ve isabetli bulunmayan olumsuz sonuçlar uygulamada düzeltilmektedir. Bununla birlikte amaçsal yorumda idarenin sınırı aşarak yorum adı altında kural koyması veya yorum yoluyla kuralı başkalaştırması kuvvetler ayrılığı ilkesine ve esasında devletin egemenlik yetkisine aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Modern hukuk devletinin anayasasında öngörülen hukuksal düzenin sınırları içerisinde yorum faaliyeti gerçekleştirilmek zorundadır. İdari yargı için amaçsal yorum açısından sözü edilen bu kritik çizgi, idarenin kanuniliği ilkesi gereği idare için evleviyetle dikkate alınmak zorundadır.

İdare hukukunda tarihsel yorum ve sistematik yorum yöntemleri de kullanılmaktadır. Özellikle sistematik yorumun özel bir biçimi olan anayasaya uygun yorum yöntemi hem idari yargı mercilerini hem de idareyi bağlamaktadır. Bu bağlamda idarenin anayasadaki ilkelere aykırı düşecek bir yorumdan uzak durması, aksine anayasal ilkelerle uyumlu yorum gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Tarihsel yorum yönteminin ve hatta amaçsal yorum yönteminin uygulanması noktasında ise Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun yapma tekniğindeki usul ve esaslara benzer hazırlanmaması izlenimi ile genel gerekçesi ve madde gerekçelerinin bulunmaması nedeniyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin uygulanmasında yorum farklılıklarına neden olacağı endişesi taşınmaktadır.

## Kaynakça

- Akel, Neslihan Yeliz. "Vergi Hukukunda Yorum". *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 62. Seri* (2017), 79-148.
- Akıntürk, Turgut. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Beta, 7. Baskı, 1999.
- Aktaş, Sururi. "Hukukta Yorum Çabaları". *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XV/3-4* (2011), 1-33.
- Aliefendioğlu, Yılmaz. "Anayasal Yargıda Yorum". *Amme İdaresi Dergisi 28/3* (1995), 3-26.
- Aral, Vecdi. *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*. İstanbul: On İki Levha, 7. Baskı, 2010.
- Atay, Ender Ethem. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Gazi, 9. Baskı, 2021.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan, 7. Baskı, 2021.
- Atay, Ethem Ender. "İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XI/1-2* (2017), 502-527.
- Atay, Abdullah. *Bireysel Başvuru Kararlarının İdari Yargıda Usul Kurallarının Yorumuna Etkisi*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Azrak, Ülkü Ali. "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu". *Anayasa Yargısı Dergisi 9/1* (1992), 323-340.
- Bandır, Oğuz. "Kabahatler Hukukunda Yorum ve Kıyas", *Kabahatler Hukuku Yazıları -II*, ed. Zeynel T. Kangal. İstanbul: On İki Levha, 2018.
- Bereket, Zuhale. *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*. Ankara: Yetkin, 1996.
- Bilgen, Pertev. *İdare Hukuku Dersleri İdare Hukukuna Giriş*. İstanbul: Filiz, 1999.
- Çağıl, Orhan Münir. *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş Hukuk Başlangıcı Dersleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1969.
- Çağlar, Selda. *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik Üzerinden Değerlendirilmesi*. İstanbul: Beta, 2013.
- Çağlar, Bakır. "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları". *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 5/1-3* (1984), 3-34.
- Capitant, Henri. "Kanunun Manasının Tayininde İhbari Çalışmaların Değeri", Çeviren Hakkı Demirel. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13/1* (1956), 53-68.
- Craig, Paul. "Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review". *The Cambridge Law Journal 57/1* (1998), 63-90.
- Çıtak, Alperen Halim. *İdare Hukukunun İctihadi Karakteri*. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Demir, Abdullah. *Hukuk Metodolojisi*. Ankara: Astana, 2016.
- Demirkol, Selami. "İdari Yargılamada Hakim Duyarlılığı-Hakkaniyet Odaklı Yargılama Anlayışının Kurumsallaşma Önerisi". *İdare Hukuku ve İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu 24-26 Mayıs 2021, ISALAJ-2021 Bildiriler Kitabı*. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2021, 415-449.
- Edis, Seyfullah. *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4. Baskı, 1989.



- Endicott, Timothy. "Otantik Yorum", Çeviren İsmail Köküsarı, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/2 (2021), 211-236.
- Erişkin, Özlem. "Yasal Düzenlemenin Yorumu", *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*. 1 (2010), 124-149.
- Erkut, Celal. *Hukuka Uygunluk Bloku İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi*. Ankara: Danıştay, Tıpkı Basım, 2016.
- Erkut, Celal. "Danıştay'ın "1402'likler" Kararı: Türk Kamu Hukukunun Yüzakı". *Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan* (1992), 71-87.
- Esen, Nuri Bülent. *Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması Bir inceleme Özeti*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1972.
- Eyrenci, Öner. "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış". *Amme İdaresi Dergisi* 14/1 (1981), 45-57.
- Gaudemet, J. "Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukuki Muamelelerin Yorumu", Çeviren Bülent Tahiroğlu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 36/1-4 (1970), 495-508.
- Gişi, Burcu Merve. "İdare Hukukunda Yorum ve İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde ve Yorumlanmasında Hukuk Devleti İlkesinin Yeri ve Önemi". *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 9/2 (2016), 215-231.
- Gözler, Kemal. "Yorum İlkeleri". *Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı*. (2012), 15-119.
- Gürsoy, Mustafa. "Kanunlarımızda Dil ve Anlatım Özensizlikleri -I-: "Ve" Bağlacının Kullanımı". *Terazi Hukuk Dergisi* 78 (2013), 99-104.
- Heper, Altan. "Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler". *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*. 1 (2010), 100-108.
- Hirş, Ernest. "Pratik Hukukta İlmi İspat ve Tefsir". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/2 (1944), 192-199.
- Hirş, Ernest. *Pratik Hukukta Metod*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978.
- Işıқтаç, Yasemin.- Metin, Sevtap. *Hukuk Metodolojisi*. İstanbul: Filiz, 8. Baskı, 2021.
- Kaboğlu, Ö. İbrahim. "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı". *Anayasa Yargısı Dergisi* 8 (1991), 290-322.
- Kara, Elmas Lütfiye. *Vergi İdaresi ile Vergi Yargısı Arasındaki Yorum Farklılıkları*. Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Kaya, Asım. "Amaçsal Yorum". *Ankara Barosu Dergisi* 4 (2014), 365-383.
- Karabatak, Rüstem. "Türk Hukukunda Kanunların Anayasaya Uygun Yorumu". *Danıştay Dergisi* 94 (1998), 28-48.
- Karabatak, Rüstem. *Hukukun Anlam Bakımından Uygulanması (Yorum ve Nitelendirme)*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1996.
- Metin, Sevtap. *Hukuk Normunun Yorumu*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2002.

- Mumcu, Uğur. "İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27/1 (1970), 37-66.
- Narmanlıoğlu, Ünal. "Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması". *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*. (2001), 93-118.
- Nastelski, Karl. "Unbestimmte Rechtsbegriffe, Generalklauseln und Revision". *GRUR* (1968), 455-558.
- Oder, Emrah Bertil. *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*. İstanbul: Beta, 2010.
- Olgaç, Senai. "Adaletin Gerçekleştirilmesinde Hakimlerin Ödevleri ve Kanunların Yorumlanması ve İçtihatların Belli Edilmesinde Yargıtay'ın Görevleri". *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı* (1968), 101-113.
- Öktem, Niyazi. "Hukukta Sosyolojik ve Teleolojik Yorum". *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı* 2 (2006), 546-560.
- Özbilgen, Tarık. *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*. İstanbul: Sulhi Garan, 1976.
- Özyörük, Mukbil. *İdare Hukuku Ders Notları*. Ankara: Ankara Üniversitesi, 1973.
- Ruthers, Bernd. *Rechtstheorie*. Münih: C.H.Beck, 2005.
- Serozan, Rona. *Hukukta Yöntem-Mantık*. İstanbul: Vedat, 2017.
- Sözer, Naim Ali. *Hukukta Yöntembilim*. İzmir: Beta, 7. Baskı, 2020.
- Şarbak, Nur Hilal. *Uluslararası Hukukta Yorum ve Uluslararası Hukukun Ulusal Mahkemelerde Yorumlanması*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Tosun, Öztekin. "Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 28/1 (1962), 20-59.
- Tutumlu, Akif Mehmet. "Yasanın Yorumunda Gerekenin Rolü". *Terazi Hukuk Dergisi* 13 (2018), 124-134.
- Uzun, Ertuğrul. "Yorumu Hukuktan Kurtarmak". *Ankara Barosu Dergisi* (2016), 229-263.
- Yavuz, Vehbi Yunus. "Maksadi Yorum". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 8 (2006), 41-78.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 7. Baskı, 2017.
- Yongalık, Aynur. "'İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60/1 (2011), 1-15.
- Yüksel, Mehmet. *Modernite Postmodernite ve Hukuk*. Ankara: Siyasal, 2004.
- Zippelius, Reinhold. *Juristische Methodenlehre*. München: C.H. Beck, 6. Auflage, 1994.

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Makalenin son hali okunup onaylanmıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Potansiyel çıkar çatışması bulunmamaktadır.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Yükümlülük Kavramının Anavatanı: H.L.A. Hart'ın Hukuk Teorisinde Bir Cevap Arayışı

### *The Homeland of the Concept of Obligation: The Search for an Answer in H.L.A. Hart's Legal Theory*

Fatih Güneş 

Arş. Gör. Dr., Recep Tayyip Erdoğan  
Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Rize,  
Türkiye  
[fatih.gunes@erdogan.edu.tr](mailto:fatih.gunes@erdogan.edu.tr)



Geliş Tarihi/Received: 06.06.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 25.09.2024  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:  
29.10.2024

**Öz:** Yükümlülük, normatif olana dair inceleme yapan herkesin ilgisini çeken bir kavramdır. Kavram üzerine birbiri ile çekişen pek çok iddia dile getirilmiştir. Bu konuda araştırma yapmak isteyen bir araştırmacı oldukça kabarık ve karmaşık bir külliyat ile karşı karşıya kalacaktır. Yükümlülük üzerine tartışma konularından birisi de hangi sahaya ait bir kavram olduğu üzerinedir. Hart bu probleme ilişkin üç görüş olduğunu belirtir. Birinci görüş yükümlülük kavramının kullanıldığı her bir sahada farklı bir anlama geldiğini savunur. Bu görüş değişkenlik görüşü olarak adlandırılabilir. İkinci görüş genel bir yükümlülük kavramının bulunduğu ve bu genel türün hukuki, ahlaki, toplumsal, siyasi ve benzeri türleri olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre her bir alt tür genel yükümlülüğün özelliklerini taşımakla birlikte sahip oldukları kendilerine özgü özellikleri yönünden diğer türlerden farklılaşmaktadır. Üçüncü görüş ise yükümlülük kavramının aslında ahlaki nitelikte bir kavram olduğunu diğer sahalarda bu kavram kullanıldığında buna ahlaki bir anlamın dâhil olduğunu savunmaktadır. Bu bağlamda örneğin hukuki yükümlülükler ahlaki yükümlülüklerdir. Hart bu görüşlerden sonuncusunu açıkça reddetmektedir. Ona göre hukuki yükümlülükler ve diğer yükümlülükler ahlaki yükümlülüğün bir türü değildir. Hart Dworkin ve Raz özelinde bu görüşe ilişkin detaylı eleştirilerde bulunmuştur. Hart'ın değişkenlik görüşü ve genellik görüşü arasında hangisini seçtiği ise tartışmalı görünmektedir. Esasında Hart açıkça değişkenlik görüşü taraftarı olduğunu beyan ediyor gibi görünmektedir. Buna mukabil bilhassa "yükümlülük idesi" kavramına atıf yapması ve hukuki ve ahlaki yükümlülüklerin benzer ve farklı yönlerine ilişkin değerlendirmeleri pekâlâ onun genellik görüşü lehine argümanları olarak yorumlanabilmektedir. Kısaca bu şekilde özetlenebilecek bu tartışmalı durum bu çalışmada incelemekte ve Hart'ın nasıl bir tutum benimsediği ortaya konmaya çalışılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuki ve Ahlaki Yükümlülük, H.L.A. Hart, Hukuki Pozitivizm, Kavramsal Analiz, Dilbilimsel Analiz

**Abstract:** The concept of obligation is one that has attracted the attention of many analysts of normative fields. There have been a number of competing claims made on the concept, and those undertaking research in this area will find themselves confronted with a very large and complex corpus. One of the topics of discussion on obligation is its field of belonging. Hart states that there are three views on this problem. The first view is that the concept of obligation has a different meaning in each field where it is used. This view could be described as the variability view. The second view suggests that there is a general concept of obligation, which has legal, moral, social, political and similar types. According to this view, although each sub-type has the characteristics of the general obligation, they differ from other types in terms of their specific characteristics. The third view suggests that the concept of obligation is, in fact, a moral concept. When this concept is used in other fields, a moral meaning is included in it. In this context, for example, legal obligations are moral obligations. Hart respectfully disagrees with the last of these views. According to him, legal obligations and other obligations are not a type of moral obligation. Hart has made detailed criticisms of this view in the case of Dworkin and Raz. It seems that Hart's choice between the variability view and the generality view is open to interpretation. While Hart appears to favour the variability view, his references to the concept of 'the idea of obligation' and his evaluations on the similarities and differences between legal and moral obligations may be seen as arguments in favour of the generality view. This complex situation, which can be briefly summarised as follows, is examined in this study with the aim of revealing what kind of position Hart adopts.

**Keywords:** Legal and Moral Obligation, H.L.A. Hart, Legal Positivism, Conceptual Analysis, Linguistic Analysis

## Extended Abstract

The objective of this study is to determine the field in which the concept of obligation belongs. To this end, H.L.A. Hart's legal theory is employed. Obligation is a concept of significant importance, particularly in fields such as law, morality, and politics. It is often defined in conjunction with the concept of duty, which is understood to require a person to act in a certain way or to refrain from performing a certain action. In the most general terms, obligations can be defined as statements of necessity.

A substantial corpus of literature exists on the topic of obligation, written by scholars engaged in the fields of law, ethics, and political philosophy. It can be argued that this body of work represents a significant contribution to the ongoing debate on the nature of obligation in the modern era. These perspectives have been in conflict with one another on a multitude of issues pertaining to obligation. One of the principal areas of contention is the field to which the concept of obligation is actually belonged. In the section titled "Legal Duty and Obligation" of his book "Essays on Bentham," Hart analyses the key issues surrounding Bentham and states that there are three distinct views on this matter. The initial section of this article is designed to provide an overview of the three distinct perspectives on this topic.

The first view, which is introduced in the first subheading of the first chapter and whose proponents include famous legal theorists such as Holmes and Kelsen, argues that the concept of obligation has a different meaning in each field in which it is used. For example, the concept may have first appeared in one field, such as the field of morality, but it has a different meaning when used in another field. This view, which argues that the concept of obligation has a different meaning according to the context in which it is used, is called the variability view in this article. The second subheading of the first section is devoted to the examination of the view that the concept of obligation has the same meaning in every context in which it is used. In this respect, a general concept of obligation and its types of legal, moral and political obligations can be mentioned. The leading representatives of this view, which can be called the generality view, include the legal positivists of the classical period such as Bentham and Mill and the legal positivists of the modern period such as Berteau and Himma. The third subheading of the first chapter is devoted to the view of morality. The morality view agrees with the generality view that the concept of obligation has the same meaning in every field where it is used. Conversely, he posited that the genesis of the concept of obligation can be found in the field of morality. Consequently, when it is employed in other fields, a moral dimension is imparted to these fields as well. This perspective is widely embraced in contemporary legal philosophy, with Dworkin and Raz representing two of the most prominent proponents. In fact, Hart also analyses and criticises the view of morality through the views of these two jurists. In fact, in the section on Bentham's views on legal duty and obligation, Hart dedicates a significant portion of the text to critiquing the two jurists' views on morality regarding the origin of obligation. It should be noted that this does not imply that Dworkin and Raz espouse the same view of morality. Dworkin posits that law is comprised of rules and moral principles, with moral principles influencing the determination of legal obligations. Raz, on the other hand, in his legal theory, which is shaped by the concepts of reasons for action and authority, states that rules that impose obligations must also provide the subject with a protected reason for action. Raz considers real and moral obligation to be equivalent and asserts that the obligations created by the law, which claims legitimate authority, are necessarily moral obligations.

The second part of the article is devoted to Hart's views on the homeland of the concept of obligation. In the first sub-heading of the second part, a view that Hart later abandoned and did not present among the views on the subject is briefly mentioned. Initially, Hart thought that the field where the concept of obligation was originally located was law, and when this concept was used in other fields, he argued that the characteristics of legal obligation were transferred to these fields. However, an analysis of Hart's

later works reveals that he rejected this view. The second subheading of the second chapter is devoted to Hart's criticisms of the view of morality. Hart criticised Dworkin's approach for failing to explain how the obligations created by bad legal systems are moral obligations, and Raz's view for adopting a cognitive explanation based on reasons for action, which, according to him, is not accurate. In this framework, Hart explicitly rejects the view of morality. However, the same clarity is not found in his preference between the indeterminacy and generality views. Although Hart puts forward some arguments in favour of the indeterminacy view, his analysis of the 'idea of obligation' in his main work, *The Concept of Law*, and his evaluations on the similarities and differences between legal and moral obligations contain views that can be interpreted in favour of the generality view. In this context, this article attempts to demonstrate that Hart is undecided between these two views.

## Giriş

Yükümlülük kavramı hem ahlak felsefesi hem de hukuk felsefesi alanlarında çalışan akademisyenlerin incelemelerinde dikkate aldıkları ve görüşlerini temellendirirken geniş parantezler açmak durumunda kaldıkları bir kavramdır. En genel anlamıyla yükümlülük, belirli bir davranışın yapılmasını ya da belirli bir davranışın yapılmasından kaçınılmasının gerekli olduğunu belirten ifadeler olarak tanımlanabilir. Özellikle hukukçular arasında hukuki pozitivizmin hukuka yönelik kavramsal, mantıksal, dilbilimsel analizlerinin yaygınlaşması ile birlikte yükümlülük kavramı üzerine literatür de oldukça genişlemiştir. Bununla birlikte bu gelişme kavramın kapsamı, mahiyeti ve benzeri pek çok hususa ilişkin olarak görüş ayrılıklarının ortaya çıkmasına da yol açmıştır. Bu görüş ayrılıklarından bir tanesi de kavramın hangi alana ait olduğuna ilişkindir. Daha ziyade analitik hukuk felsefesi tartışmaları çerçevesinde cereyan etmiş görüşler ele alındığı üç farklı açıklama ile karşı karşıya kalınmaktadır. Bir görüş yükümlülük kavramının farklı bağlamlarda farklı anlamlara sahip olduğunu ileri sürer. Bu görüşte olanlara göre yükümlülük hukuk sahasında başka, ahlak sahasında başkaca bir anlama sahiptir. İkinci görüş genel anlamda bir yükümlülük kavramının bulunduğunu ahlaki, hukuki, dini, siyasi, toplumsal gibi nitelermelerin bu üst başlığın birer türü olduğunu iddia etmektedir. Bu görüşe göre genel anlamda yükümlülüğün karakteristik özellikleri alt türlerin tamamı tarafından paylaşılır. Alt türler ise kendi arasında taşımış oldukları kendilerine özgü nitelikleri itibarıyla ayırt edilebilmektedir. Üçüncü bir görüş ise yükümlülük kavramının ahlaki bir anlama sahip olduğunu, ahlaka özgü bir kavram olduğunu hukuk da dâhil diğer alanlardaki kullanımının ise bu anlamda ahlaki bir anlam taşıdığını ileri sürmektedir.

Hukuk bilimi sahasında çalışmalarıyla tanınan ve özellikle hukuki pozitivizmin modern dönemdeki en önde gelen temsilcilerinden biri olarak kabul edilen *H.L.A. Hart* da konu üzerine görüş belirtenlerdendir. Yükümlülük kavramını ödev kavramı ile birlikte hukuk bilimsel çalışmalarında her daim önemseyen *Hart*'ın bu husustaki ilk çalışmasının 1958 tarihli *Legal and Moral Obligation*<sup>1</sup> (Hukuki ve Ahlaki Yükümlülük) adlı makalesi olduğu söylenebilir. *Hart* burada yükümlülük kavramının asıl mukim bulunduğu sahanın hukuk alanı olduğunu açıkça ifade etmiştir. Ne var ki bu iddiasından çok çabuk vazgeçecektir. 1961 yılında yayınladığı temel eseri *The Concept of Law*<sup>2</sup>'da (Hukuk Kavramı) genel anlamda bir "yükümlülük idesi"nden yola çıkıp hukuki ve ahlaki yükümlülüğü ise bu kavram ile aile benzerliği olan kavramlar olarak takdim etmiştir. Ona göre hukuki ve ahlaki yükümlük genel anlamda yükümlülük kavramının türleri değilse de onunla yakından ilişkili kavramlardır. Bu çalışmada *Hart*'ın yükümlülük kavramı, hukuki yükümlülük ve ahlaki yükümlülük kavramları arasında bulunduğunu iddia ettiği ilişkiler ortaya koymak amaçlanmaktadır. *Hart*'ın kendi iddialarının doğruluğunu ortaya koymaya çalışırken rakip iddiaların argümanları hakkında dile getirdiği itirazlarına da yer verilmesi gerekeceğinden özellikle *Hart*'ın 1982 tarihli *Essays on Bentham* adlı çalışmasının *Legal Duty and*

<sup>1</sup> H. L. A. Hart, "Legal and Moral Obligation", *Essays in Moral Philosophy*, ed. A. I. Melden (Seattle, ABD: University of Washington Press, 1958), 82-107.

<sup>2</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2012).

*Obligation*<sup>3</sup> (Hukuki Ödev ve Yükümlülük) bölümünde açıkça yanıt verdiği *Raz* ve *Dworkin* gibi yükümlülüğün ahlak sahasına ait olduğunu ileri süren düşünürlerin görüşlerinin de ele alınması gereklidir.

Bu çerçevede *Hart*'ın hukuki yükümlülük teorisi özellikle hukuki ve ahlaki yükümlülük arasındaki ilişkiye dair görüşleri bağlamında ele alınmalı ve yükümlülük kavramının anavatanın neresi olduğuna dair *Hart*'ın görüşünün ne olduğu -karşı çıktığı görüşler de dikkate alınarak- soruşturulmalıdır. Peşinen bu çalışmanın amacının *Hart*'ın yükümlülük kavramının anavatanı sorununa ilişkin görüşünü ortaya koymakla sınırlı olduğu da belirtilmelidir. Hangi görüşün yükümlülük kavramını daha iyi ortaya koyduğu bu çalışmanın değerlendirme kapsamı dışında tutulmuştur. Böylesi bir amaç belki müstakil bir çalışmanın konusu olabilir ancak elinizdeki bu çalışmada daha mütevazı bir hedef benimsenmiştir. İlk bölümde yükümlülük kavramının anavatanının neresi olduğuna dair *Hart*'ın belirlemiş olduğu ve bizim değişkenlik, genellik ve ahlakilik görüşleri olarak adlandırdığımız görüşleri ana hatları ile ortaya konmaktadır. *Hart*'ın ahlakilik görüşüne yönelik eleştirilerine ayırdığı yer dikkate alınarak bu görüşler (*Dworkin* ve *Raz* özelinde) diğer iki görüşe göre daha kapsamlı olarak incelenmiştir. İkinci bölümde ise *Hart*'ın bu görüşlerden hangisinin taraftarı olarak kabul edilebileceği sorgulanmış ve *Hart*'ın ahlakilik görüşünü açıkça reddetmekle birlikte genellik ve değişkenlik görüşü arasında kararsız bir pozisyonda bulunduğu savunulmuştur.

## I. Yükümlülük Kavramının Anavatanı Problemi

Yükümlülük kavramının hangi sahaya ait olduğu ya da genel bir anlamının olup olmadığı hususunda bir görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüş yükümlülük kavramının genel ve tek bir anlamının bulunmadığını kullandığı bağlama göre farklı anlamları işaret ettiğini ileri sürmektedirler. Bu anlamda ahlaki bir yükümlülükten bahsedildiğinde farklı hukuki bir yükümlülükten bahsedildiğinde farklı bir anlama işaret edilmektedir. İkinci bir görüş genel anlamda bir yükümlülük kavramının bulunduğunu kavramın kullandığı bağlamlarda farklı türlerinin ortaya çıktığını belirtmektedir. Bu görüşe göre hukuki ve ahlaki yükümlülükler genel anlamda yükümlülük kavramının birer alt başlığıdır. Çağdaş hukuk felsefesinde özellikle *Dworkin* ve *Raz*'ın etkisiyle en baskın görüş olan üçüncü görüş ise yükümlülük kavramının ait olduğu sahanın, anavatanının, ahlak olduğunu ileri sürmektedirler. Kavram ahlak dışında başkaca bir sahada kullanıldığında buna ahlaki bir nitelik de katılmış olmaktadır<sup>4</sup>. Bu anlamda hukuki yükümlülükler de birer ahlaki yükümlülük olarak görülmelidir. Bu bölümün alt başlıklarında sırasıyla bu görüşler daha detaylı bir biçimde analiz edilecektir.

### A. Değişkenlik görüşü

Bu görüşe göre yükümlülük ifadeleri, kullandığı bağlama göre farklı anlamlara karşılık gelmektedir. Yükümlülük ya da ödev kelimesi hukuk sahasında kullanıldığında ahlak sahasında kullanıldığından farklı bir anlama sahiptir. Bu görüşün savunucuları arasında farklı hukuk ekollerinden isimler bulunmaktadır. *Hart*'ın da söz konusu görüş için atıfta bulunduğu<sup>5</sup> *Oliver Wendel Holmes* ve *Hans Kelsen*'in görüşlerini ortaya koyarak başlayalım.

Bir realist olan *Holmes* içlerinde ödevin de bulunduğu hukuki kavramların pek çoğunun ahlaki anlamda kullanılmasının hata yapılmasına yol açtığını düşünmektedir. Bu kavramlar hukuki anlamları ile ele alınmalıdır.<sup>6</sup> *Holmes* ödev kavramının çoğunlukla ahlaki ölçütlerle doldurulduğunu bununla birlikte aslında kavramın anlamının belirsiz olduğunu düşünmektedir. Bunun nedeni ödevde kural koyucu ve

<sup>3</sup> H. L. A. Hart, "Legal Duty and Obligation", *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, ed. H. L. A. Hart (Oxford: Oxford University Press, 1982), 127-161.

<sup>4</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 127-128.

<sup>5</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 127.

<sup>6</sup> Oliver Wendel Holmes, "Hukukun İstikameti", çev. Berk Özçelik, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/1 (26 Mayıs 2022), 563.

kuralın muhatabı bakış açılarından bakıldığında farklı anlamlar yüklenmesidir. Ödev kavramının belirsizliği ancak kuşkucu bir dil ile süzgeçten geçirildikten sonra ortadan kalkabilecektir<sup>7</sup>.

Bir pozitivist olan *Kelsen* ise yükümlülük ya da ödev kavramlarının anlamının belirsiz olduğunu düşünenlerdendir. *Kelsen* her ne kadar ödev kavramının aslında ahlak alanına özgü bir kavram olduğunu belirtse<sup>8</sup> de ödev ya da yükümlülük kelimesinin başına hukuki ifadesi geldiğinde ahlaki olandan farklı bir anlam kast edildiğini düşünmektedir<sup>9</sup>. *Kelsen* ahlaki ödevin ahlak normuna atıfta bulunması gibi hukuki ödevin de hukuk normuna atıfta bulunduğunu belirtir. Ancak yazara göre hukuki ödev ve hukuk normu arasında daha girift bir ilişki bulunmaktadır. Ahlaki ödevi gerekli kılan ahlak normu bir kişiye yöneltilmişken hukuki ödevi gerekli kılan hukuk normu en az iki kişiye hitap etmektedir. Birincisi ödevi yerine getirmesi gereken ya da ihlal edebilecek birey, diğeri ise ödevin ihlal edilmesi halinde ihlalcıye yaptırım uygulayacak birey. yani resmi görevlidir. Böyle bir durum ahlaki ödevlerde söz konusu değildir<sup>10</sup>. Dikkat edildiğinde ahlaki ödevde kıyasla bir farkın daha ortaya çıktığı görülmektedir: ihlal durumunda uygulanacak yaptırım. *Kelsen* bir ödevde sahip olmayı ya da bir yükümlülük altında olmayı, aykırı eylemde bulunmanın bir ihlal olarak görüldüğü ve hukuk normu tarafından öngörülmüş olan yaptırımın uygulanmasının koşulu olduğunu belirtmektedir<sup>11</sup>. Son olarak *Kelsen* bir ahlak normunun yarattığı ödev ile bir hukuk normunun yarattığı ödev arasındaki bir başka farka daha işaret etmiştir. Her iki durumda da bir olması gereken işaret edilmektedir. Ancak ahlaki ödev süjeye nasıl davranması gerektiğini ifade ederken hukuki ödev süjeye değil yaptırımı uygulayacak kişiye yapması gerekeni bildirmektedir<sup>12</sup>. Görüldüğü üzere hem ahlaki hem de hukuki ödev ya da yükümlülük söz konusu olduğunda ilk bakışta bir benzerlik var gibi görünse de esasında aralarında çok önemli farklar bulunmaktadır. Bu nedenle *Kelsen*'in kavramın kullanıldığı bağlama göre farklı anlamlara geldiğini iddia ettiği söylenebilir.

Daha yakın dönemlerden de bu görüşü savunanlar bulunmaktadır. Örneğin *Richard Holton* "ahlaken zorunlu kılıcı" ve "hukuken zorunlu kılıcı" ifadelerinin birbirlerini gerektirmediğini ve farklı anlamlara geldiğini savunmuştur. *Holton* bu iddiasını hukuki yükümlülük ifadelerinin doğruluk koşullarının ahlaki yükümlülük ifadelerinin doğruluk koşullarından radikal biçimde farklı olmasına dayandırmaktadır. Ona göre hukuki yükümlülük ifadeleri hukuki pozitivizmin sosyal tezi çerçevesinde sadece toplumsal olgular aracılığıyla doğru hale gelir. Oysa ahlaki yükümlülük ifadelerinin doğruluk koşulu toplumsal olgularla ilgisizdir. Dolayısıyla hukuki yükümlülük ifadelerinin anlamının ahlaki yükümlülük ifadelerinin anlamından farklı olduğu söylenebilir<sup>13</sup>.

Hukuki yükümlülük ile ahlaki yükümlülüğün farklı anlam ihtiva ettiği şeklindeki bu görüşe yönelik iki dikkat çeken eleştiri söz konusudur. Birincisi bu görüşün dilbilimsel verilerle desteklenemediği eleştirisidir<sup>14</sup>. İkincisi bu görüşün semantikte yaygın bir biçimde kabul edilen ve *Paul Grice*'a atfedilen ancak *Aristoteles*'in görüşlerinde dahi bulunabilecek "anlamların gerekliliğin ötesinde çoğaltılmaması" ilkesini ihlal ettiği eleştirisidir<sup>15</sup>. Bir kelimenin birden fazla anlamı olduğunun iddia edilmesinin

<sup>7</sup> Holmes, "Hukukun İstikameti", 564.

<sup>8</sup> *Kelsen* ödev kavramının ahlaki alana ait olduğunu şöyle ifade etmiştir: "Ödev kavramı aslen ahlaka özgü bir kavramdır ve ahlaki normun, norm tarafından belirli bir davranışın emredildiği veya yasaklandığı bireyle olan ilişkisini ifade eder. 'Bir bireyin filanca davranışa uyma (ahlaki) görevi vardır ya da (ahlaki olarak) yükümlüdür' ifadesi, bu davranış emreden geçerli bir (ahlaki) norm olduğu ya da bireyin bu şekilde davranması gerektiği anlamına gelir." Bkz. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge: Harvard University Press, 1945), 58.

<sup>9</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State*, 60.

<sup>10</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State*, 58.

<sup>11</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State*, 59.

<sup>12</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State*, 60.

<sup>13</sup> Richard Holton, "Positivism and the Internal Point of View", *Law and Philosophy* 17/5/6 (1998), 617.

<sup>14</sup> İngilizcede yükümlülük bildiren ifadelerde sıkça kullanılan "must" modal kipinin tek anlamlı olduğu ya da en azından ortak bir çekirdek anlamın bulunduğu şeklindeki açıklamaları için dilbilimci Angelika Kratzer'in görüşleri incelenebilir. Bkz. Angelika Kratzer, "What 'Must' and 'Can' Must and Can Mean", *Linguistics and Philosophy* 1/3 (01 Ocak 1977), 337-355.

<sup>15</sup> Daniel Wodak, "What Does 'Legal Obligation' Mean?", *Pacific Philosophical Quarterly* 99/4 (2018), 792-793.



dilbilgisi bakımından meşruiyeti ancak bunun gerekli olması ile sağlanabilmektedir. Bu kusurları nedeniyle ahlaki ve hukuki yükümlülüğün farklı anlamlar ifade ettiğini iddia eden görüşün benimsenemeyeceği dile getirilmektedir.

## B. Genellik görüşü

Bu görüş genel anlamda bir yükümlülük kavramının bulunduğu, kavrama eklenen hukuki, ahlaki, siyasi, toplumsal, dini gibi niteleyicilerin genel kavramın bir alt türünü oluşturduğu şeklinde özetlenebilir. Bu çalışmada bizi daha yakından ilgilendiren türler olarak *ahlaki* ve *hukuki* yükümlülük, "hangi eylemlerin zorunlu kılıcı (*obligatory*) olduğunu belirlemede kullanılan farklı ölçütleri yansıtan farklı yükümlülük türlerini" oluşturmaktadır. *Hart* bu yaklaşımın önde gelen savunucuları arasında *Jeremy Bentham* ve *John Stuart Mill*'i göstermiştir<sup>16</sup>. Yükümlülük üzerine bu yaklaşımı da yine *Hart*'ın atıfta bulunduğu yazarlarla açıklamaya başlayalım.

*Bentham*, insanı doğası gereği kendisine acı veren şeylerden kaçınan ve haz veren şeylerin peşinden giden bir varlık olarak tanımlamıştır<sup>17</sup>. Bir ödev ya da yükümlülük belirli bir davranışın yapılmasını gerektirdiğine göre bunu sağlamak için süjeye ya haz veren ya da acı veren bir güdüleme faaliyeti gerekecektir. *Bentham* bu güdüleme aracını yaptırım olarak tanımlar. Böylelikle onun için yaptırımın yükümlülük kavramı için asli bir unsur niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılabilir<sup>18</sup>. Bu çerçevede *Hart*, *Bentham*'ın özellikle "acı çekme olasılığını" tüm yükümlülük türleri için geçerli olan ortak bir unsur olarak gördüğünü belirtmektedir. Yükümlü yükümlülüğünün ya da ödevinin gereğini yerine getirmediğinde acı çekme olasılığı ile karşı karşıyadır. Başka bir deyişle ödevin ihlali durumunda acı çekilmesi muhtemeldir<sup>19</sup>. Bütün yükümlülük türleri için geçerli olan bir diğer özellik ise bir davranışın yapılmasının gerekli kılınması ya da bir davranışın yapılmamasının gerekli kılınmasıdır. O halde *Bentham* için genel anlamda yükümlülük kavramının iki unsurdan oluştuğu söylenebilir: belirli bir eylemde bulunulması ya da belirli bir eylemi yapmaktan kaçınılması anlamında gereklilik bildiren bir ifade ve bu gerekliliğe aykırı davranılması halinde acı çekme olasılığının muhtemel olması<sup>20</sup>.

Bu çerçevede *Bentham* için hukuki yükümlülük de ahlaki, siyasi, toplumsal yükümlülük türlerinden birisidir. Hukuki yükümlülük diğer yükümlülük türlerinden ihlal durumunda acıyı uygulayacak kişilerin hukuk tarafından belirlenen resmi görevliler oluşu bakımından farklılaşmaktadır. Başka bir ifadeyle bir kişinin hukuki bir yükümlülüğü olduğu ifadesi bu yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda önceden hukukça belirlenmiş resmi görevliler elinden belirli bir acıya maruz bırakılacağına muhtemel olduğu anlamına gelmektedir<sup>21</sup>. *Mill* de *Bentham*'ın yükümlülük anlayışına benzer bir yaklaşımı benimsemiştir. Ona göre cezai yaptırımlar sadece hukuki yükümlülükler için değil tüm ödev ya da yükümlülük türlerinde bir unsurdur. Yaptırımların bulunmadığı bir durumda aslında bir ihlalin de bulunamayacağını düşünmektedir. Yaptırımlar hukukta olduğu kadar örneğin ahlakta da yapılan bir yanlışın, hatanın, ihlalin karşılığı olarak düşünülmelidir<sup>22</sup>. Hem *Bentham* hem de *Mill* için yükümlülük kavramı öncelikle genel özellikleri ile ortaya konmalı hukuki, ahlaki, siyasi, dini gibi türler arasındaki farklar ise daha sonra türleri birbirinden ayırt etmek için ele alınmalıdır.

<sup>16</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 127.

<sup>17</sup> Jeremy Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, çev. Ömer Saruhanlıoğlu - Uğur Kaşif Boyacı (Litera Yayıncılık, 2017), 17.

<sup>18</sup> Bentham yükümlülük kavramının gerçek değil kurgusal bir varlık adına karşılık olarak kullanılan bir kavram olduğunu düşünmektedir. Kurgusal varlık adlarının açıklanması ise kendisi tarafından ortaya konan paraphrasis yöntemi aracılığıyla mümkün olabilmektedir. Bu anlamda yükümlülük kavramının haz ve acı şeklindeki gerçekliklerle irtibatlandırılarak açıklanması gerekmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Fatih Güneş, "Jeremy Bentham'ın Gerçek ve Kurgusal Varlıklar Teorisi ve Hukuki Terimlerin Açıklanması", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/1 (05 Şubat 2024), 268-269.

<sup>19</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 131-132.

<sup>20</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 132.

<sup>21</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 132.

<sup>22</sup> John Stuart Mill, *Faydacılık*, çev. Gökhan Murteza (Pinhan Yayıncılık, 2017), 80.

Yakın dönemde yükümlülükler üzerine kapsamlı bir çalışma<sup>23</sup> yapan *Stefano Bertea* da bu görüşe katılmaktadır. Ona göre hukuki yükümlülüğün layıkıyla anlaşılabilmesi için öncelikle genel yükümlülük kavramı hakkında bilgi sahibi olunması gerekmektedir. Hukuki yükümlülük hakkında yapılabilecek bir soruşturma için “en güvenilir başlangıç noktası” genel yükümlülüktür. Hukuki yükümlülük genel yükümlülüğün bir türünü oluşturduğundan araştırmaya bir üst basamak olan cinsten başlanması makuldür. Öncelikle genel anlamda yükümlülüğün özellikleri ortaya konulmalı ve sonrasında bu özellikleri barındıran hukuki yükümlülük, diğer yükümlülük türlerinden farklılaştığı özellikleri itibarıyla incelenmelidir<sup>24</sup>. Yazara göre yükümlülük, türleri bir yandan birbirleriyle benzerlikler taşıyan bir yandan da bazı yönlerden farklılaşan bir fikir ailesine atıfta bulunan bir kavram olarak düşünülmelidir. Türler arasında bulunan farklılıklar genel anlamda bir yükümlülük kavramının varlığını inkâr etmek gibi radikal bir görüşü desteklemez. Genel anlamda yükümlülük kavramı bir gerekliliği ortaya koymaktadır; bu fikir bütün yükümlülük türlerinde bulunur ve bütün türler bu fikirden türetilmektedir<sup>25</sup>. Her bir yükümlülük türü diğer türlerden tamamen bağımsız bir yapıda değildir; paylaşılan ortak özellikler bulunmaktadır. Bu paylaşılan özellikler genel ya da yazarın ifadesiyle temel yükümlülüğün özellikleridir. Dolayısıyla bu benzer özellikleri dikkate almaksızın belirli bir yükümlülük türünün kendine özgü, ayırt edici özelliklerine odaklanmak yanıltıcıdır<sup>26</sup>. Sonuç olarak yazara göre hukuki ve ahlaki yükümlülükler genel yükümlülük kavramının birer türüdür ve her ikisi de genel yükümlülüğün özelliklerini paylaşmaktadır.

Benzer bir yaklaşım *Kenneth Einer Himma* tarafından da dile getirilmiştir. Bir yapılması gerekeni ortaya koyması anlamında yükümlülük kavramını norm kavramıyla ilişkilendiren *Himma* hukuki, ahlaki ya da toplumsal normları birer norm türü olarak kabul etmemize rağmen hukuki, ahlaki ya da toplumsal yükümlülükleri birer yükümlülük türü olarak kabul etmemenin makul olmayacağını belirtir. Ona göre genel anlamda yükümlülük idesinin sahip olduğu özelliklere hukuki, ahlaki, toplumsal yükümlülükler de sahiptir. Örneğin hukuki bir yükümlülüğün özellikleri arasında genel yükümlülük idesinin özellikleri de bulunmaktadır. Bu anlamda yükümlülük türlerinin anlaşılması için genel yükümlülük idesinin özelliklerini saptamak gerekli ancak yeterli olmayan bir adımdır<sup>27</sup>.

Son olarak bu görüşün iyi bir biçimde savunulmasına *Daniel Wodak*'ın “*What Does Legal Obligation Mean?*” adlı çalışması da örnek olarak gösterilebilir. Yazar bu makalesinde hukuki yükümlülüğün açıklanmasına ilişkin olarak (*Hart*'ı takip ederek) üç yaklaşım bulunduğunu belirtir ve bunları belirsizlik görüşü, genel görüş ve ahlaklaştırılmış görüş olarak isimlendirir. Yükümlülüğün kullanıldığı bağlama göre farklı anlamları işaret ettiğini savunan belirsizlik görüşü ve yükümlülüğün üniter bir anlamı olmasına rağmen özü itibarıyla ahlak sahasına özgü bir kavram olduğu iddiasındaki ahlaklaştırılmış görüş karşısında, *Wodak* hukuki yükümlülüğü genel yükümlülük idesinin bir türü olarak kabul eden genel görüşün makul olduğunu ortaya koymaya çalışmaktadır. Yazar, belirsizlik görüşünü en başından dilbilimsel verilerce desteklenmediği için reddetmektedir<sup>28</sup>. Ahlaklaştırılmış görüş ise genel görüş ile yükümlülüğün üniter bir anlamı olduğu noktasında müttefik olmasına rağmen yazara göre bir dizi dilbilimsel testi geçemediği için reddedilmelidir. Bu durumda genel görüşün benimsenmesi isabetli olacaktır. *Wodak*, yükümlülük kelimesinin başına bir değiştirici (modifier) olarak konan ibareler dikkate alındığında hukuki, ahlaki toplumsal gibi değiştiricilerin, Kantçı, faydacı gibi değiştiricilerden farklı bir biçimde işlediğinin görüleceğini belirtmektedir. Değiştiriciler, art arda yükümlülük kelimesinin önüne eklenmek istendiğinde bu farklılık görülecektir. Örneğin Kantçı ahlaki yükümlülük şeklinde bir ifade kullanmamız dilbilimsel açıdan mümkünken, hukuki ahlaki yükümlülük şeklindeki ifade bir anormallik

<sup>23</sup> Stefano Bertea, *A Theory of Legal Obligation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019).

<sup>24</sup> Bertea, *A Theory of Legal Obligation*, 18-19.

<sup>25</sup> Bertea, *A Theory of Legal Obligation*, 19.

<sup>26</sup> Bertea, *A Theory of Legal Obligation*, 19-20.

<sup>27</sup> Kenneth Einar Himma, “The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, *Ratio Juris* 26/1 (2013), 19.

<sup>28</sup> Wodak, “What Does ‘Legal Obligation’ Mean?”, 792-793.

oluşturacaktır. Hukuki ifadesi Kantçı ya da faydacı gibi bir bakış açısını niteleyecek biçimde “ahlaki” ifadesinin önüne iliştilerilememektedir<sup>29</sup>. Oysa genel görüş benimsendiğinde böyle bir anormallik ortaya çıkmayacaktır. Çünkü genel görüş hukuki ve ahlaki yükümlülüğü yükümlülük idesinin birer türü olarak tanımlamaktadır. *Wodak* bu görüş çerçevesinde hukuki, ahlaki, toplumsal, dini, geleneksel gibi niteleyicilerin ya da kendi ifadesiyle değiştiricilerin yükümlülüğün kaynağı, Kantçı, faydacı gibi niteleyicilerin ise yükümlülüğe dair bir bakış açısını yansıttığını belirtmektedir. Ona göre kaynaklar art arda getirilemez ancak kaynaklardan birinin bir bakış açısını yansıtan niteleyici ile art arda getirilebilmesi mümkündür<sup>30</sup>.

### C. Ahlakilik görüşü

Bu yaklaşım yükümlülük kavramının kullanıldığı bağlamların tamamında aynı anlamı belirttiğini kabul etmesi bakımından bir önceki başlıkta açıklanan yaklaşımla benzerlik göstermektedir. Ancak bu yaklaşım yükümlülüğün mukim olduğu adresin ahlak olduğunu savunmaktadır ve bu bakımdan bir önceki yaklaşımdan farklılaşmaktadır. Aslında hukuki pozitivist ve doğal hukukçu görüşler arasında cereyan eden bir tartışma olarak düşünülebilecek bu uyumsuzluk hukuki pozitivist görüşleri dahi karşı karşıya getirmiş olması yönünden ilgi çekicidir. *Hart* bu yaklaşımın hukuk felsefesi alanında en önde gelen savunucularını *Dworkin* ve *Raz* olduğunu belirtmiş ve *Legal Duty and Obligation* adlı yazısının sonlarından oldukça uzun bir kısmı bu yazarların görüşlerinin eleştirisine ayırmıştır<sup>31</sup>. Hukuki pozitivistin sıkı bir eleştirmeni olan *Dworkin* ortodoks doğal hukukçu etiketini de reddetmektedir. Bununla birlikte hukuki pozitivistin önemli isimlerinden biri olan *Raz*, açıkça yükümlülük kavramının ahlaki nitelikte olduğunu savunmuştur. Dolayısıyla *Hart*'ın karşı koyduğu görüşlerden birisi ne pozitivist ne de doğal hukukçu olan kendine özgü bir görüş olarak nitelendirilebilirken diğeri kendi pozisyonundan birtakım farklar içermekle birlikte nihayetinde pozitivist bir görüştür. *Hart*'ın söz konusu yazarlara atfettiği önem de dikkate alınarak yazarların görüşleri özetlenecek ve bu başlık altında açıklanan ahlakilik görüşü bu yazarların görüşleri çerçevesinde ele alınacaktır.

#### 1. Dworkin'in yükümlülük anlayışı

*Ronald Dworkin* “hukuk yalnızca kurallardan değil aynı zamanda ilkelerden de oluşur” şeklinde formüleleştirilen ve hukuka dair yorumculuğu esas alan bir hukuk teorisi geliştirmiştir. Ona göre hukuk sadece yerleşik toplumsal pratiklere uygun bir biçimde vaz edilen kurallardan ibaret değildir; hukuk bu kuralların yanı sıra söz konusu kuralların ahlaken en iyi gerekçelendirilmesini sağlayan ilkeleri de içermektedir, ilkeler de kurallar gibi hukukun bir parçasıdır<sup>32</sup>. Bir başka ifadeyle *Dworkin*'in hukuk teorisi hem anayasa, kanunlar, içtihatlar gibi yerleşik hukuk pratiklerinden, yani “açık hukuk”tan hem de bu açık hukuku açıklayan ve gerekçelendiren tutarlı ve istikrarlı ilkelerden oluşan “örtülü hukuk”tan

<sup>29</sup> Wodak, “What Does ‘Legal Obligation’ Mean?”, 800-801.

<sup>30</sup> Wodak, “What Does ‘Legal Obligation’ Mean?”, 802.

<sup>31</sup> Hart, “Legal Duty and Obligation”, 147-161.

<sup>32</sup> *Dworkin*'e göre özellikle görülmekte olan bir davanın konusu hakkında hukuk kurallarında bir hüküm bulunmadığında ilkelerin ne denli önemli olduğu ortaya çıkmaktadır. *Dworkin* bu tür davaları zor/çetin davalar (hard cases) olarak adlandırmıştır. Zor davalarda davayı gören yargıçlar görmekte oldukları davanın konusuna ilişkin ilkeleri bir hukuki otorite olarak görürler. *Dworkin* özellikle *Hart*'ın hukuk teorisini mercek altına alarak kurallar sistemi olarak adlandırdığı hukuki pozitivist görüşlerin ilkeleri kurallar gibi hukukun asli bir unsuru olarak kabul etmeyip düştükleri hatayı çeşitli zor dava örnekleri ile sunmaya çalışmıştır. Bu zor davalardan en bilineni *Riggs v. Palmer* davasıdır. Dava konusu özetle miras bırakanın öldüren mirasçı konumundaki suçlunun mirastan pay alıp almayacağına ilişkindir. *Dworkin* sadece yargılamada sadece kurallar dikkate alınıyor olsaydı suçlunun mirastan pay alabileceğini çünkü kurallarda mirasın miras bırakanın vasiyetine uygun bir biçimde paylaşılmasının gerektiğini ifade etmekteydi. Oysa mahkeme “kimse kendi hatasından kazanç sağlamamalıdır” şeklindeki bir ilkeye başvurarak miras paylaşımına ilişkin kuralı uygulamamış ve suçlu mirasçının mirastan pay alamamasına hükmetmiştir. *Dworkin*'e göre pozitivistler bu durumu bir hukuk boşluğu ve yargıcın faaliyetini de hukuk yaratıcı bir takdir yetkisi kullanımı olarak değerlendireceklerini ancak bunun hatalı bir görüş olduğunu belirtmektedir. Oysa ona göre bu davada hukuk sisteminin içerisine yıllar içinde yerleşmiş kabul edilmiş bir ilkenin uygulandığını düşünmektedir. Dolayısıyla ilkelerin hukukun esaslı bir unsuru olduğu kabul edilmelidir. Bkz. Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, çev. Saim Üye (İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2018), 254-255.

oluşmaktadır<sup>33</sup>. *Dworkin*'in hukuki yükümlülük hakkındaki görüşlerinin anlaşılabilirliği için ortaya koyduğu teorisinin bu yapısının anlaşılması gerekmektedir.

Öncelikle vurgulanması gereken husus *Dworkin*'in pozitivist görüşlere yaptığı eklemenin örtülü hukuka dair olduğudur. *Dworkin*'in örtülü hukuk şeklinde atıfta bulunduğu ahlaki ilkeler toplumsal uygulamalardan bağımsız soyut bir ahlak değildir. *Dworkin*'e göre soyut ahlak (kendi adlandırmasıyla arka plan ahlaki) doğal hukukçuların iddia ettiği gibi bir kuralın geçerliliği hususunda belirleyici değildir. *Dworkin* ne pozitivistlerin hukuki geçerliliği her durumda bir olgu meselesi olarak gören yaklaşımını ne de doğal hukukçuların soyut ahlaki pozitif hukukun geçerliliğini belirleyen bir ölçüt olarak gören yaklaşımını kabul etmektedir<sup>34</sup>. Bu nokta *Dworkin*'in kendisini doğal hukukçulardan (kendi ifadesiyle ortodoks doğal hukukçu görüşlerden) ayırttığı yerdir. Ancak *Dworkin* hukuki pozitivistlerin kuralların geçerliliğini ortaya koyduğunu iddia ettikleri “soy kütüğü” testinin hukuk hayatında etkisi olan ahlaki ilkeler söz konusu olduğunda böyle bir işlev göremeyeceğini belirtmektedir. Bu ilkelerin kaynağı *meslekte ve kamuda zaman içinde gelişen uygunluk hissinde* bulunmaktadır<sup>35</sup>. Başka bir ifadeyle hukuki ilkeler bir süreç olarak hukuk pratiğinde hukuki yorumun da dahilinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim *Dworkin* “*Böyle kurumsal destekler bulamazsak, muhtemelen davamızı ortaya koymada başarısız oluruz; ne kadar çok destek bulursak, ilkeyi o kadar ağırlıklı olarak ileri sürebiliriz.*”<sup>36</sup> ifadeleriyle ilkelerin varlığının kurumsal hukuk pratiği ve bir hukuki yorum sürecinin sonucu olduğunu ortaya koymaktadır. O halde *Dworkin*'in hukuk teorisi yorumcu bir hukuk teorisi olarak nitelendirilebilir.

*Dworkin*'in kurucusu olarak kabul edildiği ve sonrasında başka yazarlarca geliştirilen “Yorumcu Hukuk Teorisi”<sup>37</sup>, kendi içinde çeşitli farklar barındırmasına rağmen tüm görüşlerde güdülen ana gaye hukuki önermelerin doğruluğu ve bu doğruluğun nasıl gerekçelendirilebileceğini ortaya koymaktır. Bu çerçevede yorumcu hukuk teorisinin iki ana görevi vardır. Birinci görev hukuku oluşturan olgulara dair sağlam bir açıklama sunmak ve böylelikle hukukun neyi gerektirdiğini açıklığa kavuşturmasıdır. Diğer bir ifadeyle amaç hukuki hak ve yükümlülükleri neyin belirlediğini soruşturmasıdır. Ancak hukuka ilişkin soruşturma burada sonlanmaz. Zira hukuk sadece toplumsal olgular ve kurumsal uygulamalar çerçevesinde açıklanamaz. Bunlar hukukun açıklanabilmesi için gerekli ancak yeterli olmayan unsurlardır. Başka bir ifadeyle *Dworkin* hukuki pozitivistlerin sunduğu hukuk tablosuna bir ekleme yapılmasını gerekli görmektedir. Eklenmesi gereken unsur hukukun nasıl oluştuğunu ve hukuki hak ve yükümlülüklerin nasıl yaratıldığını izah etme işlevi gören normatif ölçütlerdir. *Dworkin* bu ölçütlerin siyasi ahlak ilkelerinden oluştuğunu ifade etmektedir. Bu da yorumcu hukuk teorisinin ikinci görevini oluşturmaktadır<sup>38</sup>.

Yorumcu hukuk teorisine göre bir hukuki önerme ya da hukuk beyanı iki koşulu yerine getirmesi halinde *doğru* olabilir. Birincisi söz konusu hukuki önerme ya da hukuk beyanı muhatapları için hak ve yükümlülükler ortaya koymalıdır. İkincisi bu hak ve yükümlülükler muhatapları için gerekçelendirmelidir<sup>39</sup>. İkinci işlem ahlaki ilkeler aracılığıyla gerçekleştirilecektir. Ahlaki ilkelerin hukuk pratiğinde böylesi bir rolü nasıl oynadığının üzerinde durulması gerekmektedir. Yorumcu teoriye göre kurumsal pratik, pozitivist teorilerin varsaydığı gibi normlar ve normlar arasındaki ilişki

<sup>33</sup> Hart, “Legal Duty and Obligation”, 147.

<sup>34</sup> Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, çev. Ahmet Ulvi Türkbay (İstanbul: Dost Kitabevi, 2007), 397.

<sup>35</sup> Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, 66-67.

<sup>36</sup> Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, 67.

<sup>37</sup> Berteau, *A Theory of Legal Obligation*, 107.

<sup>38</sup> Berteau, *A Theory of Legal Obligation*, 108.

<sup>39</sup> Berteau, *A Theory of Legal Obligation*, 108. *Dworkin* hukuki hak ve yükümlülükler üzerine bu betimleyici ve gerekçelendirici açıklamaların bir hukuk teorisinin hukuk nedir sorusuna aradığı yanıt kadar zorlayıcı ama yine de gerekli bir çaba olduğunu düşünmektedir. Söz konusu olan “hukuki yükümlülükler” olduğunda “Niçin hukukun söylediklerini hukuki yükümlülük olarak tanımlarız?”, “Hukuki yükümlülüğün ahlaki yükümlülükle ilişkisi var mıdır, varsa nedir?”, “Uyma nedenleri bakımından hukuki ve ahlaki yükümlülükler arasında bir benzerlik var mıdır?” gibi soruların gündeme alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, 36-37.

çerçevesinde değil eylemler ve tutumlar açısından açıklanmalıdır. Teklif, komisyonda görüşme, genel kurulda kabule sunma ve yayımlama gibi aşamalardan geçerek hukuk hayatına giren kanunlar, bu kanunlar temel alınarak çıkarılan yönetmelikler ya da mahkemelerin hukuki uyuşmazlıkları çözme biçimi gibi eylemler ve tutumlar dikkate alınacaklara örnek olarak gösterilebilir. Hukuki olan, kurumlar ve kurumsal faaliyet gösteren failerin belirli eylem ve tutumları neticesinde yaratılmaktadır. Bu yaratım sürecinde belirleyici konumunda olan failer “oyundaki ahlaki ilkeler” tarafından belirlenen çeşitli tutumlara sahip olarak çeşitli hukuki hak ve yükümlülüklerin ortaya çıkmasında bir rol üstlenmektedir<sup>40</sup>. Dolayısıyla ahlaki ilkeler en başından sonuna kadar hukuki hak ve yükümlülükler için belirleyici konumundadır. Burada söz konusu olan yorumlama faaliyetinin inşai nitelikte olduğuna da dikkat çekmek yararlı olacaktır. Yorumlayıcı faaliyet yönelmiş olduğu kurumsal pratiği hem açıklar hem de gerekçelendirir. Hukuki yükümlülükler de kurumsal bir pratik sonucunda ortaya çıktığından aynı süreç bunlar için de geçerli olacaktır. Yorumlama faaliyeti toplumsal pratiklerin hukuki yükümlülüklerin oluşturulmasında oynadığı rolü açıklar, hangi olguların yükümlülük yarattığını belirler ve böylelikle toplumsal olgu ile hukuk arasındaki ilişkiyi inşai bir biçimde ortaya çıkarır<sup>41</sup>.

Görüldüğü üzere hukuki yükümlülük kavramı hakkında yapılacak açıklamalar *Dworkin*'in hukuk teorisinin temellerini oluşturan hususlardan birisidir<sup>42</sup>. Bizim çalışma konumuzla ilgili olan *Dworkin*'in iddiası ise şu şekildedir: Hukuki yükümlülükler ahlaki yükümlülüğün bir türü, özel bir çeşiddir. Çünkü hukuk siyasi ahlaktan kaynaklanan pratik nitelikli bir girişimdir ve bu nedenle ahlaki ilkelerin hukuka dair yapılacak teorik bir açıklamaya dahil edilmesi gerekmektedir. Hukuki yükümlülükler için de aynısı geçerlidir. Kimi zaman diğer yükümlülüklerle baskın gelip bunlardan biri ya da birkaçını gölgede bırakabilse de hukuki yükümlülükler gereklilik bildiren tüm diğer pratik hususlarla aynı zemini paylaşırlar<sup>43</sup>. Hukuki yükümlülüklerin ahlaki yükümlülüklerin bir türü olduğu şeklindeki bu görüş yorumcu hukuk teorisinin temsilcilerinden biri olarak kabul edilen *Mark Greenberg* tarafından şu şekilde ifade olunmuştur:

“... hukuki yükümlülükler ahlaki yükümlülüklerin belirli bir alt kümesidir. Hukuki kurumlar - yasama organları, mahkemeler, idari kurumlar - ahlaki yükümlülüklerimizi değiştiren eylemlerde bulunurlar. Bunu ahlaki açıdan ilgili olgu ve koşulları değiştirerek, örneğin insanların beklentilerini değiştirerek, yeni seçenekler sunarak veya belirli planlara halkın temsilcilerinin onayını vererek yaparlar. Benim teorim, çok kabaca, ortaya çıkan ahlaki yükümlülüklerin hukuki yükümlülükler olduğunu savunmaktadır. Bu görüşü Ahlaki Etki Teorisi olarak adlandırıyorum çünkü hukukun, hukuki kurumların ilgili eylemlerinin ahlaki etkisi olduğunu savunuyorum.”<sup>44</sup>

Yukarıda alıntılanan paragrafın yazarı bazı yönlerden *Dworkin*'den farklı görüşler ortaya koymuş olmasına rağmen burada *Dworkin*'e benzer bir biçimde hukuki yükümlülüklerin ahlaki yükümlülüklerin bir türü olduğu iddiasını dile getirmektedir. *Dworkin* ve taraftarlarının ahlaki bir yükümlülüğün türü olarak hukuki yükümlülükler anlayışına dair bu kadar açıklama kâfi görünmektedir. Şimdi pozitivist bir çerçeveye sadık kalarak hukuki yükümlülüğün ahlaki bir yükümlülüğün bir türü olduğunu savunan *Joseph Raz* ve takipçilerinin görüşlerini incelemeye geçilecektir.

<sup>40</sup> Nicos Stavropoulos, “Legal Interpretivism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta (Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021), böl. 4, 5. paragraf.

<sup>41</sup> Berteau, *A Theory of Legal Obligation*, 110.

<sup>42</sup> *Dworkin* hukuki hak ve hukuki yükümlülük kavramlarının hukuk teorisyenlerince büyük oranda teorileri için temel alınan kavramlar olduklarını buna mukabil söz konusu kavramlara ilişkin anlayışımızın *kırılgan* olduğunu belirtir ve bu nedenle kendi hukuk teorisi için hukuki hak ve yükümlülüklerin ne olduğunu açıklayabilmenin elzem bir mesele olduğunu düşünmektedir. Bkz. *Dworkin, Hakları Ciddiye Almak*, 36. Daha genel olarak *Dworkin* hukuki yükümlülük hakkında tartışmanın ne derece önemli olduğunu hukuki pozitivistlere yönelik analizinden hemen önce “Sıkıcı Sorular” başlığı altında özetlemektedir. Bkz. *Dworkin, Hakları Ciddiye Almak*, 36-40.

<sup>43</sup> Berteau, *A Theory of Legal Obligation*, 115.

<sup>44</sup> Mark Greenberg, “The Moral Impact Theory of Law”, *The Yale Law Journal* 123/5 (2014), 1290. İtalik vurgu eklenmiştir.

## 2. Raz'ın yükümlülük anlayışı

Joseph Raz yükümlülüğün hukuki ve ahlaki bağlamlarda aynı anlama sahip olduğunu ve yükümlülüğün ahlak sahasına ait bir kavram olduğunu düşünmektedir.<sup>45</sup> Yazarın bu düşüncesinin anlaşılabilirliği için hukuk teorisi hakkında genel bilgi verilmesi faydalı olacaktır. Raz, "otorite" ve "eylem sebepleri"<sup>46</sup> kavramları temelinde oluşturduğu bir hukuk teorisi inşa etmiştir. Ona göre her hukuk sistemi meşru otoriteye sahip olduğu iddiası taşımaktadır<sup>47</sup>. Ayrıca meşru otorite iddiası taşıyan hukuk sistemi bir hukuk normu aracılığıyla hukuki süjeye normun gereğini yerine getirmesi için eylem sebebi sunmaktadır.<sup>48</sup> Başka bir deyişle insanlara ne yapmaları gerektiğini otoriter bir biçimde belirtmektedir; bunu da bir eylem sebebi yaratarak gerçekleştirir. Böylelikle hukuk, bir norm aracılığıyla, yapılması ya da yapılmaması gerektiğini belirttiği davranış hakkında, insanların görüşünden bağımsız olarak, özel bir tür sebep yaratmış olur<sup>49</sup>.

Raz pratik otoritelerden belirli bir eylemin gerçekleştirilmesini talep etme yetkisini haiz olanını *meşru otorite* olarak tanımlamakta ve bu meşru pratik otoriteyi üç normatif tez üzerinden açıklamaktadır: Bağımlılık tezi, normal gerekçelendirme tezi ve üstünlük tezi<sup>50</sup>. *Bağımlılık tezi* bir (meşru) otoritenin otoriter bir direktif verirken direktifinin muhataplarının eylem sebeplerini hesaba katması gerektiğini ortaya koymaktadır. Raz bağımlılık tezinin meşru bir otoritenin nasıl direktif verdiğini değil nasıl direktif vermesi gerektiğini ortaya koyduğunu ifade etmektedir<sup>51</sup>. Meşru bir otoritenin nasıl direktif vermesi, gücünü nasıl kullanması gerektiğini bu şekilde *ahlaki* bir tezle ortaya koyduktan sonra otoritenin meşruiyetini sağlayanın ne olduğuna ilişkin *normal gerekçelendirme tezi* olarak adlandırdığı ikinci bir ahlaki tez ortaya koymaktadır. Kişinin kendi rasyonel gerekçelerine dayanan sebepleri değil, otorite olarak gördüğü bir kişinin direktiflerini kendisi için bağlayıcı kabul edip buna uygun düşen sebepleri dikkate alması halinde doğru eylemde bulunma olasılığı arttığında bir insanın başka bir insan

<sup>45</sup> Yükümlülüğün ahlaki bir doğası olduğunu savunması yönünden Dworkin ile benzerlik göstermesine rağmen Raz'ın hukuk teorisini tamamıyla pozitivisttir ve Dworkin'in teorisinden bu anlamda oldukça farklıdır. Başka bir ifadeyle Raz bu iddiayı pozitivist bir çerçevede içerisinde kalarak savunmuştur. Bkz. Hart, "Legal Duty and Obligation", 158.

<sup>46</sup> Raz'ın eylem sebepleri ve türlerine ilişkin açıklamaları için genel olarak bkz. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (New York: Oxford University Press, 1990), 15-48; Halit Uyanık, *Hukukun Otoritesi, Joseph Raz'da Otorite Olarak Hukuk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 73-105; Engin Arıkan, *Sert Pozitivizm* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 49-53.

<sup>47</sup> Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (New York: Oxford University Press, 2009), v. Hukuk bir fail olmadığına göre nasıl meşru otorite sahibi olduğunu iddia edecektir sorusu akla gelebilir. Raz bu soruya cevaben hukukun iddialarının benimsediği dil ve sözcüleri/uygulayıcıları tarafından dile getirilen görüşlerinden anlaşılabilirliğini belirtmektedir. Ayrıca hukuki kurumlar resmi otorite olarak tanınması, otoriteyi haiz kişilerin kendilerini tebaa üzerinde yükümlülük yaratma yetkisine sahip, tebaanın da kendilerine bağlılık borcu altında olduklarını iddia etmeleri hukukun otorite iddiasının tezahürü niteliğindedir. Bkz. Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford: Clarendon press, 1995), 215-216.

<sup>48</sup> Hukukun otorite iddiası ve eylem sebepleri yaratabilme yetisi arasındaki ilişki hakkında "Meşru otorite iddiasında bulunmak, kişinin direktiflerinin, üzerinde otorite iddia ettiği kişiler için geçerli olan eylem nedenlerini sağladığını iddia etmek" anlamına geleceği şeklinde değerlendirilmedi bulunulabilir. Bkz. Jules L. Coleman, "The Architecture of Jurisprudence", *The Yale Law Journal* 121/1 (2011), 18. Raz'ın hukuki yükümlülüğün eylem sebebi sunması gerektiği şeklindeki iddiasına yönelik olarak hukuk normlarının zorunlu olarak kural koyucu (prescribing) nitelikte olmadığı bunun yanı sıra emredici nitelikte normların da bulunduğu dile getirilmektedir. Emredici normlar yapısı gereği kural koyucu normlardan farklıdır; eylem sebeplerine değil süjeler karşısında yasa uygulayıcıların ezici üstünlüğüne, cebri güce dayanmaktadır. Bu nedenle hukuk normları zorunlu olarak pratik sebepler anlamına gelmeyecektir. Bkz. Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings* (Oxford, New York: Oxford University Press, 1999), 84-87.

<sup>49</sup> Joseph Raz, *Otorite ile Yorum Arasında Hukukun Doğası*, çev. Ertuğrul Uzun (Fol Kitap, 2022), 20. Raz başka bir yerde "söz verme" aracılığıyla yaratılan yükümlülük örneğinden hareketle yükümlülük ve eylem sebebi arasındaki ilişkinin mahiyetine yönelik benzer açıklamalarda bulunmaktadır. Bkz. Joseph Raz, "Promises and Obligations", *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*, ed. P. M. S. Hacker - Joseph Raz (Oxford, New York: Oxford University Press, 1977), 219. Hukuk kurallarının eylem için sebepler yarattığı iddiası genellikle Raz'la ilişkili görülmeyle birlikte bu hususta en azından Raz'dan önce Hart'ın öncülük ettiği söylenebilir. Hart Austin ve benzeri hukuk teorilerinin yükümlülüğe dair tahmine dayalı yorumlarına yönelik eleştiride bulunurken "kuralların var olduğu yerlerde, kurallardan sapmaların sadece düşmanca tepkilerle takip edileceği veya bir mahkemenin bunları ihlal edenlere yaptırım uygulayacağı öngörüsü için bir gerekçe değil, aynı zamanda bu tür bir tepki ve yaptırımların uygulanması için bir sebep veya gerekçe olduğu"nu belirterek hukuk kurallarının eylem sebebi yaratabilme niteliğini vurgulamıştır. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, 84.

<sup>50</sup> Joseph Raz, *Özgürlük Ahlakı*, çev. Gürkan Özturan (Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, 2016), 43; Yahya Berkol Gülgeç, *Otorite, Hukuk ve Liberalizm: Joseph Raz'ın Felsefesine Giriş*, ed. Ertuğrul Uzun (Zoe Kitap, 2023), 26.

<sup>51</sup> Raz, *Özgürlük Ahlakı*, 50-51.

üzerinde otoritesinin bulunduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu izah, bir kişinin diğeri üzerindeki otoritesini açıklamanın tek yolu değilse de normal yoludur<sup>52</sup>. İlk iki tez ile meşru bir otoritenin varlık koşullarını izah ettikten sonra *Raz* üstünlük tezi aracılığıyla bir kişinin bir direktifi otoriter kabul etmesinin ne anlama geldiğini açıklamaktadır. Buna göre meşru bir otorite muhatabına bir direktif iletildiğinde sunduğu sebep, muhatabın eylemde bulunmak için sahip bulunduğu diğere sebeplerin yerini alır. Başka bir deyişle otoritenin direktifi hiç olmasaydı muhatabı normalde yönlendirecek olan sebeplerden bazısının gücünü meşru otoritenin direktifi önler<sup>53</sup>. Böylece meşru otorite muhataplarına otoriter bir biçimde direktifte bulunmuş, sunmuş olduğu eylem sebebi diğere eylem sebeplerine üstün gelmiş olur.

*Raz*'ın otorite ve eylem sebepleri kavramları arasında kurmuş olduğu ilişki ana hatları ile bu şekilde ortaya konduktan sonra yazarın yükümlülük kavramına ilişkin değerlendirmelerine geçebiliriz. Hukuk, otorite iddiasında bulunduğu için eylem için *korunan sebepler* (protected reasons) yaratmaktadır. Bunun anlamı bir hukuk kuralı ile yapılması istenen davranış için bir eylem sebebi sağlanmış olur. Ayrıca süjenin bu eylem sebebi dışındaki diğere eylem sebeplerini göz ardı etmesini sağlayan *dışlayıcı bir sebep* de yaratılmış olur<sup>54</sup>. *Raz*, yükümlülük kavramını da korunan sebepler kapsamında açıklamaktadır. Bir fail için ancak bir korunan sebebin varlığı halinde eylemi zorunlu kılınabilmektedir<sup>55</sup>. Korunan sebep, hem bir eylem için sebep hem de o eylemin yapılmasına karşı olan sebepleri göz ardı etmek için dışlayıcı niteliği haiz olan bir sebeptir. Böylelikle korunan sebep fail için normatif bir eylem sebebi sunmaktadır<sup>56</sup>. O halde yükümlülük getiren bir kuralın yükümlülük getirmeyen bir kuraldan süjeleri için korunan sebep sunması bakımından farklılaştığı söylenebilir. Bir  $\varphi$  eylemini yapmamak konusunda birisinin hukuki bir yükümlülüğü olduğu dile getirildiğinde bunun iki anlamı olacaktır. Birincisi o kişinin hukuki bir direktif ya da kural ( $\varphi$  yapma!) nedeniyle yükümlü kılındığıdır. İkincisi ise bu hukuki direktif ya da kuralın ( $\varphi$  yapma!) yükümlü kılınan kişiyi başka sebeplerle eylemde bulunmaması için ikinci dereceden dışlayıcı bir sebeple korunan birinci dereceden bir sebep oluşturduğudur. Böylelikle onun teorisi hukuki yükümlülüğün belirli bir eylemde bulunmak ya da bulunmamak için sebep sunma yetisi bağlamında normatif boyutunu<sup>57</sup> ve belirli bir eylemin yapılması ya da yapılmaması emredildiğinde bunun yükümlüye başka bir seçenek sunmaması, onun ihtiyarında olmaması anlamında mutlaklığını/kesinliğini izah etmiş olur<sup>58</sup>.

*Raz* hukukun otoritesinin nasıl tesis edildiğine dair genel görüşü hukuka uymak yönünde genel bir ahlaki yükümlülük bulunduğu iddiası olarak betimlemiş ancak kendisinin buna katılmadığını ifade etmiştir. *Raz*, hukukun otoritesinin kişiden kişiye değişkenlik gösterebileceği ve koşullara bağlı olması nedeniyle *prima facie* bir hukuka itaat yükümlülüğünün dahi bulunmadığını düşünmektedir<sup>59</sup>. Peki, hukuka itaat edilmesi yönünde ahlaki bir yükümlülük hiç mi mümkün değildir? *Raz* bunun ancak hukuka

<sup>52</sup> *Raz, Özgürlük Ahlakı*, 55.

<sup>53</sup> *Raz, Özgürlük Ahlakı*, 60.

<sup>54</sup> *Raz, The Authority of Law*, 17-18.

<sup>55</sup> *Raz, The Authority of Law*, 234-235.

<sup>56</sup> *Raz, The Authority of Law*, 18. Korunan sebepler dışlayıcı olmak zorunda olduğu için ve dışlayıcı sebeplerin de ancak meşru otoritenin koyduğu bir kural aracılığıyla yaratılabilmesi mümkün olduğundan, meşru bir otoritenin bulunmadığı durumlarda hukuki bir yükümlülüğün bulunmadığı sonucuna ulaşılması gerekecektir. Nitekim *Raz* hukuki otoritenin çoğu durumda meşru olmayacağını belirtmektedir. O zaman çoğu hukuki otoritenin hukuki yükümlülük yaratma kabiliyetini haiz olmadığını kabul etmek gerekecektir. Ancak bu çıkarım, yükümlülük kavramının hukuka ilişkin genel kullanımıyla çelişmektedir. Bazı durumlarda (hatta *Raz*'a göre çoğu durumda) meşru otoritenin bulunmaması nedeniyle bir yükümlülük söz konusu olmadığı düşünülebilir. Ancak çoğu zaman hukukun yükümlülükler yarattığı düşünülecektir. Bu durumda ya *Raz*'ın korunan sebep, dışlayıcı sebep ve meşru otorite kavramlarını esaslı bir unsur olarak kabul ettiği yükümlülük hakkındaki görüşü ya da yükümlülük kavramının hukuka ilişkin genel kullanımı hatalı olacaktır. Bkz. Yahya Berkol Gülgeç, *Normativite ve Pozitivizm* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 498.

<sup>57</sup> *Raz* hukuki yükümlülük ifadesinin normatif olduğunu iddia etmenin onun eylem sebepleri ile ilgili olduğu anlamına geldiğini düşünmektedir: "Haklar ve ödevleri (...) açıklamak, sebepleri açıklamaktan çok daha fazlasını içerir. Ancak bunların normatifliğinin açıklanması, sebeplerle nasıl ilişkili olduklarına işaret etmekten ibarettir." Bkz. Joseph Raz, *From Normativity to Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 6.

<sup>58</sup> Christopher Essert, "A Theory of Legal Obligation", *The Legacy of Ronald Dworkin*, ed. Wil Waluchow - Stefan Sciaraffa (Oxford University Press, 2016), 246.

<sup>59</sup> *Raz, The Authority of Law*, 233.

*saygı gösteren* bireyler söz konusu olduğunda mümkün olacağını belirtmektedir. Hukuka saygı gösteren bireylerin hukuka itaat etmek şeklinde bir ahlaki yükümlülükleri bulunmaktadır<sup>60</sup>. *Raz* genel görüşün aksine olan bu iddiasını normatif ifadelerle ilişkin düşünceleri çerçevesinde izah etmiştir. *Raz*'a göre üç tür normatif ifade söz konusudur. Birincisi diğer insanların normatif davranışları, tutumları ve inançları hakkında dışsal nitelikte olan *bağımsız* ifadelerdir. Örneğin "*Bazı Eskimo kabileleri yetişkin çocukların yaşlı babalarını öldürmek gibi ahlaki bir yükümlülükleri olduğuna inanmaktadır.*" şeklindeki bir ifade Eskimo kabilelerini dışarıdan gözlemleyen bir gözlemcinin *bağımsız* ifadesidir. İkincisi kişinin kendi normatif davranış, tutum ya da inançlarına yönelik içsel, *bağımlı* ifadelerdir. Bir kural hakkında bu tür ifadelerde bulunmak ilgili kuralın onaylandığının göstergesidir<sup>61</sup>. Bu onaylamanın ahlaki olması gerekli değildir. Onaylamaları kuralın ahlaki gücünü değilse de bağlayıcı gücünü, geçerliliğini ortaya koymaktadır<sup>62</sup>. Örneğin "*Verdiğim sözleri tutmak için ahlaki bir yükümlülüğüm olduğuna inanıyorum.*" şeklindeki normatif ifade böyledir. Üçüncü tür normatif ifadeler ise *bir bakış açısından* ya da *perspektife bağlı* ifadelerdir<sup>63</sup>. Belirli bir normatif bağlamda (örneğin dinsel bir grup ya da bir meslek erbabı için geçerli kurallar) faaliyet gösteren insanlara uygun normatif uygulamalar, tutumlar ve inançlar hakkındaki ifadelerdir. *Raz* bu tür ifadelerin diğer iki türden birine indirgenemeyeceğini düşünmektedir. Bu tür ifadelerin en sık örneği hukuka göre yapılması gerekeni ortaya koyan ifadelerdir. Örneğin normalde et yemekte ahlaken çekince duymayan bir kişi vejetaryen bir arkadaşının tabağında et olan yemeğini yemek üzereyken ona "Dur yemeğinin içinde et var, yememelisin!" şeklinde bir uyarıda bulunduğu vejetaryen bir kişinin bakış açısından ne yapmaması gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>64</sup>. Benzer bir biçimde bir avukat müvekkiline hukuki bir tavsiyede bulunurken hukuki bakış açısından ne yapılması gerektiğini belirtmektedir<sup>65</sup>. *Raz* bir bakış açısından yapılan normatif ifadelerin hukuk ve ahlak arasındaki ilişkinin anlaşılmasında kilit bir role sahip olduğunu düşünmektedir. Çünkü bu tür bir normatif ifadenin farkına varıldığında zorunlu kılıcı olmayan tutumların da yükümlülük getirebilmesine olanak tanınmış olacaktır<sup>66</sup>.

*Raz* bu olanak hakkında bazı değerlendirmelerde bulunmaktadır. Pozitivistler ve doğal hukukçular arasındaki temel anlaşmazlığın birinci gruba dâhil olanların hukukun esasen toplumsal bir örgütlenme biçimi olduğu iddiasında bulunmaları karşısında ikinci gruptakilerin hukukun esasen ahlaki nitelikte olduğu iddiası ileri sürmeleri çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Doğal hukukçuların iki temel iddiası pozitivistler tarafından reddedilmektedir: 1) hak, ödev gibi gereklilik bildiren normatif terimler hukuki, ahlaki ve diğer normatif alanlarda aynı anlamda kullanılmaktadır; 2) Hukuki ifadeler ahlaki ifadelerdir. Bu ikinci iddia "A'nın  $\phi$  eylemini gerçekleştirilmesi hukuki yükümlülüğüdür." ifadesi A'nın üzerine düşen hukukun yarattığı  $\phi$  yapma yükümlülüğünün ahlaki bir yükümlülük olduğu anlamına gelmektedir. *Raz* pozitivistlerin ikinci iddiayı reddetmekte haklı olduğunu belirtir. Hukuki ifadelerin tanımlanması bir toplumsal olgu meselesidir ve bunların değeri tamamen farklı bir konudur. Bu bağlamda hukuki ifadelerin *bağımlı* ya da *bağımsız* nitelikte dile getirilebilmesi mümkündür<sup>67</sup>. *Raz* ikinci iddia reddedilince ilkinin de doğal olarak reddedilmesi gerektiğine dair bir kanaatin oluşabileceğine dikkat çeker. Çünkü normatif terimler hukuki bağlamlarda olağan anlamları ile kullanılıyorsa bunun bütün hukuki normatif terimlerin *bağımlı* normatif ifade türünde olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak *Raz*'a göre böyle bir sonuca ulaşmak hatalıdır. Çünkü normatif ifade türleri arasında *bağımlı* ve *bağımsız* ifadeler dışında üçüncü bir tür daha bulunmaktadır: bir bakış açısından normatif ifadeler. *Raz*, yukarıda doğal hukukçuların iddiası olarak sunulan hak ve ödev gibi normatif terimlerin tüm bağlamlarda aynı

<sup>60</sup> Raz, *The Authority of Law*, 250.

<sup>61</sup> Raz, *The Authority of Law*, 154.

<sup>62</sup> Raz, *The Authority of Law*, 155.

<sup>63</sup> Raz bir bakış açısına göre ya da perspektifsel normatif ifadeler türünü *Kelsen*'den ilham alarak geliştirdiğini belirtmektedir. Bkz. Raz, *The Authority of Law*, 155.

<sup>64</sup> Raz, *Practical Reason and Norms*, 175.

<sup>65</sup> Raz, *Practical Reason and Norms*, 176.

<sup>66</sup> Patricia D. White, "Law and Moral Obligation", ed. Joseph Raz, *The University of Chicago Law Review* 49/1 (1982), 255.

<sup>67</sup> Raz, *The Authority of Law*, 158.



anlamda kullanıldığı iddiasının esasında doğal hukukçu bir iddia olmadığını ve bilakis pozitivistlerce benimsenmesi gereken bir iddia olduğunu savunmaktadır<sup>68</sup>. Ona göre yalnızca bu iddia ve bir bakış açısından ifadeler teorisi birlikte ele alınması durumunda sadece diğer insanların eylem ve inançları için değil tüm normatif ifadeler için bağımsız ifadeler olana tanınabilecektir<sup>69</sup>. Böylesi bir olanağa sahip olmak önemlidir, çünkü *Raz* başkalarının hak ya da ödevlerine ilişkin iddiaların ahlaki iddialar olduğunu düşünmektedir. Bu tür ifadeler ifade sahibi buna samimi bir biçimde inansın ya da inanmasın ahlaki niteliktedir<sup>70</sup>.

*Raz*'ın ahlakilik görüşünü en net biçimde savunduğu yerlerden birisi de *Hart* üzerine değerlendirmelerde bulunduğu bir kitap incelemesinde bulunmaktadır<sup>71</sup>. Burada *Raz* hukuki ödev ifadeleri için belirleyici olan argümanın hukukun kendisi için ahlaki güç iddiasında bulunması olduğunu belirtmektedir. Meşruiyet ve ahlaki otorite iddiası içermeyen hiçbir sistem hukuk sistemi olamaz. Bu ise hukuki gerekliliklerin ahlaki anlamda bağlayıcı olduğu anlamına gelir. Bir başka deyişle hukuki yükümlülükler hukuktan kaynaklanan gerçek yani ahlaki yükümlülüklerdir<sup>72</sup>.

*Raz*'ın bu açıklamaları yükümlülüğe dair değişkenlik görüşünü reddettiği görüşlerle birlikte değerlendirilmelidir. *Raz* hukuki pozitivistin temel tezlerinden olan ve çoğu pozitivistin üzerinde ittifak ettiği semantik tezin, hukuki ve ahlaki hak ve ödevlerin ayrı anlamlara sahip olduğu iddiasını içerdiğini belirtmektedir. Bu iddianın temellendirilmesinde ise farklı gerekçelendirmeler benimsenmiştir. Birinci görüş ahlaki hak ve ödevlerin anlamsız ya da kendi içinde çelişen ifadeler olduğunu, gerçek hak ve ödevlerin ancak hukuki nitelikte olanlar olduğunu ileri sürmüştür. İkinci görüş hakların ve ödevlerin ahlaki anlamda kullanıldığında değerlendirici, hukuki anlamda kullanıldığında değerlendirici olmayan bir nitelik gösterdiğini savunmuştur. Üçüncüsü hukuki hak ve ödevin, genel anlamda hak ve ödevden farklı bir anlama sahip olduğu şeklinde iddiada bulunmaktadır.<sup>73</sup> *Raz* bir pozitivistin böylesi bir semantik tutumu benimsemesinin tek nedeninin hukukun tanımlanmasında normatif bir dilin kullanılmasının bu tanımları yapan konuşmacının tanımladığı hukuku ahlaki açıdan bağlayıcı olarak onayladığı imasının her durumda bulunmadığı düşüncesi olabileceğini belirtmektedir. Başka bir deyişle normatif gücü taşımayan bir yapı olarak hukuk, normatif bir dille tanımlanmamalıdır. *Raz'a* göre doğal hukukçular tarafından dahi kabul edilebilecek bu değerlendirmenin haklar ve ödevler gibi terimlerin hukuki ve ahlaki bağlamlarda farklı anlamlara sahip olduğu iddiasını gerekçelendiremeyeceğini belirtmektedir<sup>74</sup>.

Sonuç olarak *Raz*'ın bu açıklamalarının ne derece yerinde olduğu ya da ne derece tatmin edici olduğu tartışılabilir olsa da *Raz* açıkça ödev, yükümlülük gibi terimlerin kullanıldığı her bağlamda aynı anlama geldiğini ve yükümlülük kavramının mukim olduğu adresin ahlak alanı olduğunu kabul etmektedir.

<sup>68</sup> *Raz*'ın bu iddiası hukuki yükümlülük ifadelerinin ahlaki yükümlülük ifadeleri olabileceği ancak bunun bir zorunluluk olmadığı dile getirilerek eleştirilmiştir. Bkz. Matthew H. Kramer, "Requirements, Reasons, and Raz: Legal Positivism and Legal Duties", *Ethics* 109/2 (1999), 377.

<sup>69</sup> *Raz*, *The Authority of Law*, 159.

<sup>70</sup> Joseph Raz, "The Purity of the Pure Theory", *Revue Internationale de Philosophie* 35/138 (4) (1981), 455 ve dipnot 16.

<sup>71</sup> Söz konusu kitap incelemesi bizim bu makalede *Hart*'ın görüşleri için temel aldığımız makalelerinden bir kaçını içeren *Essays on Bentham* üzerinedir. Bkz. Joseph Raz, "Hart on Moral Rights and Legal Duties", *Oxford Journal of Legal Studies* 4/1 (1984), 123-131.

<sup>72</sup> *Raz*, "Hart on Moral Rights and Legal Duties", 31.

<sup>73</sup> *Raz*, *The Authority of Law*, 38. *Raz* hukuki pozitivist tartışmaların sosyal tez, ahlaki tez ve semantik tez olmak üzere üç temel tez çerçevesinde ilerlediğini belirtmektedir. Ona göre bunlar içinde en temel olanı sosyal tezdır. Sosyal tez neyin hukuk olduğunu neyin olmadığını belirlemenin bir toplumsal olgu meselesi olduğu iddiasına dayanır. Ahlaki tez hukukun ahlaki değerinin içeriğine ve uygulandığı toplumsal koşullara bağlı olumsal (contingent) bir mesele olduğu iddiasını taşır. Semantik tez ise haklar, ödevler gibi terimlerin hukuki ve ahlaki bağlamlarda farklı anlamlara sahip olduğunu (yeni değişkenlik görüşünü) ileri sürmektedir. Bkz. *Raz*, *The Authority of Law*, 37-38.

<sup>74</sup> *Raz*, *The Authority of Law*, 39. Gülgeç, *Raz*'ın bu açıklamalarının hak ve ödevlerin hukuki ve ahlaki bağlamlarda her halükarda, her durumda farklı anlamlar taşıdığı iddiasına bir itiraz olarak yorumlanabileceğini ve iddia bundan ibaretse bu hususta *Raz* ile hemfikir olduğunu belirtmektedir. Bkz. Gülgeç, *Normativite ve Pozitivizm*, 616, dipnot 358.

## II. Hart'ın Yükümlülük Kavramının Anavatanına Dair Görüşleri

*Hart*'ın hukuk teorisinde en tartışmalı konu başlıklarından birisi ve belki de birincisi yükümlülük kavramına ve hukuki ve ahlaki yükümlülüğe ilişkin görüşleridir. Nitekim *Hart* da bir röportajında kendi teorisinde en eleştirilen konunun bu olduğunu belirtir ve yükümlülük teorisinde geliştirmesi gereken hususlar bulunduğu şekilde bir öz eleştiri yapar<sup>75</sup>. *Hart*'ın yükümlülük açıklamasında yükümlülük kavramının mukim olduğu adresin neresi olduğuna dair ilk görüşü hukuk sahası olduğu şeklindedir. Daha sonra bu iddiasından vazgeçen *Hart*'ın görüşlerinde ise artık net olan tek bir iddia söz konusudur: *Hart* yükümlülüğün doğal varlık alanının ahlak olduğu şeklindeki iddiayı reddetmektedir. Daha önce de değinildiği üzere bu konuda *Dworkin* ve *Raz*'ın iddialarına yönelik eleştirilerde bulunmuştur. *Hart* çoğu yerde açıkça yükümlülüğün anlamı konusunda bağlama göre farklı anlamlar ortaya çıkacağını ifade etmiştir. Bununla birlikte “genel bir yükümlülük kavramı”nı *The Concept of Law*'da uzun uzadıya incelemiş olması ve hatta bunu kendi hukuk teorisinin temeli için *uygun bir başlangıç noktası* olarak seçmesi *Hart*'ın hukuki ve ahlaki yükümlülükleri genel bir yükümlülük kavramının türleri olarak görüp görmediğine ilişkin soru işaretlerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. *Hart*'ın bu konudaki görüşünün ne olduğunu ortaya çıkarmayı hedefleyen bu çalışma için her iki yaklaşım lehine ve aleyhine olan *Hart*'ın görüşlerinin incelenmesi yerinde olacaktır.

### A. Hart'ın ilk görüşü

*Hart*, *The Concept of Law*'ı yayınlanmasından önce yazdığı bir makalesinde hukuki ve ahlaki yükümlülükleri incelemiş ve burada yükümlülük kavramının ait olduğu alanın hukuk sahası olduğunu iddia etmiştir. Ona göre yükümlülük hakkında bilgi sahibi olunmak isteniyorsa öncelikle hukuki yükümlülük kavramı incelenmeli ve buradan elde edilen veriler temel alınarak başta ahlaki olmak üzere diğer yükümlülük türleri hakkında değerlendirmeler yapılmalıdır<sup>76</sup>. Çünkü *Hart* normatif alanların tamamında “*hukuki olarak renklendirilmiş yükümlülük ve ödev kavramlarını kullandığımızı*”<sup>77</sup> ileri sürmektedir.

Bu çerçevede yükümlülüklerle ilişkin *Hart*'ın amacı, yükümlülük ve ödev kavramlarını “doğal yaşam alanı” olan hukuk sahasından, öncelikle pozitif ahlak ve sonrasında eleştirel ahlak alanlarına taşıyarak genişletmektir<sup>78</sup>. Hukuki yükümlülüğün üç belirgin özelliği vardır: 1) bir toplumsal grubun fiili uygulamasına bağlılık, 2) içerikten bağımsız olabilme, 3) cebirlik<sup>79</sup>. Bu özellikler ya kısmen ya da tamamen diğer yükümlülük türlerinde de bulunmak durumundadır. Bu ifadelerinden çıkan sonuç *Hart*'ın genel anlamda yükümlülük ve ahlaki yükümlülük hakkındaki görüşlerimizin hukuk sahasındaki yükümlülüğün kullanımından önemli ölçüde etkilendiği, hatta onun tarafından şekillendirildiğidir. Her türden yükümlülük bu açıklamaya göre bir toplumsal uygulama alanı olan, içeriğinden bağımsız olarak geçerli ve zorlayıcı niteliktedir. Bu özellikler hukuki yükümlülüklerin sahip olduğu ve diğer yükümlülük türleri tarafından da hukuki yükümlülüğün alınmış özelliklerdir.

Ne var ki *Hart*'ın daha sonra bu görüşten vazgeçtiği anlaşılmaktadır. 1982 tarihli *Legal Duty and Obligation*'un henüz ikinci paragrafında yapmış olduğu yükümlülük üzerine yaklaşımlara dair sınıflandırmada 1958 tarihli *Legal and Moral Obligation* adlı makalesindeki yükümlülüğün asıl mukim olduğu alanın hukuk olduğu şeklindeki iddiasından söz etmediği görülmektedir. Nitekim *Hart*'ın 1961 tarihli *The Concept of Law*'da da bu görüşü terk ettiği anlaşılmaktadır. 1982 tarihli *Essays on Bentham*'daki bu üçlü sınıflandırma da 1958'deki açıklamadan vazgeçtiği gerçeğini pekiştirmektedir. Dolayısıyla ayrıntılarına fazla değinmeksizin *Hart*'ın vazgeçmiş olduğu bu görüşe dair bu kısa açıklama

<sup>75</sup> H. L. A. Hart, “Entrevista a H.L.A. Hart”, 343-344.

<sup>76</sup> Hart, “Legal and Moral Obligation”, 83-84.

<sup>77</sup> Hart, “Legal and Moral Obligation”, 84.

<sup>78</sup> Adejare Oladosu, “H.L.A. Hart on Legal Obligation”, *Ratio Juris* 4 (1991), 154.

<sup>79</sup> Oladosu, “H.L.A. Hart on Legal Obligation”, 156.

ile yetinilmiştir. Takip eden başlıkta benimsediği görüşü incelemeye başlamadan önce reddetmiş olduğu ahlakilik görüşüne yönelik değerlendirmelerine yer verilecektir.

## B. Ahlakilik görüşünün eleştirisi

### 1. Dworkin'in yükümlülük anlayışına yönelik eleştirisi

*Hart*, *Dworkin*'in kuralların yanı sıra ilkelere de yer veren hukuk açıklamasına yönelik çeşitli itirazlarda bulunmaktadır. İnceleme konumuz özelinde *Hart*, hukuki hak ve ödevleri bir tür ahlaki hak ve ödev olarak gören ve vatandaşların bir eylemde bulunmasını ya da bir eylemde bulunmaktan kaçınmasını gerektiren ve varlığı normatif yasama düzenlemeleri aracılığıyla ortaya konan hak ve ödev yaratılması sürecinde örtülü hukukun işlevi üzerine düşünceleri yönünden de eleştirilerde bulunmuştur<sup>80</sup>.

*Hart*'a göre *Dworkin*'in hukuki yükümlülüğün ahlaki karaktere sahip olduğu iddiasına yönelik en önemli itiraz, *Dworkin*'in kötü bir hukuk sistemi olarak tanıtılan hukuk sistemlerinin yarattığı hak ve ödevlerin nasıl ahlaki ödevler olarak kabul edileceğine ilişkin açıklamasına karşı yapılabilir<sup>81</sup>. *Hart*, *Dworkin*'in Nazi Almanya'sı ya da Güney Afrika apartheid rejimleri gibi "kötü hukuk sistemleri" hakkındaki değerlendirmelerini mercek altına almaktadır. *Dworkin* bu kötü hukuk sistemleri tarafından yaratılan hak ve ödevler dikkate alındığında hukuki hak ve ödevlerle ahlaki hak ve ödevlerin bir çatışma içinde bulunduğunu kabul etmektedir. Böylesi bir kötü hukuk sisteminde yargıcın ahlaki ödevinin hukuk kuralını uygulamak yerine yalan söylemek ve yasanın ne olduğunu gizlemek olabileceğini belirtmektedir<sup>82</sup>. Bu tür bir durum olduğunda dahi nesnel ahlak ile çatışan kötü hukuk sistemi hükümlerinin yine de hem hukuki hem de ilk bakışta (prima facie) ahlaki haklar ve ödevler ortaya koyabilecektir. Ancak bu ahlaki hak ve ödevler arka plan ahlakının gereklilikleri tarafından geçersiz kılınacaktır<sup>83</sup>. Böylesi bir açıklama ise *Hart*'a göre yükümlülüğün ahlaki sahaya ait olduğu ve hukuki yükümlülüğün bir tür ahlaki yükümlülük olduğu iddiadan vazgeçilmesi anlamına gelmektedir. Çünkü kötü hukuk sistemleri söz konusu olduğunda *Dworkin*'in ileri sürdüğü şekliyle hukuki hak ve ödevlerin ahlaki bileşenini oluşturan gerekçelendirici ilkeler herhangi bir kısıtlama getirme kabiliyetinden yoksun görünmektedir. Bu ise *Dworkin*'in bir hukuk sisteminin hukuki hak ve ödevleri nasıl tesis ettiği sorusuna verdiği cevapta açık hukukun yanına eklediği örtülü hukukun, yani ahlaki ilkelerin ve "en sağlam hukuk teorisi"nin pek de bir rolü olmadığı, dolayısıyla göz ardı edilebileceği anlamına gelmektedir<sup>84</sup>.

*Hart*, *Dworkin*'in teorisinde bu eleştiri için ortaya konabilecek muhtemel karşılığın hukuki hak ve ödevler yaratma yetkisinin gerekçelendirilmesinde siyasi ahlak ilkelerinin rolüne vurgu yapan temel görüşü terk ederek tüm hukuki hak ve ödevlerde ahlaki bir unsurun bulunduğunu adalete dair görüşleri ve siyasi sorumluluk doktrini olarak adlandırdığı kavramlar üzerinden dile getirilmiş olabileceğini belirtmektedir<sup>85</sup>. *Dworkin* Yahudi bir Amerikan vatandaşı olan ve azınlık statüsünde bulunan *DeFunis*'in sahip olduğu ahlaki bir hakkı izah ederken konu hakkındaki yaklaşımını ortaya koymuştur. Söz konusu olay Amerikan yasalarının siyahi vatandaşların hukuk fakültelerine kazandırılmasının toplumsal fayda sağlayacağı gerekçesiyle hukuk fakültelerine girişte siyahilere ayrı bir kontenjan tanınmasına ilişkin üniversite yönetmeliğine ilişkindir. Aynı imtiyazdan faydalanmak isteyen Yahudi (dolayısıyla bir azınlık grubu üyesi olan) bir Amerikan vatandaşı olan *DeFunis*'e böyle bir imkânın verilmemiştir ve *Dworkin* bu hususu ele almıştır<sup>86</sup>.

*Dworkin*'e göre demokratik bir rejimde her vatandaşın iki temel ahlaki hakkı bulunmaktadır. Birincisi bir olanağın, imkânın ya da yükün dağıtımında eşit muamele görme hakkıdır. Oy hakkının eşitliği buna

<sup>80</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 148.

<sup>81</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 150.

<sup>82</sup> Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, 380.

<sup>83</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 150.

<sup>84</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 150-151.

<sup>85</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 151.

<sup>86</sup> Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, 268. Söz konusu karar için bkz. "DeFunis v. Odegaard", *vLex* (Erişim 03 Haziran 2024).

örnektir. İkincisi ise hukuk nezdinde herkese *bir eşit olarak* davranılması hakkıdır. Bu hak herhangi bir olanak ya da yükün eşit dağıtılması değil, diğer her birey ile aynı saygı ve ilgi ile muamele görme hakkıdır<sup>87</sup>. *Dworkin*'e göre *DeFunis*'in hukuk fakültesine alınması talebi için ilk anlamda bir hakkı bulunmamaktadır. Söz konusu olan ilköğrenim görme hakkı olsa tüm vatandaşlara böyle bir hakkın verilmesi gerektiği, her bir vatandaşın ilköğrenim görmesinin son derece önemli olduğu söylenebilirken her bir vatandaşın hukuk fakültesine girmesi için aynı şey söylenemez. Çünkü her bir vatandaşın hukuk fakültesine girme hakkının olması yaşamsal bir önem taşımamaktadır. Ancak söz konusu olayda *DeFunis*'in bir eşit olarak muamele görme hakkının bulunduğu söylenebilir. Çünkü hukuk fakültesi azınlık durumunda olan bir ırka mensup olma durumuna bir imtiyaz tanımaktadır; aynı imtiyazın tüm azınlık durumunda olan ırk mensuplarına uygulanması eşit olarak muamele görme hakkının sonucudur. Ancak *Dworkin* burada ele almış olduğu hakkın her durumda uygulanacak derecede abartılmaması gerektiğini belirtmektedir<sup>88</sup>. Özellikle açık hukukta net bir hükmün bulunmadığı bir zor dava söz konusu olduğunda adalet ve siyasi sorumluluk doktrini örtük ilkelerin uygulanmasını gerektirdiğinde uygulanmalıdır. Adaletten kaynaklanan bu hak genel bir ahlaki haktır ancak mutlak nitelikte değildir; hukukun yeterince kötü olması durumunda uygulama imkânı ortaya çıkabilir<sup>89</sup>.

*Hart*, *Dworkin*'in hukuki yükümlülüklerin birer ahlaki yükümlülük olduğuna dair bu açıklaması hakkında tatmin olmamıştır. Bir kere hukuk açık olduğunda yani bir zor dava söz konusu olmadığında *Dworkin*'in görüşlerinin hukuki pozitivistlerin görüşlerinden bir farkı kalmamaktadır. Zor bir dava söz konusu olduğunda ise yasanın kötü olduğundan söz edilip en baştan sahip olunan bir ahlaki haktan neşet etmiş bir hukuki hakka dayanarak kötü yasanın uygulanmaması yoluna gidilmesi mümkün değildir. Çünkü adaletsizlik bu zor dava ile ortaya çıkmıştır ve bu ilk durum olduğu için benzer durumlarda benzer muamele edilmesi ilkesinin burada uygulama bulma imkânı bulunmamaktadır. Sonuç olarak *Hart*'a göre *Dworkin*'in hukuka enjekte etmeye çalıştığı ahlaki bileşen kafa karıştırıcıdır ve boş bir süs ekliyor gibi görünmektedir<sup>90</sup>.

## 2. Raz'ın yükümlülük anlayışına yönelik eleştirisi

*Hart*'a göre *Raz*'ın hukuki yükümlülüklerin ahlaki yükümlülüklerle aynı anlama sahip olduğu ve hukuki yükümlülüklerin bir ahlaki yükümlülük türü olduğu yönündeki iddiası iki yönden kusurludur. Birincisi *Raz* yargıçların hukuku belirleme ve uygulama ödevlerini nasıl betimlediklerine dair gerçekçi olmayan bir tablo sunmaktadır. İkincisi hukuki normatif önermelere ilişkin bilişsel açıklaması yanlıştır. Bu iki hareket noktası *Raz*'ın hukuki yükümlülüklerle ilişkin hatalı bir sonuca ulaşmasına yol açmıştır<sup>91</sup>. Takip eden paragraflarda *Hart*'ın bu iddialarının temelleri ortaya konulacaktır.

*Raz*'ın normatif ifade türlerine ilişkin analizinde *bir bakış açısından* normatif ifadeler hariç tutulup *bağımlı* ve *bağımsız* normatif ifadeler mercek altına alındığında, bir normatif ifadede yer alan ilkeler ifade sahibi tarafından bir davranış rehberi ve davranışlarının değerlendirilmesinde bir ölçüt olarak kabul ediliyorsa bu normatif ifade bağımlıdır. İfade sahibi söz konusu ilkeleri benimsemiyorsa bağımsız bir normatif ifade söz konusu olacaktır<sup>92</sup>. Bunun anlamı normatif ifadelerin ifadeyi dile getiren konuşmacı açısından ya samimi ya da samimi olmayan bir biçimde dile getirilebileceğidir. Bir konuşmacı herhangi bir ifade kullandığında ya kullanmış olduğu ifadenin ahlaken ya doğru olduğuna inanarak ya da inanmayarak konuşmaktadır. Bu noktada *Hart*'ın içsel bakış açısı ve dışsal bakış açısı ayrımı ve resmi

<sup>87</sup> Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, 272.

<sup>88</sup> Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, 272-273.

<sup>89</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 152.

<sup>90</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 152.

<sup>91</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 158.

<sup>92</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 154. Hart, *Raz*'ın bağımlı ve bağımsız normatif ifadeler ayrımının yükümlülüklerin hukuki ve ahlaki bağlamlarda aynı anlama sahip olduğunu kabul eden görüş için prensipte başarılı bir açıklama olduğunu düşünmektedir. Ayrıca kendisi tarafından *The Concept of Law*'da geliştirilen hukuka dair dışsal ifadeler ve içsel ifadeler ayrımına da değerli bir katkı olduğunu düşünmektedir. Bkz. Hart, "Legal Duty and Obligation", 154-155.

görevlilerin ikincil kuralları içsel bakış açısından kabul etmelerinin bir hukuk sisteminin varlığı için bir gereklilik koşulu olduğu bilgisi ile *Raz*'ın bağımlı ve bağımsız normatif ifadeler ayrımı arasındaki ilişki analiz edildiğinde ikisi arasında benzerlik olduğu görülmektedir. Tanıma kuralı içsel bakış açısından kabul eden bir yargıç *Raz*cı terminoloji ile bağımlı normatif bir tutum sergilemektedir. Bu yargıcın hukuki hak ve ödevlere ilişkin normatif ifadeleri de bağımlı normatif ifade olmak durumundadır. Bağımlı ve bağımsız normatif ifadelerle ilişkin bu açıklamalar çerçevesinde *Hart*, *Raz*'ın bir yargıcın tanıma kuralını kabulünün onun ahlaken gerekçelendirilebilir olduğuna inanmasını ya da en azından inanıyormuş gibi bir rol yapmasını gerektirdiğini düşündüğünü belirtmektedir<sup>93</sup>. Oysa *Hart*'a göre bir yargıcın tanıma kuralını içsel bakış açısıyla benimsemiş olması onun otoritesini ahlaken de kabul etmesini gerektirmemektedir. İnsanların tamamı hukuk kurallarına ahlaken doğru olmadıklarını düşündükleri halde uyabilirler ve bu durum yargıçlar için de geçerlidir. Hukuka uymalarının çok farklı gerekçeleri olabilir<sup>94</sup>. Dolayısıyla *Hart*'a göre bir hukuk sisteminin varlığı açısından yargıçların tanıma kuralının ahlaken gerekçelendirilebilir olduğuna inandığı ya da inanıyormuş gibi yapmasına gerek yoktur. *Raz*'ın bu yöndeki açıklamasının haklar ve ödevler bakımından sonucu ise bir yargıcın hak ve ödevler hakkındaki ifadelerinin (samimi ya da göstermelik) ahlaki bir nitelik taşıdığı olacaktır<sup>95</sup>. *Hart*'a göre bu yükümlülük analizine hatalı bir biçimde ahlaki bir unsurun enjekte edilmesi niteliğindedir<sup>96</sup>.

*Hart*, *Raz*'ın yargıçların tanıma kuralını kabul etmesinin ahlaken gerekçelendirilmiş olduğuna inanması ya da inanıyormuş gibi yapması görüşünü benimsemesinin nedeninin bilişsel normatiflik açıklamasından kaynaklandığını ileri sürmüştür. Bu bilişsel açıklamaya göre bir kişinin yükümlülüğü olması, yükümlülük getiren kuralın gerektirdiği şekilde eylemde bulunması için bir sebebi olduğu anlamına gelmektedir. Yükümlülük çoğu zaman yükümlünün kendi çıkarları aleyhine başkalarının çıkarları lehine eylemde bulunmasını gerektirdiğinden, yükümlülüğün kaynaklanan eylem sebebi objektif niteliktedir ve dolayısıyla ahlaki sebeplerdir. Bu yüzden bir yargıç birilerine yükümlülük ya da ödev yükleyen hukuki ifadeler kullandığında ifadede geçen gerekliliğe uyulması için objektif ahlaki sebepler olduğuna inanması ya da inanıyormuş gibi yapması gerekmektedir. Bu durum yargıcın normatif beyanlarının ahlaki iddialar olduğu anlamına gelmektedir. *Hart* yükümlülük açıklamasına eklenen bu ahlaki unsurun yargıçların hukuku belirleme ve uygulama ödevlerini nasıl betimlediklerini gerçekçi olmayan bir biçimde resmettiğini düşünmektedir. *Raz*'ın bu hataya düşmesinin sebebi ise hukuka dair normatif önermeler için uygunsuz bir bilişsel açıklamaya istinat etmesidir<sup>97</sup>.

*Hart*'ın *Raz*'ın hukuki yükümlülük anlayışına karşı çıkması, esasında onun normativiteyi eylem sebepleri bakımından açıklayan görüşlerine ve yükümlülük hakkındaki bilişsel analizlerine katılmıyor olması nedeniyledir. *Hart* böyle bir teorinin koşulsuz bir ahlaki ödevin varlığını öne süren ahlaki yargılar için geçerli olabileceğini ancak söz konusu olan hukuki ödev ya da yükümlülük olduğunda bu teorinin başarısız olacağını düşünmektedir. Dolayısıyla böyle bir teorinin sonucu olan hukuki ve ahlaki bağlamlarda yükümlülüğün aynı anlama sahip olduğu iddiasının da reddedilmesi gerekmektedir. *Hart* ayrıca *Raz*'ın bilişselci açıklaması yerine bilişselci olmayan bir normativite açıklaması bağlamında hukuki yükümlülüklerin açıklanabileceğini savunmaktadır. *Hart*'ın savunduğu açıklamaya göre bir kişinin belirli bir eylemde bulunması gerektiğini ortaya koyan hukuki yükümlülük ifadesi, bu ifade ve benzerlerini düzenleyen türde hukuk kurallarına veya ilkelerine göre kuralın süjesinden bu eylemi gerçekleştirmesinin kendisinden uygun bir biçimde talep edilebileceği anlamına gelmektedir. Bir yargıcın hukuki yükümlülük bildiren ifadesi, tanıma kuralını kabul etmiş olduğu hukuk sisteminin bir

<sup>93</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 156.

<sup>94</sup> Hart, *The Concept of Law*, 203; H.L.A. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, ed. H.L.A. Hart (Oxford: Oxford University Press, 1982), 265.

<sup>95</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 157.

<sup>96</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 155.

<sup>97</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 157-158.

kuralı aracılığıyla bir yükümlülük tesis edildiği ve kendisinin de bunun gereğince eylemde bulunması gerektiği anlamına gelecektir ve *Raz*'ın terminolojisiyle söylersek bağımlı bir normatif ifadedir. Burada yargıcın belirli bir biçimde davranması gerekliliği herhangi bir objektif ahlaki sebepten değil *Hart*'ın terminolojisiyle ifade edilecek olunursa "otoriter hukuki sebep"ten kaynaklanmaktadır<sup>98</sup>. *Hart*'ın *Raz* üzerine bu eleştirileri hukuki ve ahlaki bağlamlarda yükümlülüğün aynı anlama sahip olduğu şeklindeki *Raz*çı açıklamayı da reddetmesinin gerekçesini oluşturmuştur<sup>99</sup>.

### C. Değişkenlik görüşü lehine argümanlar

*Hart*'ın hukuki ve ahlaki yükümlülük hakkındaki görüşleri ilk bakışta onun yükümlülük kavramının kullanıldığı bağlama göre farklı bir anlama geldiği şeklindeki değişkenlik görüşünü benimsediği şeklinde yorumlanmasına yol açmaktadır. Nitekim *Hart* açıkça yükümlülük kavramının hukuki ve ahlaki bağlamlarda farklı anlamlara sahip olduğunu belirtmiştir:

"Hukuki ve ahlaki hak ve ödevlerin zorunlu olarak ilişkili olmadıkları, hukuka dair normatif ifadenin ahlaki bir yargı biçimi gibi olmadığı ve hak, ödev ve yükümlülük ifadelerinin *aynı belirli özellikleri paylaşmalarına rağmen* hukuki ve ahlaki bağlamlarda farklı anlamlara sahip olduklarıdır. Bu benim kendi pozitivist görüşüm, ancak bu görüşümü ve görüşüme yapılan eleştirileri açıklamadan önce yükümlülük ve ödevin hukuki ve ahlaki bağlamlarda aynı anlama sahip olduğu fikrini korumaya çalışan iki sofistike modern teşebbüsü ele alacağım."<sup>100</sup>

*Hart*'ın atıfta bulunduğu iki sofistike modern teşebbüs *Dworkin* ve *Raz*'ın yükümlülük anlayışlarıdır ve bunlara dair *Hart*'ın görüşleri bir önceki başlıkta ele alınmıştır. Dikkat edilecek olunursa *Hart*'ın yükümlülüğün hukuki ve ahlaki bağlamlarda aynı anlama sahip olduğu iddiası için analiz ettiği iki yazar da (*Dworkin* ve *Raz*<sup>101</sup>) yükümlülük kavramının aslen ahlaki nitelikte bir kavram olduğunu ve hukuki yükümlülüğün de bir tür ahlaki yükümlülük olduğunu savunmuşlardır. Ancak yükümlülüğün kullanıldığı bağlamlarda aynı anlama sahip olduğu görüşünün yukarıda birinci bölümde genellik görüşü olarak izah ettiğimiz başkaca bir açıklamasının daha bulunduğunu hatırlamak faydalı olacaktır. Nitekim *Hart* yukarıdaki paragrafta dikkat edilirse hak, ödev ve yükümlülük ifadelerinin kullandıkları bağlamdan bağımsız olarak bazı aynı özellikleri paylaştığını düşünmektedir. Ancak bu benzerliklere rağmen yine de bu normatif terimlerin hukuki ve ahlaki bağlamlarda farklı anlamlara sahip olduğunu ileri sürmektedir. *Hart*'ın buna yönelik argümanları genellikle ahlakilik görüşünün çürütülmesi niteliğindedir. Buna mukabil genellik görüşü aleyhine bir argümanda bulunmamaktadır. Değişkenlik görüşü lehine bir yaklaşım olarak alıntılanan yukarıdaki paragraf bu hususlar da dikkate alınarak ele alınmalıdır.

<sup>98</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 159-160. Otorite hukuki sebep yükümlülük getiren hukuk kurallarının süjeleri için mutlak ve içeriğinden bağımsız bir sebep sunmaktadır. Genel olarak bkz. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons".

<sup>99</sup> *Hart*'ın bu ifadelerinden hukuki ve ahlaki yükümlülüğün tamamen ayrı anlamlara sahip olduğu şeklinde bir görüşü benimsediği çıkarılmamalıdır. *Hart* burada yükümlülüğü ahlaka özgü bir kavram olarak gören ve bu çerçevede hukuki yükümlülük ile ahlaki yükümlülüğün anlam özdeşliğini savunan bir yaklaşıma eleştiri getirmektedir. *Raz*'ın *Hart*'ın eleştirilerine verdiği cevaplar ve ahlakilik görüşünü savunuşu için bkz. *Raz*, "Hart on Moral Rights and Legal Duties", 129-131.

<sup>100</sup> Hart, "Legal Duty and Obligation", 146-147.

<sup>101</sup> Örneğin *Hart*'ın *Raz*'ın yükümlülük yaklaşımını eleştirirken ve yükümlülüğün aslen ahlaki nitelikte olduğu ve hukuki yükümlülüğün ahlaki yükümlülüğün bir türü olduğu iddiasını reddederken "...burada eleştirilen yükümlülük ve ödevin hukuki ve ahlaki bağlamlarda aynı anlama geldiği doktrini..." ifadelerini kullanmaktadır. Dolayısıyla *Hart*'ın *Dworkin* ve *Raz* eleştirilerinde ahlakilik görüşünün yanı sıra genellik görüşünü de eleştirdiği sonucu ortaya çıkmamaktadır. Benzer bir müphemlik yine *Hart*'ın şu satırlarında görülmektedir:

"Elbette çoğu hukuk sistemindeki birçok yargıç ve birçok sıradan vatandaşın yasalara bu şekilde uymak için ahlaki bir yükümlülükleri olduğuna inanmaları ve bunu sıklıkla iddia ettikleri doğrudur ve bu doğru olmadıkça ve genellikle doğru olduğuna inanılmadıkça, hukuk sistemleri şu anda olduğundan daha az istikrarlı olacaklardır. Bentham'ın bunları tatmin edici olmayan bir biçimde indirgemesi tuzaklarından kaçınarak hukuki yükümlülüğün kavramsal olarak ahlaki yükümlülüğün farklı olduğunu savunurken söylediğim hiçbir şey hukuk ve ahlak arasındaki bağ hakkında bu önemli fakat gördüğüm kadarıyla yine de olumsal gerçeklerle bir tutarsızlık içinde değildir." (*Hart*, "Legal Duty and Obligation", 160-161.)

*Hart*'ın değişkenlik görüşünü benimsediği *Timothy Endicott* tarafından dile getirilmiştir. Ona göre *Hart*'ın yükümlülük kavramına ilişkin değerlendirmelerinin normatif dile yaklaşımı kapsamında ele alınması gerekmektedir. Bilindiği üzere *Hart* normatif dili, felsefi yöntemi ve hukuk-ahlak ayrılığına ilişkin görüşü temelinde ele almaktadır. Hukuk-ahlak ayrılığı hukuki ve ahlaki yükümlülük arasında türsel bir ayrım olduğunu savunmasını gerektirmiştir. Bu bağlamda *Endicott*, *Hart* için "ought" ya da "must" gibi gereklilik bildiren bir ifade ya da "yükümlülük" veya "doğru" gibi normatif ifadelerin anlamı ahlak ve hukuk sahasında farklılık gösterdiğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte ona göre *Hart* sadece böyle bir farkın bulunduğunu söylemekle yetinmiştir. Bu kelimelerin anlamları hakkında bir şey söylememekte yalnızca insanların bu tür ifadeleri kullandığında bir tutum sergilediklerini belirtmektedir. Nitekim *Endicott*, *Hart*'ın İspanyol *Doxa* dergisine vermiş olduğu röportajda bir yükümlülük ifadesinin hukukta ve ahlakta farklı bir anlama sahip olduğunu 'hukuki ve ahlaki yükümlülüğün kavramsal olarak farklı olduğunu'<sup>102</sup> dile getirerek ortaya koyduğunu ancak bu anlam farkının temellerini izah etmediğini, bunun *Hart* için yalnızca metodolojik bir ön kabul olduğunu belirtmektedir<sup>103</sup>. *Endicott*'un bu değerlendirmesinden *Hart*'ın yükümlülük kavramının anavatanı konusunda değişkenlik görüşünü benimsediği, başka bir ifadeyle kavramın vatansız olduğunu savunduğu sonucu çıkmaktadır.

*Hart*'ın belirsizlik görüşünü benimsediği iddiası lehine olarak görülebilecek durumlardan bir diğeri ise hukukun ve hukuk terimlerinin tanımlanmasında yaşanan zorluğun en önemli sebebinin klasik tanım yöntemi olan *per genus et differentiam* yönteminin bu tür terimlere uygulanamıyor olmasından kaynaklandığı şeklindeki görüşleridir. Bu yöntem bir terimin onun ait olduğu cinsin ortak özelliklerini ve söz konusu terimin ait olduğu cins içinde hangi yönlerden farklılaştığını ortaya koyarak tanımlanmasını esas almaktadır. *Hart* bir hukuk tanımında bu yöntemin kullanılması için en olası dayanak noktasının hukuku genel davranış kuralları ailesinin bir parçası olarak görmek olacağını belirtmiştir. Ancak burada başka bir sorunla karşı karşıya kalınacaktır. Kural kelimesi de en az hukuk kelimesi kadar kafa karıştırıcı niteliktedir. Bu nedenle *Hart* "tanıdık, iyi anlaşılabilir, genel bir şeyin içinde özel, ikincil bir tür yerleştirmek için" burada zikredilen tanım yöntemini başarılı bir biçimde uygulamaktan ziyade daha temel bir şeyin gerekli olduğunu düşünmektedir<sup>104</sup>. *Hart*'ın hukukun tanımlanmasındaki zorluklar hakkındaki bu görüşlerindeki ana fikri yükümlülük kavramı ve onun türü olarak hukuki ve ahlaki yükümlülükler düşüncesine de uygulanabilir. Nitekim *Hart* da bu görüşü destekleyecek biçimde yükümlülük, hukuki yükümlülük ve ahlaki yükümlülük kavramları arasında aile benzeri bir ilişki olduğunu savunuyor görünmektedir<sup>105</sup>. *Per genus et differentiam* yönteminin hukuki terimlerin tanımlanmasında elverişsiz oluşunu izah ederken *Witgenstein*'in aile benzerliği kavramına atıfta bulunmuştur<sup>106</sup>. Bununla birlikte *Hart*'ın tanım meselesine ilişkin bu değerlendirmelerinin doğrudan onun değişkenlik görüşünü benimsediği yolunda bir kanıt olacağını söylemek kanaatimizce güç görünmektedir. Zira hukuki terimlerin tanımlanmasında yaşanan güçlükler benzer bir biçimde ahlaki terimlerin tanımlanmasında da yaşanacaktır. *Hart*'ın yükümlülük, hukuki yükümlülük ve ahlaki yükümlülük arasında aile benzerliği bulunduğu iddiası genellik görüşü aleyhine bir argüman olarak düşünülebilir ancak bu zayıf bir argüman olacaktır.

<sup>102</sup> Hart, "Entrevista a H.L.A. Hart" (Röportaj 1988), 345.

<sup>103</sup> Timothy Endicott, "Law and Language", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta (Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2016).

<sup>104</sup> Hart, *The Concept of Law*, 15.

<sup>105</sup> "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", *Michigan Law Review* 73/2 (1974), 444, dipnot 7. Makale yazarı söz konusu ihtimali zikretmekle birlikte *Hart*'ın genellik görüşünü benimsediğini düşünmektedir: "...*Hart* hukuki ve ahlaki yükümlülüğü aynı cinsin farklı türleri olarak görmektedir." Bkz. "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", 444.

<sup>106</sup> Hart, *The Concept of Law*, 280, dipnot 8.

## D. Genellik görüşü lehine çıkarımlar

*Hart, The Concept of Law*'da *Austin*'in hukuk teorisine yönelik eleştirilerini sonlandırdıktan sonra kendi hukuk teorisini inşa etmeye başlarken genel bir yükümlülük fikrinden yola çıkmış ve yükümlülük fikrini uzun uzadıya ele almıştır. Genel bir yükümlülük kavramını ele almış olması onun genellik görüşü taraftarı olabileceği düşüncesini akla getirmektedir. Ayrıca hukuki ve ahlaki yükümlülük üzerine analizleri incelendiğinde yazarın yükümlülük kavramının anavatanı sorununa ilişkin genellik görüşünü benimsemesi gerektiği, en azından belirsizlik görüşüne göre genellik görüşünün *The Concept of Law*'ın kurgusuna daha uygun olduğu düşünülebilecektir. Bu ihtimale yönelik değerlendirmeler her bir husus ayrı başlıklarda irdelenecek şekilde ortaya konacaktır.

### 1. Genel yükümlülük idesi

*Hart*, temel eseri *The Concept of Law*'ın "Birincil ve İkincil Kuralların Birliği Olarak Hukuk" başlıklı beşinci bölümüne "Taze Bir Başlangıç" alt başlığı ile başlar<sup>107</sup>. *Austin*'in hukuk teorisindeki eksiklerin ortaya konduğu önceki bölümlerdeki hususlar bir yana bırakıldığında buyruk fikrini terk ederek kural fikri temelinde kendi teorisini inşa etmeye başlar. Bu bölümün ikinci başlığı "Yükümlülük İdesi"dir. *Hart* sonradan eklenen *Postscript* ile birlikte toplam iki yüz yetmiş altı sayfadan oluşan kitabının dokuz sayfasını yükümlülük fikrinin analizine ayırmıştır<sup>108</sup>. Bu, yükümlülük idesine hiç de azımsanmayacak bir yer ayrıldığını göstermektedir. *Hart* ayrıca yükümlülük idesinin kendi hukuk teorisinin temellerinin atılmasında son derece önemli olduğunu belirtmektedir. Bu hususlar dikkate alındığında *Hart*'ın genellik görüşü taraftarı olduğu ya da olması gerektiğini savunmak makul görünmektedir.

Genel anlamda yükümlülük kavramına ilişkin analizinde *Hart* bir kere her türden yükümlülüğün bir toplumsal kural tarafından yaratıldığını<sup>109</sup>, yükümlülüklerin ciddi bir toplumsal baskı ile desteklendiğini<sup>110</sup>, toplum üyelerince yükümlülük getiren kuralların toplumsal yaşamın sürdürülmesi için gerekli olduğuna inanıldığını yani bunların önemli olduğunun düşünüldüğünü<sup>111</sup> ve yükümlülüklerin çoğu zaman yükümlü için başkalarının lehine, kendi aleyhine olacak biçimde fedakârlık ve feragat gerektirdiğini<sup>112</sup> belirtmektedir. *Hart*, yükümlülüklerin tipik özelliklerini bu şekilde ortaya koyduktan sonra yükümlülük için gereken toplumsal baskı, fiziksel bir nitelik arz etmeye başlayınca bunun (en azından ilkel bir hukuk sistemi çerçevesinde) hukuki bir yükümlülük olduğunun söylenebileceğini ifade etmektedir. Hukuki yükümlülükleri hukuki olmayan yükümlülüklerden sadece fiziksel bir baskı uygulanıp uygulanmadığına bakarak tam olarak ayırt edemeyeceğimizi belirtmekle birlikte yine de kaba bir ayırım yapabileceğimizi belirtmektedir. Toplumsal baskı fiziksel bir yaptırım uygulaması niteliğinde olmayıp onaylamama, kınama ve benzeri genel nitelikli eleştirel tepkiler şeklinde olduğunda ise söz konusu olanın ahlaki bir yükümlülük olduğunu ifade etmektedir<sup>113</sup>. *Hart*'ın bu açıklamaları genel bir yükümlülük kavramının bulunduğu ve fiziksel baskı unsurunu içeren hukuki yükümlülüğün de onun bir türü olduğu değerlendirmesine son derece uyumlu görünmektedir.

Ancak bu görüşün savunulmasını zorlaştıracak *Hart*'ın *The Concept of Law* üzerine yapmış olduğu bir değerlendirmesi mevcuttur. *Hart* kendisi ile yapılan bir röportajda *The Concept of Law*'da gördüğü en önemli kusurun yükümlülük idesine ilişkin analizleri ile ilgili olduğunu kabul etmiştir. Ona göre yükümlülük hakkındaki analizlerindeki en önemli kusur, her neviden yükümlülüğü bir toplumsal grubun üyelerinin çoğunluğu tarafından davranış ve eleştiri rehberi olarak kabul edilen, kurala uyulması yönünde genel bir uyma talebi ve sapanlar için toplumsal baskı aracılığıyla sürdürülen

<sup>107</sup> Hart, *The Concept of Law*, 79.

<sup>108</sup> Hart, *The Concept of Law*, 82-91.

<sup>109</sup> Hart, *The Concept of Law*, 85.

<sup>110</sup> Hart, *The Concept of Law*, 86-87.

<sup>111</sup> Hart, *The Concept of Law*, 87.

<sup>112</sup> Hart, *The Concept of Law*, 87.

<sup>113</sup> Hart, *The Concept of Law*, 86. *Hart*'ın benzer yönde açıklamaları için bkz. Hart, *The Concept of Law*, 179-180.



toplumsal kurallardan kaynaklandığı iddiasıdır. Böylesi bir betimleme sadece birincil kurallardan oluşan ilkel bir hukuk sisteminin getirdiği yükümlülükler için isabetli olacaktır. Oysa birincil ve ikincil kuralların birleşiminden oluşan modern hukuk sistemlerinde açıktır ki yasama organı tarafından çıkarılan yasalar aracılığıyla yaratılan hukuki yükümlülükler toplumun üyeleri tarafından yukarıdaki betimlenen biçimde kabul edilmek durumunda değildir; ciddi bir toplumsal baskı ile desteklenmeyebilirler. Hatta söz konusu kural aleyhine toplumun çoğunluğu bir cephede birleşmiş olabilir. Ancak söz konusu hukuki yükümlülük, ikincil kuralları resmi görevlileri tarafından içsel bakış açısıyla kabul edilmiş yasalarca ortaya konulduğundan bu eksikliklerine rağmen yine de hukuki yükümlülük olarak adlandırılmaları uygundur ve mahkemeler bunları davalarda dikkate alacaktır. Hukuki yükümlülükler dair bu açıklama *The Concept of Law*'da bulunmadığından Hart bunun bir eksiklik olduğunu kabul etmiştir. Bu özeleştiride bulunduktan sonra yükümlülük analizinde iyileştirme girişiminde bulunmuştur. Buna göre Hart basit bir toplum tipinde dahi yükümlülüğün temel özelliğinin genel bir toplumsal baskı ve uyma talebiyle desteklenmesi değil, ihlallere karşı meşru birer tepki olduğunu belirtmiştir. Böylelikle yükümlülük idesinin temel unsuru, ihlal edilmeleri halinde gösterilen tepkinin meşru olduğudur<sup>114</sup>.

*Hart*'ın bu yeni yükümlülük idesi betimlemesi esasında kural ve alışkanlık farkına ilişkin yaptığı değerlendirmelerde tespit ettiği hususlardan biri ile benzerlik göstermektedir. *Hart* toplumsal kuralların alışkanlıklardan ayırt edilmesini sağlayan özelliklerinden birisi olarak kuralların ihlal durumlarını eleştirmek için iyi bir sebep sunduğunu ifade etmektedir. Bu çerçevede bir kural söz konusu olduğunda ihlale yönelik eleştiriler meşru ya da haklı kabul edilmektedir<sup>115</sup>. Bu benzerlik dikkate alındığında *Hart*'ın yükümlülük analizi ile kurallara dair analizi arasında bir fark kalmamış olacaktır. *Hart*'ın bir şekilde yükümlülük idesinden toplumsal baskı unsurunu ayıklamaya çalıştığı görülmektedir ancak bu çabası onun *The Concept of Law*'daki "yükümlülük idesi" başlığını taşıyan bölümdeki savlarını büyük oranda boşa düşürmektedir ve ayrıca yeni açıklamanın bu bölümdeki açıklamadan ne derece iyi bir yükümlülük açıklaması olduğu da şüpheli görünmektedir. Bu haliyle "yükümlülük idesi" başlıklı bölümün ve kurallara yönelik açıklamasının yükümlülük kavramını analizi edebilmek için birtakım tutarsızlıklar barındırdığı, tamamen iki farklı yükümlülük açıklaması sunduğu ve *Hart*'ın hangisini tercih ettiğinin açık olmadığı şeklindeki eleştirileri de haklı çıkarmaktadır<sup>116</sup>. Açıkçası *Hart* eğer *The Concept of Law*'daki "yükümlülük idesi" başlığındaki iddialarından tümüyle vazgeçiyorsa onun yükümlülüğün anavatanı problemine dair genellik görüşü lehine en kuvvetli argümanı da ortadan kalkmış olacaktır. Ne var ki bu hususta da *Hart*'ın net bir tavır sergilemediği ve bu yeni yükümlülük açıklamasını beyan ettiği tarihten sonraki *The Concept of Law*'ın baskılarında bu başlığın aynen muhafaza edildiği dikkate alındığında bu başlık altındaki iddialarının yine de *Hart*'ın hukuk teorisinin ve yükümlülük açıklamasının bir parçası olduğunu düşünmek makul görünmektedir.

## 2. Hukuki ve ahlaki yükümlülükler

*Hart*, hukuki ve ahlaki yükümlülüklerin pek çok yönden benzerlikler taşıdığını ancak aralarında farkların da bulunduğunu düşünmektedir. Her iki yükümlülük türü de yükümlü için kendi rızasından bağımsız olarak bağlayıcı olmaları, yükümlülüğe uyulması için toplumsal baskı ile desteklenmiş olmaları yönünden benzerdir. Her iki yükümlülük biçimine uygun davranış genelde toplumca övgü vesilesi olarak görülmeyip toplumsal yaşama bir katılım olarak değerlendirilmektedir. Her iki yükümlülük türü de toplumun gerçek ya da varsayılan ihtiyaçları çerçevesinde şekillenmiştir; bu bağlamda benzer davranışların yapılması ya da yapılmasından kaçınılmasını gerektirmektedirler. Örneğin insanlara ya da

<sup>114</sup> Hart, "Entrevista a H.L.A. Hart", 343-344.

<sup>115</sup> Hart, *The Concept of Law*, 55-56.

<sup>116</sup> Söz konusu eleştiri için bkz. Roscoe E. Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", *The Yale Law Journal* 80/1 (1970), 58-60.

insanların malvarlıklarına zarar verilmemesi gerekliliği, dürüstlük ve doğruluğa ilişkin gereklilikler genellikle bir toplumun üyelerinin hem hukuki hem de ahlaki yükümlülükleri arasındadır<sup>117</sup>.

Bununla birlikte her iki yükümlülük türü arasında farklar da bulunmaktadır. *Hart* hukuk ve ahlak kuralları arasındaki klasik ayrımın hukukun dışsal, ahlakın içsel nitelikte olduğu iddiasına dayandığını buna mukabil bu dayanağın hukuk ve ahlak kuralları arasındaki ayrımı tam olarak gerçekleştirmediğini ve yanıltıcı olabileceğini düşünmektedir. Ancak hukukun dışsal ahlakın ise içsel olduğuna dair bu ayrım tamamen temelsiz de değildir. O yüzden *Hart* bu ayrımı bütünüyle reddetmek yerine bu ayrımın bize sunduğu belirsiz yanıtı daha tatmin edici bir açıklama ile desteklemek istemiştir<sup>118</sup>. *Hart*, ahlak kurallarının diğer tüm toplumsal kurallardan farklı olan dört özelliği bulunduğunu iddia etmektedir. Hukuk kuralları ve ahlak kurallarını bu dört özellik bakımından kıyaslamıştır: 1) Herhangi bir ahlaki kuralın temel özelliklerinden birisi, sürdürülmesinin büyük bir önem taşıdığı düşünülmesidir<sup>119</sup>. Oysa hukuk kuralları söz konusu olduğunda önemli olduğunun düşünülmesi ahlak kurallarında olduğu kadar gerekli değildir. Toplumun geneline bir hukuk kuralının sürdürülmesinin önemsiz olduğu düşünülebilir ancak bu kural resmen yürürlükten kaldırılmadıkça bir hukuk kuralı olarak varlığını sürdürecektir<sup>120</sup>. 2) Bazı istisnaları olmakla birlikte hukuk kuralları yasama organı tarafından bilinçli bir biçimde yaratılmakta, değiştirilebilmekte ve yürürlükten kaldırılabilir. Oysa ahlak kuralları belirli şartlar çerçevesinde ortaya çıksa değişse ve ortadan kalksa bile bu süreçlere bir bilinç eşlik etmemektedir; başka bir ifadeyle ahlak kuralları bilinçli olarak değiştirilemez<sup>121</sup>. 3) Ahlaki yükümlülükler aykırı davranışta bulunan bir kişi bu davranışı istemeden ve alması gereken her türlü tedbiri almış olmasına rağmen gerçekleştirmek durumunda kaldığını kanıtlarsa herhangi bir ahlaki sorumluluğu olmayacaktır. Bu değerlendirme hukuki yükümlülüklerle ilgili olarak da çoğu zaman yapılabilir. Ancak ahlak değil de hukuk söz konusu olduğunda niyetin kesin olarak kanıtlanmasının zorluğu göz önüne alınarak kişilerin ihlal niteliğindeki davranışları için normal ya da makul bir insanın alabileceği önlemler alınmadığı gerekçesiyle hukuken sorumlu bulunduğu sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca hukukta kusursuz sorumluluk durumları da bulunmaktadır Dolayısıyla hukuki sorumluluk ve ahlaki sorumluluktan daha kapsamlı olabilmektedir<sup>122</sup>. 4) Ahlaki yükümlülük söz konusu olduğunda uygulanan tipik toplumsal baskı, yükümlü olan kişi de dâhil olmak üzere toplumsal grup üyelerinin paylaştığı varsayılan ahlak kuralına duyulan saygı ile temellenmektedir. Oysa hukuki yükümlülükler için uygulanan tipik toplumsal baskı fiziksel ceza tehditleri ya da yükümlü tarafından hoş karşılanmayacak başka birtakım sonuçlar şeklindedir<sup>123</sup>.

*Hart*'ın hukuki ve ahlaki yükümlülükler arasında ortaya koymuş olduğu bu benzer ve farklı yanlar dikkate alındığında, yükümlülük anlayışında hukuki ve ahlaki yükümlülüklerin bazı ortak özellikleri paylaştığı ve bazı özellikler yönünden ise birbirlerinden farklılaştıkları görülmektedir. Başka birisi için hukuki ve ahlaki yükümlülükler arasındaki farkları uzun uzadıya ele almış olması onun değişkenlik görüşünü benimsediği şeklinde bir yorum yapmasına neden olabilir. Ancak bize göre açıkçası bu tablo da yükümlülüğün anavatanı problemine dair genellik görüşü ile uyumlu görünmektedir. Çünkü hatırlanacak olursa genellik görüşü hukuki ve ahlaki yükümlülüğün yükümlülük idesinin birer türü olduğu iddiasını taşımaktadır. Bu bakımdan her iki tür de yükümlülük idesinin özelliklerini taşımakta ancak kendine has özellikleri itibarıyla birbirinden farklılaşmaları genellik görüşü için problem teşkil etmeyecektir.

<sup>117</sup> Hart, *The Concept of Law*, 172. "Ahlaki yükümlülük ve ödev kuralları ... ortak kelime dağarcıklarının tesadüf olmadığını gösterecek kadar çarpıcı benzerliklere sahiptir." Bkz. Hart, *The Concept of Law*, 172.

<sup>118</sup> Hart, *The Concept of Law*, 172-173.

<sup>119</sup> Hart, *The Concept of Law*, 173.

<sup>120</sup> Hart, *The Concept of Law*, 175.

<sup>121</sup> Hart, *The Concept of Law*, 175.

<sup>122</sup> Hart, *The Concept of Law*, 178.

<sup>123</sup> Hart, *The Concept of Law*, 179-180.

## Sonuç

*Hart* yükümlülük kavramının anavatanı problemine ilişkin cevaplardan ahlakileştirme görüşünü açıkça reddetmiştir. *Dworkin* ve *Raz*'ın yükümlülük anlayışlarına yönelik eleştirilerinden bu sonuca rahatlıkla ulaşılabilmektedir. Ahlakilik görüşünü reddettiği dikkate alındığında geriye iki seçenek kalmaktadır. *Hart* ya belirsizlik görüşünü ya da genel görüşü savunmaktadır. Çoğu kişi *Hart*'ın belirsizlik görüşünü savunduğunu düşünmektedir. Nitekim *Hart*'ın da buna dair açık ifadeleri söz konusudur. Bununla birlikte söz konusu görüşü *Hart*'a ait olarak sunmakta birtakım problemler de bulunmaktadır. *The Concept of Law*'da yükümlülükle ilgili analizleri dikkate alındığında *Hart*'ın belirsizlik görüşünü değil de genel görüşü benimsediği şeklinde bir kurgu ortaya koyduğu düşünülebilmektedir. Nitekim *Hart* önce genel bir yükümlülük fikri ortaya koyar. Sonra hukuki yükümlülüğün nasıl ortaya çıktığını ve ahlaki yükümlülüğün nasıl ayırt edilebileceğini izah eder. Ancak kilit nokta *Hart*'ın bu kavramlar arasında aile benzerliği ilişkisi bulunduğu şeklindeki iddiasıdır. Kavramlar arasında genel bir sınıf ve onun türleri olarak nitelendirilmelerini sağlayacak bir ilişki bulunmamaktadır. Ancak bu kavramların birbirleriyle bütünüyle ilişkisiz olduğu da söylenemez. Bu noktada *Hart*'ın belirsizlik görüşü ve genel görüş arasında bir yerde kararsız bir pozisyonda kaldığı görülmektedir.

*Hart*'ın bu net olmayan tavrının konu hakkında kalem oynatan çoğu akademisyenin *Hart*'ın hangi görüşün taraftarı olduğunu belirlemekten kaçınmasında<sup>124</sup> rolü olduğunu düşünmek makul görünmektedir. Bu çalışmanın II. bölümünün 3 ve 4 numaralı başlıklarında ortaya konmaya çalışıldığı üzere *Hart*'ın hem değişkenlik hem de genellik görüşünü destekleyen ifadeleri bulunmaktadır. Esasında *Hart* açıkça hukuki ve ahlaki yükümlülüğün farklı anlamlar ifade ettiğini belirtmiştir. Bu ifadesi değişkenlik görüşünü destekler niteliktedir. Ancak bu açık ifadesine rağmen *Hart*'ın genel yükümlülük kavramına ilişkin değerlendirmelerde bulunması ve bu değerlendirmelerini hukuk teorisinin temeli, başlangıç noktası olarak tarif etmesi soru işaretlerini gündeme getirmektedir. Eğer hukuki yükümlülükler diğer yükümlülük türlerinden kavramsal olarak bağımsızsa bir hukuk teorisinin inşasında genel yükümlülük idesine niçin başvurulmaktadır? Genel yükümlülük idesi bu derece önemli ise hukuki yükümlülükler niçin genel bir yükümlülüğün bir türü olarak düşünülemez? Genel anlamda yükümlülüklerin ihlal durumu için fiziksel cebir kullanımı öngörülmesi halinde hukuki sahaya geçiş yapıldığı iddiasını da dile getirdiği düşünüldüğünde *Hart*'ın *The Concept of Law*'da genellik görüşü lehine olarak yorumlanabilecek bir hayli argüman sunduğu rahatlıkla söylenebilecektir.

Sonuç olarak *Hart* bizzat yükümlülük kavramının ana vatanına dair üç farklı yaklaşım olduğunu belirtmiş olmasına rağmen bunlardan yalnızca birini ahlakilik görüşünü açıkça reddetmekte, değişkenlik ve genellik görüşleri arasında hangisini benimsediği hususunda ise tereddütlerin doğmasına neden olacak biçimde fikirlerini ortaya koymaktadır. Oysa belirsizlik görüşü taraftarı olduğunu açıklamış olmasına rağmen *The Concept of Law*'ın yapısı dikkate alındığında genellik görüşünü benimsemiş olsa kendisi adına tutarlı bir adım atmış olabilirdi. Başka bir ifadeyle genellik görüşü *Hart*'ın özellikle *The Concept of Law*'da ana hatlarını belirlemiş olduğu hukuk teorisi ile belirsizlik görüşüne kıyasla daha uyumlu görünmektedir. *Hart* ise genellik görüşüne yönelik ciddi eleştirilerde bulunmamış ancak bu görüşü benimsediğini gösteren bir ifade de kullanmamıştır. Kanaatimce kavramın ait olduğu sahanın neresi olduğunu net bir biçimde belirleyememiş olması yazar açısından yükümlülük kavramının analizine ilişkin olarak içerisine düştüğü bir çelişki olarak görünmektedir.

<sup>124</sup> Wodak, "What Does 'Legal Obligation' Mean?", 791, dipnot 2.

## Kaynakça

- Arıkan, Engin. *Sert Pozitivizm*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Basım, 2019.
- Bentham, Jeremy. *Ahlak ve Yasama İlkeleri*. çev. Ömer Saruhanlıoğlu - Uğur Kaşif Boyacı. Litera Yayıncılık, 2017.
- Berteau, Stefano. *A Theory of Legal Obligation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. <https://doi.org/10.1017/9781108566216>
- Coleman, Jules L. "The Architecture of Jurisprudence". *The Yale Law Journal* 121/1 (2011), 2-80.
- Cotterrell, Roger. *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*. çev. Saim Üye. İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2018.
- Dworkin, Ronald. *Hakları Ciddiye Almak*. çev. Ahmet Ulvi Türkbağ. İstanbul: Dost Kitabevi, 2007.
- Endicott, Timothy. "Law and Language". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. ed. Edward N. Zalta. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2016. <https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/law-language/>
- Essert, Christopher. "A Theory of Legal Obligation". *The Legacy of Ronald Dworkin*. ed. Wil Waluchow - Stefan Sciaraffa. 245-270. Oxford University Press, 2016. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780190466411.003.0011>
- Greenberg, Mark. "The Moral Impact Theory of Law". *The Yale Law Journal* 123/5 (2014), 1288-1342.
- Gülgeç, Yahya Berkol. *Normativite ve Pozitivizm*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Gülgeç, Yahya Berkol. *Otorite, Hukuk ve Liberalizm: Joseph Raz'ın Felsefesine Giriş*. ed. Ertuğrul Uzun. Zoe Kitap, 2023.
- Güneş, Fatih. "Jeremy Bentham'ın Gerçek ve Kurgusal Varlıklar Teorisi ve Hukuki Terimlerin Açıklanması". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/1 (05 Şubat 2024), 247-272.
- Hart, H. L. A. "Entrevista a H.L.A. Hart". <https://www.cervantesvirtual.com/obra/entrevista-a-hla-hart-0/>
- Hart, H. L. A. "Legal and Moral Obligation". *Essays in Moral Philosophy*. ed. A. I. Melden. 82-107. Seattle, ABD: University of Washington Press, 1958.
- Hart, H. L. A. "Legal Duty and Obligation". *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*. ed. H. L. A. Hart. 127-161. Oxford: Oxford University Press, 1982.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 3. Basım, 2012.
- Hart, H.L.A. "Commands and Authoritative Legal Reasons". *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*. ed. H.L.A. Hart. 243-268. Oxford: Oxford University Press, 1982.
- Hill, Roscoe E. "Legal Validity and Legal Obligation". *The Yale Law Journal* 80/1 (1970), 47-75.
- Himma, Kenneth Einar. "The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation". *Ratio Juris* 26/1 (2013), 16-46. <https://doi.org/10.1111/raju.12001>
- Holmes, Oliver Wendel. "Hukukun İstikameti". çev. Berk Özçelik. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/1 (26 Mayıs 2022), 559-579.

- Holton, Richard. "Positivism and the Internal Point of View". *Law and Philosophy* 17/5/6 (1998), 597-625.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1. Basım, 1945.
- Kramer, Matthew H. *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.
- Kramer, Matthew H. "Requirements, Reasons, and Raz: Legal Positivism and Legal Duties". *Ethics* 109/2 (1999), 375-407. <https://doi.org/10.1086/233899>
- Kratzer, Angelika. "What 'Must' and 'Can' Must and Can Mean". *Linguistics and Philosophy* 1/3 (01 Ocak 1977), 337-355. <https://doi.org/10.1007/BF00353453>
- Mill, John Stuart. *Faydacılık*. çev. Gökhan Murteza. Pinhan Yayıncılık, 2017.
- Oladosu, Adejare. "H.L.A. Hart on Legal Obligation". *Ratio Juris* 4 (1991), 152-176.
- Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon press, 1995.
- Raz, Joseph. *From Normativity to Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Raz, Joseph. "Hart on Moral Rights and Legal Duties". *Oxford Journal of Legal Studies* 4/1 (1984), 123-131.
- Raz, Joseph. *Otorite ile Yorum Arasında Hukukun Doğası*. çev. Ertuğrul Uzun. Fol Kitap, 2022.
- Raz, Joseph. *Özgürlük Ahlakı*. çev. Gürkan Özturan. Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, 2016.
- Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press, 2. Basım, 1990.
- Raz, Joseph. "Promises and Obligations". *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A Hart*. ed. P. M. S. Hacker - Joseph Raz. Oxford, New York: Oxford University Press, 1977.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. New York: Oxford University Press, 2009.
- Raz, Joseph. "The Purity of the Pure Theory". *Revue Internationale de Philosophie* 35/138 (4) (1981), 441-459.
- Stavropoulos, Nicos. "Legal Interpretivism". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2021). ed. Edward N. Zalta. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/law-interpretivist/>
- Uyanık, Halit. *Hukukun Otoritesi, Joseph Raz'da Otorite Olarak Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Basım, 2014.
- White, Patricia D. "Law and Moral Obligation". ed. Joseph Raz. *The University of Chicago Law Review* 49/1 (1982), 249-257. <https://doi.org/10.2307/1599444>
- Wodak, Daniel. "What Does 'Legal Obligation' Mean?" *Pacific Philosophical Quarterly* 99/4 (2018), 790-816.
- vLex. "DeFunis v. Odegaard". Erişim 03 Haziran 2024. <https://case-law.vlex.com/vid/defunis-v-odegaard-no-890294107>
- "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation". *Michigan Law Review* 73/2 (1974), 443-458.

## **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Actio Popularis: Çevre Kirliliği ve İklim Değişikliği Bağlamında Bir Değerlendirme

*Actio Popularis in the Judgments of the European Court of Human Rights: An Evaluation in the Context of Environmental Pollution and Climate Change*

Serkan Ekiz<sup>1</sup>   
Cansu Koç Başar<sup>2\*</sup> 

<sup>1</sup> Dr. Öğretim Üyesi,  
Dokuz Eylül Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi,  
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı  
serkan.ekiz@deu.edu.tr

<sup>2\*</sup> Dr. Öğretim Üyesi,  
Dokuz Eylül Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi,  
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı  
cansu.koc@deu.edu.tr

\*Sorumlu Yazar/Corresponding Author

Geliş Tarihi/Received: 20.08.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 11.10.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
29.10.2024

**Öz:** Actio popularis, bireylerin veya birey gruplarının kamu yararına dava açabilmesine olanak tanıyan hukuki bir mekanizmayı ifade etmektedir. Bu bağlamda actio popularis, yaygın etkisi olan çevre kirliliği ve iklim değişikliği ile mücadelede, kolektif hak niteliği taşıyan çevre hakkının korunmasında ve sürdürülebilir bir geleceğin inşasında önemli bir rol oynayabilir. Actio popularis'in kuramsal çerçevesi ve bu bağlamda çevrenin korunması ile ilişkisi söz konusu düşüncenin temel dayanak noktasını oluşturmaktadır. Actio popularis'in çevreye ilişkin konular bakımından uygulama bulması halinde konu özelinde sağlanabilecek ilerlemenin yanı sıra kamu yararının etkin korunması, demokratik katılımın teşvik edilmesi gibi temel noktalarda da önemli avantajlar elde edilebilecektir. Bahsi geçen avantajlardan yola çıkılan bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin actio popularis'i çevre kirliliği ve iklim değişikliğine ilişkin konularda hangi sınırlarda kabul ettiğine ve gelecekte nasıl kabul edebileceğine odaklanılmaktadır. Bu noktada AİHM'nin Cordella ve Diğerleri v. İtalya kararı, Cangı ve Diğerleri v. Türkiye kararı ve Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v. İsviçre kararı yol gösterici nitelikte görülmüştür. Sözü edilen bağlamda yazılan bu çalışma, actio popularis'in çevre kirliliği ve iklim değişikliğine ilişkin konular kapsamında uygulanabilirliğinin sınırlarını tartışmayı amaçlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Actio Popularis, AİHM, Çevre Kirliliği, İklim Değişikliği, Sürdürülebilirlik

**Abstract:** Actio popularis refers to a legal mechanism that allows individuals or groups to file lawsuits in the public interest. In this context, actio popularis can play a significant role in combating widespread issues such as environmental pollution and climate change, protecting the collective right to a healthy environment, and building a sustainable future. The theoretical framework of actio popularis and its relationship with environmental protection will serve as the foundational basis for this study. Implementing actio popularis in environmental matters can achieve significant progress in the specific issues at hand, as well as provide essential advantages such as the effective protection of public interest and the promotion of democratic participation. Building on these advantages, this study focuses on the European Court of Human Rights (ECHR)'s acceptance of actio popularis in cases related to environmental pollution and climate change and how it might be accepted in the future. The ECHR's decisions in Cordella and Others v. Italy, Cangı and Others v. Turkey and Verein Klimasenioren Schweiz and Others v. Switzerland are considered as guiding cases in this context. This study aims to discuss the applicability and limitations of actio popularis in the context of environmental pollution and climate change.

**Keywords:** Actio Popularis, ECHR, Environmental Pollution, Climate Change, Sustainability

### Extended Abstract

Actio popularis is a legal mechanism that allows individuals or groups to file lawsuits in the interest of the public. This concept enables individuals and communities to exercise their legal rights to protect the public interest. Actio popularis is commonly defined as the "right to protect the public interest". This concept, which can be used in various contexts, is predominantly associated in the literature with

**Cite as (ISNAD):** Ekiz, Serkan – Koç Başar, Cansu. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Actio Popularis: Çevre Kirliliği ve İklim Değişikliği Bağlamında Bir Değerlendirme". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2) (2024), 831-868. <https://doi.org/10.56701/shd.1536366>

access to justice, precautionary measures, and the use of universal jurisdiction. *Actio popularis* can be referred to as a public lawsuit, as it represents a legal pathway allowing individuals or groups to file lawsuits in the public interest.

In modern legal systems, the implementation of *actio popularis* could make it possible to initiate public lawsuits, and the public participation achieved in this manner is argued to advance democracy and, furthermore, to correct it. *Actio popularis* could serve as a bridge between democracy and publicness, thereby protecting individual interests while also recognizing the solidarity between community and individual interests. Environmental rights, which refer to the right to live in a healthy environment, are considered a collective right, and *actio popularis* can play an important role in protecting this right.

The theoretical framework of *actio popularis* aims to protect the public interest by allowing individuals to legally intervene in environmental issues. Its relationship with environmental rights defines its role within environmental protection strategies. Environmental rights are recognized not only as individual rights but also as rights that serve the societal good, and *actio popularis* can be a significant tool in addressing environmental issues within this context.

*Actio popularis* is a legal mechanism that can be described as public lawsuits allowing individuals or groups to file lawsuits in the public interest. Therefore, the applicability of this mechanism is particularly noteworthy for defining the content of environmental rights and ensuring their effective protection. Environmental rights, by definition, not only guarantee individuals' right to live in a healthy environment but also aim to protect the environment and prevent environmental degradation, contributing to the construction of a sustainable future. Consequently, the protection of environmental rights requires collective effort beyond individual actions. To realize the collective nature of environmental rights, *actio popularis* can be utilized as an effective tool. The concept of collective rights or solidarity rights essentially demands the ability to act jointly in ensuring the public interest. The collective nature of environmental rights not only requires collective responsibility but also necessitates the ability to act collectively.

At this point, the fundamental issue will be related to standing to sue. The realization of public participation in the form of public lawsuits is related to the rationale of public participation beyond its conceptual meaning. If public participation is seen as a tool for information exchange and for correcting democracy, the application of *actio popularis* in matters related to environmental rights can be approached. Conversely, if the primary or sole purpose of public participation is perceived as the protection of individual civil rights, it will not be possible to observe or approach the application of *actio popularis*. In such cases, it is generally accepted that only individuals living in the relevant environment or those directly affected by environmental degradation have standing to sue.

The applicability of *actio popularis* in terms of environmental rights offers several advantages. This mechanism facilitates effective intervention against environmental degradation, contributing to the protection of the environment and thus the public interest. Through *actio popularis*, individuals and civil society organizations can actively participate in environmental protection efforts and engage actively in democratic processes. Additionally, the implementation of *actio popularis* will significantly increase public awareness about environmental issues.

However, it should not be overlooked that the application of *actio popularis* also carries risks, such as increasing the workload of courts and the potential misuse of the right. In this regard, the general approach of the European Court of Human Rights (ECHR) to environmental rights and example rulings related to the *actio popularis* can be instructive in understanding how this mechanism is applied and the challenges it faces.



In this context, the study examines the applicability of *actio popularis* in the ECHR decisions regarding environmental pollution and climate change. The study will first address the theoretical framework of *actio popularis*, and then focus on the connection between environmental protection and *actio popularis*. At this stage, potential outcomes of implementing *actio popularis* will be evaluated, with a focus on key issues such as the collective nature of environmental rights, the protection of the public interest, ensuring democratic participation, and the risks associated with increasing the workload of courts and misuse of the right.

Subsequently, the study will assess the ECHR's general approach to *actio popularis*. This will include a review of sample judgments that reflect the ECHR's general stance on *actio popularis*. The analysis will then focus on three cases that suggest differing ECHR attitudes towards *actio popularis* in the context of environmental pollution and climate change: *Cordella and Others v. Italy*, *Cangi and Others v. Türkiye* and *Verein Klimasenioren Schweiz and Others v. Switzerland*.

## Giriş

Günümüz hukuk sistemlerinde, dava açma hakkı genellikle kişisel bir zarara ya da doğrudan bir menfaat ihlaline dayanmaktadır. *Actio popularis* uygulaması ise modern hukuk sistemlerinin sözü edilen anlayışından belirgin bir şekilde farklılık gösterir. Nitekim *actio popularis* uygulaması, herhangi bir bireyin ya da birey grubunun kamu yararına aykırı bir durumun düzeltilmesi için dava açabilmesine olanak tanınması anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım, bireysel zarar veya doğrudan menfaat gereksinimini aşarak toplumun genel çıkarını koruma amacına yönelir. Bu açıdan ele alındığında *actio popularis*, bireylerin veya birey gruplarının kamu yararına dava açabilmesine olanak tanıyan bir hukukî mekanizma olması dolayısıyla çevre kirliliği ve iklim krizi ile mücadelede kullanılabilir etkili bir yol olarak dikkat çekici niteliktedir. Bir başka deyişle, *actio popularis*, çevrenin korunması, insan hakları ihlallerinin veya kamu düzenine yönelik tehditlerin önlenmesi gibi geniş kapsamlı meselelerde toplumsal adaletin sağlanmasında önemli bir rol oynayabilir. Çevre hakkı içeriği itibarıyla, bireylerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını güvence altına aldığı gibi çevre kirliliği ve çevresel tahribatın önlenmesi yoluyla sürdürülebilir bir gelecek inşasını da amaçlamaktadır. Dolayısıyla çevre hakkının korunması, bireyleri aşan ve kolektif çaba gerektiren çok yönlü bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. *Actio popularis*'i çevrenin korunması bakımından etkili ve önemli kılan da çevre hakkının bu kolektif boyutudur.

Çevre hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS ya da Sözleşme) kapsamında güvence altına alınan haklardan birisi değildir. Sözleşme'nin çevre hakkına yer vermemiş olmasının nedeni, AİHS'nin hazırlandığı ve imzalandığı tarihlerde çevre hakkının henüz gelişmemiş olmasıdır. Çevre hakkı, süreç içerisinde kabul edilen Sözleşme Ek Protokolleri ile de düzenlenmemiştir; ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM ya da Mahkeme), verdiği kararlarda Sözleşme'deki bazı haklar ile çevrenin korunması arasında kurduğu ilişkiler yolu ile bu eksikliği gidermiş ve içtihat yolu ile devletlere çevreyi koruma yönünde pozitif bir yükümlülük getirmiştir. Mahkeme kararlarına göre çevrede meydana gelen kirlilik ve zarar, bireyin bedensel ve ruhsal sağlığını ve dolayısı ile yaşamını etkilediği nispette, Sözleşme'nin de ihlaline neden olmaktadır. Mahkeme'nin içtihat yolu ile geliştirdiği bu yeni yaklaşım, bireysel başvurularda hem kabul edilebilirlik aşamasında hem de esas yönünden yapılan incelemelerde alışıldık yöntem ve kararlardan bazı sapmaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Konusu çevre kirliliği ve iklim değişikliği olan başvurularda gözlemlenen bu sapmanın özel bir görünüm şekli olarak Mahkeme'nin başvuru sahiplerinin "mağdur sıfatına" sahip olup olmadığı değerlendirmesi ve dolayısıyla başvurunun kabul edilebilir olup olmadığını belirlerken sergilediği klasik yaklaşımındaki sapma, bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

Bahsi geçen kapsamdaki başvurularda başvuru sahipleri, çevreyi kirleten bazı faaliyetlerin ya da sera gazı salınımının neden olduğu iklim değişikliklerinin kümülatif ve sınır aşan etkilerine maruz kaldıklarını

ve bu durumun Sözleşme'nin yaşam hakkını güvence altına alan 2. maddesi ile özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını güvence altına alan 8. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedirler. Bu başvurularda Mahkeme'nin karşılaştığı öncelikli sorun, başvuruçuların çevre kirliliğinin ve iklim değişikliğinin "mağduru" olup olmadıklarının tespit edilmesidir.

Bu nedenle bu çalışma, sorunun çözümü için, belirli sınırlar dâhilinde, *actio popularis* yasağını kabul eden AİHM'nin çevre kirliliği ve iklim değişikliği konularındaki kararlarında *actio popularis*'in uygulanabilir olduğunu ileri sürmektedir. Çalışmada öncelikle *actio popularis*'in kuramsal çerçevesi genel olarak ele alınacak, ardından çevrenin korunması ile *actio popularis* bağlantısı üzerinde durulacaktır. Bu aşamada *actio popularis*'in uygulamaya geçirilmesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar değerlendirilecek ve çevre hakkının kolektif niteliği, kamu yararının korunması, demokratik katılımın sağlanması, mahkemelerin iş yükü ile hakkın kötüye kullanılması riskleri gibi temel konular üzerine odaklanılacaktır.

Çalışmanın devamında ise öncelikle Mahkeme'nin *actio popularis*'e genel yaklaşımı değerlendirilebilecektir. Bu bağlamda Mahkeme'nin *actio popularis*'e yönelik genel tutumunu ortaya koyan örnek kararları üzerinde durulacaktır. Ardından Mahkeme'nin *actio popularis*'e ilişkin genel yaklaşımından kısmen uzaklaştığı/uzaklaşabileceği izlenimi bırakan kararları değerlendirilecektir. Çalışmada son olarak ise Mahkeme'nin *actio popularis*'e ilişkin genel tutumunun farklılaşabileceği yönündeki fikri güçlendiren çevre kirliliği ve iklim değişikliği hakkındaki üç kararı -Cordella ve Diğerleri v. İtalya, Cangı ve Diğerleri v. Türkiye, Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v. İsviçre- analiz edilecektir.

## I. Actio Popularis'in Kuramsal Çerçevesi

### A. Genel olarak

*Actio popularis*'in tarihsel arka planı Roma Hukuku'na dayanmaktadır. Roma Hukuku'nda kamu yararı ve genel çıkar için veya başkası adına herhangi bir kişinin şikâyetinde bulunabileceği kabul edilmiştir<sup>1</sup>. Roma Hukuku'nda bireylerin kendi haklarını koruyabilmek için açtıkları davalara *actio privatae* denmektedir. Bundan farklı olarak *actio popularis* ise kamunun menfaatinin korunması üzere, yine bireyler tarafından açılan davalardır<sup>2</sup>. Bu yolla özellikle ceza hukuku kapsamında para cezası gerektiren bazı fiillerin *actio popularis*'in konusunu oluşturduğu görülmektedir. Roma Hukuku'ndaki uygulaması bakımından *actio popularis*'in, Roma *actio*'lar (davalar) sistemi içinde kamu menfaatinin korunması için *populus*'tan (halk) herhangi birinin harekete geçerek açabildiği ve belirli bir miktar olarak saptanmış para cezasının ödenmesini gerektiren bir dava türü olduğu söylenebilir<sup>3</sup>.

Söz konusu genel bakışın dışında Roma Hukuku sisteminde *actio popularis*'in farklı görünüşlerinin olduğunu da belirtmek gerekir. *Actio popularis* davalarının bazılarının *Populus Romanus*'un temsilcisi gibi hareket eden kişi ya da kişiler tarafından açıldığı görülmektedir. Böyle bir durumda davalı mahkûm edildiği takdirde, mahkûmiyete karşılık gelen para cezası devlet hazinesine bırakılmaktadır. Bununla beraber yüklendiği sorumluluğun ve yürüttüğü davanın karşılığı olarak ödenen paranın bir kısmı da davacıya verilmektedir. Diğer bazı *actio popularis* görünüşlerinde ise birey, bütün yurttaşlarla müşterek bir hakkı korumak üzere, bizzat kendi adına dava açmaktadır. Böyle bir davanın sonucunda davalının mahkûm edilmesi hâlinde ise mahkûmiyete karşılık gelen para cezası doğrudan davacıya verilmektedir<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Zaneta Poposka (Ed.), *Use of Actio Popularis to Cases of Discrimination* (Skopje: Helsinki Committee for Human Rights, 2016), 7.

<sup>2</sup> Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (İstanbul: Beta Yayınları, 1999), 264.

<sup>3</sup> Eşref Küçük, *Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 72.

<sup>4</sup> Umur, *Roma Hukuku*, 264-265.

Modern hukukta ise *actio popularis*, genellikle “kamu yararını koruma hakkı” olarak tanımlanmaktadır. Farklı içeriklerle kullanılabilen bu kavram literatürde baskın olarak adalete erişim hakkı, önlem alma ve evrensel yargı yetkisi kullanımı konuları ile ilişkilendirilmektedir. *Actio popularis*’in, halk davası olarak adlandırılmasının nedeni, bireylerin veya birey gruplarının kamu yararına dava açmalarına olanak tanıyan bir hukuk yolunu ifade ediyor olmasıdır<sup>5</sup>.

Doktrinde *actio popularis*’in günümüz hukuk sistemlerinde de tanınmasının kamusal katılımı artıracığı, artan katılım sayesinde ise demokrasinin gelişmesinin ve aksaklıklarının da giderilmesinin mümkün hâle geleceği ileri sürülmektedir<sup>6</sup>. Nitekim *actio popularis* kurumunun özü, başvuruçunun davanın sonucunda bir çıkarının olmamasıdır. Demokrasilerde *actio popularis*, kamusal katılımın en önemli araçlarından biri olabilir. Anayasal demokrasilerin barışçıl ve etkili bir şekilde işlemesinde, yurttaşların yasama faaliyetlerini etkileyebilecek anayasal gözlemleri önemli bir rol oynayabilir. Bu katılım biçimi, kamuoyunu ve ortak hareket etme duygusunu güçlendirebilir. Dolayısıyla *actio popularis*’in uygulanması, bir demokrasi kültürü oluşturma ya da onu güçlendirme iddiası da taşımaktadır<sup>7</sup>. Kısacası *actio popularis* sadece bir hukuk kurumu olmanın ötesine geçerek demokrasi ile kamusal katılım arasında kurduğu köprü sayesinde demokrasinin kurumsallaşmasını, tek tek bireysel çıkarlar ile topluluk çıkarları arasında bir denge kurulmasını ve bu iki çıkarın birbirini desteklemesini sağlayacaktır<sup>8</sup>. Bu anlamda *actio popularis*, kamu yararı olan konularda demokratik katılımın sağlanabilmesi ve bireyin kamusal katılımı aktif hâle getirebilmesi için de bir araç niteliği taşımaktadır.

Günümüz ulusal hukuklarında bireylerin yasaların iptali amacıyla dava açabilmesi ve bir anlamda *actio popularis* uygulamasının ulusal düzeyde karşılık bulması oldukça nadir görülen bir durumdur. Bununla birlikte bazı bölgelerde, örneğin Bavyera, Hırvatistan, Makedonya, Lihtenştayn, Malta, Karadağ, Sırbistan ve Slovenya gibi ülkelerde, bu tür davalar açılabilir. Bu süreci başlatabilecek kişiler ise anayasal sistemlerin farklılıklarına göre değişiklik göstermektedir. Örneğin, Litvanya’da sadece bir grup milletvekili veya hükümet yasaların anayasaya uygunluğunun denetimini başlatabilirken Estonya’da milletvekilleri bile böyle bir süreci başlatamaz. Öte yandan, bazı ülkelerde anayasal denetime erişim neredeyse sınırsızdır. Bu duruma, makul sürede karar verilmesini engelleyecek bir boyutta mahkeme iş yükü oluşması sebep gösterilerek sonlandırılan, fakat 1990 yılından Ocak 2012’ye kadar işleyen Macaristan’daki *actio popularis* sistemi örnek gösterilebilir<sup>9</sup>.

Görüldüğü üzere *actio popularis* uygulamasına yaklaşan birtakım hukukî mekanizmalara bazı ülkelerin yasalarında yer verilmektedir. Bu ülkelerde, genellikle kamunun bir ferdi olması dolayısıyla herhangi bir bireye ya da kamu adına hareket eden belirli gruplara, örneğin dernek ve sendika gibi sivil toplum kuruluşlarına böyle bir dava açma hakkı tanındığı söylenebilir<sup>10</sup>; ancak bu noktada *actio popularis*’in temsil davaları ve ortak davalar şeklinde adlandırılacak dava türlerinden ayrıldığı da özellikle belirtilmesi gerekir.

*Actio popularis*, bireylerin veya birey gruplarının tanımlanabilir somut şikâyet ve talepleri olmasa dahi kamu yararı doğrultusunda dava açmalarına imkân sağlamaktadır. Dolayısıyla *actio popularis*, temsil

<sup>5</sup> Farid Turab Ahmadov, *The Right of Actio Popularis before International Courts and Tribunals* (Oxford: St Anne’s College University of Oxford, A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy, 2017), V, 18; Cengiz Koçhisarlıoğlu - Özlem Söğütü, *Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Işık Tutan İlkeler, Kavramlar ve Digesta Metinleri* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 81.

<sup>6</sup> René Seerden - Michiel Heldeweg, “Towards a Ius Commune in Public Environmental Law? Report on the Conference on Comparative Environmental Law in the European Union, Maasricht 12-13 June 1997”, *European Environmental Law Review* (February 1998), 40.

<sup>7</sup> Fruzsina Gárdos-Orosz, “The Hungarian Constitutional Court in Transition—from Actio Popularis to Constitutional Complaint”, *Acta Juridica Hungarica* 53/4 (2012), 305.

<sup>8</sup> Paposka, *Use of Actio Popularis*, 7.

<sup>9</sup> Gárdos-Orosz, “The Hungarian Constitutional Court”, 302, 305.

<sup>10</sup> Ahmadov, *The Right of Actio Popularis*, 18.

davalarından farklı olarak, bir menfaati ya da çıkarı ihlâl edildiği ileri sürülen belirli bir grup ya da birey adına değil, genellikle tüm toplumun yarar göreceği düşüncesinden hareketle doğrudan ve somut bir zarara uğramamış bireylerin de dava açabilmesine olanak tanır. Temsil davalarında ise bir çıkar grubu veya kamu kurumu, kendisi ile irtibatlı bir grup birey adına, onları temsilen dava açar. Actio popularis'te ise davacının dava açabilmesi için davanın sonunda verilecek karardan fayda sağlayacak kişiler ile davacı arasında bu tip bir irtibat ve ilinti aranmaz. Ortak davalarda ise birden fazla ve birbirine benzer bireysel taleplerin tek bir prosedür altında birleştirilmesi ve her davacının kendi bireysel hakkına ilişkin davayı doğrudan yürütebilmesi söz konusudur<sup>11</sup>. Actio popularis kendine özgü içeriği ile sayılan bu dava türlerinin hepsinden ayrılmaktadır.

Özellikle temsil davaları ile karşılaştırılan actio popularis'te esasen temsile yer yoktur. Kurumun anlamı itibariyle genel olarak, actio popularis'te aktif husumeti ileri süren kişinin halktan biri olarak hareket ederken kendi adına mı yoksa halkı temsilen mi dava açtığı önemi bulunmamaktadır. Bununla beraber actio popularis'in dayanağı olan Roma Hukuku kurallarına bakıldığında temsile ilişkin iki temel unsurun bulunduğu görülmektedir. Roma Hukuku'nda öncelikle bir kimsenin başkası lehine borç ilişkisine giremeyeceği kabul edilmektedir. Temsile ilişkin bir diğer kural ise pater familias'ın ya da efendinin egemenliği altında olmayan kişiler aracılığıyla hak elde etmesinin kabul edilmeyişidir<sup>12</sup>. Bu bağlamda Roma Hukuku doğrudan temsile değil, ancak dolaylı temsile yer vermektedir<sup>13</sup>.

Davalar bakımından da legis actio'lar usulünde, herkesin kendi davasını yürütmesi zorunluluğu doğrudan temsil kurumuna izin vermemektedir. Hak ehliyeti olduğu halde hukukî işlem ehliyeti olmayan kişilerin davada temsil edilmeleri gerektiğinde vasiler ya da kayyımlar hukukî yardımcıları olarak görev alabilirler; ancak bu durum Roma Hukuku bakımından doğrudan temsil olarak adlandırılmaz. Hatta actio popularis söz konusu olduğunda davacının ölümü halinde de davanın mirasçılara geçmesi kabul edilmemiştir. Nitekim actio popularis'in niteliği gereği ölen davacının mirasçıları onun yerine değil, kendi adlarına zaten davacı olabileceklerdir<sup>14</sup>. Actio popularis halktan herhangi birinin davacı olmasına olanak tanıdığı için davayı açan bir kişinin kendisini temsil ettirmesi, davanın niteliğine uygun görünmemektedir. Bu anlamda actio popularis'in özellikle karşılaştırıldığı temsil davalarından tamamen farklı olarak temsile gerek duyulmaksızın bireyin sadece içinde bulunduğu topluluğun bir ferdi olması nedeniyle kamuyu ilgilendiren, dolayısıyla kendisini de ilgilendirdiği kabul edilen ve kamu yararı olan konularda harekete geçme kabiliyetini içerdiği ve bireyin kamusallığını ön plana çıkardığı vurgulanmalıdır.

Roma hukuku uygulamasında actio popularis'in konusunu oluşturan uyuşmazlığın genellikle pratik açıdan ele alındığı ve olayın somut ve kendine özgü koşulları üzerinden hareket edildiği görülmektedir. Dava açma hakkının, hak arama özgürlüğünün doğası itibariyle, öncelikle varsa zarar görmüş ve ilgili kişilerde olduğu kabul edilmektedir. Eğer böyle bir kişi yoksa herhangi bir yurttaşın da dava açabileceği düşünülür ve birden fazla kişinin dava açmak istemesi hâlinde magistra devreye girerek en uygun gördüğü kişiyi davacı olarak kabul edebilir. Örneğin Roma Hukuku'nda herkesin kullanımına bırakılmış kamusal bir mekân hakkındaki düzenlemeye aykırı bir kullanım söz konusu olursa, aykırılığı meydana getiren eyleme karşı herkesin harekete geçmesi mümkün görülmüştür<sup>15</sup>. Bu bağlamda bir çıkarım yapıldığında actio popularis'in modern hukuk sistemindeki uygulanabilirliğini,

<sup>11</sup> Sara Benedi Lahuerta, "Enforcing EU equality law through collective redress: Lagging behind?", *Common Market Law Review* 55/3 (2018), 787-788.

<sup>12</sup> Umur, *Roma Hukuku*, 168; Bülent Tahiroğlu - Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri* (İstanbul: Der Yayınları, 2009), 221-222; Küçük, *Actio Popularis*, 93-95.

<sup>13</sup> Tahiroğlu - Erdoğan, *Roma Hukuku*, 219.

<sup>14</sup> Küçük, *Actio Popularis*, 93-95.

<sup>15</sup> Umur, *Roma Hukuku*, 265; Küçük, *Actio Popularis*, 83-84.

Roma Hukuku'nda olduğu gibi konu özelinde oluşacak şartlarla beraber değerlendirmenin isabetli olacağı düşünülebilir.

Günümüz ulusal hukuk sistemleri bakımından *actio popularis* uygulamasına bakıldığında, bu kurumun genellikle, bireylerin kamu yararına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle kanun, düzenleyici idari işlemler veya idarenin diğer eylemlerinin Anayasa'ya aykırılığını ileri sürüp süremeyecekleri tartışmalarını kapsadığı görülmektedir. Bireysel başvurulardan farklı olarak, *actio popularis* kapsamında bireylerin, hukuka aykırı olduğu iddia edilen düzenlemelerden doğrudan etkilenmeleri şartı aranmamaktadır. Bu tür bir halk davasının kabul edilebilmesi için bazı koşulların sağlanması gerekmektedir. Öncelikle bireylerin, hukuka aykırı olduğunu iddia ettikleri kanun veya diğer idari işlemleri yargı organlarına taşıma yetkisine sahip olmaları gerekir. İkinci olarak, bu başvuruları inceleyecek yargı makamlarının kanunen bu tür davaları değerlendirme yetkisine sahip olması zorunludur. Son olarak, bireylerin salt kamu yararını gözeterek dava açma hakkına sahip olmaları gerekmektedir. Bu tür davalarda, bireyler kişisel hak veya menfaatlerinin ihlâl edilip edilmediğine bakılmaksızın, kamu yararı gerekçesiyle dava açabilmelilerdir. Bu durum, soyut norm denetimi niteliğinde olup *actio popularis* uygulandığı ülkelerde anayasa mahkemelerinin iş yükünü artırdığı gerekçesiyle eleştirilmektedirler<sup>16</sup>.

*Actio popularis*'in çeşitli uygulama şekillerine uluslararası hukukta da rastlanmaktadır. Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı (UAD), İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme ile Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi bağlamında *actio popularis* uygulamasına yeşil ışık yakmaktadır. UAD'nin bu uygulamasından yola çıkarak *actio popularis*'in ulusalüstü koruma mekanizmalarında, titiz bir inceleme süreci kapsamında kullanışlı bir araç olabileceği söylenebilir. Ayrıca ulusalüstü bir mahkeme veya hakem heyetinin *actio popularis*'i benimsemesi, uluslararası örgütlerin ve devletlerin bir yargı kurumu önünde yargılanmalarının, uluslararası hukuk düzeninin olağan bir parçası ve sonucu olduğunun kabul edilmesini kolaylaştırabilir. Başka bir taraftan ulusal hukuklarda olduğu gibi uluslararası hukukta da dava sonucunda verilen kararın infazına ilişkin usul kuralları belirlenir ve düzenlenir ise *actio popularis* kurumunun kötüye kullanılmasının da<sup>17</sup> önemli ölçüde önüne geçilebilir. Dolayısıyla hem ulusal hukuklarda hem de uluslararası hukukta, karar verme sürecine titiz bir yaklaşım, *actio popularis*'in uygulanabilirliğini sağlayabilecek ve bu da bireysel menfaatlerin ötesine geçen ve yaygın etkisi olan kamu çıkarlarının tanınmasında ve korunmasında sürekli ilerlemeyi teşvik etmeye yardımcı olacaktır<sup>18</sup>.

Son tahlilde risklerini göz ardı etmeden, gerekli düzenlemeler yapılarak ve önlemler alınarak uluslararası hukuk uygulamasında bir *actio popularis* mekanizmanın oluşturulmasının mümkün olduğu belirtilebilir. Burada özellikle üzerinde durulan nokta, oluşturulacak mekanizmada kamuyu ilgilendiren konularda bireyin kamusallığını ön plana çıkaran, birey ve toplum arasındaki dayanışmayı yadsımayan bir sistemin varlığının sağlanmasıdır. Bu anlamda *actio popularis*'in konu bakımından sınırlandırılması bahsi geçen çekinceleri tatmin edecek etkili bir yöntem olabilir. Söz konusu bağlamda kanaatimizce asgari düzeyde itiraz görecektir ve pek çok kişi ile kurumun desteğini kazanacağını düşündüğümüz çevre ile ilgili konuların *actio popularis*'in özellikle uluslararası hukuk uygulamasında bir başlangıç noktası olarak kabul edilmesi oldukça yerinde olacaktır.

<sup>16</sup> Abdülkadir Karaarslan, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulü ve Uygulama Sorunları* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 289.

<sup>17</sup> Burada bahsi geçen kötüye kullanım daha çok, hak ve özgürlüklerin olağan amacı dışında kullanımı şeklinde ortaya çıkabilir. Nitekim hak ve özgürlüklerin amaçları vardır ve meşruiyet kaynakları da bu amaçlardır, bkz. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018), 306-307.

<sup>18</sup> Sienho Yee, "The International Law of Co-Progressiveness as a Response to the Problems Associated with "Relative Normativity"", *AJIL Unbound* 114, 101-102.

## B. Çevrenin korunması bakımından anlamı

İnsan hakları ve çevre hukuku tarihsel olarak ayrı ve bağımsız hak alanları olarak düşünülmüştür; ancak 20. yüzyılın son çeyreğinde çevrenin korunması amacıyla bu iki alanın bir araya getirilmesi gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bu döneme kadar insan hakları öğretisine ve uygulamasına sadece birey merkezli yaklaşım yerleşmiş durumdadır. 20. yüzyılın son çeyreğinde ise bu kabulün dışına çıkılarak insan hakları ve çevre hukuku olarak kategorize edilen iki disiplinin etkileşime girdiği görülür. Söz konusu gelişme pek çok soruyu da beraberinde getirmiş, insan hakları ile çevrenin korunması gerekliliği arasındaki ilişkiye yönelik çeşitli görüşler oluşmuştur. Çevrenin korunmasını klasik insan hakları standartlarının gerçekleştirilmesinde önemli bir araç olarak tanımlayan bu görüşlerin ortak teması, çevre hakkının ve çevrenin korunmasının, insan hakları ile doğrudan ilişkili olduğu ve çevrenin korunmasının insan haklarının bir ön şartı olarak değerlendirilmesi gerektiğidir<sup>19</sup>.

Günümüzdeki çevre kirliliği ve iklim krizinin, doğrudan kolektif bir endişe kaynağı olduğu tartışmasız bir şekilde söylenebilir. Bu toplumsal kaygı en somut ifadesini Avrupa Birliği çevre koruma mekanizmalarında ve özellikle Aarhus Sözleşmesi'nde<sup>20</sup> yer alan düzenlemelerde bulmaktadır. Bu düzenlemelerdeki bilgiye erişim ve kamusal katılıma ilişkin hükümlerde sivil toplum örgütlerine yapılan vurgu, çevre hakkının sadece bireysel bir boyuta değil, toplumsal ve kamusal bir boyuta da sahip olduğunun kabul edildiğini ortaya koymaktadır<sup>21</sup>.

Çevrenin korunması ile insan hakları arasındaki yakın ilişki, AİHM'nin içtihatlarına da yansımıştır. AİHS müstakil bir şekilde çevre hakkını düzenlememiş olmasına rağmen, Mahkeme bu hakkın yaşam hakkı ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile olan doğal ilişkisine yaptığı vurgu ile Sözleşme'nin güvence alanını çevre hakkını da kapsayacak şekilde genişletmiştir<sup>22</sup>. Mahkeme konusu gürültü kirliliği, endüstriyel kirlilik, atık yönetimi, su kirliliği, insan kaynaklı şehir planlama ve inşaattan kaynaklanan sorunlar ve doğal afetler olan bazı başvurularda bu çevresel olguların insan hakları üzerindeki etkisini ele almıştır<sup>23</sup>.

Çevre hakkı içeriği ve amacı bağlamında ele alındığında bireyin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının sağlanmasını ve aynı zamanda doğayı ve doğal varlıkları korumayı garanti eder. Çevreye ilişkin haklar konularına göre kişisel ve siyasal haklarla ya da sosyal ve ekonomik haklarla ilişkilendirilebilir, bu bağlamda kolektif ya da bireysel hak olarak karşımıza çıkabilir. Çevresel haklar bireyi veya belirli bir

<sup>19</sup> Merve Alçık Engürülü, "AİHM'in Çevre İçtihadının İklim Değişikliği Davalarına Uygulanabilirliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 73/3 (2023), 1012; Puneet Pathak, "Human Rights Approach to Environmental Protection", *OIDA International Journal of Sustainable Development* 7/1 (2014), 18-19.

<sup>20</sup> 1992 yılında Rio'da gerçekleşen Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı'ndan itibaren katılımın çevrenin korunmasında oynadığı role dikkat çeken pek çok uluslararası hukuk belgesinin kabul edilmeye başladığı görülmüştür. Bununla birlikte, katılım konusunda uluslararası alandaki en önemli gelişmenin tam adı "Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Verme Sürecine Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi" olan Aarhus Sözleşmesi'nin kabul edilmesi olduğu söylenebilir. 25 Haziran 1998 tarihinde Danimarka'nın Aarhus kentinde Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu tarafından imzaya açılmış olan bu Sözleşme 30 Ekim 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aarhus Sözleşmesi şimdi yaşayanların ve gelecek kuşakların sağlıklı ve iyi bir çevrede yaşam haklarının korunmasına katkı sağlamak amacıyla, çevresel konularda bilgi ve belge edinme, karar vermede halkın katılımı ve yargıya erişim konularını ele alan ilk uluslararası sözleşme olma özelliğini taşımaktadır, bkz. Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, Erişim 20 Temmuz 2024, <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/text>; Ahmet M. Güneş, "Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17-18/26-27-28-29 (Mart 2015), 28; Iğın Özkaya Özlüer, *Çevresel Konularda Bilgiye Erişim Rehberi ve Aarhus Sözleşmesi*, çev. Elif Bozkurt - Gamze Ovacık (İstanbul: Ekoloji Kolektifi Derneği, 2018), 5-9.

<sup>21</sup> Catherine Warin, "Individual Rights and Collective Interests in Eu Law: Three Approaches to a Still Volatile Relationship", *Common Market Law Review* 56/2 (2019), 465-466; Oliver C. Ruppel vd. (ed.), *Climate Change: International Law and Global Governance* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013), 220.

<sup>22</sup> Alçık Engürülü, "AİHM'in Çevre İçtihadı", 1012.

<sup>23</sup> Alçık Engürülü, "AİHM'nin Çevre İçtihadı", 1013.

bölgede yaşayan küçük bir topluluğu ilgilendiriyor olabileceği gibi, çevre kirliliğinin sınır aşan etkileri nedeniyle tüm insanlığı da ilgilendiriyor olabilir<sup>24</sup>.

Çevrenin korunmasına ilişkin sorumluluk sadece sınır aşan bir boyuta değil, zaman aşan bir boyuta da sahiptir; çünkü çevre ile ilgili konular sadece çevresel kirliliğin meydana geldiği zaman diliminde yaşamakta olan insanlar üzerinde değil, gelecekte yaşayacak insanlar üzerinde de etki doğuracaktır. Bu anlamda çevrenin korunması kapsamında alınacak tedbirler sadece hâlihazırda yaşanmakta olan zamanı değil, gelecek zamanı da düşünerek tasarlanmalıdır. Bu çok boyutlu yapısı çevresel hakların tanınmasının, korunmasının ve güçlendirilmesinin gelecek nesiller bakımından da oldukça önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Çevre hakkının gelecek nesilleri ilgilendiren bu yönü, onun kolektif niteliğini ön plana çıkarmaktadır. Kolektif haklar ya da dayanışma hakları fikri esasen kamu yararının sağlanmasında toplumun ortak hareket edebilmesini gerektirir. Çevre hakkının da kolektif hak niteliğinde olması kolektif hareket edebilme gereğini ve kolektif sorumluluğu ortaya çıkarmaktadır. Bu hakların kolektif niteliğinin içerdiği sorumluluk, konunun niteliğine göre, birey gruplarını ya da tüm insanları ve aynı zamanda uluslararası toplumu ilgilendirmektedir. Yalnızca bireyler ve birey grupları bakımından düşünüldüğünde dahi kolektif bir hak olan çevre hakkından kaynaklanan taleplerin muhatabının, bireylerin sadece vatandaşı oldukları devletler olmadığı, küresel çapta tüm devletlerin ve ilgili kurumların da bu taleplerin muhatabı olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Nitekim kolektif haklar, insanların yaşamlarını, yaşam biçimlerini ve ortak değerlerini koruma çabalarını da temsil eder. Bu nedenle kolektif hakların korunması ve geliştirilmesi, geniş çaplı bir işbirliği ve dayanışma gerektirir. Bu işbirliği sürecine bireyler, ulus devletler, uluslararası örgütler ve özel sektör de dâhil olmak üzere tüm kamu kurumları ve özel kuruluşlar katılmalıdır<sup>25</sup>.

Kolektif çıkarların etkin bir şekilde korunabilmesi için kapsamlı ve tutarlı bir hukukî çerçevenin oluşturulması da gerekmektedir. Bu yaklaşım, bireysel haklarla birlikte kolektif çıkarların da göz önünde bulundurulmasını ve böylece her iki tür çıkarın da etkili bir şekilde korunmasını amaçlar<sup>26</sup>. Kolektif hakların meşruiyeti, birden fazla kişinin çıkarı ile gerekçelendirilir. Bu haklar sadece bireyin değil, bir grup insanın ortak çıkarı göz önünde bulundurulurken savunulur. Başka bir deyişle, kolektif hakların savunulması ve geçerli sayılması için kamu yararına ve ortak menfaatlere dayandırılması gerekir<sup>27</sup>. Ayrıca kolektif haklar, birey gruplarının yaşadığı kamusal alan üzerinde kontrol sahibi olma yeteneğini koruma amacını da taşır. Birey gruplarının kamusal alan üzerinde kontrolünü sürdürebilmesi, haksız müdahalelere karşı koruma sağlar ve birey gruplarına hareket kabiliyeti tanır. Böylece, birey grupları kamusal yaşamın belirli yönlerini yönetme hakkını elinde tutar ve bu haklar, grubun toplu çıkarlarını koruma altına alır<sup>28</sup>.

Görüldüğü üzere çevre hakkının da dâhil olduğu kolektif haklar, bireylerin yanı sıra birey gruplarının da hak sahibi olduklarını iddia edebileceği geniş bir talep hakkına, özgürlüğe ve yetki alanına işaret eder. Topluluğun kolektif haklar aracılığıyla sahip olacağı yetkiler, birey gruplarının kendi çıkarlarını

<sup>24</sup> James R. May - Erin Daly, *Dünyada Çevresel Anayasalcılık*, çev. Tolga Şirin - N. Umut Orcan (İstanbul: Ekoloji Kolektifi Derneği, 2018), 90.

<sup>25</sup> Bkz. Karel Vasak, "A 30-Year struggle The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *The Unesco Courier* (November 1977), 29; S. Domaradzki vd., "Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse", *Human Rights Review* 20 (2019), 425; Marjoleine Y. A. Zieck, "The Concept of 'Generations' of Human Rights and the Right to Benefit from the Common Heritage of Mankind with Reference to Extraterrestrial Realms", *Verfassung und Recht in Übersee, Law and Politics in Africa, Asia and Latin America* 25/2 (1992), 167-168; Oktay Uygun, *Devlet Teorisi* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014), 497-498; Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2007), 51-52.

<sup>26</sup> Warin, "Individual Rights and Collective Interests", 463.

<sup>27</sup> Steven Wall, "Collective Rights and Individual Autonomy, Ethics", *The University of Chicago Press* 117/2 (January 2007), 237.

<sup>28</sup> Wall, "Collective Rights", 238.

koruma çabaları ile birlikte o topluluğun üyesi olan her bir bireyin de kamusal alan üzerinde hak sahibi olabilmesini kolaylaştırır ve hatta buna olanak tanır<sup>29</sup>. Bu bağlamda çevre hakkının kolektif niteliği, bireyin yaşadığı çevre ile birlikte ve ona dâhil olarak var olduğuna işaret eder. Başka bir ifade ile çevre hakkının kolektif boyutu insanın doğadan ya da yaşadığı topluluktan tamamen bağımsız düşünülmesinin ve kavranmasının önüne geçer. Çevre hakkının tüm toplum bakımından etkin bir şekilde kullanılmasını ifade eden işte bu kolektif boyutu, çevre tahribatının önlenmesinde *actio popularis*'in etkili ve elverişli bir hukuksal araç önerisi olarak sunulmasının temel dayanak noktasını oluşturmaktadır.

Doktrinde de bu öneri doğrultusunda *actio popularis*'in, arazi kullanımı, şehir ve bölge planlaması, ulusal park tahsisi, kıyı suları, tarihî mirasın korunması, ceza hukukunun bazı özel boyutları ve çevre hukuku gibi alanlarda sadece bireysel çıkarların değil, kolektif ve toplumsal çıkarların hukuk yolu ile korunmasında etkili olacağı ileri sürülmüştür<sup>30</sup>. *Actio popularis*'in çevre hakkı bağlamında değerlendirilmesi gereği de bu hakkın konusu ve muhatapları bakımından daha belirgin hâle gelmektedir. Çevre hakkının kolektif niteliği ile yöneldiği amaç, *actio popularis*'in yöneldiği amaç ile örtüşmektedir. Dolayısıyla çevre hakkı konusunda *actio popularis* uygulamasını teşvik etmek ve geliştirmek bu hakka hukuksal güvence sağlanması ile ulaşılmak istenen amaca uygun düşecektir.

## II. Mahkeme Kararlarında *Actio Popularis*

### A. Genel yaklaşım: Mağdur sıfatının değerlendirilmesinde klasik yorum

*Actio popularis*'in Sözleşme'de öngörülen yargılama usulü bakımından değerlendirilmesi Mahkeme'nin kişi ve konu bakımından yetkisi ile doğrudan ilişkilidir. Bu konu Sözleşme'nin 34. maddesinde düzenlenmektedir.

Sözleşme'nin 34. maddesine göre her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grubu Sözleşme'de güvence altına alınmış bir hak veya özgürlüğün ihlâlinden dolayı "mağdur olduğunu" ileri sürerek Mahkeme'ye başvuruda bulunabilir. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, Sözleşme'nin ihlâli nedeniyle mağdur olduğunun iddia edilmesi için ihlâl neden olan eylem veya ihmâl ile başvuru arasında doğrudan bir bağlantı olmalıdır<sup>31</sup>. Dolayısıyla başvuran, söz konusu eylem veya ihmâlden doğrudan etkilenmedikçe ya da ondan doğrudan etkilenme riski olmadıkça Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında "mağdur" olduğunu ileri süremez<sup>32</sup>. Başvurucuların kendilerini etkileyen meydana gelmiş ya da gelmesi muhtemel bir ihlâl nedeniyle mağdur olduklarını makul ve ikna edici delillerle ortaya koymaları gerekir. Salt şüphe veya varsayım bu anlamda yeterli sayılmaz<sup>33</sup>.

Sözleşme madde 34 ve Mahkeme'nin mağdur kavramını yorumlama şekli *actio popularis*'in Mahkeme tarafından uygulanabilir olmadığı kanaatini ortaya çıkarmaktadır. Nitekim Mahkeme çeşitli kararlarında *actio popularis*'in uygulanamayacağını da açıklamıştır<sup>34</sup>. Kişi bakımından yetki konusunun üzerinde durulduğu kararlardan biri olan Tanase v. Moldova kararında Mahkeme, öncelikle Sözleşme'nin 34. maddesine göre başvuruda bulunabilmek için bir gerçek kişinin, hükümet

<sup>29</sup> Wall, "Collective Rights", 236-237.

<sup>30</sup> Ahmadov, *The Right of Actio Popularis*, 18-19.

<sup>31</sup> ECHR, *Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus and Others v. France*, Application no. 38192/97, (1 July 1998), 124.

<sup>32</sup> Şeref Gözübüyük - Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009), 40; Mehmet Akad vd., *Genel Kamu Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2021), 338-339.

<sup>33</sup> Mustafa Baysal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Mağdur Kavramı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 5 (2015), 206,207.

<sup>34</sup> Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 40; Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye* (Ankara: TODAİE, 2004), 54; Ayrıca AIHS Ek Protokol 14 ile beraber başvuru konusunun önemli ölçüde dezavantajlı durumda olması kabuledilebilirlik ölçütü olarak tanınmıştır ve mağdur statüsü bakımından daraltıcı yoruma neden olabilecek bir zarar görme eşiği kabul edilmiştir, bkz. Haydar Burak Gemalmaz, "AIHM Yargısında Yeni Dönem: Protokol No. 14'le Getirilen Yeni Kabuledilebilirlik Ölçütünün Uygulanmasına Eleştirel Bakış", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 31/1 (2011), 211.



dışı kuruluşun veya kişi grubunun, Sözleşme’de korunan haklarının ihlâl edilmesinden dolayı mağdur olmaları gerektiğini ifade etmiştir. Ardından Mahkeme, bir kişinin herhangi bir ihlâlin mağduru olduğunu iddia edebilmesi için dava konusu olaydan doğrudan doğruya etkilenmiş olması gerektiğini kaydetmiştir. Mahkeme bu kararında, Sözleşme’de düzenlenen hakların yorumlanmasıyla ilgili olarak *actio popularis* uygulamasına cevaz verilmeyeceğini vurgulamıştır. Nitekim ilgili kararında Mahkeme, Sözleşme’nin başvuru olacak kişilere, başvuru konusundan kendileri doğrudan etkilenmemiş oldukları halde, sadece Sözleşme’ye aykırı olabileceği için iç hukukun herhangi bir hükmünden şikâyetçi olmalarına izin vermediğini de belirtmiştir. Karara göre, eğer bir kişi bir yasadan kaynaklı olarak davranışlarını değiştirmek zorunda kalmışsa veya bir mevzuatın sonuçlarından etkilenebilecek kişi grubunun içinde bulunuyorsa bu kişi, ancak o zaman herhangi bir şahsi eylemle karşılaşmamış olsa dahi Mahkeme önünde iç hukuktaki bir yasanın haklarını ihlâl ettiğini iddia edebilecektir<sup>35</sup>.

Tanase kararında Mahkeme’nin kişi bakımından yetkisine ilişkin yorumu ve *actio popularis*’in uygulanamayacağı yönündeki açıklaması, Mahkeme’nin bu konudaki genel yaklaşımı ile örtüşmektedir. Mahkeme, potansiyel mağdur olduklarını iddia eden başvuru sahiplerinin belirli bir işlemde doğrudan etkilenme tehdidiyle ya da tehlikesiyle karşı karşıya olduklarını ileri sürdüklerinde de zorluklarla karşılaşmaktadır. Potansiyel mağdur olarak kabul edilmek bu konuda dönüm noktası olan *Open Door v. İrlanda* kararının ardından kural olarak mümkündür. Bununla beraber Mahkeme ilgili kararında, potansiyel mağdur sıfatı ile başvuru yapanlarla Harris’in deyişiyle “ulusal mevzuatları değiştirmeyi amaçlayan kişiler” arasında dikkatli bir ayırım yapmış ve bu bağlamda *actio popularis*’in kabul edilemeyeceğini tekrar vurgulamıştır<sup>36</sup>. Bu noktada belirtmek isteriz ki Harris’in *actio popularis* ile ilgili ulusal hukukları değiştirmek isteyen kişileri işaret etmesi kimi durumlarda gerçeği yansıtabilir. *Actio popularis*’in hakkın kötüye kullanılması riskini taşıdığını kabul ettiğimizi daha önce de açıklamıştık. Buna karşın her dava konusu olayda, davanın mahiyetine ve iç hukuk uygulamasına bakılmaksızın böyle bir ön kabul ile doğrudan sonuca gidilmesini eleştiriyoruz.

Yukarıda bahsi geçen içtihatlar bakıldığında da AİHM’nin *actio popularis* uygulamasına yaklaşan davaları katı bir biçimde reddedeceği düşünülebilir. Bununla beraber insan haklarının doğası gereği her konu kendine özgü unsurlara sahiptir ve Mahkeme de önüne gelen konuya göre kişi ve konu bakımından yetki gibi usule ilişkin belirgin bir konuda dahi yaklaşım farklılığı gösterebilecektir.

Nitekim Sözleşme metninde mağduriyet kavramından ne anlaşılması gerektiği doğrudan belirtilmemiş, bu kavramı tanımlama işi esasen Mahkeme’ye bırakılmıştır. Mahkeme’ye göre de mağduriyetin varlığı için zararın meydana gelmesi gerekmez ve kavram somut olayın koşullarına göre yorumlanmalıdır. Mahkeme ayrıca mağduriyet ile ilgili iç hukukta yapılan nitelendirmelerle bağlı olmadığını ve aşırı şekilci bir yorumun Sözleşmede garanti altına alınan hakların korunmasını etkisiz ve hayali kılacağını da belirtmiştir<sup>37</sup>. Mahkeme mağduriyet kavramını geniş yorumlamış ve doğrudan mağdur, dolaylı mağdur ve potansiyel mağdur olmak üzere üç farklı mağduriyet şekli tanımlamıştır<sup>38</sup>. Doğrudan mağdur, Sözleşme ile getirilen *actio popularis* yasağı ile uyumlu olarak hak ihlâline neden olan tasarruftan doğrudan doğruya etkilenen kişiyi ifade etmektedir<sup>39</sup>. Mahkeme içtihatları ile geliştirilen dolaylı mağdur kavramı, doğrudan mağdur ile olan kişisel, özel ve yakın ilişki nedeniyle hak ihlâline neden olan işlemde etkilenen kişiyi ifade eder<sup>40</sup>. Potansiyel mağdur ise yine mahkeme

<sup>35</sup> ECHR, *Case of Tanase v. Moldova*, Application no. 7/08, (27 April 2010), prg. 104.

<sup>36</sup> David Harris vd., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı - Ulaş Karan (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022), 85; ECHR, *Case of Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Application nos. 14234/88; 14235/88, (29 October 1992), prg. 41-44.

<sup>37</sup> ECHR, *Case of Gorraiz Lizarraga and Others v. Spain*, Application no. 62543/00, (10 November 2024), prg. 32.

<sup>38</sup> Engin Fırat, “Rights-Based Litigation in Tackling Climate Change: Can the ECtHR Be Effective in Protecting Human Rights in The Context of Climate Change”, *Law and Justice Review* 14/266 (July 2023), 123; Baysal, “Mağdur Kavramı”, 208 vd.

<sup>39</sup> Ömer Anayurt, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), 186-187; Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 41.

<sup>40</sup> Gözübüyük - Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 42.

içtihatları ile geliştirilmiş bir kavramdır. İstisnai bir durumu ifade eden potansiyel mağdur kavramı, ulusal hukuk veya idari işlem belli bir kişiye henüz uygulanmamış olmasına ve bu nedenle henüz somut ve doğrudan bir hak ihlâline sebebiyet verilmemiş olmasına rağmen söz konusu mevzuat hükmünün veya idari işlemin salt varlığının ciddi ve yakın bir ihlâl tehdidi oluşturduğu ve bunun da kişileri etkileyebileceği düşüncesi ile kabul edilmiştir<sup>41</sup>.

Örneğin, *Klass ve Diğerleri v. Almanya* başvurusunda başvurucular, haberleşmesinin ve telefon görüşmelerinin yetkililer tarafından gizli olarak izlenmesine olanak tanıdığı ileri sürdükleri Posta ve Telekomünikasyonun Gizliliğine İlişkin Kısıtlamalar Hakkında Kanun'u konu olan bir şikâyette bulunmuşlardır. Başvurucular bahsi geçen Kanun'un, yetkilileri her durumda olaydan sonra ilgili kişilere bildirimde bulunmak zorunda bırakmadan bu tedbirlere izin vermesinden şikâyet etmişlerdir. Bu sebeple başvurucular söz konusu Kanun'un kendilerini izleme tedbirlerine itiraz etme fırsatından mahrum bırakması nedeniyle Sözleşme'nin 6, 8 ve 13. maddelerini ihlâl ettiğini iddia etmişlerdir<sup>42</sup>.

Alman Hükümeti, Komisyon ve Mahkeme önündeki yargılamalar sırasında, başvuru konusu Kanun başvuruculara karşı hiçbir zaman uygulamadığı için başvurucuların Sözleşme'nin (eski) 25. maddesi kapsamında "mağdur" olmadıklarını, bu nedenle ne doğrudan ne dolaylı ne de potansiyel mağdur olarak nitelendirilebileceklerini ve başvurucuların Mahkeme'den sadece mevzuatın varsayımsal bir incelemesini talep ettiklerini ileri sürmüştür<sup>43</sup>.

*Klass* başvurusunda Mahkeme, (eski) 25. maddenin bireyler için Sözleşme'nin yorumlanmasına yönelik bir tür *actio popularis* oluşturamayacağını kaydetmiş ve bu maddenin bireylerin sadece Sözleşme'ye aykırı olduğunu düşündükleri için bir yasadan soyut olarak şikâyet etmelerine izin vermediğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre kural olarak, bireysel başvuru yapan kişilerin sadece bir yasanın varlığının Sözleşme kapsamındaki haklarını ihlâl ettiğini iddia etmesi yeterli değildir, aynı zamanda bahsi geçen yasanın başvurucuların kendi aleyhine uygulanmış olması da gerekir. Bunlarla birlikte *Klass* başvurusunda Mahkeme, bir yasanın herhangi bir özel uygulama tedbirinin yokluğunda bireyin yasadan doğrudan etkilenmesi halinde, kendi başına bir bireyin haklarını ihlâl edebileceğini de belirtmiştir<sup>44</sup>. Mahkeme, gizli izlemeden potansiyel olarak etkilenen kişiler için Komisyon'a başvurma hakkının 25. maddeden türetilmesi gerektiğini, aksi takdirde 8. maddenin hükümsüz kalma riskiyle karşı karşıya kalacağını ifade etmiştir<sup>45</sup>.

*Klass* kararında sonuç olarak yaptığı değerlendirmede Mahkeme, başvuru konusu olguların ilgili kanunla kurulan izleme sisteminin Almanya'daki tüm kişileri posta ve diğer iletişim araçlarının izlenmesi riski altına soktuğuna işaret etmiştir<sup>46</sup>. Söz konusu tedbir, başvuruculara özel olarak uygulanmamış olsa da Almanya'daki herkes potansiyel olarak bu tedbire maruz kalabilecektir. Yukarıda belirtilenlere dayanarak Mahkeme, "*...ihtilaflı mevzuatın Federal Almanya Cumhuriyeti'ndeki posta ve telekomünikasyon hizmetlerinin tüm kullanıcılarını veya potansiyel kullanıcılarını doğrudan etkilediği*" sonucuna varmıştır<sup>47</sup>.

Mahkeme'nin bu tespitleri, bir ülkenin yasasının kişiler üzerinde doğrudan etkiye sahip olması ve yasanın uygulanma riskinin "varsayımsal değil, gerçek ve etkili" olması durumunda, bireylerin bu yasaya karşı başvuruda bulunma hakkına sahip olacağı sonucuna ulaşmamızı sağlamaktadır. Benzer bir durum, başvurucuların okullarda disiplini sağlamak için çocuklara fiziksel ceza uygulanmasına izin

<sup>41</sup> ECHR, *Case of Klass and Others v. Germany*, Application no. 5029/71, (6 October 1978), prg. 33.

<sup>42</sup> *Klass and Others v. Germany*, prg. 10.

<sup>43</sup> *Klass and Others v. Germany*, prg. 30.

<sup>44</sup> *Klass and Others v. Germany*, prg. 33.

<sup>45</sup> *Klass and Others v. Germany*, prg. 36.

<sup>46</sup> *Klass and Others v. Germany*, prg.36.

<sup>47</sup> *Klass and Others v. Germany*, prg.36.

veren okul disiplin sisteminden şikâyetçi oldukları Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık<sup>48</sup> başvurusunda da gözlemlenmektedir. Bu başvuruda başvurucular, Klass davasına atıfta bulunarak çocuklarının fiilen cezalandırılmamış olmalarına rağmen, Sözleşme'nin (eski) 25. maddesinin amaçları doğrultusunda mağdur olduklarını iddia edebileceklerini ileri sürmüşlerdir<sup>49</sup>. Başvurucular bu iddialarını, okulun "kapalı bir topluluk" olmasına ve çocuklarının on altı yaşına kadar bu kapalı topluluk içinde kalacak olmaları nedeniyle bedensel cezaya maruz kalma riski altında bulunmalarına ve bu riskin de Sözleşme'nin (eski) 25. maddesi kapsamındaki mağdur şartını karşılamak için çok ciddi (yüksek) olduğuna dayandırmışlardır<sup>50</sup>. Hükümet'in, başvurucuların gerçek bir cezaya maruz kalmadıkları için sözü edilen iddiaların actio popularis teşkil ettiği yönündeki görüşünün aksine Komisyon, Hükümet'in 25. madde kapsamındaki mağdur şartına ilişkin yorumunun çok "katı" olduğunu ve genel olarak Sözleşme'nin ve özel olarak (eski) 25. maddenin amaç ve hedeflerine aykırı olduğunu tespit etmiştir<sup>51</sup>.

Görüldüğü gibi potansiyel mağdur kavramı, Mahkeme'nin klasik mağdur anlayışındaki en önemli esnemeyi oluşturmaktadır. Doktrinde mağdur kavramının potansiyel mağdurları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasının, actio popularise kapı araladığı ileri sürülmektedir<sup>52</sup>. Özellikle bu bakış açısı ile değerlendirmeye açık olan konularda Mahkeme'nin verdiği kararlar, Mahkeme'nin genel tutumu olan actio popularis yasağının aşılabileceği yönünde fikir uyandırmaktadır.

## **B. Genel yaklaşımdan sapma: actio popularis'in kabul edilebilirliğine dair izlenimler**

Mahkeme, mağdur şartına getirdiği esnek yorum aracılığı ile bilerek ya da bilmeyerek ve fakat zımni olarak actio popularis'e kapı aralamıştır. Open Door and Dublin Well Woman v. İrlanda<sup>53</sup> başvurusunda başvuruculardan ikisi (Open Door Counselling Ltd ve Dublin Well Woman Centre Ltd) hamile kadınlara danışmanlık hizmeti veren iki farklı şirkettir. Gerçek kişi olan öteki dört başvurucudan ikisi (Bayan Maher ve Bayan Downes) Dublin Well Woman şirketinin çalışanı iken, diğer iki başvuru (Bayan X ve Bayan Geraghty) çocuk doğurma çağında olan iki kadın olarak başvuruya katılmışlardır.

Başvurucuların hepsi, İrlanda mahkemelerince verilen bir tedbir kararı ile kendilerinin İrlanda dışında kürtaj yaptırmak isteyen hamile kadınlara danışmanlık yapmalarının yasaklanmasının Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan "bilgi alma veya verme" hakkına müdahale oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu iddiaya ek olarak Open Door, Bayan X ve Bayan Geraghty bu tedbir kararının Sözleşme'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına da müdahale oluşturduğunu iddia etmişlerdir<sup>54</sup>. İrlanda Hükümeti, İrlanda'daki mahkemeler önündeki yargılamalarda yer almayan Bayan Maher, Bayan Downes, Bayan X ve Bayan Geraghty'nin başvuruları bakımında Mahkeme'nin yargı yetkisine itiraz etmiştir. Daha da önemlisi İrlanda Hükümeti Bayan X ve Bayan Geraghty'nin hamile bile olmadıklarını ileri sürmüştür. Bu nedenle İrlanda Hükümeti'ne göre Bayan Maher, Bayan Downes, Bayan X ve Bayan Geraghty Sözleşme bakımından "mağdur" değildir ve başvuru özellikle Bayan X ve Bayan Geraghty bakımından actio popularis niteliğindedir<sup>55</sup>.

Mahkeme Bayan Maher ve Bayan Downes'in başvuru konusu işlemde doğrudan etkilendiklerini ve bu nedenle 10. maddede güvence altına alınan hakkın ihlâlinin mağduru olduklarını ileri sürebileceklerini belirtmiştir<sup>56</sup>. Mahkeme İrlanda Hükümeti'nin Bayan X ve Bayan Geraghty ile ilgili iddiaları hakkında

<sup>48</sup> ECHR, Case of Campbell and Cosans v. The United Kingdom, Application nos. 7511/76, 7743/76, (25 February 1982).

<sup>49</sup> Campbell and Cosans v. The United Kingdom, prg. 36.

<sup>50</sup> Campbell and Cosans v. The United Kingdom, prg. 37.

<sup>51</sup> Campbell and Cosans v. The United Kingdom, prg. 116.

<sup>52</sup> Anayurt, *Kişisel Başvuru Yolu*, 178.

<sup>53</sup> ECHR, Case of Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, Application nos. 14234/88; 14235/88, (29 October 1992).

<sup>54</sup> Open Door and Dublin Well Woman, prg. 36.

<sup>55</sup> Open Door and Dublin Well Woman, prg. 41.

<sup>56</sup> Open Door and Dublin Well Woman, prg.43.

yaptığı değerlendirmede ise Yüksek Mahkeme'nin tedbir kararının kurumsal başvuru sahiplerinin ve onların görevlileri ile temsilcilerinin hamile kadınlara belirli bilgileri vermesini engellediğini kaydetmiştir. Buna göre, Bayan X ve Bayan Geraghty'nin hamile oldukları iddia edilmemiş olsa da tedbir kararıyla getirilen kısıtlamalardan olumsuz etkilenebilecek çocuk doğurma yaşındaki kadınlar sınıfına dâhil oldukları tartışmalı değildir. Dolayısıyla başvurucular, İrlanda hukukunun Sözleşme'ye uygunluğuna soyut olarak itiraz etmemektedirler; çünkü şikâyet edilen tedbirden doğrudan zarar görme riskleri bulunmaktadır. Bu değerlendirmesi ile Mahkeme başvuruların "mağdur" olduklarını iddia edebilecekleri yönünde karar vermiştir<sup>57</sup>. Mahkeme'nin Bayan X ve Bayan Geraghty'yi Sözleşme anlamında mağdur olarak değerlendirmesinin esasını "doğurganlık çağındaki kadınlar sınıfına ait olmaları" ve bu nedenle tedbir kararından "doğrudan etkilenme riski" taşımaları oluşturmaktadır. Mahkeme'nin bu tespitinin görünürdeki sadeliğinin satır aralarında, actio popularise ulaşmayı sağlayabilecek yol haritası bulunmaktadır. İlk olarak Mahkeme somut olayda mağdur sıfatının çerçevesini "çocuk doğurma yaşındaki kadınlar" olarak çizmektedir. İlk bakışta bu sınırlayıcı bir ifade şekli gibi görünmektedir. Oysa modern tıbbın ulaştığı seviye göz önüne alındığında çocuk doğurma yaşının hangi yaşlar arasına denk düştüğünü belirlemek çok mümkün görünmemektedir. Modern tıp artık kadın doğurganlığını doğal doğurganlık yaşının oldukça üstüne çıkarabilmektedir. Bu da bir toplumda çocuk doğurma yaşındaki kadın sayısının toplam nüfusa oranını oldukça yüksek bir orana taşımaktadır. Ayrıca çocuk doğurma yaşının kaç olduğu kültürel olarak da göreceli bir konudur. Dolayısıyla "çocuk doğurma yaşı", çok sınırlı bir yaş grubu hariç neredeyse tüm kadınları kapsayacak şekilde oldukça geniş değerlendirilebilir. Buna ek olarak çocuk doğurma ve doğum kontrolü genel olarak, kadın ve erkek toplumun tüm üyelerini ilgilendiren bir konudur. Bu nedenle cinsiyetinden bağımsız olarak toplumun her bireyi bu konudaki bir ihlâl mağduru olduğunu ileri sürebilir<sup>58</sup>.

Bu açıdan ele alındığında Mahkeme aslında son derece geniş bir kadın nüfusunu, bu çerçevenin içine almış görünmektedir. Bayan X ve Bayan Geraghty İrlanda mahkemelerince verilen tedbir kararı nedeniyle hamile kadınlara açıklanması yasaklanan bir bilgiye ulaşmak istediklerini ve fakat bu tedbir kararı nedeniyle ulaşamadıklarını iddia etmemişlerdir<sup>59</sup>. Başvurucuların "çocuk doğurma yaşında kadınlar" olarak, potansiyel olarak dahi olsa bu tedbir kararının kendilerini ne şekilde mağdur ettiği belirsizdir. Bu nedenle bu iki başvurucunun Mahkeme'nin geleneksel olarak yaptığı mağdur tanımı (doğrudan mağdur, dolaylı mağdur ve potansiyel mağdur) kapsamında değerlendirilmeleri yetersiz görünmektedir. Ulusal yargı kararları, yalnızca Open Door ve Dublin Well Woman şirketlerinin faaliyetlerine ve İrlanda dışında kürtaj imkânları hakkında danışmanlık alan müşterilerine kısıtlamalar getirmiştir. Bayan X ve Bayan Geraghty, her ne kadar bu iki şirketin müşterileri olsalar da hamile olmamaları nedeniyle İrlanda mahkemesinin tedbir kararından derhal ve doğrudan etkilenecek ya da bireysel haklarına "doğrudan ve ani bir müdahale riski" taşıyacak durumda değillerdir<sup>60</sup>. Mahkeme bu iki başvurucunun mağdur sıfatını kabul ederek, actio popularis ile geleneksel başvurular arasındaki farkı bulanıklaştırmıştır<sup>61</sup>.

Mahkeme daha yeni tarihli iki başvuruda ise actio popularis'e daha da yaklaşan önemli adımlar atmıştır. Bu başvurulardan ilki olan Karner v. Avusturya<sup>62</sup> başvurusunda eşcinsel olan başvuru, partnerinin vefatından sonra onunla ikamet ettikleri evde onun mirasçısı olarak oturmaya devam etmek istemesine rağmen Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin Kira Kanunu'nun kiracılıkta halefiyete ilişkin düzenlemesinin eşcinselleri kapsamadığına karar vermiş olmasının Sözleşme'nin 8. maddesi ve bu maddeyle ilişkili olarak 14. maddesi ile güvence altına alınan haklarını ihlâl ettiğini ileri sürmüştür.

<sup>57</sup> Open Door and Dublin Well Woman, prg.44.

<sup>58</sup> Open Door and Dublin Well Woman, Yargıç Baka'nın Kısmi Muhalefet Şerhi, prg.5

<sup>59</sup> Open Door and Dublin Well Woman, Yargıç Matscher'in Muhalefet Şerhi, prg.1.

<sup>60</sup> Open Door and Dublin Well Woman, Yargıç Baka'nın Kısmi Muhalefet Şerhi, prg.5

<sup>61</sup> Open Door and Dublin Well Woman, Yargıç Matscher'in Muhalefet Şerhi, prg.1.

<sup>62</sup> ECHR, Case of Karner v. Austria, Application no.40016/98, (24 July 2003).

İlgili davada başvuru devam ederken başvurucu hayatını kaybetmiştir. Mahkeme ise davacının vefatı nedeniyle davada herhangi bir bireysel menfaat bulunmamasına rağmen davayı listeden çıkarmayı reddederek kabul edilebilir bulmuştur. Mahkeme'ye göre bu başvurunun ortaya koyduğu temel mesele, başvuranın şahsını ve menfaatlerini aşar niteliktedir<sup>63</sup>. Mahkeme'ye göre Sözleşme sisteminin birincil amacı, bireysel rahatlama sağlamak olsa da misyonu aynı zamanda ortak çıkarlar doğrultusunda kamu politikası temelindeki meseleleri belirlemek ve böylece insan haklarının korunmasına ilişkin genel standartları yükselterek insan hakları içtihadını Sözleşmeciler Devletler topluluğu genelinde yaygınlaştırmaktır<sup>64</sup>. Bu davada AİHM, Avusturya hukukunun kiracılıkta halefiyet konusunda eşcinsellere yönelik ayrımcı tutumunu Sözleşme'ye taraf tüm Devletleri ilgilendiren genel bir sorun olarak değerlendirmiş ve davanın esastan ele alınmasının, Sözleşme kapsamındaki koruma standartlarının açıklığa kavuşturulmasına, korunmasına ve geliştirilmesine katkıda bulunacağını belirtmiştir<sup>65</sup>. Mahkeme bu kararı ile ihlâlden doğrudan mağdur olan başvuru sahipleriyle sınırlanmış olduğu mağduriyet şartında önemli bir değişim gerçekleştirmiştir. Bu değişimle artık mağdur olma şartı, bireysel menfaatleri etkilenmeyen ve etkilenmesi de mümkün olmayan kişilerin başvurularının da kabul edilebileceği kadar geniş yorumlanabilir hâle gelmiştir. Mahkeme, başvurunun kayıttan silinmeyerek devam etmesinin amacının Sözleşme'de tanımlandığı haliyle insan haklarına saygının sağlanması gibi kolektif bir menfaati sağlamak olduğunu açıkça belirtmektedir<sup>66</sup>. Mahkeme'nin bu gerekçesinin, kullandığı dilden bağımsız olarak, *actio popularis*'i işaret ettiği ifade edilebilir.

Mahkemenin *actio popularis*'e yeşil ışık yaktığı bir diğer başvuru da Valentin Câmpeanu v. Romanya<sup>67</sup> başvurusudur. Bu başvurudaki başvurucu, engelli ve hiçbir yakını olmayan Bay Câmpeanu adına hareket eden bir sivil toplum örgütü olan Hukuk Kaynakları Merkezi'dir (CLR). Başvurucu, Sözleşme'nin 2, 3, 5, 8, 13 ve 14. maddelerinin ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Romanya Hükümeti, CLR'nin Sözleşme'nin 34. maddesi ve Mahkeme'nin mağdur şartına ilişkin içtihadı uyarınca ihlâlin doğrudan, dolaylı veya potansiyel mağduru olmadığı dolayısıyla mevcut başvurunun bir *actio popularis* olduğunu öne sürmüştür ve talebin kabul edilebilirliğine itiraz etmiştir. Romanya Hükümeti'ne göre CLR potansiyel veya dolaylı mağdur değildir; çünkü ister doğal (örneğin, bir aile üyesi olarak) ister yasal (örneğin, velayet düzenlemelerinin bir sonucu olarak) olsun, önceden var olan yakın bir bağın sonucu olarak bir ihlâl riskinin varlığını veya üçüncü bir tarafın haklarının ihlâlinin kendisi üzerindeki etkisini yeterli kanıtla gösterememiştir<sup>68</sup>. Hükümet, bir mağdurun engelli bir kişi olarak savunmasızlığının CLR'yi potansiyel veya dolaylı mağdur olarak değerlendirmek için yeterli olmadığını ileri sürmüştür<sup>69</sup>. Bu iddialara karşılık CLR, Mahkeme'nin Karner başvurusunda verdiği karara yaptığı atıf ile "utile effectif" (insan haklarını daha etkili bir şekilde koruma ihtiyacı) ilkesinin, mağdurların Mahkeme'ye daha iyi erişimini ve Sözleşme kapsamındaki hakların etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için Mahkeme'ye davaya katılma kurallarını daha müsamahalı bir şekilde yorumlama yükümlülüğü getirdiğini iddia etmiştir<sup>70</sup>.

Başvuru konusu olaya göre, CLR'nin başvuran hastayken onunla "önemli bir teması" olmadığı gibi Mahkeme önünde onun adına hareket etmek için CLR'den veya başka bir yetkili kişiden herhangi bir yetki veya talimat da alınmamıştır<sup>71</sup>. Bu nedenle başvuru dosyasında Mahkeme'nin, CLR'yi ihlâlin dolaylı mağduru veya "kişisel çıkarı" veya "doğrudan mağdurla yeterince yakın bağı" olan biri olarak

<sup>63</sup> Karner v. Austria, prg.25.

<sup>64</sup> Karner v. Austria, prg.26.

<sup>65</sup> Karner v. Austria, prg.27.

<sup>66</sup> Karner v. Austria, prg.28.

<sup>67</sup> ECHR, Case of Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, Application no. 47848/08, (17 July 2014).

<sup>68</sup> Valentin Câmpeanu v. Romania, prg.82.

<sup>69</sup> Valentin Câmpeanu v. Romania, prg.82.

<sup>70</sup> Valentin Câmpeanu v. Romania, prg.87.

<sup>71</sup> Valentin Câmpeanu v. Romania, prg.104.

değerlendirebilmesi için herhangi bir dayanak bulunmamaktadır<sup>72</sup>. Buna karşın Mahkeme, CLR'nin Bay Câmpeanu adına hareket etme yetkisinin ulusal mahkemeler önünde sorgulanmamış olmasına dayanarak başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve bu nedenle Mahkeme CLR'yi fiili bir temsilci olarak değerlendirmiştir<sup>73</sup>. Mahkeme daha önceki içtihatlarında taraf devletlerin iç hukuklarında sözü edilen kurallara yüklenen anlamdan bağımsız olarak kendi özerk yorumunu geliştirdiğini belirtmiştir<sup>74</sup>. Buna rağmen Câmpeanu kararında Mahkeme, ulusal yargının yaptığı tespite bağlı kalarak CLR'yi başvuranın fiili temsilcisi olarak değerlendirmiş ve başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

Câmpeanu kararında Mahkeme, en savunmasız kişilerin haklarının korumasız bırakılmaması ve "davalı Devlet'in hesap vermekten kaçmasına" izin verilmemesi gibi iki ana hedefe ulaşmaya çalışmıştır<sup>75</sup>. Mahkeme bu bağlamda, CLR'nin talebini kabul edilemez bulmanın "Sözleşme'nin genel ruhuna" ve Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca Mahkeme'ye başvuru yapma hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını hiçbir şekilde engellemeye yükümlülüğüne aykırı olacağını belirtmiştir. Mahkeme bu başvuruda yerleşik içtihadından açıkça ayrılmış ve ihlâlin mağduru olmayan aynı zamanda yazılı olarak da yetkilendirilmemiş bir sivil toplum kuruluşuna -fiili temsilci sıfatıyla- başvuru hakkı tanıyarak bir yenilik getirmiştir. Kanaatimizce Mahkeme'nin fiili temsilci kavramını geliştirmesinin arka planında actio popularis'i açıkça kabul etme konusundaki isteksizliği bulunmaktadır. Oysa CLR tarafından ileri sürülen iddia, actio popularis unsurlarını taşımaktadır.

Gerçekten de geleneksel olarak actio popularis iddiaları en savunmasız insanları korumak için ortaya atılır ve bu tür iddialar ihlâl neden olan tarafın hesap vermekten kaçmamasını sağlamaya çalışır. Her iki amaç da toplum menfaatlerini oluşturmaktadır. Mahkeme'nin savunmasız kişileri koruma ve davalı devletin hesap vermekten kaçmamasını sağlama ihtiyacına sık sık atıfta bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda, CLR tarafından yapılan başvurunun, Mahkeme tarafından açıkça zikredilmeyen bir actio popularis olduğu izlenimi yaratmaktadır. Açıkça görülmektedir ki Mahkeme, Open Door, Karner ve Valentin Câmpeanu kararlarında, genel olarak insan haklarının korunmasının etkililiğine, ancak daha spesifik olarak, kendi kişisel çıkarlarından hiçbir şekilde etkilenmeyen ve genel çıkarı korumak için sorumlu bir yurttaş olarak hareket eden başvuru sahipleri "mağdur" sıfatıyla değerlendirmek için bir gerekçe olarak 34. madde uyarınca "Mahkeme'ye başvuru yapma hakkının etkili bir şekilde kullanılması" ifadesine başvurmuştur. Mahkeme'nin bu kararlarında actio popularis'e atıfta bulunulmasına rağmen, mağdur şartını esnetmesinin nedeninin, insan haklarının korunmasının etkililiğini sağlamaya yönelik kamusal menfaati gerçekleştirme arzusu olduğu açıktır.

Benzeri yöndeki yaklaşımı Mahkeme'nin farklı kararlarında da görmek mümkündür. Örneğin, Türkiye'ye karşı yapılan Aksu başvurusunda başvuran, Roman kökenli bir Türk vatandaşıdır ve başvuran, Türkiye'de yayımlanan bir kitap ve iki sözlük olmak üzere üç yayımın Roman toplumuna yönelik aşağılayıcı ifadeler içerdiğini iddia etmiştir. Bu bağlamda başvuran, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen Sözleşme madde 8 ile beraber ayrımcılık yasağını düzenleyen Sözleşme madde 14'ün ihlâl edildiğini öne sürerek Mahkeme'ye başvurmuştur<sup>76</sup>. Söz konusu davada başvuru sahibi geçen yayımların Roman toplumunu küçük düşürdüğünü ve kendisini de bu topluluğun bir üyesi olduğundan kişisel olarak rahatsız ettiğini belirtmiştir<sup>77</sup>. Mahkeme ise mağdur sıfatı için doğrudan zarar görmenin kural olarak gerekli olduğunu; ancak bu kuralın katı ve esnek olmayan bir şekilde uygulanmaması gerektiğini bu kararında da yinelemiştir<sup>78</sup>. Söz konusu yaklaşımı

<sup>72</sup> Valentin Câmpeanu v. Romania, prg.107.

<sup>73</sup> Valentin Câmpeanu v. Romania, prg.110-114.

<sup>74</sup> ECHR, Case of Hoffman Karlskov v Denmark, Application no. 62560/00, (20 March 2003).

<sup>75</sup> Valentin Câmpeanu v. Romania, prg.112.

<sup>76</sup> ECHR, Case of Aksu v. Turkey, Applications nos. 4149/04, 41029/04, (15 March 2012), prg. 1-3.

<sup>77</sup> Aksu v. Turkey, prg. 23-28, 40.

<sup>78</sup> Aksu v. Turkey, prg. 51; Benzeri yöndeki değerlendirme için bkz. ECHR, Case of Bitenc v. Slovenia, Application no. 32963/02, (18 March 2008).

ile Mahkeme başvuranın kişisel olarak hedef alınmamış olmasına rağmen etnik grubuna yönelik ifadelerden dolayı rahatsızlık duyabileceğini belirtmiştir. Bu anlamda Mahkeme Open Door başvurusunda da özellikle üzerinde durulduğu gibi aslında geniş bir mağdur topluluğu olduğunu kabul etmiş ve doğrudan hedef alınma ya da zarar görme şeklindeki klasik yaklaşımın tamamen ötesine geçmiştir. Mahkeme, mağdur statüsünün belirlenmesinde iç hukuktaki tespitten de yararlanmış ve iç hukuk yargılamalarında davacının ehliyeti konusunda bir tartışma olmadığını belirterek mağdur statüsünü esnek bir şekilde uygulama gerekliliğini ortaya koymuştur. Neticede Mahkeme, Aksu kararında da başvurunun doğrudan hedef alınmamış olsa dahi mensup olduğu topluluğa yönelmiş ifadeler dolayısıyla açtığı davada, mağdur olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir<sup>79</sup>.

Mahkeme'nin mağdur şartına ilişkin olarak doğrudan zarar kriterini belirli konularda aşabiliyor olması, bireysel çıkarların yanı sıra kamu menfaatlerini de göz önünde bulundurması, etkilenme eşliğini geniş bir topluluğa yayılan, keskin sınırları olmayan bir çerçevede ele alabilmesi ve dolayısıyla mağdur statüsünü esnek yorumlayarak bu konuda, eğer ulusal hukuklarda kabul ediliyorsa bu belirlemeyi ön planda tutması, aksi takdirde kendisinin değerlendirme yapmaya yönelmesi *actio popularis*'in Mahkeme önünde de uygulamaya geçirilebileceği yönünde fikir uyandırmaktadır. Bu fikir Mahkeme'nin çevre kirliliği ve iklim değişikliğine ilişkin davalarında daha açık bir biçimde karşılığını bularak somutlaşmaktadır.

### **C. Genel yaklaşımdan sapmanın belirginleşmesi: Çevre kirliliği ve iklim değişikliğine ilişkin davalar**

Çevrenin korunmasının *actio popularis* bakımından özel konumu Mahkeme'nin içtihatlarına da yansımıştır. Mahkeme'nin çevrenin korunması gerekliliğini, hem bireylerin hak ve özgürlükleri üzerindeki önemli etkilerini göz önünde bulundurarak hem de çevresel tahribatın yol açabileceği potansiyel tehditleri dikkate alarak değerlendirdiği görülmektedir. Bu bağlamda Mahkeme çevresel faktörlerin bireylerin fiziksel ve psikolojik sağlıkları üzerinde olumsuz etkiler yaratabileceğini, dolayısıyla bireylerin yaşam kalitesini ve özel hayatlarını doğrudan etkileyebileceğini kabul etmektedir. Mahkeme, devletlerin çevresel bozulmaları önlemek ve bu tür etkilere karşı koruma sağlamak konusunda yükümlü olduklarını ve çevre koruma politikalarını uygularken bireylerin sağlığı ve yaşam kalitesini korumak için gerekli tedbirleri almaları gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca AIHM içtihatlarında çevresel etki değerlendirmelerinin ve kamu bilgilendirme mekanizmalarının önemini üzerinde durulduğu görülmektedir. Mahkeme çevresel tahribatın bireylerin haklarını ihlâl edebileceği durumlarda, devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetlemektedir. Mahkeme çevre hakkına ilişkin yaklaşımında, çevresel etkilerin topluluklar ve bireyler üzerindeki potansiyel risklerini de göz ardı etmemektedir<sup>80</sup>.

Bu bağlamda, Mahkeme aslında çevre hakkının yalnızca bireysel hak boyutunu değil, aynı zamanda toplumsal ve kolektif boyutunu da değerlendirmektedir. Mahkeme'nin çevre kirliliği ve iklim krizine ilişkin konuların sadece doğrudan zarar görmüş bireylerin yaşam kalitesini ve özel hayatlarını değil, aynı zamanda geniş toplum kesimlerini etkileyen bir sorun olduğunu, çevrenin korunmasına olan yaklaşımı ile kabul ettiği söylenebilir. Nitekim Mahkeme bazı kararlarında, iç hukukta yapılan yargılamaları da dikkate alarak çevresel etkilerin ve çevresel tahribatın geniş etkiler yarattığını belirtmiştir. Tam da bu noktada Mahkeme'nin konusu çevre tahribatı ve iklim değişikliği olan bazı başvurularda verdiği kararlarda, açıkça ifade etmese de üstü kapalı olarak *actio popularis*'e işaret ettiği ve hatta ona kapı araladığı görülmektedir.

<sup>79</sup> Aksu v. Turkey, prg. 51-54; Benzeri yöndeki değerlendirme için bkz. ECHR, Case of D.H. and Others v. The Czech Republic, Application no. 57325/00, (13 November 2007), prg. 181, 209.

<sup>80</sup> Ole W. Pedersen, "The Ties that Bind: The Environment, the European Convention on Human Rights and the Rule of Law", *European Public Law* 16/4 (2010), 582-584; ECHR, Case of López Ostra v. Spain, Application no. 16798/90, (09 December 1994), prg. 51; ECHR, Case of Hatton and Others v. the United Kingdom, Application no. 36022/97, (8 July 2003), prg. 96; ECHR, Case of Fadeyeva v. Russia, Application no. 55723/00, (9 June 2005), prg. 68-70.

## 1.Cordella ve diğerleri v. İtalya kararı

Mahkeme konusu çevre olan erken tarihli *Tauira ve Diğerleri v. Fransa*<sup>81</sup> başvurusunda, *actio popularis* ile ilgili yerleşik içtihadını tekrarlamıştır. Bu başvuruda Güney Pasifik bölgesindeki Fransız Polinezyası'nda yaşayan başvuruçular Fransız hükümetinin Mururoa ve Fangauufa adalarında nükleer denemelerin yeniden başlatılmasının Sözleşme'nin 2. maddesi ile güvence altına alınan yaşam haklarını ihlâl ettiğini ileri sürmüşlerdir. Başvuruçular, uzun vadede kanser, lösemi ve konjenital bozukluklara neden olan ve havada, suda ve besin zincirinde görünmez ve sinsi bir şekilde yayılan radyoaktivitenin spesifik etkileri göz önüne alındığında, Fransa'nın sağlık önlemlerini (nüfusun tahliyesi gibi) uygulamayarak veya herhangi bir sistematik tıbbi takip sağlamayarak yaşamlarını korumak için gerekli tüm önlemleri alma konusundaki pozitif yükümlülüğünü ihlâl ettiğini, nükleer denemelerin yeniden başlatılmasının yaşamları için gerçek, önemli ve acil bir risk oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir<sup>82</sup>. Başvuruçular bunun yanı sıra Sözleşme'nin 3, 8, 13 ve 14. maddeleri ile 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin ihlâl edildiğini iddia etmişlerdir<sup>83</sup>. Fransa Hükümeti ise savunmasında, başvuruçuların başvuruda bulunmalarını sağlayacak herhangi bir menfaatin varlığını ortaya koyamadıkları için (eski) 25. madde anlamında Sözleşme'nin ihlâlinden mağdur olmadıklarını ileri sürmüştür. Fransa Hükümeti'ne göre Sözleşme bir *actio popularis* öngörmemektedir ve başvuruçuların birey olarak sadece bir ihlâl tehdidinden değil bir hakkın fiilen ihlâline yol açan bir eylem veya ihmalden kişisel olarak ve doğrudan etkilendiklerini veya etkileneceklerini de ortaya koymaları gerekir<sup>84</sup>. Fransa Hükümeti ayrıca, nükleer denemelere devam etme kararının, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların ihlâlüne ipso facto ve zorunlu olarak yol açacak bir eylem olmadığını ve bunun başvuruçular tarafından ileri sürülen bir varsayım olduğunu belirtmiştir<sup>85</sup>.

İlgili davada başvuruçular ise önceki nükleer denemelerin sağlık durumları üzerinde yarattığı sonuçları belirten raporlara dayanarak devam eden bir ihlâlin varlığını ileri sürmüşlerdir. Başvuruçular ayrıca başvuru dosyasına sundukları bilimsel ve teknik başka raporlara dayalı olarak nükleer denemelere devam etme kararı ile Sözleşme'nin 2, 3 ve 8. maddeleri ile 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin gelecekte de ihlâl edileceğine dair endişelerini beyan etmişlerdir<sup>86</sup>.

Başvuruçuların sunduğu bu raporlar, nükleer denemelerin yeniden başlatılmasının çevrenin radyoaktif kirlenme riskini ve dolayısıyla başvuruçuların kendilerinin de bu kirlenmeye maruz kalma riskini artırdığını göstermektedir<sup>87</sup>. Fransa Hükümeti de bu raporların sonuçlarına itiraz ederek alternatif raporlar sunmuştur; ancak Komisyon, taraflarca ileri sürülen bu teknik raporların bilimsel geçerliliği hakkında karar vermeyi kendi yetkisi dâhilinde görmediğini belirtmiştir<sup>88</sup>. Komisyon Fransa Hükümeti'nin nükleer denemelere devam etme yönünde aldığı kararın yerindeliğini tartışmayı da kendi yetki alanında görmemiştir. Komisyon'a göre, ister sivil ister askeri amaçlarla olsun, nükleer enerjinin kullanımının doğasında var olan riskleri öne sürmek, birçok insan faaliyeti gibi risk oluşturduğundan, başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin ihlâlinden mağdur olduklarını iddia etmeleri için yeterli değildir<sup>89</sup>. Bu nedenle Komisyon, başvuruçuların iddialarının, ilk bakışta (*prima facie*), Sözleşme'nin ihlâlinden mağdur olduklarını iddia edebilecekleri sonucuna varmak için yeterli derecede kanıtlanmadığı görüşüne varmıştır. Nitekim Komisyon'a göre nükleer denemeler için yapılan

<sup>81</sup> ECHR, *Case of Tauira and 18 Others v. France*, Application no. 28204/95, (04 December 1995).

<sup>82</sup> *Tauira and Others v. France*, 123.

<sup>83</sup> *Tauira and Others v. France*, 124, 125.

<sup>84</sup> *Tauira and Others v. France*, 126.

<sup>85</sup> *Tauira and Others v. France*, 127-130.

<sup>86</sup> *Tauira and Others v. France*, 131.

<sup>87</sup> *Tauira and Others v. France*, 131.

<sup>88</sup> *Tauira and Others v. France*, 131.

<sup>89</sup> *Tauira and Others v. France*, 131, 132.



sondajların yeniden başlatılmasının, başvuruçuların kişisel durumlarını doğrudan etkileyen bir eylem olarak değerlendirilemeyecek kadar uzak ve sadece potansiyel sonuçları olmuştur<sup>90</sup>.

Mahkeme Cordella başvurusunda<sup>91</sup> ise Tauria başvurusundaki bu yaklaşımdan köklü bir değişikliğe giderek çevre kirliliği ile ilgili başvurularda önemli bir eşiğin aşılmasını sağlamıştır. Bu anlamda Cordella başvurusu Mahkeme'nin çevre tahribatının toplumsal etkilerine ilişkin önemli tespitlerde bulunduğu başvurulardan birisidir. Başvurunun konusu İtalya'nın Toronto kentinde bulunan eski Ilva çelik fabrikasından yayılan emisyonların çevre ve fabrikayı çevreleyen bölgede yaşayanların sağlığı üzerindeki tehlikeli etkileriyle ilgilidir. Söz konusu çelik fabrikasının emisyonlarının halk sağlığı üzerindeki olumsuz etkileri, 1970'lerden bu yana yapılan bilimsel çalışmalarda ortaya konulmuştur. Başvuru dosyasındaki raporlarda hastaneye yatış oranlarının, belirli kanser türlerinin ve kardiyodolaşım patolojilerinin ve ölüm oranlarının bölgesel ortalamadan daha yüksek olduğu kanıtlanmıştır. Buna karşın ulusal makamlar emisyonları azaltmak ve bölgeyi arındırmak için gerekli önlemleri almakta başarısız olmuştur. İtalyan Hükümeti bazı iyileştirme önlemlerinin 2012'den itibaren uygulanmasını planlamış olmakla birlikte, bu önlemler önce 2014 yılına daha sonra da 2023'e ertelenmiştir. İtalyan Hükümeti, çevre sakinlerinin sağlıklarına ve yaşamlarına yönelik ciddi risklere rağmen çelik fabrikasının üretime devam etmesini sağlamak için "Ilva'yı kurtarma kararnameleleri" olarak adlandırılan 11 özel kanun hükmünde kararname çıkarmıştır. Buna ek olarak İtalyan Hükümeti, normalde çevre yasalarına uyulmasını sağlamakla yükümlü olan ve tesisin işletilmesinden kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulacak olan kişilere, örneğin mevcut yöneticiye ve tesisin gelecekteki alıcılarına, idari ve cezai dokunulmazlık sağlanmıştır. Bu çerçevede, ilgili çelik fabrikasının bulunduğu bölgede ikamet eden yaklaşık 200 İtalyan vatandaşı, çelik fabrikasının emisyonlarının yaşamları, sağlıkları ve çevre üzerindeki etkileri nedeniyle Sözleşme ile güvence altına alınan yaşam haklarının (madde 2) ve özel hayata ve aile hayatına saygı haklarının (madde 8) ihlâl edildiğini iddia etmişler ve sağlık ve çevresel durumla ilgili bir iç başvuru yolu bulunmaması nedeniyle etkili bir hukuk yolu (madde 13) talep ederek Mahkeme'ye iki ayrı başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme oybirliğiyle İtalyan Hükümeti'nin Sözleşme'nin özel yaşamın kalitesine ve kişinin konutundan yararlanmasına saygı gösterilmesini gerektiren 8. maddesini ihlâl ettiğine karar vermiştir. Mahkeme yerleşik uygulamasına göre, çevresel tahribatın özel ve aile yaşamının sürdürülmesine zarar verebilecek bir ağırlık eşiğine ulaşması halinde bu hakka dayalı olarak karar vermektedir. Dolayısıyla Mahkeme, İtalyan makamlarının başvuruçuların özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkının etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için gerekli tüm tedbirleri almadığına karar vermiştir.

Mahkeme Cordella kararında, çevreye verilen zararın Sözleşme'nin 8. maddesinin 1. paragrafında güvence altına alınan haklardan birinin ihlâli anlamına gelip gelmediğinin belirlenmesindeki en önemli faktörün, yalnızca çevrenin genel olarak bozulması değil, "kişinin özel veya aile alanı üzerinde olumsuz bir etkinin varlığı" olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, Ilva'nın neden olduğu olumsuzluklardan doğrudan etkilenen yerlerin İtalyan makamlarınca belirlenmiş olduğunu belirterek bu alan dışında kalan başvuruçuların başvurularını reddetmiştir<sup>92</sup>. Mahkeme, Sözleşme'nin çevrenin genel olarak korunmasını güvence altına almadığı fikrine bağlı kalmış ve başvuruçuların çevresel zarar nedeniyle ortaya çıkan ihlâllerin mağduru olduklarını, ancak bu zararın kendi haklarını ihlâl ettiği durumlarda iddia edebileceklerini belirtmiştir<sup>93</sup>.

Cordella kararında sözü edilen tespitine rağmen Mahkeme, başvuruçuların mağdur sıfatını taşıyıp taşımadığına dair yerleşik içtihadından ayrılarak bu konuda ulusal mercilerin yaptığı tespite dayalı olarak karar verme yoluna gitmiştir. Oysa Tauria başvurusunda Komisyon, "mağdur" kavramının,

<sup>90</sup> Tauria and Others v. France, 133.

<sup>91</sup> ECHR, Case of Cordella and Others v. Italy, Application nos. 54414/13, 54264/15, (24 June 2019).

<sup>92</sup> Cordella v. Italy, prg.103.

<sup>93</sup> Cordella v. Italy, prg.107.

menfaat veya dava ehliyeti gibi hususları içeren iç hukuk kavramlarından bağımsız olarak yorumlanması gerektiği yönündeki içtihadına atıf yaparak başvuru sahiplerinin mağdur statüsünü kendisi belirlemiştir<sup>94</sup>.

Başka bir taraftan yine Taura başvurusunun aksine Mahkeme, Cordella başvurusunda fabrikanın faaliyetleri ile kişilerin kötüleşen sağlık durumları arasında nedensellik bağının kurulması için başvuru dosyasında sunulan bilirkişi raporlarını ve bilimsel çalışmaları yeterli görmüştür<sup>95</sup>. Söz konusu çelik fabrikalarından kaynaklanan kirliliğin yerel halk için olumsuz sağlık etkileriyle bağlantılı olduğuna dair kanıtları değerlendiren Mahkeme, her bir başvuranın kirlilikle ilgili bir patolojiden mustarip olup olmadığını incelemeksizin, kirliliğin kaçınılmaz olarak buna maruz kalanları çeşitli hastalıklara karşı daha savunmasız hale getirdiğine karar vermiştir<sup>96</sup>.

Mahkeme'nin Cordella başvurusundaki yaklaşımının konumuz açısından önemi şu noktada kendisini göstermektedir. Mahkeme'nin bu kararında ortaya koyduğu kanıt standardının uygulanmaya devam edilmesi hâlinde, pek çok kişi çevre tahribatının ve iklim değişikliğinin insan sağlığına ve refahına olan olumsuz etkilerini ortaya koyan çok sayıda bilimsel rapor ve belgeye dayalı olarak başvuruda bulunabilecektir. Böyle bir durumda Mahkeme bu başvuruların mağdur şartını taşıyıp taşımadıklarını tespit etmek için başvuru sahiplerinden kendilerini şahsen etkileyen bir ihlâlin varlığını ortaya koyan makul ve ikna edici başkaca bir kanıt sunmaları istemeyecektir<sup>97</sup>. Cordella başvurusundaki yaklaşımı ile Mahkeme çevreye dayalı başvurularda mağdur statüsünün "etkilenme" ve "yakınlık" kriterlerine yeni bir çerçeve çizmiş, çevrenin korunması ile ilgili başvurularda daha önce mağdur statüsü için kabul ettiği kısıtlayıcı yorumdan vazgeçmeye hazır olduğu mesajını vermiştir<sup>98</sup>.

## 2.Cangı ve diğerleri v. Türkiye kararı

### a. Mahkeme'nin çoğunluk görüşü

Mahkeme Cangı başvurusunda, Cordella başvurusundaki değerlendirmelerinden oldukça farklı bir değerlendirmede bulunmuştur. Türkiye'ye karşı yapılan başvuru konusu olayda Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, özel bir ticari şirketin siyanürle çözündürme yöntemi kullanarak altın çıkarmasına ilişkin çevresel etki değerlendirme (ÇED) raporunu onaylamıştır. Başvuru sahipleri ise Bakanlık kararının iptal edilmesi için ulusal yargı mercilerine başvurmuşlardır. Yargılamalar sırasında, ulusal yargılama makamı bir bilirkişi heyeti atamış ve tarafların huzurunda keşif gerçekleştirmiştir. Bilirkişiler raporlarında, diğer bazı risklerin yanı sıra, madencilik faaliyetlerinin durdurulmasından sonra büyük bir maden ocağı gölünün oluşacağını ve bu gölde biriken asidin yeraltı suyunun kirlenmesine neden olabileceğini belirtmişler; ancak olası kirlenmenin boyutunu kesin olarak tespit edememişlerdir<sup>99</sup>. İç hukukta devam eden süreçte konuya ilişkin olarak farklı bilirkişi heyetleri oluşturulmuştur. Başvuru sahipleri ise davaya konu duruma ilişkin olarak hazırlanan tüm raporların kendilerine iletilmediğini, bunları inceleme fırsatlarının olmadığını, ilk yargılamada talep edilen bilirkişi raporunun zaten endişe verici olduğunu ve bazı önemli hususlarda bilirkişi incelemesinin hiç yapılmadığını belirtmişlerdir<sup>100</sup>.

Sözü edilen yargılamalardan sonuç alamayan başvuru sahipleri, konuyu Türk Anayasa Mahkemesi'ne taşımışlardır. Bu aşamada başvuru sahipleri, ilk derece mahkemesindeki yargılamalar sonucunda Sözleşme'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi ve

<sup>94</sup> Taura and Others v. France, 130.

<sup>95</sup> Cordella v. Italy, prg.105.

<sup>96</sup> Cordella v. Italy, prg.105.

<sup>97</sup> Helen Keller - Corina Heri, "The Future is Now: Climate Cases Before The ECtRH", *Nordic Journal of Human Rights* 40/1, (2022), 156; Alçık Engürülü, "AIHM'nin Çevre İchtihadı", 1036.

<sup>98</sup> Keller - Heri, "The Future is Now", 157.

<sup>99</sup> ECHR, Case of Cangı and Others v. Türkiye, Application no. 48173/18, (14 November 2023), prg. 5-7.

<sup>100</sup> Cangı and Others v. Türkiye, prg. 17.

özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi kapsamındaki haklarının ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir<sup>101</sup>.

Anayasa Mahkemesi, başvurucuların şikâyetlerini yalnızca Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelemeye karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi başvurucuların "mağdur statüsünü" konutlarının madene olan mesafesine göre belirlemiştir. Buna dayanarak Anayasa Mahkemesi, başvuruculardan sadece Mustafa Sakaryalı'nın başvurusunu madene yakın bir köyde ikamet etmesi ve çiftçi olması dolayısıyla kabul edilebilir bulmuştur. Diğer başvurucuların başvuruları ise madene yakın bir yerde ikamet etmedikleri ya da konut sahibi olmadıkları gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik kararı ile kabul edilemez bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi esasa ilişkin olarak ise başvuru tarafından sunulan kanıtların yetersiz olduğunu belirtmiş, İdare Mahkemesi'nin yürüttüğü keşif sırasında yapılan testlerin ve elde edilen bilirkişi bulgularının başvuranın iddialarını desteklemediğini kaydetmiştir<sup>102</sup>.

Söz konusu karar üzerine başvurucular, konuyu Strasburg'a taşımışlar ve Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında idari yargılamalarda mahkeme tarafından atanan bilirkişi incelemesi prosedürüne etkin bir şekilde katılmalarına izin verilmediğini iddia etmişlerdir<sup>103</sup>. Türk Hükümeti öncelikle, İdare Mahkemesi önündeki yargılamanın başvurucuların doğrudan ve kişisel haklarıyla ilgili olmadığını ve eylemlerinin Sözleşme koruması kapsamı dışında kalan bir halk davası "actio popularis" şeklini aldığını ileri sürerek başvurucuların "mağdur statüsüne" itiraz etmiştir. Türk Hükümeti, Mustafa Sakaryalı dışındaki tüm başvurucuların davaya konu tesisten yaklaşık 200 km uzakta yaşadıklarını belirtmiş ve başvurucuların, kendilerini kişisel olarak etkileyen bir ihlâlin varlığına dair makul ve ikna edici kanıtlar sunamadıklarını ileri sürmüştür<sup>104</sup>.

Ayrıca Hükümet, başvurucuların şikâyetlerinin Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında "kişisel hak ve yükümlülükler" ile ilgili olmadığını savunmuştur. Hükümet, başvurucuların yerel mahkemeler nezdinde anayasal hakları olan sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına dayandıklarını; ancak tesisin işletilmesinden kişisel olarak etkilenecekleri yakın bir zararı gösteremediklerini belirtmiştir. Hükümet'e göre, başvurucuların iddiaları altın madenciliğine yönelik ilkesel ve kategorik bir itirazı ifade etmektedir. Bu nedenle söz konusu ihtilaf başvurucuların kişisel haklarıyla ilgili değil, yalnızca kolektif çevresel çıkarların savunulmasıyla ilgilidir<sup>105</sup>.

Mahkeme'ye göre ise başvurucular Türk mahkemeleri önündeki yargılamalara taraf olmuşlardır ve bu yargılamalarda şikâyetçi olunan eksikliklerden doğrudan etkilenmişlerdir. Dolayısıyla Mahkeme başvurucuların Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki başvurularını kişi bakımından yetkisizlik gerekçesiyle reddedilemez görmüştür<sup>106</sup>.

Mahkeme, konu bakımından yetkiye ilişkin yaptığı değerlendirmede ise ilk olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin amaçları doğrultusunda bu hakkı kişisel bir hak olarak nitelendirmiştir<sup>107</sup>. Bununla beraber Mahkeme, ilk dört başvurucunun madenin yakınında yaşamadığı üzerinde durmuş, madenin işletilmesinin bu başvurucuları doğrudan ve bizzat etkilemediğini belirtmiş ve konuyu Türkiye hakkında verilen önceki tarihli bir karar olan Okyay ve Diğerleri v. Türkiye kararı ile karşılaştırma yöntemine gitmiştir. Mahkeme Cangı başvurusundaki başvurucuların durumunun, Okyay başvurusundaki başvurucuların durumdan farklı olduğunu ifade etmiştir. Okyay başvurusu çevrede neden olunan zarar ve başvurucuların da arasında olduğu bölge nüfusunun yaşamı ve sağlığı üzerinde

<sup>101</sup> Cangı and Others v. Türkiye, prg. 20.

<sup>102</sup> Cangı and Others v. Türkiye, prg. 21.

<sup>103</sup> Cangı and Others v. Türkiye, prg. 1.

<sup>104</sup> Cangı and Others v. Türkiye, prg. 28.

<sup>105</sup> Cangı and Others v. Türkiye, prg. 29.

<sup>106</sup> Cangı and Others v. Türkiye, prg. 33.

<sup>107</sup> Cangı and Others v. Türkiye, prg. 35.

oluşturduğu riskten dolayı üç termik enerji santralin işletimine ilişkindir. Mahkeme, Okyay başvurusunda itiraz edilen hususun başvuru sahiplerinin kendi fiziksel bütünlüklerinin korunması ilgili olduğunu belirtmiştir. Bu başvuruda Mahkeme, bazı başvuru sahiplerinin şikâyeteye konu olan enerji santrallerine yakın bir yerde yaşamamalarına rağmen yine de santrallerin emisyonlarından etkilenmelerini dayanak göstererek Sözleşme madde 6'nın uygulanabilir olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme buradaki dayanak noktasını, Okyay başvurusunda oluşabilecek potansiyel çevre kirliliğinin kapsamının yerel yargılamalar sırasında tespit edilmiş olması ve yerel mahkemelerin başvuru sahipleri lehine karar vermiş olması şeklinde açıklamıştır. Mahkeme'ye göre, Cangı başvurusunda yerel mahkemeler, Okyay başvurusunda bulunulan tespitlerde bulunmamıştır. Mahkeme ayrıca Cangı başvurusunda ilk dört başvuru sahibini "kamu bekçisi" olarak nitelendirmelerinin ve bu sıfatla dava açmalarının Mahkeme için belirleyici olmadığını ifade etmiştir<sup>108</sup>. Söz konusu yaklaşımı ile beraber Cangı başvurusunda Mahkeme, ilgili başvurunun ilk dört başvuru sahibi tarafından yapılan kısmının Sözleşme hükümleriyle konu bakımından bağdaşmadığına ve bu nedenle Sözleşme madde 35 (4)'e göre reddedilmesine oyçokluğu ile karar vermiştir<sup>109</sup>.

Mahkeme'nin bu kararına karşın aslında karar metninde de yer aldığı üzere, Türk Hükümeti başvuru sahiplerinin yerel yargılamalarda dayandıkları hakkın başvuru sahiplerinin sağlıklı bir çevrede yaşamaya ilişkin anayasal hakkı olduğunu kabul etmiştir; ancak bu tespitlere rağmen Mahkeme konu bakımdan yetki değerlendirmesi sırasında farklı bir bakış açısı ortaya koymuştur. Yerel yargılamalarda kabul edilen bir kişisel hakkın Mahkeme önünde kabul edilmemesi ve Sözleşme madde 6 kapsamında başvuru sahiplerinin bu hakkı ileri süremeyeceklerinin söylenmesi şaşırtıcıdır. Mahkeme daha önce bahsi geçen ve hepsi Cangı başvurusundan önceki tarihli Open Door, Karner ve Câmpeanu gibi başvurularda, kendi kişisel çıkarları doğrudan zedelenmeyen ve genel çıkarı korumak için sorumlu bir yurttaş olarak hareket eden başvuru sahiplerini "mağdur" olarak değerlendirme yolunu tercih etmiştir. Yine Türkiye'ye karşı verilen Aksu kararında ve Okyay kararında da benzeri bir tutumla iç hukukta yapılan değerlendirme "mağdur statüsü" için esas alınmıştır.

Cangı başvurusundaki sonucun farklılaşmasının nedeni, başvuru sahiplerinin kendilerini bir topluluğun parçası ya da temsilcisi olmak yerine açıkça "kamu bekçileri" olarak tanıtmaları olabilir. Nitekim Mahkeme bu nitelendirmenin kendisi için belirleyici olmadığını da özellikle vurgulamıştır. Mahkeme'nin *actio popularis*'i kabul etme konusundaki isteksizliğine ve bunun bir sonucu olarak daha çok fiili temsil kavramını kullanma yönünde eğilim gösterdiğine ilişkin kanaatimiz daha önce açıklanmıştır. Bununla beraber *actio popularis* konusundaki bir isteksizliğin ya da Cangı başvurusundaki gibi *actio popularis*'i ön plana çıkarabilecek "kamu bekçileri" gibi bir ifadenin yaratabileceği endişenin Mahkeme kararının sonucuna etki etmiş olma olasılığı, Sözleşme sisteminin amacına aykırı düşen kararları beraberinde getirir. Mahkeme'nin özellikle çevre hakkı gibi yaygın etkisi olan konularda *actio popularis*'i reddetme refleksi ile davranması hatalı sonuçlara yol açabilecek ve Cangı kararında görüldüğü üzere iç hukukta sağlanan korumanın zayıflatılmasına neden olabilecektir. Bu konuda Mahkeme'nin oyçokluğu ile verdiği karara katılmayan Yargıç Krenc'in şerhi uyarıcı ve dikkat çekici görünmektedir.

## **b. Yargıç Krenc'in şerhi**

Cangı ve Diğerleri v. Türkiye kararında kişi ve konu bakımından yetkiye ilişkin yapılan değerlendirmeler sonucu alınan karara Yargıç Krenc katılmamıştır. Yargıç Krenc kısmi ayrık görüşünü; Sözleşme madde 6'nın iç hukukta yer alan kişisel haklar için yalnızca usuli bir destek sağladığı, iç hukukun yorumlanması ve uygulanmasında yerel mahkemelerin söylediklerinin öncelikli olduğu, ikincilik ilkesinin dikkatle uygulanması gerektiği, ulusal sistemlerde sağlanan korumanın AİHM

<sup>108</sup> Cangı and Others v. Türkiye, prg. 37; ECHR, Case of Okyay v. Turkey, Application no. 36220/97, (12 July 2005), prg. 66-67.

<sup>109</sup> Cangı and Others v. Türkiye, prg. 38.

tarafından azaltılamayacağı ve çevreyle ilgili konularda adaletin sağlanmasına özellikle dikkat edilmesinin önemi gibi başlıklar altında geliştirmiştir.

Yargıç Krenc öncelikle, adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS madde 6'nın Sözleşme'nin diğer hükümlerinden, özellikle de uygulanabilmesi için özel hayat, aile hayatı veya konuta yapılan bir müdahale olmasını gerektiren AİHS madde 8'den ayrıldığını belirtmiştir. Nitekim AİHS madde 8'in uygulanabilmesi, bir eylemden kaynaklanan zararın asgari bir ağırlık düzeyine ulaşmasına bağlıyken AİHS madde 6 bakımından böyle bir eşik öngörülmemiştir<sup>110</sup>.

Ayrıca Yargıç Krenc'in de belirttiği üzere, Mahkeme'nin Sözleşme madde 6'yı yorumlarken alması gereken referans noktası, iç hukuk hükümleri ve bu hükümlerin ulusal mahkemeler tarafından yorumlanmasıdır. Cangı başvurusunda, ulusal mahkemeler başvuruçuların tümünün dava açma ehliyeti olduğunu kabul etmiş ve taleplerini esas bakımından incelemiştir. Ulusal mahkemeler, başvuruçulardan bazılarının davaya konu madene yakın bir yerde yaşamamasına rağmen başvuruçuların sağlıklı bir çevrede yaşamaya ilişkin anayasal haklarını dayanak olarak sunup sunamayacakları hususuna itiraz dahi etmemiştir<sup>111</sup>.

Sözü edilen durumda Mahkeme'nin yetkisinin ikincil niteliğini uygulama şekli sorunlu görünmektedir. Mahkeme içtihatlarında uzun süredir bahsedilen ve uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarının yöneldiği amaca da işaret eden bu ilkeye göre, güvence altına alınmış haklar ve özgürlüklerin uygulanmasına ve denetimine dair öncelikli sorumluluk ulusal makamlar üzerindedir. İkincilik ilkesi insan haklarına ilişkin sorunların öncelikle ulusal hukuklarda çözülmesi gerektiğine işaret etmektedir<sup>112</sup>.

Yargıç Krenc de Cangı kararına düştüğü şerhte, Mahkeme'nin ikincilik ilkesine tam olarak uyması gereğinin üzerinde durmuştur. Bu ilkeye uygun davranılırsa ulusal bir mahkeme başvuranların iç hukuktaki bir kişisel hakkı kendi önünde ileri sürebileceğine karar verdiğinde, Mahkeme'nin bu kararı görmezden gelerek Sözleşme madde 6 kapsamında başvuruçuların ilgili hakkı ileri süremeyecekleri söylemesi mümkün olamayacaktır. Yargıç Krenc'in de belirttiği gibi ikincilik ilkesinin ulusal düzeyde sağlanan korumayı zayıflatması değil güçlendirmesi beklenir<sup>113</sup>.

İkincilik ilkesi ile beraber burada dördüncü derece doktrini ile ilgili bir sorun olduğunu da söyleyebiliriz. Buna göre Mahkeme, Sözleşme hükümlerine uyulup uyulmadığını denetlemektir ve bir temyiz mahkemesi gibi hareket etmemelidir. Mahkeme, Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklar ve özgürlükler ihlâl edilmediği sürece bir ulusal yargı organının olguları veya hukuku değerlendirmesinde meydana geldiği iddia edilen hatalarla ilgilenmemelidir<sup>114</sup>. Buna karşın Mahkeme, Cangı başvurusunda iç hukukta dava ehliyetleri kabul edilen dört başvuruçunun başvurusunu konu bakımından yetkisizlik gerekçesi ile kabul etmemiştir. Oysa bu değerlendirme Türk iç hukukunda yapılmıştır ve sözü edilen dört başvuruçunun, ilgili davada yer alabileceğine kanaat getirilmiştir. Mahkeme'nin bu değerlendirmeyi tekrar yapması ve bu değerlendirmeyi Sözleşme'de düzenlenen bir hakkı güçlendirme değil, aksine zayıflatma ve hatta konu özelinde ortadan kaldırma şeklinde sonuçlandırması, Mahkeme'nin ikincil niteliği ile de dördüncü derece doktrini ile de Sözleşme'nin ve Mahkeme'nin varlığının temel amaçları ile de uyuşmamaktadır.

Mahkeme, Cangı davasına konu olayı Hükümet'in iç hukuktaki yargılamaların başvuruçuların doğrudan ve kişisel haklarıyla ilgili olmadığını ve eylemlerinin Sözleşme koruması kapsamı dışında

<sup>110</sup> Cangı and Others v. Türkiye, Yargıç Krenc'in Kısmi Muhalefet Şerhi, prg. 3.

<sup>111</sup> Cangı and Others v. Türkiye, Yargıç Krenc'in Kısmi Muhalefet Şerhi, prg. 4-5.

<sup>112</sup> Harris vd., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 17.

<sup>113</sup> Cangı and Others v. Türkiye, Yargıç Krenc'in Kısmi Muhalefet Şerhi, prg. 7-8.

<sup>114</sup> Harris vd., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 17-18; ECHR, Case of Schenk v. Switzerland, Application no. 10862/84, (12 July 1988), prg. 46; ECHR, Case of Kemmache v. France, Application no. 17621/91, (24 November 1994), prg. 44; ECHR, Case of García Ruiz v. Spain, Application no. 30544/96, (21 January 1999), prg. 28.

kalan bir halk davası “actio popularis” şeklini aldığını ileri sürerek başvuru sahiplerinin mağdur statüsüne itiraz etmesini haklı görecektir. Oysa buna öncelikle karar verecek olan ulusal mahkemelerdir ve AİHM ulusal mahkemelerin tanıdığı dava ehliyetini tanımama yoluna gitmiştir. Mahkeme’nin bu kararda actio popularis uygulamasına genel yaklaşımını ortaya koymaya çalıştığı ya da tazminata ilişkin hükümlerin kötüye kullanılmamasını amaçladığı da düşünülebilir.

Eğer böyle bir endişe söz konusu ise belirtmek gerekir ki Mahkeme, kararlarında sadece ihlâl tespitinin yeterli olduğuna da kanaat getirebilir. Mahkeme, ihlâl kararı verdiği pek çok olayda adil giderim bakımından ihlâl tespitinin tek başına yeterli olduğu sonucuna zaten varmaktadır. Karara bağlanan bir davada tazminat unsuru, Sözleşme sisteminin temel unsuru olarak kavranamaz ve tazminat alma isteği Mahkeme’ye başvurunun başlıca motivasyonu olarak kabul edilemez<sup>115</sup>. Başka bir taraftan actio popularis söz konusu olduğunda ya da bu uygulamaya yaklaşıldığı düşünüldüğünde hakkın kötüye kullanılması endişesi ile hareket etmek davayı ve davaya konu olayı titizlikle incelemek anlamına gelir ve kararı olaya özgü olmaktan çıkarır. Hak arama özgürlüğünün bir görünümü olarak karşımıza çıkabilecek actio popularis için hakkın kötüye kullanılması riski mevcuttur; fakat bu risk her hak için geçerlidir. Çevre hakkı gibi kolektif haklar ve actio popularis gibi geniş kapsamlı dava türleri için yalnızca daha titiz bir inceleme gerekecektir.

Ayrıca Cangı kararındaki şerhinde Yargıç Krenç’in de üzerinde durduğu gibi günümüzde iklim değişikliği ile mücadele, çevrenin korunması ve çevresel tahribatın önlenmesi öncelikli bir konu hâline gelmiştir. Hem ulusal hukuklarda hem de uluslararası hukukta sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının giderek daha fazla önem kazandığı da herkes tarafından kabul edilen bir gerçektir. Ayrıca çevre hakkının daha işlevsel kullanılabilmesi için bu hakkın kolektif niteliği ve evrensel boyutu ön plana çıkmaktadır. Söz konusu durum özellikle bilgiye erişim ve çevresel etki değerlendirmeleri gibi alanlarda tamamen somutlaşmaktadır. Çevre hakkı ve dolayısıyla sağlıklı bir çevrede yaşamayı talep etme, sıkı coğrafi sınırlara bağlanmamalıdır. Bunun yerine, sürdürülebilirlik ilkeleri doğrultusunda tüm bireylerin ve gelecek nesillerin ihtiyaçlarının dikkate alınması gerekir. Çevre hakkı, tüm insanlığı etkileyen ve geleceğe yönelik sürdürülebilir bir yaşamı güvence altına almayı amaçlayan içeriği göz ardı edilmeden değerlendirilmelidir<sup>116</sup>.

Sözü edilen görüşümüzle özellikle Yargıç Krenç’in Cangı kararına ilişkin şerhinde işaret ettiği gibi Mahkeme’nin başlangıç noktası olarak iç hukuklarda, adı konulmamış da olsa, izin verilen actio popularis uygulamasına karşı refleksiyle hareket etmemesi beklenmektedir. Aksine geliştirilecek bir tutum, Sözleşme sisteminin temel amacından sapma sonucu doğuracaktır, zira ulusal hukuklarda tanınan hakkın azaltılması söz konusu olmamalıdır. Yargıç Krenç’in Mahkeme’nin actio popularis’e ilişkin ihtiyatlı tutumuna karşı ortaya koyduğu görüşleri ve çevre hakkı ile actio popularis arasındaki bağlantıyı işaret etmesi, en azından bu konuda iç hukuk yorumuna öncelik verilmesi gerektiğini ifade etmesi, çevre hakkı bağlamında sürekli ilerlemeyi teşvik edici ve Mahkeme yaklaşımı bakımından yol gösterici nitelikte görünmektedir.

### **3.Verein klimasenioren Schweiz ve diğerleri v. İsviçre kararı**

Mahkeme’nin 2024 yılına ait Verein KlimaSeniorinnen kararı, Mahkeme’nin iklim değişikliğine ilişkin verdiği ilk ihlâl kararı olması dolayısıyla doktrinde ve uygulamada önemli yankı uyandırmıştır. Bu karar çevre kirliliği ve iklim değişikliğinin yanında bu çalışmanın bir diğer ağırlık merkezi olan Mahkeme kararlarında actio popularis için de bir dönüm noktası olarak görülebilir.

KlimaSeniorinnen başvurusunda başvuru sahipleri, İsviçre yasalarına göre kayıtlı bir dernek olan Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve dört İsviçre vatandaşı Bayan Ruth Schaub, Bayan Marie-Eve Volkoff

<sup>115</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* (İstanbul: Legal Yayınları, 2010), 946.

<sup>116</sup> Cangı and Others v. Türkiye, Yargıç Krenç’in Kısmi Muhalefet Şerhi, prg. 9.

Peschon, Bayan Bruna Giovanna Olimpia Molinari ve Bayan Marie Gabrielle Therese Budry'dir. Başvurucular, İsviçre makamlarının iklim değişikliği ile mücadelede yetersiz kaldığını ve ihmalkâr davrandığını iddia etmişler ve bunun Sözleşme'nin 2, 6, 8 ve 13. maddelerini ihlâl ettiğini ileri sürmüşlerdir<sup>117</sup>.

İlk başvuru Verein KlimaSeniorinnen Schweiz, kâr amacı gütmeyen bir dernektir ve bu derneğin amacı etkili iklim korumasını teşvik etmek ve uygulamaktır. Derneğin üyeleri İsviçre'de yaşayan ve çoğunluğu 70 yaşın üzerinde olan kadınlardan oluşmaktadır. Başvuru sahibi dernek, İsviçre'deki sera gazı emisyonlarını ve bunların küresel ısınma üzerindeki etkilerini azaltmaya yönelik çalışmalar yürütmektedir. Başvuru sahibi derneğin faaliyetinin yalnızca üyelerinin değil, aynı zamanda etkili iklim koruması yoluyla tüm halkın ve gelecek nesillerin çıkarlarına yönelik olduğu belirtilmektedir. Dernek, üyelerinden iklim değişikliğinin kendileri üzerindeki etkileri hakkında görüş talep etmiş; üyeler, sağlıklarının ve günlük rutinlerinin sıcak hava dalgalarından nasıl etkilendiğini anlatmış ve dernek buna dayanarak başvuruda bulunmuştur<sup>118</sup>.

İkinci başvuru ise başvurusunda, sıcak hava dalgalarına dayanmakta zorluk çektiğini ve dairesindeki bir balkonda güneşe maruz kaldığında birden fazla kez yere yığıldığını belirtmiştir. Bu başvuru, örneğin alışverişe giderken yaşam tarzını sıcak hava dalgalarına göre ayarlamak zorunda kaldığını ve neredeyse tüm gün dışarıya çıkamadığını söylemiştir<sup>119</sup>. Bu aşamada belirtmek istediğimiz ilk nokta özellikle ikinci başvurusunun başvurusuna temel aldığı bu hususların hemen hemen herkes tarafından söylenebilecek olmasıdır. Başvurucuların bahsedeceğimiz diğer şikâyetlerinin pek çok kısmının da bu gözle okunacağı görülecektir.

İkinci başvuru, kendisine serin kalması için özel kıyafetler veren bir hemşireden yardım aldığını, sıcak günlerde yoğunlaşan ve aşırı derecede ağrılı olan gut atakları geçirdiğini ve hatta bir kez sıcak hava dalgası sırasında yere yığıldıktan sonra hastaneye kaldırıldığını başvurusunda ifade etmiştir. İkinci başvuru yaşadığı bu olaylardan sonra alışverişe daha erken giderek ve geceleri temiz hava alarak alışkanlıklarını sıcağa göre ayarlamak durumunda kaldığını söylemiştir. Başvuru bakımından yaşanan tüm bu kısıtlamalar sosyal çevresinde sorunlara yol açmıştır. İkinci başvuru ayrıca, Ağustos 2015'te sıcak bir yaz gününde, yüksek sıcaklık nedeniyle doktorun bekleme odasında yere yığıldığını anlatan ve başvurusunun kalp pili taktığını da belirten 15 Kasım 2016 tarihli bir sağlık raporunu da Mahkeme'ye sunmuştur<sup>120</sup>.

Üçüncü başvuru da sıcak hava dalgalarına dayanmakta zorluk çektiğini, hayatını hava tahminine göre düzenlemek zorunda kaldığını belirtmiş ve hava çok sıcak olduğunda, tüm gün evde kalmak, panjurları indirmek ve klimayı açmak zorunda kaldığından şikâyet etmiştir. Ayrıca, bu başvuru eğlence aktivitelerinden uzak durması, düzenli olarak kan basıncını ölçmesi ve ardından ilaçlarını buna göre alması gerektiğini belirtmiştir. Üçüncü başvuru başvurusunda, özellikle Mayıs ve Eylül ayları arasında termometrenin, ailesi ve arkadaşlarıyla ilişkileri de dâhil olmak üzere hayatını sürdürme biçimini belirlediğini vurgulamıştır ve özellikle kardiyovasküler sorunlar yaşadığını gösteren sağlık raporlarını sunmuştur<sup>121</sup>. Dördüncü ve beşinci başvuru da sıcak hava dalgalarından şikâyetçi olduklarını, bunun günlük rutinlerini ve sağlıklarını etkilediğini dile getirmişler ve yüksek sıcaklıklardan önemli ölçüde etkilendiklerini göstermek üzere astım hastası olduklarına dair sağlık raporlarını Mahkeme'ye sunmuşlardır<sup>122</sup>.

<sup>117</sup> ECHR, Case of Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, Application no. 53600/20, 9 April 2024, prg. 1-3.

<sup>118</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 10.

<sup>119</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 13.

<sup>120</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 13-14.

<sup>121</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 15-17.

<sup>122</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 18-21.

KlimaSeniorinnen başvurusunda başvurucuların, genel itibariyle iklim değişikliği ve çevre kirliliğinden bireylerin nasıl etkilenebileceklerini, bu etkileri pek çok kişinin hissetmesinin onları soyutlaştırmayacağını ortaya koyduklarını söyleyebiliriz. Çevre hakkı ve *actio popularis* arasında ortaya koymaya çalıştığımız yakın ilişki, KlimaSeniorinnen başvurusundaki başvurucu kadınların ifadeleri ile somutlaştırılmış görünmektedir, zira başvurucu kadınlar iklim değişikliğinin sağlık, günlük rutinler ya da aile yaşamı gibi pek çok konu ile ilişkisini kendi yaşamları üzerinden Mahkeme önünde açıkça anlatmışlardır.

Sözü edilen aşamada Mahkeme'nin öncelikle iklim değişikliğini nasıl okuduğu dikkat çekicidir. Mahkeme, artan sıcaklıklar ve sıcak hava dalgalarının ölüm oranlarını artırmış olduğunu kaydetmiştir. Gerçekten de iklim değişikliği, yakın ve uzun vadede sorunlarını ve erken ölümleri önemli ölçüde artıracak görünmektedir. Küresel olarak 65 yaş üstü kişilerde ısıya bağlı ölüm oranı 2000-2004 ile 2017-2021 yılları arasında yaklaşık %68 oranında artmıştır. Tüm iklim tehlikeleri arasında, yüksek sıcaklık Avrupa'daki en önemli ölüm nedeni olarak görülmüştür. Ayrıca artan sıcaklıklar ve sıcak hava dalgaları yalnızca artan ölüm oranına yol açmakla kalmamış, aynı zamanda ciddi bir sağlık riski de oluşturmuştur. Sıcak hava dalgaları insan vücuduna yük oluşturmuş, susuzluğa, kalp ve akciğer fonksiyonlarının bozulmasına neden olmuş, acil hastane yatışlarında artışlara yol açmıştır. Özellikle yaşlılar ve bebekler risk altında kalmıştır. Ayrıca sıcak hava dalgaları hipertermiye, yorgunluğa, bilinç kaybına, ısı kramplarına, sıcak çarpmasına, kardiyovasküler, solunum ve böbrek rahatsızlıkları gibi mevcut tıbbi sorunların kötüleşmesine de neden olmuştur<sup>123</sup>. Mahkeme'ye göre, iklim değişikliği günümüzün en acil sorunlarından biridir. İklim değişikliğinin birincil nedeni, Dünya atmosferindeki sera gazı birikiminden kaynaklansa da bunun çevre üzerindeki sonuçları ve çeşitli insan topluluklarının ve bireylerin yaşam koşulları üzerindeki olumsuz etkileri karmaşık ve çok yönlüdür. Mahkeme ayrıca, iklim değişikliğinin zararlı etkilerinin kuşaklar arası yük paylaşımı sorununu gündeme getirdiğinin ve toplumdaki çeşitli savunmasız grupları özellikle etkilediğinin farkında olduğunu belirtmiştir<sup>124</sup>. KlimaSeniorinnen başvurusu öncesi iklim değişikliğine ilişkin herhangi bir kararı bulunmayan Mahkeme, iklim değişikliği konusundaki hassasiyetini ortaya koymuş ve çağımızın öncelikli sorunu hâline gelen ve küresel ölçekte etkili olan iklim değişikliğine karşı kayıtsız kalmayacağını ifade etmiştir<sup>125</sup>.

Mahkeme'nin KlimaSeniorinnen başvurusunda belirttiği üzere son zamanlarda iklim değişikliği de dâhil olmak üzere çevreyi koruma gerekliliğiyle ilgili bilimsel bilgi, sosyal ve politik tutumlar ve yasal standartlarda önemli bir dönüşüm yaşanmaktadır. Artık çevresel bozulmanın insan haklarının kullanımı üzerinde ciddi ve potansiyel olarak geri döndürülemez olumsuz etkiler yarattığı ve yaratma kapasitesine sahip olduğu açıkça kabul edilmiş durumdadır. Bu durum, bilimsel bulgularda, uluslararası araçlarda ve yerel mevzuat ve standartlarda yer almakta ve yerel ve uluslararası içtihatlarda tanınmaktadır. KlimaSeniorinnen başvurusu kapsamında da iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine ilişkin açık göstergelerin, Mahkeme önündeki mevcut yargılamada üçüncü taraf olarak müdahale eden birçok çevre uzmanı ve bilim insanı tarafından paylaşıldığı görülmüştür. Dahası iklim değişikliğine ilişkin bulgular, devletlerin iklim değişikliğiyle mücadele konusundaki uluslararası taahhütleri bağlamında ilke olarak benimsedikleri pozisyona karşılık gelmektedir. Ayrıca, mevcut başvurudaki davalı Devlet bakımından da iklim değişikliğinin bireylerin yaşamları, sağlıkları ve refahları üzerindeki olumsuz etkilerinin ele alınmasının aciliyeti genel politika hedeflerinin temelini oluşturmaktadır. Bu, iklim değişikliği gelişmelerini takip eden ve iklim değişikliğinin bireyler üzerinde yarattığı olumsuz etkilere ilişkin düzenli olarak uyarılar yayınlayan çevre kuruluşlarının faaliyetlerini

<sup>123</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 64-66.

<sup>124</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 410.

<sup>125</sup> Ebru Demir, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevre ve İklim Konusunda Kurduğu Yargısal Diyalog* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), 144.



de içerir. Dahası, mevcut davadaki davalı Hükümet ve birçok üçüncü taraf müdahil Hükümet, bir iklim acil durumu olduğuna itiraz etmemektedir<sup>126</sup>.

Görülüyor ki KlimaSeniorinnen başvurusunda iklim değişikliğine ilişkin sorunların geldiği boyut Mahkeme kararında açıkça yer almış ve Sözleşmeciler Devletlerin de konunun ciddiyetinin kabulüne ilişkin uzlaşısı olduğu da ortaya konulmuştur. Buraya kadar Mahkeme'nin iklim değişikliği konusuna kayıtsız kalmayacağı ve bireysel haklarla kurulan bağlantı da göz önünde bulundurulduğunda bu konunun Mahkeme yargı yetkisi dışında kalan bir mesele olarak değerlendirilmeyeceği açıktır. Bu noktada gelinen kritik eşik, iklim değişikliğine ilişkin konuların ne kadar kapsamlı ve ne kadar etkin bir biçimde korunabileceğidir ve bu da bizi yine Mahkeme'nin mağdur statüsünü nasıl belirleyeceği sorusuna götürecektir.

İklim davalarında doğrudan mağduriyetin yanı sıra ya da onun yerine potansiyel mağduriyeti tanımak, henüz gerçekleşmemiş ve iddia edildiği şekilde asla gerçekleşmeyecek zararlar hakkındaki iddialara izin vermek olarak görülebilir. Gerçekten de örneğin, KlimaSeniorinnen başvurusundaki yaşı ortalama 70 üzeri olan kadınlardan oluşan başvuru sahipleri, potansiyel olarak bir sıcak hava dalgasından doğrudan zarar görmeden hayatlarını geçirebilirler. Buna karşın böyle bir varsayımla hareket etmek ve oluşabilecek zararların tamamen ortaya çıkmasını beklemek, önlenemez ve bir dereceye kadar tahmin edilebilir ölümler de dâhil olmak üzere telafisi mümkün olmayan zararların gerçekleşmesine izin vermek anlamına gelir. Ayrıca böyle bir tutum hâlihazırda meydana gelen zararları, örneğin iklim krizinin ortaya çıkmasını izlemekle ilişkili psikolojik acıyı, daha çok "iklim kaygısı" olarak bilinen ve özellikle gençleri etkileyen bir gerçekliği de yadsımak olacaktır. İklim krizi bağlamında potansiyel mağduriyeti tanımamak Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında işkence yasağının ihlâli ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve ceza olarak dahi yorumlanabilir<sup>127</sup>.

Mahkeme de KlimaSeniorinnen kararında, mağdur statüsünün belirlenmesi sorununun iklim değişikliği davalarının en belirgin konularından biri olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre bu noktada mağdur statüsüne ilişkin genel ilkeler, ayrı ayrı ele alınmalıdır ve mağdur statüsü ile ilgili Sözleşme hükümlerinin uygulanabilirliği arasındaki yakın bağlantı göz önüne alınarak başvuru sahiplerinin bu davada mağdur statüsüne sahip olup olmadıkları, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 2. ve 8. maddelerinin uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmesiyle birlikte incelenmelidir<sup>128</sup>.

KlimaSeniorinnen kararında Mahkeme, Sözleşme'nin actio popularis kurulmasını öngörmediğini tekrar etmiş ve açıklamalarını bu tekrarın üzerine şekillendirmiştir. Bununla beraber Mahkeme, mağdur statüsü kriterinin katı, mekanik ve esnek olmayan bir şekilde uygulanmaması gerektiğini de defalarca vurgulamıştır. Ayrıca Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin diğer hükümleri gibi 34. maddedeki "mağdur" kavramı da çağdaş toplumlardaki koşullar ışığında, evrimsel bir şekilde yorumlanmalıdır. Bu bağlamda Mahkeme, bu kavramın aşırı biçimsel bir şekilde yorumlanmasının Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakların korunmasını etkisiz ve yanıltıcı hale getireceğini düşünmektedir. Mahkeme, bir başvuru sahibinin yerel yargılamada taraf olduğu gerçeğini dikkate alması gerekse bile, "mağdur" kavramını özerk bir şekilde ve bir çıkar veya hareket etme kapasitesiyle ilgili olanlar gibi yerel kavramlardan bağımsız olarak yorumlamakta olduğunu da yinelemiştir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme madde 34 kapsamındaki "mağdur" kavramı doğrudan, dolaylı ve potansiyel mağdur şeklindeki kişi kategorilerini ifade eder ve Mahkeme, her durumda -mağdurun doğrudan, dolaylı veya potansiyel mağdur olması fark etmeksizin- başvuru ile ortaya çıktığı iddia edilen zarar arasındaki bağlantıyı aramalıdır. Ayrıca Mahkeme, mağdur statüsü sorununun locus standi sorunundan ayrı tutulması gerektiğini de söylemiştir<sup>129</sup>. Bu bağlamda Mahkeme, daha önce incelediğimiz Câmpeanu

<sup>126</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 431-433.

<sup>127</sup> Keller - Heri, "The Future is Now", 156.

<sup>128</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 459.

<sup>129</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 460-464.

başvurusunu referans almıştır. Buna göre Mahkeme, mağdurlar adına başvuruların belirli bir yetkisi olmadan başkaları tarafından yapılmasının kabul edilebileceği özel hususlar olabileceğini zaten daha önce tespit etmiştir. Valentin Câmpeanu adına CLR için ortaya konulan içtihat ilkelerine dayanarak Mahkeme, birkaç benzer sonraki davada da olduğu gibi, mağdurun hayattayken kendisi şikâyetle bulunabildiği durumlar da dâhil olmak üzere, doğrudan mağdurlar adına başvuruda bulunmak veya başvuruları takip etmek için derneklerin locus standi'sini kabul etmektedir<sup>130</sup>. Bu tespit ile beraber KlimaSeniorinnen başvurusunu özellikli hale getiren, iklim değişikliği konusunda Mahkeme'nin belirleyeceği "mağdur statüsü" içeriği ise ayrıca ele alınmalıdır.

İklim değişikliğinin doğası ve çeşitli olumsuz etkileri ve gelecekteki riskleri göz önüne alındığında, farklı şekillerde ve değişen derecelerde etkilenen kişi sayısı belirsizdir. İklim krizinin çözümü, yasal, düzenleyici, mali, finansal ve idari önlemlerin yanı sıra hem kamu hem de özel yatırımları içeren kapsamlı ve karmaşık bir dönüştürücü politikalar kümesini gerektirir. Kritik sorunlar genellikle harekete geçmeme veya yetersiz eylem şeklinde kendisini gösteren ihmallerden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, iklim değişikliği konusunda mağdur statüsüne ve bunun sınırlandırılmasına yönelik özel bir yaklaşıma ihtiyaç duyulmaktadır. Nitekim şikâyetlerin, belirli ve tanımlanabilir bireyler veya gruplarla sınırlı olmayan, ancak nüfusu daha geniş bir şekilde etkileyen çeşitli genel önlemlerle ilgili eylemler veya ihmallerle ilgili olabileceği gerçeği ortadadır. Bu bağlamdaki yasal işlemlerin sonucu kaçınılmaz olarak belirli bir bireyin veya birey grubunun hak ve çıkarlarının ötesinde bir etkiye sahip olacaktır<sup>131</sup>.

Mahkeme bu davadaki sorusunu, iklim değişikliği bağlamında Devlet eylemleri veya ihmalleriyle bağlantılı zarar iddialarının, bireylerin Sözleşme haklarını etkilemesi ve actio popularis'in Sözleşme sisteminde kabul edilmeme ilkesini zayıflatmadan ve Mahkeme'nin yargısal işlevinin doğası gereği proaktif olmaktan çok reaktif olan niteliğini göz ardı etmeden nasıl ve ne ölçüde incelenebileceği olarak belirlemiştir<sup>132</sup>. Bu açıklaması ile Mahkeme actio popularis'i, başvurudaki tüm şikâyetlerle uyuşan yönüne karşın, yine açıkça kabul etmeyeceğini ortaya koymuştur. Bunun da ötesinde Mahkeme bu kararında actio popularis'e geçit vermeden bu başvuruyu nasıl sonuçlandıracağını yöntemini aramıştır. Daha önce de üzerinde durduğumuz gibi böyle bir yaklaşım ya davanın görülmemesine ya da adı konulmayan bir actio popularis uygulamasının ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir ki kararın devamında ikinci seçeneğe yaklaşıldığı görülmektedir.

Mahkeme'nin mağdur statüsüne ilişkin içtihatları, itiraz edilen eylemin veya ihmalin başvuru üzerinde doğrudan bir etkisinin varlığına veya bunun gerçek bir riskine dayanmaktadır; ancak Mahkeme'ye göre iklim değişikliği bağlamında herkes bir şekilde ve bir dereceye kadar iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinden doğrudan etkilenebilir veya doğrudan etkilenme riski altında olabilir. Dolayısıyla potansiyel olarak çok sayıda kişinin bu temelde Sözleşme kapsamında mağdur statüsüne sahip olduğunu ileri sürebileceği gerçeği ortadadır. Mahkeme, Sözleşme haklarının etkili bir şekilde korunmasını sağlama ve mağdur statüsü kriterlerinin actio popularis'in fiili kabulüne yol açmasını önleme ihtiyacının özellikle dengelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda Mahkeme, bir devletin iklim değişikliğiyle mücadelede iddia edilen başarısızlıklarından kaynaklanan zarar veya zarar riskiyle ilgili şikâyetler bağlamında Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca mağdur statüsü talep etmek için, başvuru sahibinin itiraz edilen başarısızlıklardan kişisel olarak ve doğrudan etkilendiğini göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu kapsamda başvuru, iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine yüksek oranda maruz kalmış olmalı ve ortaya çıkan zararı azaltmak için makul önlemlerin yokluğu veya yetersizliği nedeniyle başvurucunun bireysel korumasının sağlanması için acil bir ihtiyaç oluşmalıdır. Mahkeme'ye göre Sözleşme uyarınca actio popularis'in hariç tutulması yaklaşımı göz

<sup>130</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 476-477.

<sup>131</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 479.

<sup>132</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 481.

önüne alındığında, bir başvuruçunun bu eşiği karşılayıp karşılamadığı, davanın somut koşullarının dikkatli bir şekilde değerlendirilmesine bağlı olacaktır. Bu bağlamda Mahkeme yerel koşullar, bireysel özellikler ve dezavantajlar gibi unsurlara gereken önemi göstereceği yönünde iradesi olduğunu ortaya koymuştur. Mahkeme'nin değerlendirmesi başvuranın şikâyetinin niteliği ve kapsamı, iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinin gerçekliği ve olasılığı, başvuranın yaşamı, sağlığı veya refahı üzerindeki özel etkisi, zararlı etkilerin büyüklüğü ve süresi, riskin kapsamı ve başvuruçunun savunmasızlığının niteliğini içerecektir<sup>133</sup>.

Neticede yaptığı değerlendirmede Mahkeme, ilk başvuruçucu KlimaSeniorinnen dışındaki 2 ila 5 numaralı başvuruçular açısından, mevcut yasa kapsamında hafifletme önlemlerinin etkili bir şekilde uygulanmamasıyla ilgili olarak ileri sürdükleri iddiaların, bireysel hakları açısından doğrudan belirleyici olduğunun veya olabileceğinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesiyle ilgili olarak ise 2 ila 5 numaralı başvuruçuların, yetkililerden talep ettikleri eylemin (mevcut ulusal yasa kapsamında hafifletme önlemlerinin etkili bir şekilde uygulanması) tek başına iklim değişikliği bağlamında bireysel hakları üzerinde yeterince yakın ve kesin etkiler yaratacağını gösteremeyeceğini kaydetmiştir. Bu nedenle Mahkeme, ilgili başvuruçuların anlaşmazlıklarının ulusal hukuk uyarınca dayandıkları haklar ile yalnızca zayıf bir bağlantısı veya uzak sonuçları olduğu kanaatine varmıştır<sup>134</sup>.

Mahkeme, bahsi geçen başvuruçuların iklim değişikliğinin etkilerine karşı özellikle hassas bir gruba ait olduklarını; ancak bunun tek başına mağdur şartını sağlamak için yeterli olmayacağını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre her başvuruçucu kendi bireysel durumunda, başvuruçuyu etkileyen olumsuz sonuçların belirli bir seviyeye ve ciddiyete ulaştığını göstermeli ve başvuruçuların bireysel korumalarını sağlama konusundaki acil bir ihtiyaç ve bireysel hassasiyetler tespit edilebilmelidir. Bu bağlamda Mahkeme'ye göre, 2 ila 4 numaralı başvuruçular, beyanlarında ve tıbbi kayıtlarında, sıcak hava dalgaları sırasında karşılaştıkları çeşitli zorluklara ilişkin açıklamalarda bulunmuşlardır. Ayrıca, sıcak hava dalgaları sırasında çeşitli kişisel uyum önlemleri almaları gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Buna karşın, sıcak hava dalgalarının ilgili başvuruçuların yaşam kalitesini etkilediği kabul edilebilirken iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine maruz kaldıkları veya gelecekte herhangi bir ilgili noktada maruz kalma riski altında oldukları açık değildir. Bahsi geçen başvuruçuların, sıcak hava dalgalarıyla bağlantılı olan olası kötüleşmelerinin İsviçre'deki mevcut adaptasyon önlemleriyle veya o ülkeyi etkileyen sıcak hava dalgalarının kapsamı göz önüne alındığında makul kişisel adaptasyon önlemleriyle hafifletilemeyeceği herhangi bir kritik tıbbi durumdan mustarip oldukları söylenemez. Mahkeme ayrıca, gelecekteki risklerle ilgili olarak mağdur statüsünün Mahkeme tarafından yalnızca istisnai olarak kabul edildiğini ve başvuruçuların bu tür istisnai koşulların kendileriyle ilgili olduğunu gösteremediklerini belirtmiştir<sup>135</sup>. Mahkeme beşinci başvuruçunun ise sıcak hava dalgalarının yarattığı ve belirli bir yaştaki herhangi bir kadının deneyimleyebileceği olağan etkilerin ötesine geçebilecek herhangi bir özel etkiyi belirtmeyen, çok genel bir beyanda bulunduğunu ifade etmiştir. Mahkeme beşinci başvuruçunun astım hastası olduğunu doğrulayan bir tıbbi rapor sunarken beyanında sıcak hava dalgalarıyla ilgili olarak doktora gitmediğini de belirttiğini ve bu nedenle ilgili başvuruçunun tıbbi durumu ile Mahkeme önündeki şikâyetleri arasında bir ilişki kurmanın mümkün olmayacağını kaydetmiştir<sup>136</sup>. Bu açıklamaları ile Mahkeme 2 ila 5 numaralı başvuruçuların Sözleşme'nin 34. maddesi kapsamındaki mağdur statüsü kriterlerini karşılamadığı sonucuna varmış ve ilgili başvuruçuların şikâyetlerinin madde 35 anlamında Sözleşme hükümleriyle *ratione personae* bağdaşmadığı için kabul edilemez bulunduğunu belirtmiştir<sup>137</sup>.

<sup>133</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 483-488.

<sup>134</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 624-625.

<sup>135</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 531-533.

<sup>136</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 534.

<sup>137</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 535.

İlk başvuru olan KlimaSeniorinnen hakkında ise Mahkeme, derneklerin dava açma ehliyetine ilişkin yaklaşımını ortaya koymuştur. Bu bağlamda, dernekler gibi kolektif oluşumlara başvurmanın önemine ilişkin gözlemlerin, uluslararası belgelerde ve özellikle bizim de daha önce üzerinde durduğumuz Aarhus Sözleşmesi'nde yansıtıldığı hatırlatılmıştır. Bu Sözleşme, sivil toplum kuruluşlarının çevrenin korunması bağlamında oynadıkları rolün önemini vurgulamaktadır. AB de Aarhus Sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin olarak bir dizi yasal belge geliştirmiştir. Aarhus Sözleşmesi kapsamına girmeyen iklim değişikliği davaları bağlamında derneklerin konumu hala gelişmekte olan bir konu olsa da Mahkeme'nin elindeki materyallerden, çoğu üye devlette çevre derneklerinin iklim değişikliği davası açmasının en azından teorik olarak mümkün olabileceği anlaşılmaktadır. Bazı devletlerde bu tür bir konum için kriterlerin ya iç hukukta ya da yerel mahkemelerin içtihatlarında zaten belirlenmiş olduğu anlaşılmaktadır. İklim değişikliği ile ilgili özellikli konular olan "insanlığın ortak kaygısı olma" ve bu bağlamda "nesiller arası yük paylaşımının" teşvik edilmesi, iklim değişikliği davalarında derneklerin Mahkeme nezdindeki konumunun tanınmasını gerekli kılmaktadır. Sözü edilen değerlendirme ile iklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarından etkilenenlerin ve etkilenme riski taşıyanların, tek tek kendi adlarına açacakları davalara dayanmak yerine, dernekler tarafından yasal yollara başvurulmasına izin verilmesinin yerinde olacağı düşünülmüştür.<sup>138</sup>

Mahkeme, derneğin kurulma amacına, kâr amacı gütmemesine, temsil gücüne, yönetim ilkeleri ve şeffaflığı ile bir davanın özel koşullarında temsilci olma gibi bir statünün kendisine verilmesinin adaletin tesisinin yararına olup olmadığına bakacaktır. Mahkeme ayrıca, bir derneğin üyelerinin adına veya ilgili yargı alanındaki diğer etkilenen bireyler adına hareket etmesinin, adına dava açılan kişilerin kendilerinin iklim değişikliği bağlamında bireyler için mağdur statüsü gerekliliklerini karşılamaları gibi ayrı bir zorunluluğa tâbi olmadığını belirtmiştir<sup>139</sup>. Esasen İsviçre Hükümeti KlimaSeniorinnen başvurusundaki tüm başvuruçuların "mağdur statüsüne" itiraz etmiştir<sup>140</sup>. Mahkeme ise derneklere ve iklim değişikliği sorunun niteliğine ilişkin yaptığı bu açıklamalara dayanarak başvuruçuyu derneğin mevcut yargılamada gerekli locus standi'ye sahip olduğuna ve Sözleşme madde 8'in uygulanabileceğine karar vermiştir<sup>141</sup>.

KlimaSeniorinnen başvurusunda Mahkeme, derneğin başvurusunu kabul edilebilir bularak ve Sözleşme madde 8'e dayalı bir ihlâl kararı vererek Sözleşme ve iklim değişikliği arasında doğrudan bağ kurmuş ve devletlere alınacak önlemler konusunda önemli bir takdir marjı tanımakla beraber bu konuda devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunu da açıkça ifade etmiştir<sup>142</sup>. İklim değişikliğine ilişkin Mahkeme nezdinde böyle bir adımın atılması -iklim değişikliğine ilişkin bir konunun Mahkeme tarafından esas yönünden değerlendirilmesi ve derneğin locus standi'si tanınarak madde 8'e ilişkin bir ihlâlin varlığının kabul edilmesi- oldukça teşvik edici görünmekle beraber Mahkeme'nin actio popularis'e ilişkin tutumu, kendi ifadeleri göz önünde bulundurulduğunda, açık bir değişikliğe uğramış değildir.

Buna karşın biz bu kararı Cordella başvurusu ve özellikle Cangı başvurusundaki karşı oy yazısı ile beraber okuduğumuzda actio popularis'in özellikle çevreye ilişkin meselelerde zamanla uygulanabilir hâle gelebileceğini düşünüyoruz. KlimaSeniorinnen kararında başvuruçuyu derneğin locus standi'si kabul edilirken Cordella kararında olduğu gibi "etkilenmeye" ilişkin kanıtların katı çerçevelerle değerlendirilmeyeceğinin söylenmesi ve hatta dernek üyelerinin doğrudan etkiye maruz kalmalarının aranmadığının belirtilmesi, iklim değişikliğinin insanlığın ortak kaygısı olarak görülmesi de göz önünde bulundurulduğunda bizi bu sonuca götürmektedir. Özellikle Cangı başvurusundaki karşı oyda belirtilen iç hukuklarda izin verilmesi halinde mağdur statüsüne yaklaşımın zayıflatılmaması ve actio

<sup>138</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 489-500.

<sup>139</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 501-502.

<sup>140</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 504.

<sup>141</sup> Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, prg. 526.

<sup>142</sup> Demir, *Yargısal Diyalog*, 148.

popularis oluşturma endişesi ile hareket edilmemesi gerektiğini işaret eden açıklamalar, Mahkeme'nin bu konudaki içtihadını sistematik hâle getirebildiğinde actio popularis'in de uygulanabileceği kanaatimizi oluşturmuştur.

Mahkeme KlimaSeniorinnen başvurusunda derneğin başvurusunu kabul ederken derneğe üye olmalarının zaten mümkün olduğu diğer dört başvurucunun başvurusunu kabul etmemiştir. Bu, çevreye ilişkin konularda özel olarak görülecek bir temsil zorunluluğu anlamına gelebilir ve bize göre böyle bir tutum, sürdürülebilir değildir. Burada tek tek bireylerin mağdur statüsünün tanınmasıyla Mahkeme iş yükünün artacağı düşünülmüş ve derneklere dava ehliyeti tanınması yoluna gidilmiş görülmektedir. Bununla beraber mağdur statüsü bakımından -Cangı kararında Yargıç Krenç'in söylediği gibi- eğer Mahkeme'ninkinden daha genişse, öncelikle iç hukuklarda yapılan değerlendirmeyi ön planda tutmak, ardından özellikle çevreye ilişkin konularda sorunun geldiği boyut göz önünde bulundurularak actio popularis endişesinden ziyade Sözleşme'nin amacına yönelmek ve gerekiyorsa konuya özel olarak bunu kabul etmek Sözleşme sistemi bakımından yerinde olacaktır. Ayrıca KlimaSeniorinnen başvurusunda Mahkeme'nin belirli bir yaşın üzerindeki kadın olan bireylere mağdur statüsü tanımaması; ancak onların üyesi olduğu ya da olabileceği bir derneğe dava ehliyeti tanınması konusunda, Mahkeme'nin daha önce Aksu başvurusunda bir topluluğa aidiyetleri sebebiyle tek tek bireylerin mağdur statüsünü kabul ettiğini de hatırlatmak isteriz.

## Sonuç

AİHM, bugün için uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarının en etkili olanıdır. Bu sebeple Mahkeme'nin ortaya koyduğu kararlar ile insan haklarının korunmasına ilişkin geliştireceği standartların özellikle önemli olduğunu söyleyebiliriz.

Çevre kirliliği ve iklim değişikliği ise çağımızın öncelikli sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorun hem coğrafi olarak sınır aşan niteliği ile tüm insanları ilgilendirmektedir hem de nesiller arası adaleti gündeme getirmektedir. Dolayısıyla bugün için en etkili insan hakları koruma mekanizması olarak gördüğümüz AİHM'nin çevre kirliliği ve iklim değişikliği konularına yaklaşımı evrensel nitelikte ve nesiller arası bir öneme sahiptir.

İnsan haklarının etkili korunması bakımından önemini göz önünde bulundurarak Mahkeme'nin çevre kirliliği ve iklim değişikliğine ilişkin yaklaşımını actio popularis uygulaması çerçevesinde değerlendirme yoluna gittik. Tespitimiz çevre kirliliği ve iklim değişikliği konusunun insanlığın ortak kaygısı olabilecek kadar zararları geri döndürülemez ve yaygın olmasından dolayı konu özelinde actio popularis uygulamasına izin verilebileceği yönündedir.

Çevresel tahribatın insanlığı ortak kaygısı olması, onun kolektif boyutunu ön plana çıkarmaktadır. Çevre kirliliği ve iklim değişikliğine ilişkin konularda, bireylerin veya birey gruplarının kamu yararına dava açabilmesine olanak tanıyan bir hukukî mekanizma olan actio popularis'i, belirli sınırlar dâhilinde, etkili ve elverişli bir araç olarak görmemizin temel dayanak noktasını da bu oluşturmuştur. Çevreye ilişkin hakların actio popularis bağlamında özel olarak değerlendirilmesi gereği yönündeki düşüncemiz, bu hakların konusu ve muhatapları bakımından daha belirgin hâle gelmektedir. Çevreye ilişkin hakların kolektif niteliği ile yöneldiği amaç, actio popularis'in yöneldiği amaç ile örtüşmektedir.

Mahkeme'nin ise çevre kirliliği ve iklim değişikliğine ilişkin davaları actio popularis bağlamında değerlendirebilmesi için, öncelikle mağdur statüne ilişkin yorumunu belirginleştirmesi gerekir. Nitekim Sözleşme metninde mağduriyet kavramından ne anlaşılması gerektiği doğrudan belirtilmemiş, bu kavramı tanımlama işi Mahkeme'ye bırakılmıştır. Mahkeme'ye göre de mağduriyetin varlığı için zararın meydana gelmesi gerekmez ve kavram somut olayın koşullarına göre yorumlanmalıdır. Mahkeme ayrıca mağduriyet ile ilgili iç hukukta yapılan nitelendirmelerle bağlı

olmadığını ve aşırı şekilci bir yorumun Sözleşme’de garanti altına alınan hakların korunmasını etkisiz ve hayali kılacağına çeşitli kararlarında belirtmiştir.

Özellikle Open Door başvurusunda potansiyel mağdur statüsünün kabulüne ilişkin açıklamalar yapılırken başvuru sahiplerinin ani müdahale riski taşıyamamalarına rağmen “doğrudan etkilenme riski” taşımaları, onların mağdur statülerinin kabulü için yeterli görülmüştür. Mahkeme’nin bu tespitinin görünürdeki sadeliğinin sınırlarında, *actio popularis*’e ulaşmayı sağlayabilecek yol haritasının bulunduğunu söyleyebiliriz. Bu noktada potansiyel mağdur kavramı ile *actio popularis* kabulü arasında bir ayrım olmakla beraber *actio popularis*’e yaklaşılabilecek uygulamanın potansiyel mağdur tespitiyle yakından ilişkili olduğu görülmektedir.

Mahkeme’nin *actio popularis*’e yaklaşım yaklaşamayacağı değerlendirilmesinde bir diğer önemli hususun derneklere verilen *locus standi*’de yoğunlaştığını görüyoruz. Örneğin, Câmpeanu başvurusunda Mahkeme, en savunmasız kişilerin haklarının korunmasız bırakılmaması ve “davalı Devlet’in hesap vermektan kaçmasına” izin verilmemesi gibi iki ana hedefe ulaşmaya çalışarak ihlâlin mağduru olmayan aynı zamanda yazılı olarak da yetkilendirilmemiş bir sivil toplum kuruluşuna -fiili temsilci sıfatıyla- başvuru hakkı tanımıştır. Kanaatimizce Mahkeme’nin fiili temsilci kavramını geliştirmesinin arka planında *actio popularis*’i açıkça kabul etme konusundaki isteksizliği bulunmaktadır; ancak başvurudaki sivil toplum kuruluşu tarafından ileri sürülen iddia, *actio popularis* unsurlarını taşımaktadır. Dolayısıyla burada da açıkça dile getirilmiş olmasa da potansiyel mağdurlukla beraber derneklere tanınan *locus standi*’nin *actio popularis* kapısını araladığı görülmektedir.

Mahkeme’nin potansiyel mağdur statüsünü kabul edebilmesini ve derneklere dava ehliyeti tanıyabilmesini çevre kirliliği ve iklim değişikliği konusu ile beraber ele aldığımız da ise karşımıza *actio popularis* uygulanabilirliği bakımından daha elverişli koşulların olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu konuda öncelikle Cordella başvurusunun oldukça dikkat çekici olduğu tespit edilmiştir. Bu başvuruda özellikle bir fabrikanın faaliyetleri ile kişilerin kötüleşen sağlık durumları arasında nedensellik bağının kurulması için başvuru dosyasında sunulan bilirkişi raporlarının ve bilimsel çalışmaların yeterli görülmesinin, çevre kirliliği ve iklim değişikliği davalarının kabul edilebilirliği bakımından son derece önemli olduğunu düşünüyoruz. Nitekim bu başvuruda Mahkeme, fabrikalarından kaynaklanan kirliliğin yerel halk için olumsuz sağlık etkileriyle bağlantılı olduğuna dair kanıtları değerlendirirken her bir başvuru sahibinin kirlilikle ilgili bir patolojiden mustarip olup olmadığını incelemeksizin, kirliliğin kaçınılmaz olarak buna maruz kalanları çeşitli hastalıklara karşı daha savunmasız hale getirdiğine karar vermiştir. Mahkeme’nin bu kararında ortaya koyduğu kanıt standardının uygulanmaya devam edilmesi hâlinde, pek çok kişi çevre tahribatının ve iklim değişikliğinin insan sağlığına ve refahına olan olumsuz etkilerini ortaya koyan çok sayıda bilimsel rapor ve belgeye dayalı olarak başvuruda bulunabilecektir. Böyle bir durumda Mahkeme bu başvuruların mağdur şartını taşıyıp taşımadıklarını tespit etmek için başvuru sahiplerinden kendilerini şahsen etkileyen bir ihlâlin varlığını ortaya koyan makul ve ikna edici başkaca bir kanıt sunmaları istemeyecektir. Cordella başvurusundaki yaklaşımı ile Mahkeme çevreye dayalı başvurularda mağdur statüsünün “etkilenme” ve “yakınlık” kriterlerine yeni bir çerçeve çizmiş, çevrenin korunması ile ilgili başvurularda mağdur statüsü için kısıtlayıcı bir yorum getirmeyeceği yönündeki iradesini ortaya koymuştur.

Bu konuda bize fikir veren bir diğer karar ise Cangı başvuru ve özellikle bu başvurudaki kısmi muhalefet şerhi olmuştur. Mahkeme, Cangı başvurusunda iç hukukta dava ehliyetleri kabul edilen dört başvuru sahibinin başvurusunu konu bakımından yetkisizlik gerekçesi ile kabul etmemiştir. Oysa bu değerlendirme Türk iç hukukunda yapılmıştır ve sözü edilen dört başvuru sahibinin, ilgili davada yer alabileceğine kanaat getirilmiştir. Mahkeme’nin bu değerlendirmeyi tekrar yapması ve bu değerlendirmeyi Sözleşme’de düzenlenen bir hakkı güçlendirme değil, aksine zayıflatma ve hatta konu özelinde ortadan kaldırma şeklinde sonuçlandırması, Mahkeme’nin ikincil niteliği ile de dördüncü

derece doktrini ile de Sözleşme'nin ve Mahkeme'nin varlığının temel amaçları ile de uyuşmamaktadır. Mahkeme burada derneğe dava ehliyeti tanımak ve bireylerin mağdur statüsünü kabul etmek yönündeki farklı tutumunu ortaya koymuş görünmektedir; ancak bu tutum birbiri ile çelişkili ve karmaşık sonuçların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Mahkeme, Cangı davasına konu olayı Hükümet'in iç hukuktaki yargılamaların başvuru sahiplerinin doğrudan ve kişisel haklarıyla ilgili olmadığını ve eylemlerinin Sözleşme koruması kapsamı dışında kalan bir halk davası "actio popularis" şeklini aldığını ileri sürerek başvuru sahiplerinin mağdur statüsüne itiraz etmesini haklı görececek şekilde değerlendirmiştir. Oysa buna öncelikle karar verecek olan ulusal mahkemelerdir ve AİHM ulusal mahkemelerin tanıdığı dava ehliyetini tanımama yoluna gitmiştir. Mahkeme'nin bu kararda actio popularis uygulamasına genel yaklaşımını ortaya koymaya çalıştığı ya da tazminata ilişkin hükümlerin kötüye kullanılmasını amaçladığı da düşünülebilir. Eğer böyle bir endişe söz konusu ise belirtmek isteriz ki Mahkeme kararlarında sadece ihlâl tespitinin yeterli olduğuna da kanaat getirebilir. Mahkeme, ihlâl kararı verdiği pek çok olayda adil giderim bakımından ihlâl tespitinin tek başına yeterli olduğu sonucuna zaten varmaktadır. Başka bir taraftan actio popularis söz konusu olduğunda ya da bu uygulamaya yaklaşıldığı düşünüldüğünde hakkın kötüye kullanılması endişesi ile hareket etmek davayı ve davaya konu olayı titizlikle incelememek anlamına gelir ve kararı olaya özgü olmaktan çıkarır. Hak arama özgürlüğünün bir görünümü olarak karşımıza çıkabilecek actio popularis için hakkın kötüye kullanılması riski mevcuttur; fakat bu risk her hak için geçerlidir. Çevre hakkı gibi kolektif haklar ve actio popularis gibi geniş kapsamlı dava türleri için yalnızca daha titiz bir inceleme gerekecektir.

Ayrıca Cangı kararındaki şerhinde Yargıç Krenç'in de üzerinde durduğu gibi günümüzde iklim değişikliği ile mücadele, çevrenin korunması ve çevresel tahribatın önlenmesi öncelikli bir konu hâline gelmiştir. Hem ulusal hukuklarda hem de uluslararası hukukta sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının giderek daha fazla önem kazandığı da herkes tarafından kabul edilen bir gerçektir. Ayrıca çevre hakkının daha işlevsel kullanılabilmesi için bu hakkın kolektif niteliği ve evrensel boyutu ön plana çıkmaktadır. Söz konusu durum özellikle bilgiye erişim ve çevresel etki değerlendirmeleri gibi alanlarda tamamen somutlaşmaktadır. Çevre hakkı ve dolayısıyla sağlıklı bir çevrede yaşamayı talep etme, sıkı coğrafi sınırlara bağlanmamalıdır. Bunun yerine, sürdürülebilirlik ilkeleri doğrultusunda tüm bireylerin ve gelecek nesillerin ihtiyaçlarının dikkate alınması gerekir. Çevre hakkı, tüm insanlığı etkileyen ve geleceğe yönelik sürdürülebilir bir yaşamı güvence altına almayı amaçlayan içeriği göz ardı edilmeden değerlendirilmelidir.

Actio popularis'in çevre kirliliği ve iklim değişikliği davalarında uygulanabilirliğine dair görüşümüzü belirginleştiren ise KlimaSeniorinnen başvurusu olmuştur. Bu kararında Mahkeme, Sözleşme'nin actio popularis kurulmasını öngörmediğini tekrar etmiş olsa da mağdur statüsü kriterinin katı, mekanik ve esnek olmayan bir şekilde uygulanmaması gerektiğini de defalarca vurgulamıştır. Ayrıca Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin diğer hükümleri gibi 34. maddedeki "mağdur" kavramı da çağdaş toplumdaki koşullar ışığında, evrimsel bir şekilde yorumlanmalıdır. Bu bağlamda Mahkeme, bu kavramın aşırı biçimsel bir şekilde yorumlanmasının Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakların korunmasını etkisiz ve yanıltıcı hale getireceğini ifade etmiştir.

Biz bu kararı Cordella başvurusu ve Cangı başvurusu ile beraber okuduğumuzda actio popularis'in özellikle çevreye ilişkin meselelerde zamanla uygulanabilir hâle gelebileceğini düşünüyoruz. KlimaSeniorinnen kararında başvuru sahibi derneğin locus standi'si kabul edilirken Cordella kararında olduğu gibi "etkilenmeye" ilişkin kanıtların katı çerçevelerle değerlendirilmeyeceğinin söylenmesi ve hatta dernek üyelerinin doğrudan etkiye maruz kalmalarının aranmadığının belirtilmesi ve iklim değişikliğinin insanlığın ortak kaygısı olarak görülmesi, bizi bu sonuca götürmektedir. Özellikle Cangı başvurusundaki karşı oyda belirtilen iç hukuklarda izin verilmesi halinde mağdur statüsüne yaklaşımın zayıflatılmaması ve actio popularis oluşturma endişesi ile hareket edilmemesi gerektiğini

işaret eden açıklamalar, Mahkeme'nin bu konudaki içtihadını sistematik hâle getirebildiğinde actio popularis'in konuya özel olarak AİHM önünde kabul edilebileceği kanaatimizi oluşturmuştur.

Mahkeme KlimaSeniorinnen başvurusunda derneğin başvurusunu kabul ederken derneğe üye olmalarının zaten mümkün olduğu diğer dört başvuruçunun başvurusunu kabul etmemiştir. Bu, çevreye ilişkin konularda özel olarak yoğunlaşarak görülebilecek bir temsil zorunluluğu anlamına gelebilir ve bize göre böyle bir tutum, sürdürülebilir değildir. Burada tek tek bireylerin mağdur statüsünün tanınmasıyla Mahkeme iş yükünün artacağı düşünülmüş ve derneklere dava ehliyeti tanınması yoluna gidilmiş görünmektedir. Bununla beraber mağdur statüsü bakımından -Cangi kararında Yargıç Krenç'in söylediği gibi- eğer Mahkeme'ninkinden daha genişse, öncelikle iç hukuklarda yapılan değerlendirmeyi ön planda tutmak, ardından özellikle çevreye ilişkin konularda sorunun geldiği boyut göz önünde bulundurularak actio popularis endişesinden ziyade Sözleşme'nin amacına yönelmek ve gerekiyorsa konuya özel olarak bunu kabul etmek Sözleşme sistemi bakımından yerinde olacaktır. Ayrıca KlimaSeniorinnen başvurusunda Mahkeme'nin belirli bir yaşın üzerindeki kadın olan bireylere mağdur statüsü tanımaması; ancak onların üyesi olduğu ya da olabileceği bir derneğe dava ehliyeti tanınması konusunda, Mahkeme'nin daha önce Aksu başvurusunda bir topluluğa aidiyetleri sebebiyle tek tek bireylerin mağdur statüsünü kabul ettiğini de hatırlatmak isteriz.

Özellikle KlimaSeniorinnen kararında ortaya konulduğu gibi çevre kirliliği ve iklim değişikliğinin Mahkeme nezdinde insanlığın ortak kaygısı olarak nitelendirilmesini ve bu konuda derneklere oldukça esnek bir değerlendirme ile dava ehliyeti tanınmasını son derece önemli buluyoruz. Bununla beraber bu konudaki davalarda potansiyel mağdur statüsünün de katı olmayan bir şekilde ele alınması gerektiğini, aksine gelişecek bir yaklaşımın ise yaşam hakkının ihlâli gibi telafisi mümkün olmayan zararlara yol açabilecek sonuçlar doğurabileceğini söyleyebiliriz. Mahkeme'nin iklim değişikliğine ilişkin geliştirdiği içtihadta konuya hassasiyetle yaklaştığı görülmektedir. Bu bakımından Mahkeme'nin çevre kirliliği ve iklim değişikliği konusunda potansiyel mağdur statüsünü daha geniş yorumlayabileceğini düşünüyoruz ve bunu yaparken konunun özellikli yönleri ve ciddiyeti göz önünde bulundurularak actio popularis oluşması endişesi ile hareket edilmemesini öneriyoruz.



## Kaynakça

- Ahmadov, Farid Turab. *The Right of Actio Popularis before International Courts and Tribunals*. Oxford: St Anne's College University of Oxford, A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy, 2017.
- Akad, Mehmet vd. *Genel Kamu Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları 17. Basım, 2021.
- Alçık Engürülü, Merve. "AIHM'in Çevre İçtihadının İklim Değişikliği Davalarına Uygulanabilirliği". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 73/3 (2023), 1007-1054.
- Algan, Bülent. *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2007.
- Anayurt, Ömer. *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2004.
- Baysal, Mustafa. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Mağdur Kavramı". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 5 (2015), 193-233.
- Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, Erişim 20 Temmuz 2024, <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/text>.
- Demir, Ebru. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevre ve İklim Konusunda Kurduğu Yargısal Diyaloğ*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Domaradzki, S. vd. "Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse". *Human Rights Review* 20 (2019), 423-443.
- ECHR, Case of Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus and Others v. France, Application no. 38192/97, (1 July 1998).
- ECHR, Case of D.H. and Others v. the Czech Republic, Application no. 57325/00, (13 November 2007).
- ECHR, Case of Aksu v. Turkey, Applications nos. 4149/04 and 41029/04, (15 March 2012).
- ECHR, Case of Bitenc v. Slovenia Application no. 32963/02, (18 March 2008).
- ECHR, Case of Campbell and Cosans v. The United Kingdom, Application nos. 7511/76, 7743/76, (25 February 1982).
- ECHR, Case of Cangı and Others v. Türkiye, Application no. 48173/18, (14 November 2023).
- ECHR, Case of Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, Application no. 47848/08, Judgment, (17 July 2014).
- ECHR, Case of Cordella and Others v. Italy, Application nos. 54414/13, 54264/15, (24 June 2019).
- ECHR, Case of Fadeyeva v. Russia, Application no. 55723/00, (9 June 2005).
- ECHR, Case of García Ruiz v. Spain, Application no. 30544/96, (21 January 1999).
- ECHR, Case of Gorraiz Lizarraga and Others v. Spain, Application no. 62543/00, (10 November 2024).
- ECHR, Case of Hatton and Others v. the United Kingdom, Application no. 36022/97, (8 July 2003).
- ECHR, Case of Hoffman Karlskov v. Denmark, Application no. 62560/00, (20 March 2003).
- ECHR, Case of Karner v. Austria, App.No.40016/98, Judgment, (24 July 2003).
- ECHR, Case of Kemmache v. France, Application no. 17621/91, (24 November 1994).

- ECHR, Case of Klass and Others v. Germany, Application no. 5029/71, (6 October 1978).
- ECHR, Case of López Ostra v. Spain, Application No. 16798/90, (09 December 1994).
- ECHR, Case of Okyay v. Turkey, Application no. 36220/97, (12 July 2005).
- ECHR, Case of Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, Application nos. 14234/88; 14235/88, (29 October 1992).
- ECHR, Case of Schenk v. Switzerland, Application no. 10862/84, (12 July 1988).
- ECHR, Case of Tanase v. Moldova, Application no. 7/08, (27 April 2010).
- ECHR, Case of Taura and 18 Others v. France, Application no. 28204/95, (04 December 1995).
- ECHR, Case of Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, Application no. 53600/20, (9 April 2024).
- Fırat, Engin. "Rights-Based Litigation in Tackling Climate Change: Can the ECtHR Be Effective in Protecting Human Rights in The Context of Climate Change". *Law and Justice Review* 14/266 (July 2023), 89-140.
- Gárdos-Orosz, Fruzsina. "The Hungarian Constitutional Court in Transition—from Actio Popularis to Constitutional Complaint". *Acta Juridica Hungarica* 53/4 (2012), 302–315.
- Gemalmaz, Haydar Burak. "AİHM Yargısında Yeni Dönem: Protokol No. 14'le Getirilen Yeni Kabuledilebilirlik Ölçütünün Uygulanmasına Eleştirel Bakış". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 31/1 (2011), 209-242.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*. İstanbul: Legal Yayınları, 7. Baskı, 2010.
- Gözler, Kemal. *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, 2018.
- Gözübüyük, Şeref - Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 8. Baskı, 2009.
- Güneş, Ahmet M. "Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı". *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17-18/26-27-28-29 (Mart 2015), 25-40.
- Harris, David. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı - Ulaş Karan İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, 2022.
- Karaarslan, Abdülkadir. *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulü ve Uygulama Sorunları*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Keller, Helen – Heri, Corina. "The Future is Now: Climate Cases Before The ECtRH", *Nordic Journal of Human Rights* 40/1 (2022), 153-174.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz – Söğütlü, Özlem. *Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Işık Tutan İlkeler, Kavramlar ve Digesta Metinleri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Küçük, Eşref. *Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Lahuerta, Sara Benedi. "Enforcing EU equality law through collective redress: Lagging behind?". *Common Market Law Review* 55/3, (2018), 783-817.

- May, James R. - Daly, Erin. *Dünyada Çevresel Anayasalcılık*. çev. Tolga Şirin - N. Umut Orcan, İstanbul: Ekoloji Kolektifi Derneği, 2018.
- Özdek, Yasemin. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye*. Ankara: TODAİE, 2004.
- Özkaya Özlüer, Iğın. *Çevresel Konularda Bilgiye Erişim Rehberi ve Aarhus Sözleşmesi*. çev. Elif Bozkurt - Gamze Ovacık, İstanbul: Ekoloji Kolektifi Derneği, 2018.
- Pathak, Puneet. "Human Rights Approach to Environmental Protection". *OIDA International Journal of Sustainable Development* 7/1 (2014), 17-24.
- Pedersen, Ole W. "The Ties that Bind: The Environment, the European Convention on Human Rights and the Rule of Law". *European Public Law* 16/4 (2010), 571-595.
- Poposka, Zaneta (ed.). *Use of Actio Popularis to Cases of Discrimination*. Skopje: Helsinki Committee for Human Rights, November 2016.
- Ruppel, Oliver C. vd. (ed.). *Climate Change: International Law and Global Governance*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013.
- Seerden, René - Heldeweg, Michiel. "Towards a Ius Commune in Public Environmental Law? Report on the Conference on Comparative Environmental Law in the European Union, Maasricht 12-13 June 1997". *European Environmental Law Review* (February 1998), 40-46.
- Söğütlü, Özlem. *Roma Özel Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 3. Baskı, 2022.
- Tahiroğlu, Bülent – Erdoğan, Belgin. *Roma Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, 2009.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Beta Yayınları, 3. Baskı, 1999.
- Uygun, Oktay. *Devlet Teorisi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014.
- Vasak, Karel. "A 30-Year struggle The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights". *The Unesco Courier* (November 1977), 29-32.
- Wall, Steven. "Collective Rights and Individual Autonomy, Ethics" . *The University of Chicago Press* 117/2 (January 2007), 234-264.
- Warin, Catherine. "Individual Rights and Collective Interests in Eu Law: Three Approaches to a Still Volatile Relationship". *Common Market Law Review* 56/2 (2019), 463-488.
- Yee, Sienho. "The International Law of Co-Progressiveness as a Response to the Problems Associated with "Relative Normativity"", *AJIL Unbound* 114, 97-102.
- Zieck, Marjoleine Y. A. "The Concept of "Generations" of Human Rights and the Right to Benefit from the Common Heritage of Mankind with Reference to Extraterrestrial Realms". *Verfassung und Recht in Übersee, Law and Politics in Africa, Asia and Latin America* 25/2 (1992), 161-198.

## **Makale Bilgi Formu**

**Yazarların Katkıları:** Bu makalenin yazımına tüm yazarlar eşit katkıda bulunmuştur. Tüm yazarlar son metni okudu ve onayladı.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazarlar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Konut Kapıcılarının Ücret Alacaklarından Kat Malikleri ile Yöneticilerin Sorumluluğu

### *Responsibility of Flat Owners and Building Managers for the Unpaid Wages of Janitor*

Didem Yardımcıoğlu 

Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi, Hukuk  
Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk  
Anabilim Dalı, Diyarbakır, Türkiye  
didem.yardimcioglu@dicle.edu.tr



**Öz:** Kentleşmenin artması sonucu sıklıkla karşılaşılan bir meslek haline gelen konut kapıcılığı diğer çalışma biçimlerinden ayrılan birtakım özellikler göstermektedir. Konut kapıcılarının ara dinlenme sürelerinin fazla olması, serbest zaman kullanma imkanlarının bulunması, genellikle çalıştıkları apartmanlarda ikamet ediyor olmaları gibi nedenlerle çalışma yaşamları ile özel hayatları iç içe geçmektedir. Bu durum ise konut kapıcılarının ücret alacaklarının tespiti ve bu alacaklardan kimlerin sorumlu olması gerektiği noktasında sorunlar yaşanmasına neden olmaktadır. Uygulamada konut kapıcısının ödenmemiş ücret ve ücret eklerini kat maliklerinden mi yoksa apartman yöneticisinden mi talep etmesi gerektiği; kat malikleri ile apartman yöneticisi arasında müteselsil sorumluluk bulunup bulunmadığı; zorunlu arabuluculuk ve yargılama süreci tümüyle apartman yöneticisi ile yürütülmüş ise hükmün yönetici mi yoksa kat malikleri hakkında mı verilmesi gerektiği; tüm yargılama sürecinin yönetici ile yürütülmüş olması durumunda mahkeme kararının temyizinin kimler tarafından yapılabileceği gibi pek çok konuda tereddütler yaşanmaktadır. Bu tereddütlerin giderilmesi amacıyla çalışmamızda öğretici görüşleri ve Yargıtay kararlarından da faydalanılarak konut kapıcılarının ücret hakları ve ödenmeyen ücretlerinden kat malikleri ile apartman yöneticilerinin sorumluluğu ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Konut Kapıcısı, Apartman Yöneticisi, Kat Malikleri, Ücret, İş Sözleşmesi

Geliş Tarihi/Received: 21.07.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 15.09.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
30.10.2024

**Abstract:** Janitorial services, which has become a frequently encountered profession as a result of increasing urbanization, has some characteristics that distinguish it from other forms of work. Working lives and private lives of the janitors are intertwined for reasons such as having long breaks, having opportunities to use free time, and generally residing in the buildings where they work. This situation causes problems in determining the wages that janitors will receive and who should be responsible for these receivables. In practice, there are hesitations on many issues such as whether the janitor should request the unpaid wages and wage supplements from the flat owners or the building manager; whether there is joint liability between the flat owners and the building manager; if the mandatory mediation and trial process was carried out entirely with the building manager, whether the verdict should be given about the manager or the flat owners; if the entire trial process is carried out with the building manager who can appeal the court decision. In order to eliminate these hesitations, in our study, the wage rights of janitors and the responsibility of flat owners and apartment managers for their unpaid wages will be examined in detail, making use of doctrinal opinions and Supreme Court decisions.

**Keywords:** Janitor, Building Manager, Flat Owners, Wage, Employment Contract

### Extended Abstract

Janitor, which is a job preferred by people who migrate from villages to cities and cannot find a suitable profession for themselves in urban life, in order to earn a living for themselves and their families, causes various problems in practice in terms of labour rights due to its structure that differs from other forms of work. Because the fact that janitors generally live in the building where they work creates a situation where business life and private life are intertwined, which causes hesitation about the calculation of labour receivables, especially wage receivables, and who should be responsible for these receivables.

**Cite as (ISNAD):** Yardımcıoğlu, Didem. "Konut Kapıcılarının Ücret Alacaklarından Kat Malikleri ile Yöneticilerin Sorumluluğu". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2) (2024), 869-898. <https://doi.org/10.56701/shd.1519921>

First of all, it should be noted that the contract made with the janitor has the nature of an employment contract. The employee side of this contract is the janitor, and the employer side is the owner or partners of the house. The building manager acts as the representative of the employer in this relationship.

Since the contract made with janitors has the nature of an employment contract, it must include the elements of employment, wage and dependency. For this reason, janitors are also entitled to a wage. In addition, in cases where a house is allocated to the janitor due to his duty, rent cannot be requested for the duration of the employment contract. Therefore, it is not possible to employ a janitor without paying a fee, considering the allocation of free housing as a substitute for wages. However, it should be noted that allocating free housing to the janitor will be considered as a wage supplement that has the nature of social assistance, although it does not replace the main wage. If it is agreed in the employment contract that the janitor will not pay expenses such as water, electricity, heating, etc., these should also be considered as wage supplement.

One of the important issues to determine for janitors is overtime pay. In order to determine whether overtime is being done, the number of flats in the building where the janitor works, how many floors the building has, whether there is a garden belonging to the building, how the building is heated, what work the janitor does in a day, in summer and winter, should be revealed one by one, and it is necessary to determine how long it will take to carry out these works, by conducting an investigation if necessary, and to reach a conclusion by evaluating the witness statements in the light of these determinations.

In general, flat owners, as employers, are equally responsible for the unpaid wages and wage supplements of the janitor. The janitor must direct his request for remuneration to all flat owners, in other words, to the board of the flat owners. Since the board of flat owners is a board without legal entity, in the lawsuit filed by the janitor regarding his remuneration, the request must be directed to all the flat owners. Otherwise, it is deemed that party formation has not been achieved. In addition, the unpaid wages that janitors are within the scope of mediation, which is a condition of litigation in Labour Law. For this reason, the unpaid wages of the janitor must first be requested from the flat owners during the mediation process, and then, if the process does not result in an agreement, the court stage must be started.

If the janitor provides services to more than one building within the framework of a joint employment relationship, all of the buildings where the service is provided will be jointly responsible for the remuneration of the janitor. However, if it is a matter of providing janitorial services to two separate buildings through part-time employment contracts rather than joint employment, there will be separate employers for each building and there will be no joint liability for the wages of the janitor.

Since the building manager is responsible for paying the wages of the janitor and wage supplements arising from the Labour Law and the employment contract signed with him, on time and in accordance with the procedure, the janitor can also request his unpaid wages from the building manager. It is also possible for the building manager to be a party to the mandatory mediation process. However, the point that should be taken into consideration in this regard is that the demand for unpaid wages cannot be directed to both the flat owners and the building manager at the same time. In other words, the janitor has the optional right to demand his unpaid wages from the flat owners or the building manager. However, it should be noted that even if the entire judicial process regarding the unpaid wages of the janitor was carried out with the building manager, the court decision should be made about the flat owners, not the building manager. Because the building manager is not the employer, but the representative of the employer, and the financial responsibilities belong to the flat owners who are the employers.

In order to file a lawsuit against the building manager, it must be examined whether a condominium has been established in the apartment where the janitor works. If there is a building in which a condominium has not been established, the lawsuit regarding the remuneration of the janitor will have to be filed against all partners.

The appeal of the decision taken in a process where the trial process is carried out with the building manager instead of the flat owners should be made by the building manager. If the building manager does not appeal the decision, each flat owner has the right to appeal the decision on his/her own behalf. If the decision is appealed by a single flat owner and not by other flat owners, the appeal review should be conducted only for the flat owner who appealed the decision. For other flat owners who do not appeal the decision, the decision should be considered final.

## Giriş

Ülkemizde 1923-1950 yılları arasındaki dönemde oldukça düşük seyreden kentleşme hızı 1950'li yıllardan itibaren artış göstermiştir<sup>1</sup>. Özellikle 1950'li yıllarda tarımda makineleşmenin başlamasıyla birlikte işgücü fazlası oluşması; kırsaldaki eğitim, sağlık ve alt yapı olanaklarının yetersizliğine karşılık kent yaşamının sunduğu çeşitli ekonomik, sosyal, kültürel, eğitim ve sağlık olanakları gibi etmenler nedeniyle ülkemizde kırsaldan kentlere göç hareketi hızlanmıştır<sup>2</sup>. Bu durum ise beraberinde kentlerde apartman ve site tarzı yapıların ortaya çıkmasını ve yaygınlaşmasını getirmiştir. Kentsel yapılaşmada meydana gelen bu dönüşüm konut kapıcılığı mesleğinin doğmasına ve sıklıkla karşılaşılan bir meslek dalı haline gelmesine neden olmuştur<sup>3</sup>.

Kentleşmede yaşanan bu dönüşüme paralel bir şekilde konut kapıcılığı mesleğine ilişkin yasal düzenlemelerde de gelişmeler söz konusu olmuştur. Gerçekten de, 1936 tarihli 3008 sayılı İş Kanununda<sup>4</sup> konut kapıcılarına ilişkin bir düzenleme bulunmamakta iken, ilk kez 1967 tarihli 931 sayılı İş Kanununun<sup>5</sup> 5. maddesinde konut kapıcılarından bahsedilmiştir<sup>6</sup>. Kavramsal olarak her ne kadar ilk kez konut kapıcılarından bu madde hükmünde bahsedilmiş olsa da, madde içeriğine bakıldığında, konut kapıcılarının İş Kanununun kapsamı dışında bırakıldıkları görülmektedir<sup>7</sup>. Daha sonra 1970 yılında 931 sayılı İş Kanununda 1248 sayılı Kanun<sup>8</sup> ile yapılan değişiklik neticesinde 5. maddenin 2. fıkrasına (e) bendi eklenerek "*Kaloriferli konut kapıcıları ile çalışmasını aynı işverene veya aynı konuta hasreden konut kapıcıları*" İş Kanununun kapsamına alınmıştır<sup>9</sup>. 1971 yılında 1475 sayılı İş Kanununun<sup>10</sup> yürürlüğe girmesiyle beraber konut kapıcılarının İş Kanunu hükümlerine tabi olup olmayacaklarının belirlenmesinde aynı kıstasın aranmasına devam edilmiştir. Nitekim 1475 sayılı İş Kanununun m. 5/2, (e) hükmünde yer alan düzenleme doğrultusunda kalorifersiz konutlarda konut

<sup>1</sup> Ensar Yılmaz-Salih Çitçi, "Kentlerin Ortaya Çıkışı ve Sosyo-Politik Açından Türkiye'de Kentleşme Dönemleri", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi* 10/35 (2011), 258.

<sup>2</sup> Ahmet Mutlu, "Türkiye'de Kentleşme", <https://avys.omu.edu.tr/storage/app/public/ahmet.mutlu/131571/12.T%C3%9CRK%C4%B0YEDE%20KENTLE%C5%9EME%202.pdf>, (Erişim 25 Mayıs 2024).

<sup>3</sup> Müjdat Şakar, "Bireysel İş Hukuku Açısından Kapıcıların Hukuki Durumu", *Yargıtay Dergisi* 11/1-2 (Ocak-Nisan 1985), 130; Osman Usta, "Türk İş Hukukunda Kapıcılık", *Yargıtay Dergisi* 25/3 (Temmuz 1999), 358; M. Fatih Uşan, "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Konut Kapıcıları", *Kamu-İş* 5/1 (1999), 63; Ender Demir, "Bireysel İş Hukuku Bakımından Konut Kapıcılarının Hakları", Prof. Dr. İlhan Ulsan'a Armağan, *İKÜHFD* 15/2 (2016), 577-578; Nihat Seyhun Alp, "Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları ve Bunların Fazla Çalışması", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/2 (2020), 252.

<sup>4</sup> İş Kanunu (3008 sayılı İş K.), *Resmî Gazete* 3330 (15 Haziran 1936), Kanun No. 3008.

<sup>5</sup> İş Kanunu (931 sayılı İş K.), *Resmî Gazete* 12672 (12 Ağustos 1967), Kanun No. 931.

<sup>6</sup> Demir, "Konut Kapıcılarının Hakları", 578.

<sup>7</sup> Ercan Akyiğit, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi C. 2* (Ankara: Seçkin, 3. Baskı, 2008), 2456; Uşan, "Konut Kapıcıları", 64; Suphi Nahit Okay, "Türk İş Hukuku Açısından Konut Kapıcıları ve Kapıcılık Hizmetleri", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi* 30 (1979), 42; Alp, "Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları", 252; Demir, "Konut Kapıcılarının Hakları", 578.

<sup>8</sup> 28/7/1967 Tarih ve 931 Sayılı İş Kanununun 5 inci Maddesinin Birinci Bendinin 6 ncı Fıkrasının Değiştirilmesine ve İkinci Bendine Bir (e) Fıkrası İlavesine Dair Kanun (1248 sayılı Kanun), *Resmî Gazete* 13469 (11 Nisan 1970), Kanun No. 1248.

<sup>9</sup> Şakar, "Kapıcıların Hukuki Durumu", 132; Usta, "Kapıcılık", 360; Uşan, "Konut Kapıcıları", 64.

<sup>10</sup> İş Kanunu (1475 sayılı İş K.), *Resmî Gazete* 13943 (1 Eylül 1971), Kanun No. 1475.

kapıcısı olarak çalışanlar ile çalışmasını farklı işverenlere veya farklı apartmanlara hasreden konut kapıcıları İş Kanununun kapsamı dışında bırakılmıştır<sup>11</sup>. Konut kapıcılarının İş Kanunu kapsamında olup olmamasının bu şekildeki bir ayrıma dayanılarak belirlenmesinin getirdiği sorunlar, 2003 yılında 4857 sayılı İş Kanununun<sup>12</sup> (İş K.) yürürlüğe girmesiyle birlikte ortadan kaldırılmıştır. Bu sayede günümüzde konut kapıcıları herhangi bir ayırım olmaksızın İş Kanunu kapsamında sayılmaktadır<sup>13</sup>. 4857 sayılı İş Kanununun 110. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan Konut Kapıcıları Yönetmeliği<sup>14</sup> konut kapıcılarına ilişkin mevzuatımızdaki temel düzenlemeleri oluşturmaktadır.

Köyden kente göç eden, genellikle okuma-yazma bilmeyen ve kent yaşamında icra edebilecek kendisine uygun bir meslek bulamayan kişilerin kendilerinin ve ailelerinin geçimini sağlamak amacıyla tercih ettiği bir iş olan konut kapıcılığı<sup>15</sup>, diğer çalışma biçimlerinden ayrılan yapısı nedeniyle işçilik hakları bakımından uygulamada çeşitli sorunlar ile karşılaşılmasına neden olmaktadır. Zira konut kapıcılarının genellikle çalıştıkları apartman veya sitede ikamet ediyor olmaları, iş yaşamı ile özel hayatın iç içe geçtiği bir durum oluşturmakta, bu da başta ücret alacakları olmak üzere işçilik alacaklarının hesaplanmasını ve bu alacaklardan kimlerin sorumlu olması gerektiği noktasında tereddütlere yol açmaktadır. Özellikle apartman, site ve benzeri toplu yapılarda yönetici veya birden fazla kişiden meydana gelen yönetim kurullarının oluşturulması, konut kapıcılarının geçimi için hayati önem taşıyan ücret alacaklarından kat maliklerinin mi, yöneticinin mi yoksa her ikisinin birden mi sorumluluğuna gidilmesi gerektiği hususunda uygulamada sorunlar yaşanmasına neden olmaktadır. Bu nedenle biz de çalışmamızda, öncelikle konut kapıcısı kavramını tanımlayarak konut kapıcıları ile yapılan sözleşmenin hukuki niteliğini ve taraflarını belirleyeceğiz. Ardından konut kapıcılarının ücret hakkı konusunda bilgi vererek, konut kapıcılarının ücret alacaklarından kat malikleri ile yöneticilerin sorumluluğunu ve uygulamada yaşanan problemleri öğretici görüşleri ile Yargıtay kararları doğrultusunda inceleyeceğiz.

## I. Konut Kapıcısı Kavramı

Konut kapıcısı, Türk Dil Kurumu tarafından, "*Apartman, site vb. yerlerde bekçilik, temizlik, alışveriş gibi işlerle görevli kimse*" olarak tanımlanmaktadır<sup>16</sup>. 4857 sayılı İş Kanununda tanımlanmamış olan kavrama, Konut Kapıcıları Yönetmeliğinin m. 3 hükmünde yer verilmiştir. İlgili Yönetmelik hükmüne göre konut kapıcısı, "*Anataşınmazın bakımı, korunması, küçük çaptaki onarımı, ortak yerlerin ve döşemelerin bakımı, temizliği, bağımsız bölümlerde oturanların çarşı işlerinin görülmesi, güvenliklerinin sağlanması, kaloriferin yakılması ve bahçenin düzenlenmesi ve bakımı ve benzeri hizmetleri gören kişiyi*" ifade etmektedir. Madde hükmünde belirtilen "*ve benzeri*" ifadesinden anlaşılacağı üzere hükümde sayılan hizmetler sınırlı sayıda olmayıp konut kapıcılarının görevleri ile bağdaşan benzer nitelikteki işleri de görmeleri mümkündür. Ayrıca Yönetmeliğin 5. maddesinde kapıcıların görev ve sorumlulukları, "*a) Yöneticinin talimatı doğrultusunda konutun kaloriferini zamanında yakmak, ısıyı ayarlamak ve söndürmek, b) Hidrofor ve benzeri araçları çalıştırmak, c) Anataşınmazın ortak yerlerini ve*

<sup>11</sup> Uşan, "Konut Kapıcıları", 64; Okay, "Kapıcılık Hizmetleri", 43; Usta, "Kapıcılık", 360-361; Şakar, "Kapıcıların Hukuki Durumu", 131-132; Demir, "Konut Kapıcılarının Hakları", 579; Cevdet İlhan Günay, *İş Hukuku Yeni İş Yasaları* (Ankara: Yetkin, 5. Baskı, 2013), 356; Ertuğrul Yuvalı, "Türk İş Hukukunda Konut Kapıcıları", *Legal İSGHD* 56 (2017), 1743; Alp, "Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları", 252. Hakikaten de 1475 sayılı Kanun döneminde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda da kapıcının gördüğü hizmetin niteliği ne olursa olsun İş Kanununun kapsamında sayılması için kaloriferli konutta çalışıyor olmasının yeterli olduğu belirtilmiştir, karar ve incelemesi için bkz. Sarper Süzek, "Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", *Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (2003), 7.

<sup>12</sup> İş Kanunu (İş K.), *Resmî Gazete* 25134 (10 Haziran 2003), Kanun No. 4857.

<sup>13</sup> Nuri Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta, 36. Bası, 2023), 155; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 21. Baskı, 2021), 219-220; Müjdat Şakar, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (İstanbul: Beta, 13. Baskı, 2020), 32; Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi*, 2456; Günay, *İş Hukuku*, 356; Arif Temir, *Apartman Yönetimi ve Kapıcılar* (Ankara: Yetkin, 3. Baskı, 2021), 49; Demir, "Konut Kapıcılarının Hakları", 579; Alp, "Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları", 252; Yuvalı, "Konut Kapıcıları", 1743.

<sup>14</sup> Konut Kapıcıları Yönetmeliği (Yönetmelik), *Resmî Gazete* 25391 (3 Mart 2004).

<sup>15</sup> Okay, "Kapıcılık Hizmetleri", 50.

<sup>16</sup> *Türk Dil Kurumu Sözlükleri*, "Kapıcı", (Erişim 8 Haziran 2024).



tesislerini temiz bulundurmak, demirbaşlarını, araç ve gereçlerini, düzenli, bakımlı ve işler şekilde tutmak, d) Kendisine ayrılan konutu başka amaçlarla kullanmamak, konutu korumak, kendisi veya ailesinden birisinin konuta vereceği zarar ve hasarları karşılamak, e) Yöneticinin talimatı çerçevesinde konutun güvenliğini sağlayıcı önlemleri almak, f) Belirlenen saatlerde servis hizmetlerini görmek, çöpleri toplamak, bahçe düzenlemesi ve bakımını yapmak, g) Verilen eğitimlere uygun davranmak ve koruyucu malzemeyi kullanmak, h) İş veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen diğer görevleri yerine getirmek” şeklinde ayrıntılı bir biçimde sayılmıştır. Yönetmeliğin 5. maddesinin (h) bendi uyarınca da bu görevler sınırlı sayıda olmayıp, ilave görev ve sorumluluklar iş veya toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılabilir<sup>17</sup>. Dolayısıyla, Yönetmelikte sayılan bu işlerin tamamını veya bir bölümünü bir özel hukuk sözleşmesi çerçevesinde ücret karşılığı yerine getiren kimselere konut kapıcısı denir<sup>18</sup>.

Yargıtay tarafından da konut kapıcısı kavramının çerçevesi Yönetmelikteki tanıma göre çizilmektedir. Bu doğrultuda Yargıtay vermiş olduğu çeşitli kararlarında, kapıcı dairesinde kira vermeden oturması karşılığında apartmanın temizlik işlerini yerine getiren kişiyi<sup>19</sup>; binanın bahçe bakımını, merdiven temizliği ve çöp toplama işini yapan kişiyi<sup>20</sup>; ekmek, gazete ve apartman sakinlerinin diğer ihtiyaçlarını temin ederek dağıtan ve apartmanın çevre temizliğini yapan kişiyi<sup>21</sup>; bahçe sulama, budama ve bakımı, kalorifer yakma, çöp toplama, binaya yeni taşınan olduğunda asansörün kullanılmaması için başında bekleme, internette sıkıntı olduğunda çatıya çıkıp düzeltme gibi işleri yerine getiren kişiyi<sup>22</sup>; temizlik, servis, çöp toplama, bahçe sulama, fatura ve kargo teslim alınması, aidat toplanması gibi hizmetleri yerine getiren kişiyi<sup>23</sup> kapıcı olarak nitelendirmiştir.

Konut Kapıcıları Yönetmeliğinin 12. maddesinde ayrıca “geçici kapıcı” kavramına da yer verilmiştir. Hükme göre, “Kapıcı yıllık ücretli izin, hastalık izni veya tatil günlerinde görevinden ayrıldığında yerine geçici kapıcı çalıştırılabilir. Geçici kapıcıya asgari ücretin altında ücret ödenemez” (Yön. m. 12). Dolayısıyla, hükümde belirtilen durumlar nedeniyle esas kapıcının çalışmadığı sürelerde geçici olarak bir başka kişinin kapıcılık hizmeti sunması mümkün kılınmıştır.

## II. Konut Kapıcısı ile Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Konut kapıcıları ile yapılan sözleşmenin, tipik iş sözleşmelerinde bulunmayan bazı hususlar içermesi nedeniyle hukuki niteliğinin incelenmesi önem arz etmektedir. Uygulamada konut kapıcılarına ücret ödenmesinin yanı sıra klasik anlamdaki iş sözleşmelerinde bulunmayan bir şekilde konut tahsisi de yapılması ve çoğu kez su, elektrik faturaları ile doğalgaz veya kömür gibi ısınma giderlerinin de karşılanması söz konusu olmaktadır. Bu durum ise kapıcılar ile yapılan sözleşmenin hukuki niteliğinin iş sözleşmesi mi yoksa karma sözleşme mi olduğu yönünde tereddüte yol açmaktadır. Öğretideki baskın görüşe göre, konut kapıcısı ile işveren arasındaki sözleşme tipik bir iş sözleşmesinden ziyade kendine özgü bir karma sözleşmeye benzemektedir<sup>24</sup>. Karma sözleşmeler, kanunun düzenlediği çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların, özellikle de asli edimlerin, kanunun öngörmediği tarzda kısmen veya tamamen bir araya gelmesiyle kurulan sözleşmelerdir<sup>25</sup>. Öğretide belirtilmiş olduğu üzere, kapıcılık sözleşmelerinde de karma sözleşmelerin tanımına uygun olarak iş sözleşmesi ile kira sözleşmesinin ve

<sup>17</sup> Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi*, 2458.

<sup>18</sup> Okay, “Kapıcılık Hizmetleri”, 45; Usta, “Kapıcılık”, 360; Mustafa Çenberci, *İş Kanunu Şerhi* (Ankara: Olgaç Matbaası, 6. Baskı, 1986), 195; Uşan, “Konut Kapıcıları”, 65.

<sup>19</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi (Y9HD), K. 2016/19544 (8 Kasım 2016).

<sup>20</sup> Yargıtay 7. Hukuk Dairesi (Y7HD), K. 2016/12348 (6 Haziran 2016).

<sup>21</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesi (Y22HD), K. 2019/4918 (4 Mart 2019).

<sup>22</sup> Y22HD, K. 2020/1032 (22 Ocak 2020).

<sup>23</sup> Y22HD, K. 2018/11140 (8 Mayıs 2018).

<sup>24</sup> Uşan, “Konut Kapıcıları”, 72; Şakar, “Kapıcıların Hukuki Durumu”, 137-138; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 581; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1744. Kapıcılık sözleşmesinin çift tipli bir karma sözleşme olduğu yönünde bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Legem Yayınevi, 11. Baskı, 2023), 957.

<sup>25</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 955; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.V/1, 1* (Ankara: Seçkin, 2. Baskı, 2019), 278; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 1* (İstanbul: Beta, 11. Baskı, 2022), 31; Fahrettin Aral-Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin, 11. Baskı, 2018), 57.

hatta bazen satım sözleşmesinin<sup>26</sup> unsurlarının kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya gelmesi söz konusudur<sup>27</sup>. Bu yönüyle tipik bir karma sözleşme olarak nitelendirilen kapıcılık sözleşmesinde baskın unsur ise şüphesiz iş görme unsurudur<sup>28</sup>. Bir karma sözleşmenin varlığı durumunda uygulanması gereken hükümlerin tespiti açısından öğretide farklı teoriler ileri sürülmüştür<sup>29</sup>. Bu teorilerden, karma sözleşmelerde üstünlük arz eden sözleşme tipi hangisi ise ona ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşü (soğurma teorisi) baskın görüş olduğundan, kapıcılık sözleşmesi bakımından da üstünlük arz eden sözleşme türü olan iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması doğru olacaktır<sup>30</sup>.

Öğretideki aksi görüşe göre ise kira ücretinin para dışında başka bir edimle belirlenmesi durumunda karma sözleşmeden bahsedilebilir. Bu nedenle de karma sözleşmenin var olabilmesi için kapıcının kendisine tahsis edilen konutun kira bedelini iş görerek ödemesi, kat maliklerinin de ücret ödeme borçlarını konut tahsisi şeklinde yerine getirmesi gerekmektedir. Oysa Konut Kapıcıları Yönetmeliğinin 13. maddesinde kapıcıya görevi nedeniyle konut tahsisi yapılmış ise iş sözleşmesinin devamı süresince bu konut için kira bedeli istenemeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda kira sözleşmesinin unsurlarından biri olan kira bedeli ödenmesi unsuru ortadan kalkmış olduğundan bir karma sözleşmenin varlığından da söz etmek mümkün değildir. Yine bu görüşe göre, konut kapıcısına hem ücret ödenip hem de konut tahsisi yapılarak su, elektrik ve ısınma giderlerinin karşılanması söz konusu olduğunda da bunları ücret eki olarak kabul etmek gerekecektir. Bu nedenle de yine bir karma sözleşmeden değil, klasik bir iş sözleşmesinin varlığından söz edilebilecektir<sup>31</sup>.

Belirtelim ki öğretideki bu görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin sonuç değişmeyecek ve Konut Kapıcıları Yönetmeliğinin 6. maddesinde de açıkça belirtilmiş olduğu üzere konut kapıcısı ile yapılan sözleşme bakımından iş sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Zira Yönetmelikte açıkça *“kapıcı ile yapılan iş sözleşmesi”* ifadesi kullanılarak sözleşmenin iş sözleşmesi niteliği taşıdığı vurgulanmıştır (Yön. m. 6). Nitekim yerel mahkeme tarafından *“ taraflar arasında kiralama sözleşmesinin bulunduğu, davacının apartmanın kapıcı dairesinde kira vermeden oturması karşılığında apartmanın temizlik işlerini yerine getirdiği, böylelikle kira ödemediği, taraflar arasında işçi-işveren ilişkisinin bulunmadığı, açılan davada genel mahkemelerin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilen”* bir uyuşmazlıkta Yargıtay, *“Dosya içeriğine göre davacının apartmanın kapıcı dairesinde kira vermeden oturması karşılığında apartmanın temizlik işlerini yerine getirdiği açık olup, bu husus mahkemenin de kabulündedir. 4857 sayılı İş Kanununun 8. maddesi anlamında iş sözleşmesi, kapıcılık yönetmeliği hükümlerine göre de kapıcılık sözleşmesi bulunmaktadır. Burada kısmi süreli çalışma kararlaştırıldığından, ücretin şekli ile davacının başka işyerinde sigortalı çalışmasının önemi yoktur. Bağımlılık unsuru gerçekleşmiştir ve iş ilişkisi vardır”* demek suretiyle yerel mahkemenin aksine kira sözleşmesinin değil, iş sözleşmesinin var olduğunun altını çizmiştir<sup>32</sup>.

Son olarak, kapıcılık sözleşmesi en nihayetinde bir iş sözleşmesi olduğundan bu sözleşmenin belirsiz süreli ya da objektif koşulların bulunması (örneğin geçici kapıcı çalıştırılması) halinde belirli süreli olarak yapılması mümkün olduğu gibi sözleşmenin tam süreli yahut kısmi süreli olarak akdedilmesi de

<sup>26</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 581; Uşan, “Konut Kapıcıları”, 72.

<sup>27</sup> Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1744; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 581.

<sup>28</sup> Şakar, “Kapıcıların Hukuki Durumu”, 137.

<sup>29</sup> Bu görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 961 vd.; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 279; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 34; Aral-Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 62 vd.

<sup>30</sup> Uşan, “Konut Kapıcıları”, 72; Şakar, “Kapıcıların Hukuki Durumu”, 138; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1744.

<sup>31</sup> Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 255-256; Usta, “Kapıcılık”, 366-367.

<sup>32</sup> Y9HD, K. 2016/19544 (8 Kasım 2016). Yargıtay benzer bir başka kararında da, *“Sosyal Güvenlik Kurumu denetmeni tarafından ifadesi alınan apartman yöneticisi ve eşinin beyanlarına göre, davacı ve eşi 12 yıl gibi bir süre kapıcı dairesinde ikamet etmiş, çöp alma, ekmek servisi ve temizlik faaliyetini yürütmüştür. Diğer taraftan davacı tarafından sunulan Büyükşehir Belediye Başkanlığına hitaben yazılan ve apartman kaşesinin yer aldığı belgede de davacının 13 yıldır apartmanda görev yapmakta olduğu yazılıdır. Nihayet davacı tanıkları da, davacının 1999 yılından itibaren apartmanda çalışmaya başladığını beyan etmiştir. Açıklanan bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacının 03.09.1999 ilâ 20.08.2013 tarihleri arasında iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilerek sonuca gidilmelidir”* denilerek kapıcının iş sözleşmesi ile çalıştığı hüküm altına alınmıştır, Y22HD, K. 2020/879 (21 Ocak 2020).

mümkündür<sup>33</sup>. Konut kapıcısının özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırılması da söz konusu olabilir. İş Kanunu m. 7/2 hükmünde özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulabilecek işler ve haller sınırlı sayıda belirtilmiş olup, bunlar arasında konut kapıcılığı yer almamaktadır. Fakat İş K. m. 7/2, (a) bendinde, “*Bu Kanunun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 74 üncü maddesinde belirtilen hâllerde, işçinin askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde*” özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulması mümkün kılınmıştır. Bu çerçevede madde hükmünde belirtilen hallerde, örneğin zorunlu askerlik hizmetini ifa etmek üzere görevinden ayrılarak iş sözleşmesi askıda kalan konut kapıcısının yerine, geçici iş ilişkisi kapsamında bir başka konut kapıcısı çalıştırılması olanak dahilindedir<sup>34</sup>.

### III. Konut Kapıcısı ile Yapılan Sözleşmenin Tarafları

#### A. İşçi tarafı

Kapıcı ile işveren arasında akdedilen sözleşme bir iş sözleşmesi olduğundan, sözleşmenin işçi tarafını kapıcı teşkil etmektedir<sup>35</sup>. Ancak kapıcılık işinin genelde kapıcının tüm aile bireylerini de kapsayıcı bir rol oynaması, başka bir deyişle yalnızca kapıcılık hizmeti gören kişinin değil, onun aile efradının da yardımlarıyla işin yürütülmesinin söz konusu olması bazen bu ilişkinin işçi tarafını tespit etmeyi güçleştirmektedir<sup>36</sup>. Uygulamada özellikle de iş sözleşmesinin kapıcılık hizmetini gördüğünü iddia eden kişiyle mi yoksa onun eşiyle mi kurulduğunun tespitine yönelik uyuşmazlıkların yaşandığı görülmektedir. Bu noktada yapılması gereken, kapıcılık işinin tamamıyla kapıcı tarafından mı yoksa eşi tarafından mı görüldüğünün tespitidir<sup>37</sup>. Başka bir ifadeyle, iş sözleşmesinin eşlerden biri ile

<sup>33</sup> Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 186 vd.; Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi*, 2457; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1745; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 580; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 261 vd.; “*Kapıcı ile binanın sahibi ya da kat malikleri kurulu arasında yapılmış olan iş sözleşmesinin tam süreli ya da kısmi süreli olarak yürürlüğe konulması mümkündür. Özellikle bağımsız bölüm sayısının az ve eklentiler ile ortak alanların da yoğun bir iş hacmini gerektirmeyecek durumda olduğu hallerde, kapıcının günlük yedibuçuk saat ve haftalık kırkbeş saat olağan mesaiye göre daha az sürelerle çalıştırılması imkan dahilindedir. Kısmi süreli iş sözleşmesi yazılı olarak yapılmamış ise, işyerinin özelliği ve işin niteliğine göre çalışma olgusunun kanıtlanması mümkündür*”, Y9HD, K. 2023/6388 (27 Nisan 2023); Y22HD, K. 2019/6677 (26 Mart 2019).

<sup>34</sup> Geçici iş ilişkisi kurulabilecek işler ve haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 246 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, 297 vd.; Hamdi Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku* (Ankara: Lykeion, 7. Baskı, 2022), 352 vd.; Öner Eyrenci vd., *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 10. Baskı, 2020), 129 vd.; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (Ankara: Yetkin, 13. Baskı, 2023), 173 vd.; Kadir Arıcı, *Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2022), 102 vd.; Şükran Ertürk, *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022), 153 vd.; Esra Yiğit, *Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 101 vd.; Duygu Çelebi Demir, *Karşılaştırmalı Olarak Türk ve Alman Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 182 vd.; Ayşegül Ekin, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi* (Ankara: Seçkin, 2020), 147 vd.

<sup>35</sup> Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 87; Süzek, *İş Hukuku*, 141-142; Kenan Tunçomağ-Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (İstanbul: Beta, 10. Baskı, 2022), 49; Ömer Ekmekçi-Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 5. Baskı, 2023), 36-37; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku*, 165 vd.; Arıcı, *Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku*, 53-54; Eyrenci vd., *İş Hukuku*, 27; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 79 vd.; Ertürk, *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*, 51-52; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 256.

<sup>36</sup> Bu durumu vurgulayan bir Yargıtay kararına göre de, “...kapıcılık sözleşmesinde kapıcının iş görme borcunu bizzat ifa edeceği gibi sürekli olmamak koşulu ile başkası tarafından da ifa edilebileceği, kapıcılık hizmetlerinin genellikle kapıcının tüm aile fertlerinin (karı veya koca ve çocukların) katkıları ile yürütüldüğü düşünüldüğünde davacının eşi olan ...'in yaptığı hizmetler eşine yardım niteliğinde olduğundan davacının davalı işyerinde 03.06.2011-31.12.2014 tarihleri arası çalıştığı kabul edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”, Y22HD, K. 2019/23769 (19 Aralık 2019).

<sup>37</sup> Uşan, “Konut Kapıcıları”, 95; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1745; “*İşyerinde önceki kapıcının emekli olmasından sonra yeni bir kapıcıyla yazılı bir sözleşme yapılmadığı, kapıcılık hizmetlerinin görülmesi konusunda; ödeme belgeleri ve karar defterindeki bilgiler bu işin davacının eşi A. M. tarafından yerine getirildiğini göstermektedir. Oysa davacının kapıcılık işini kendisinin yaptığını ileri sürmesi, davacının eşinin yakın bir sitede sürekli günlük elemanı olarak çalıştığının kayıtlardan anlaşılması davacının iddiasını güçlendirmiştir. Ancak kapıcılık hizmetlerinde hizmeti veren kapıcının aile fertlerinin de zaman zaman yardımlaşma ile işe katkı sağladıkları bilinmektedir. Somut olayda davalı tanıkları davacının başka yerlere temizliğe gittiğini, davacının eşinin haftada bir iki gün servis ve temizlik yaptığını, kapıcı dairesinde kira karşılığında bu işleri yaparak oturduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu anlamda öncelikle apartmanın kaç kat ve kaç daireden oluştuğu, apartmanda temizlik, servis, kalorifer gibi hangi kapıcılık hizmetlerinin verildiği, işyeri kayıtlarında kapıcı görünen davacının eşinin sürekli çalıştığı işi ile bu hizmetleri birlikte yerine getirip getiremeyeceği, buna bağlı olarak davacının bu işlerin görülmesinde eşine yardım eden durumunda olup olmadığı, davacının haftanın kaç günü temizliğe gittiği birlikte değerlendirilip, gerektiğinde, konuya dair davalı tanıklarının ayrıntılı beyanlarına başvurularak davacının bizzat kendisi tarafından mı kapıcılık hizmetlerinin yerine*

yapılmış olmasına rağmen sözleşmeden doğan kapıcılık hizmetlerinin tümünün diğer eş tarafından yerine getirilmesi ve bu duruma kat malikleri yahut yöneticinin itiraz etmemesi durumunda sözleşmenin işi fiilen yürüten eş ile yapıldığı kabul edilmelidir<sup>38</sup>. Fakat işin ifasının tümüyle eşe bırakılması değil de, eşin bazen kapıcılık hizmetlerini yerine getirmesi söz konusu ise, eşin yaptığı işi aile içi yardımlaşma olarak görmek gerekir. Dolayısıyla bu kişi ile yeni bir iş sözleşmesi kurulduğundan bahsedilemeyecektir<sup>39</sup>.

## B. İşveren tarafı

Konut kapıcıları ile yapılan iş sözleşmesinin işveren tarafı ise Konut Kapıcıları Yönetmeliğinin 3. maddesinde de açıkça belirtilmiş olduğu üzere konutun maliki veya ortaklarıdır<sup>40</sup>. Yönetmelikte açıkça “konutun maliki veya ortakları” ifadesi kullanılmış olduğundan, malik sıfatını haiz olmayan kiracılar ve sükna hakkı sahipleri ile bunların haricinde başka bir nedenle konutta sürekli olarak oturan kişiler işveren olarak nitelendirilemezler<sup>41</sup>.

Kapıcı ile yapılan iş sözleşmesinin işveren tarafının belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken önemli hususlardan bir diğeri de Yargıtay’ın da vurguladığı üzere, konutun kat mülkiyetine tabi olup olmadığıdır<sup>42</sup>. Kat mülkiyeti kurulmamış konutlarda işveren sıfatına konutun maliki ve varsa ortakları sahiptir<sup>43</sup>. Kat mülkiyeti kurulmuş ve birden fazla bağımsız bölümü olan binalarda ise işveren sıfatını kat malikleri kurulu taşımaktadır<sup>44</sup>. Belirtelim ki kat malikleri kurulu tüm kat maliklerinden oluşmakta

---

getirildiğinin belirlenmesi, davacının eşi A. M. tarafından güvenlikçi olarak çalıştığı mesaisinin dışında kalan zamanlarda kapıcılık işini yapmasının mümkün olup olmadığına saptanması... suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekir”, Y22HD, K. 2013/14231 (13 Haziran 2013).

<sup>38</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 581-582; Uşan, “Konut Kapıcıları”, 95. Aynı yönde Hukuk Genel Kurulu kararı ve incelemesi için bkz. Ali Güzel, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (Ankara: Türk-İş, 2007), 13; Bu durumda dolaylı iş ilişkisinden söz edilebileceği yönünde bkz. Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Seçkin, 3. Baskı, 2023), 115.

<sup>39</sup> Uşan, “Konut Kapıcıları”, 95; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1745-1746; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 581-582; Temir, *Apartman Yönetimi*, 62; “Somut olayda; davacı vekili, müvekkilinin davalı apartmanda kapıcı olarak çalıştığını iddia etmiştir. Davalı taraf ise, davacının kapıcı konutunda oturduğunu, apartmanda kapıcı olmadığını savunmuştur. Davacı tanıkları; davacının apartman görevlisi olarak çalıştığını beyan ederken davalı tanıklarından ikisi, sadece ekmek ve gazete dağıttığını, kapıcı dairesinde kira ödemediğini oturduğunu, haftasonu eşi ile birlikte genel temizlik yaptığını, kendisinin kalp ve ciğerlerinden ağır rahatsızlık geçirmesi sebebi ile eşinin ağır işleri yaptığını beyan etmiştir. Mahkemece davacının eyleminin eşine yardım mahiyetinde kaldığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır. Zira dosyaya davalı tarafından sunulan 22.01.2014-04.02.2014 tarihleri arasında kamera görüntülerinin çözümlenmesine ilişkin bilirkişi raporunda; davacının asansör ve kapı önü temizliği yaptığı, ekmek poşetleri ile apartmana girdiği 14 günlük görüntülere istinaden apartmanı temizleyen ekmek ve gazete dağıtan kişinin davacı, saat 17:30’dan sonra çöp döken kişinin ise davacının eşi olduğu belirtilmiştir. Davacının eşinin başka bir işyerinde çalıştığı sabittir. Davacının bina yetkilisi olarak imza attığı iki adet asansör bakım formu mevcuttur. Dosya kapsamına göre, 8 katlı 16 dairelik apartmanda; davacının kat maliklerinin ortak mülkiyetinde bulunan kapıcı konutunda oturmaya başladığı, kira ödemesiz kapıcı konutunda oturulması karşılığında apartmanın ekmek dağıtma ve temizlik işlerini yaparak kapıcılık hizmetlerini yerine getirmeye başladığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca yukarıdaki paragraflarda ayrıntılarıyla açıklandığı üzere, taraflar arasındaki ilişkinin kapıcılık hizmetlerine dair iş sözleşmesine dayandığı kabul edilmeli, davacının alacaklarına yönelik talepleri değerlendirilmelidir”, Y22HD, K. 2019/4918 (4 Mart 2019).

<sup>40</sup> Günay, *İş Hukuku*, 358; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 256; Şakar, “Kapıcıların Hukuki Durumu”, 140; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 579; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1749; Cevdet İlhan Günay, *İş Kanunu Şerhi C. 2* (Ankara: Yetkin, 4. Baskı, 2015), 2376.

<sup>41</sup> İbrahim Halil Şua, *Apartman Görevlileri ve Site Çalışanlarının İş Hukuku Problemleri* (Ankara: Seçkin, 2023), 34-35; Uşan, “Konut Kapıcıları”, 69; Usta, “Kapıcılık”, 369; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 579; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 257; Temir, *Apartman Yönetimi*, 50.

<sup>42</sup> Nitekim Yargıtay bir kararında bu hususa dikkat çekerek, “Kat mülkiyeti kurulmamış gayrimenkullerde davanın tüm ortaklara veya kat mülkiyeti kurulmakla birlikte yönetici veya yönetim kurulu oluşturulmamış gayrimenkullerde ise kat malikleri kuruluna (tüm kat maliklerine) karşı açılması gerekir. Somut olayda davalı apartman yönetimine karşı dava açılıp yine apartman yönetimi hakkında hüküm kurulmuştur. Oysa yukarıda anlatılan ilkeler ışığında davalı apartmanın tapu kaydı getirilmeli, kat mülkiyeti kurulup kurulmadığı araştırılmalı; kat mülkiyeti varsa hüküm yerinde kat malikleri belirlenip yönetim planında aksi belirtilmemişse eşit oranda sorumlu tutulmaları; kat mülkiyeti kurulmamışsa davanın tüm kat maliklerine yöneltilmesinin sağlanması ve hükmün de kat malikleri hakkında kurulması gerekir” gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur, Y7HD, K. 2014/17640 (18 Eylül 2014).

<sup>43</sup> Uşan, “Konut Kapıcıları”, 68; Okay, “Kapıcılık Hizmetleri”, 46.

<sup>44</sup> Okay, “Kapıcılık Hizmetleri”, 46; Uşan, “Konut Kapıcıları”, 69; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 256-257.

ve kapıcıyı işe alma ya da işten çıkarma yetkisine sahip bulunmaktadır<sup>45</sup>. Eğer konutun tek bir maliki var ise işveren sıfatını da bu kişi taşıyacaktır<sup>46</sup>.

Kamu kurumlarına ait lojmanlarda işveren sıfatının tespiti ana taşınmazın malikinin belirlenmesi ile mümkün olmaktadır. Konut Kapıcıları Yönetmeliğinde bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak yerleşik Yargıtay içtihadı doğrultusunda, “*kamu kurumlarına ait lojman işyerlerinde ana taşınmaz maliki, ilgili kamu kurumudur*”<sup>47</sup>. Nitekim Yargıtay’ın bu konudaki önemli bir kararında da bu durum, “*Dosya içeriğine göre, davacının askeri lojmanlarda bina görevlisi olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacı, davasını ... Lojmanları 5. Grup Blok Yönetimi Kurul Başkanlığına yöneltmiş olup; davalı tarafından ibraz edilen cevap dilekçesinde 2013 yılı Ekim ayında Tugay Komutanlığı tarafından yapılan düzenlemede, 5. Grup Yönetiminin ortadan kaldırıldığı, bu kurulla ilgili tüm işlemlerin 1. Grup Yönetimine bırakıldığı, kapıcı ve kaloriferci ile ilgili tüm işlemlerin 01.01.2014 tarihinden itibaren üst yönetim kurulu tarafından yönetilmeye başlandığı ifade edilmiştir. Davalı tarafından ibraz edilen temyiz dilekçesinde ise Milli Savunma Bakanlığının davaya dahil edilmesi gerektiği beyan edilmiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 110. maddesi gereği çıkarılan Konut Kapıcıları Yönetmeliği uyarınca işveren konutun maliki ya da ortaklarıdır. Yönetici işveren vekili konumundadır. Kamu lojmanları bakımından da taşınmazın maliki ya da intifa hakkı sahibi olan kamu kurumu işveren konumundadır. Diğer taraftan Kamu Konutları Yönetmeliğinin 36. maddesi işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Söz konusu düzenleme idare ile lojman yönetimi arasındaki rücu ilişkisini belirleyici niteliktedir. Somut olayda, işveren Milli Savunma Bakanlığıdır. Davalıya karşı davanın görülüp sonuçlandırılması gerekirken tüzelkişiliği bulunmayan ... hakkında yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*” şeklinde vurgulanmıştır<sup>48</sup>. Dolayısıyla kamu kurumlarına ait lojmanlar söz konusu olduğunda sözleşmenin işveren tarafı ilgili kamu kurumu olacaktır<sup>49</sup>.

### C. Konut yöneticilerinin durumu

Konut Kapıcıları Yönetmeliğinin 3. maddesine göre yönetici, “*işveren vekili olarak hareket eden kişiyi*” ifade etmektedir. Yönetmeliğin m. 4/1 hükmüne göre ise “*Konut yöneticisi, İş Kanunu ve bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasında ve yargı uyuşmazlıklarında işverenin temsilcisidir*”. Ayrıca 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun<sup>50</sup> m. 38/1 hükmünde, “*Yönetici, kat maliklerine karşı aynen bir vekil gibi sorumludur*”; m. 40/1 hükmünde ise “*Yönetici, kaide olarak vekilin haklarına sahiptir*” düzenlemeleri yer almaktadır. Tüm bu düzenlemeler uyarınca bina yöneticileri işveren değil, işveren vekili konumundadır<sup>51</sup>. Kat Mülkiyeti Kanununun m. 34/1 hükmüne göre, “*Kat malikleri, ana gayrimenkulün yönetimini kendi aralarından veya dışardan seçecekleri bir kimseye veya üç kişilik bir kurula verebilirler; bu kimseye (Yönetici), kurula da (Yönetim kurulu) denir*”. Bu doğrultuda yöneticinin tek bir kişi olması yahut bina yönetiminin birden fazla kişiden meydana gelen bir kurul şeklinde oluşturulması da söz konusu olabilir<sup>52</sup>.

Konut Kapıcıları Yönetmeliğinin m. 4/2, (a) bendi uyarınca yönetici, “*İşverence kendisine yazılı yetki verilmesi koşulu ile iş ve toplu iş sözleşmesi yapmak, değiştirmek ve fesh etmek*” yetkisine sahiptir. Bu nedenle kat malikleri tarafından kendisine yazılı yetki verilmiş olan yöneticinin konut kapıcısı ile iş

<sup>45</sup> Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 257.

<sup>46</sup> Günay, *İş Hukuku*, 359; Uşan, “Konut Kapıcıları”, 69; Okay, “Kapıcılık Hizmetleri”, 46; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 257; Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 2377.

<sup>47</sup> Y9HD, K. 2023/1636 (7 Şubat 2023); Y9HD, K. 2022/13868 (31 Ekim 2022); Y9HD, K. 2015/33495 (25 Kasım 2015); Y9HD, K. 2014/37969 (10 Aralık 2014); Y9HD, K. 2009/31351 (10 Kasım 2009); Y9HD, K. 2008/29735 (3 Kasım 2008).

<sup>48</sup> Y22HD, K. 2019/18558 (9 Ekim 2019).

<sup>49</sup> Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1748-1749; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 257.

<sup>50</sup> Kat Mülkiyeti Kanunu (634 sayılı Kanun), *Resmî Gazete* 12038 (2 Temmuz 1965), Kanun No. 634.

<sup>51</sup> Temir, *Apartman Yönetimi*, 20; Şua, *Apartman Görevlileri*, 20; Uşan, “Konut Kapıcıları”, 70; Okay, “Kapıcılık Hizmetleri”, 47; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 579; Şakar, “Kapıcıların Hukuki Durumu”, 141; Usta, “Kapıcılık”, 370; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1749.

<sup>52</sup> Şakar, “Kapıcıların Hukuki Durumu”, 141; Usta, “Kapıcılık”, 371; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1749.

sözleşmesi yapabilmesi, bu sözleşmeyi değiştirebilmesi ya da feshedebilmesi mümkündür<sup>53</sup>. Kat malikleri kurulu bu hususta yöneticiyi yetkilendirebilir yahut bu hakkın yöneticide olduğu yönetim planında düzenlenebilir<sup>54</sup>. Bu noktada, yazılı yetki olmamasına rağmen yöneticinin konut kapıcısı ile iş sözleşmesi yapması durumunda bu sözleşmenin geçerli olup olmadığı sorusu sorulabilir. Bu soruya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun<sup>55</sup> (TBK) yetkisiz temsile ilişkin hükümleri doğrultusunda cevap vermek gerekmektedir. TBK m. 46/1 hükmüne göre, “Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar”. Temsil olunanın yapılan hukuki işlemi onaması durumunda ise işlem başlangıçtan itibaren yetki varmış gibi geçerli kabul edilir<sup>56</sup>. Onama açık bir beyanla yapılabileceği gibi zımni şekilde de gerçekleştirilebilir<sup>57</sup>. Dolayısıyla yöneticinin yetkisi olmadığı halde konut kapıcısı ile iş sözleşmesi yapması durumunda kat malikleri bu sözleşmeyi açıkça veya zımni bir şekilde onayabilir ve sözleşmeye geçerlilik tanıyabilir. Belirtelim ki, kat maliklerinin kapıcılık hizmetlerinden yararlanmaları sözleşmeyi zımnen onayladıkları anlamına gelecektir<sup>58</sup>. Nitekim Yargıtay da çeşitli kararlarında bu hususu vurgulamaktadır<sup>59</sup>. Son olarak ifade etmek gerekir ki, yöneticinin yetkisi olmamasına rağmen konut kapıcısı ile iş sözleşmesi yapması ve kat maliklerinin bir kısmının bu sözleşmeye onay vermesi, bir kısmının ise onay vermemesi durumunda sözleşme geçerlilik kazanamayacak, geçerli bir iş sözleşmesinden bahsedilemeyecektir<sup>60</sup>.

#### IV. Konut Kapıcısının Ücret Hakkı

##### A. Genel olarak

Konut kapıcıları ile yapılan sözleşme iş sözleşmesi niteliğini taşıdığından, “iş görme”, “ücret” ve “bağımlılık” unsurlarını içermelidir<sup>61</sup>. İş sözleşmesinin tanımının yer aldığı İş K. m. 8/1 hükmünde de

<sup>53</sup> Okay, “Kapıcılık Hizmetleri”, 47; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 579; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1749; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 257; Ahmet Türkmen-Burak Keçecioglu, “Kat Mülkiyetine Tabi Yapılarda Profesyonel Yöneticilik Sözleşmesi”, Prof. Dr. Şeref Ertas’a Armağan, *DEÜHFD* 19/Özel Sayı (2017), 877.

<sup>54</sup> Hasan Said Şaz, “Kat Mülkiyeti Kanununda Yönetim Meselesi ve Yöneticinin Husumet Ehliyeti”, *Terazi Hukuk Dergisi* 12/126 (Şubat 2017), 116; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 257; Türkmen-Keçecioglu, “Profesyonel Yöneticilik Sözleşmesi”, 875-876.

<sup>55</sup> Türk Borçlar Kanunu (TBK), *Resmî Gazete* 27836 (4 Şubat 2011), Kanun No. 6098.

<sup>56</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin, 22. Baskı, 2017), 475; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 646; Turgut Akıntürk-Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Beta, 30. Baskı, 2022), 82; Cevdet İlhan Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin, 2. Baskı, 2015), 233; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 258.

<sup>57</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 476; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 644; Turgut Akıntürk-Derya Ateş, *Borçlar Hukuku*, 82; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 258.

<sup>58</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 580; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 258.

<sup>59</sup> “Konutun maliki ya da ortaklarının yazılı yetki vermedikleri halde kapıcılık hizmetlerinden yararlanmaları kapıcılık sözleşmesine onay verildiği anlamındadır”, Y9HD, K. 2023/1636 (7 Şubat 2023); Y9HD, K. 2022/13868 (31 Ekim 2022); Y9HD, K. 2019/4918 (4 Mart 2019).

<sup>60</sup> Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 258. İş sözleşmesinin geçerli olmaması halinde yaptırımın ne olacağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 294 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, 346 vd.; Tunçomağ-Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 98 vd.; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku*, 565 vd.; Arıcı, *Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku*, 131-132; Eyrenci vd., *İş Hukuku*, 113-115; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 225-226; Ertürk, *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*, 181 vd.; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 185 vd.; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (İstanbul: Beta, 5. Baskı, 2014), 242 vd.; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (Ankara: Seçkin, 26. Baskı, 2022), 61; Nurşen Caniklioğlu, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi”, *Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri* (Ankara: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2011), 82 vd.; Arzu Arslan Ertürk, “Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Özel Sayı (2012), 541 vd.; Kadriye Bakırcı, *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması* (İstanbul: Beta, 2004), 423 vd.; Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (İstanbul: Beta, 2014), 270 vd.; Ercüment Özkaraca-Canan Ünal, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar İle Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Özel Sayı (2014), 383 vd.

<sup>61</sup> İş sözleşmesinin unsurları hakkında bkz. Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 173 vd.; Ali Güzel, “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, *Kamu-İş* 4/2 (1997), 83-126; Süzek, *İş Hukuku*, 233 vd.; Tunçomağ-Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 71 vd.; Mollamahmutoğlu

işçinin ücret karşılığı çalışan bir kimse olduğu vurgulanmıştır<sup>62</sup>. Ahlaki bir görev olarak veya hatır için yapılan işler ise ücret ödenmesini gerektirmez ve bu nedenle de bu tür bir ilişki iş ilişkisi olarak nitelendirilemez<sup>63</sup>. Uygulamada kapıcıya bedelsiz bir şekilde konut tahsis edilmesi karşılığında ücret ödenmeksizin kendisinden iş görmesinin istendiğine şahit olunmaktadır. Konut Kapıcıları Yönetmeliğinin 13. maddesinde “*Kapıcıya, görevi nedeniyle verilmiş olan konut için iş sözleşmesinin devamı süresince kira istenemez*” düzenlemesi bulunmaktadır. Bu nedenle konut kapıcısı ile yapılmış olan iş sözleşmesi sona erene değin zaten kapıcıdan kira bedeli istenemez. Bunun ücret yerine geçecek şekilde kabul edilmesi ve ücretsiz konut karşılığı kapıcı ile iş sözleşmesi kurulduğundan bahisle kapıcıya ücret ödemesi yapılmaksızın çalıştırılması mümkün değildir<sup>64</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, konut kapıcısına bedelsiz konut tahsis edilmesi asıl ücret yerine geçerse de sosyal yardım niteliği taşıyan bir ücret eki olarak değerlendirilmektedir<sup>65</sup>. Yönetmeliğin 13. maddesinde ise “*Kapıcının su, elektrik, ısınma ve sıcak su giderlerine kısmen ya da tamamen katılıp katılmayacağı*”nın sözleşme ile belirleneceği ifade edilmiştir. Bu nedenle kapıcıya bu türden yardım ve hizmetlerin sağlanıp sağlanmadığı veya ne oranda sağlandığının tespiti için iş sözleşmesinin içeriğine bakmak gerekecektir. Eğer sözleşmede konut kapıcısının bu giderleri ödemeyeceği kararlaştırılmış ise bunları da ücret eki olarak kabul etmek gerekir<sup>66</sup>.

İş Kanunu m. 32 hükmünde ücretin tanımı, “*Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır*” şeklinde yapılmıştır. Madde hükmünde yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere ücret, işveren tarafından ödenebileceği gibi üçüncü bir kişi veya kişiler tarafından da ödenebilir<sup>67</sup>. Konut Kapıcıları Yönetmeliğinin 8. maddesinde ise konut kapıcılarına İş Kanunu hükümlerine göre ücret ödeneceği düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, konut kapıcısının ücretinin İş Kanunu m. 32 hükmü uyarınca en geç ayda bir ödenmesi; eğer iş

---

vd., *İş Hukuku*, 328 vd.; Arıcı, *Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku*, 77 vd.; Eyrenci vd., *İş Hukuku*, 62 vd.; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 127 vd.; Ertürk, *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*, 106 vd.; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 109 vd.; Ekmekçi-Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 25 vd.; Sümer, *İş Hukuku*, 37-39; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 165 vd.; Ercan Güven-Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku* (Eskişehir/İstanbul: Nisan Kitabevi, 6. Baskı, 2020), 95-98; Fevzi Demir, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması* (İzmir: Albi Yayınları, 9. Baskı, 2016), 82 vd.; M. Fatih Uşan-Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (Ankara: Seçkin, 4. Baskı, 2023), 80-81; Aydın Başbuğ-Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 6. Baskı, 2021), 119-121; Sevil Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru* (Ankara: Seçkin, 2016), 65 vd.

<sup>62</sup> Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 173; Süzek, *İş Hukuku*, 139; Tunçomağ-Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 54; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku*, 334; Şahin Çil, *İş Hukukunda İşçinin Ücreti* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 1-2; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 61; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 99.

<sup>63</sup> Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 174; Süzek, *İş Hukuku*, 139; Ekmekçi-Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 26; Tunçomağ-Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 54; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku*, 333; Eyrenci vd., *İş Hukuku*, 28; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, 173; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 127.

<sup>64</sup> A. Can Tuncay, “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011*, (Ankara: 2013), 20; Usta, “Kapıcılık”, 384; Şua, *Apartman Görevlileri*, 48; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 583; Temir, *Apartman Yönetimi*, 63; “1475 Sayılı Kanun’un Ek 1. maddesinde kapıcı konutları için kira istenemeyeceği kuralı bulunmaktaydı. 4857 sayılı İş Kanununda bu hükme yer verilmemiş, bu hususun düzenlenmesi de yönetmeliğe bırakılmıştır. Anılan yönetmeliğin 13. maddesine göre kapıcıya görevi nedeniyle konut verilmesi zorunlu değildir. Bununla birlikte, konut verilmişse, konutun 3194 Sayılı İmar Kanunu ve Belediye İmar Yönetmelikleri ile öngörülen asgarî koşullara uygun olması gerekmektedir. Kapıcıya, görevi nedeniyle konut verilmesi 4857 sayılı Kanun uyarınca zorunlu değilse de, verilmiş olan konut için iş sözleşmesinin devamı süresince kira istenemeyeceği de yine yönetmelikte düzenlenmiştir. O halde kira bedelinin ücrete sayılması doğru değildir. Bu anlamda kapıcının kira ödemeksizin oturması ve karşılığında kapıcılık hizmetlerini görmesi şeklinde bir iş sözleşmesi yapıldığında, işverenin ücret ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmış sayılamaz. Kapıcı ile kira kontratı yapılmış olması da bu sonucu değiştirmez”, Y9HD, K. 2023/6388 (27 Nisan 2023); Benzer yönde bkz. Y22HD, K. 2019/6677 (26 Mart 2019); Y9HD, K. 2019/9183 (18 Nisan 2019); Y9HD, K. 2017/10972 (20 Haziran 2017).

<sup>65</sup> Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1754-1755; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, 300; “...davacının kapıcı konutunda kira ödemeksizin kaldığı görülmektedir. Bu davacıya düzenli olarak yapılan ve parayla ölçülebilen nitelikteki aynı bir yardım olup ücret eki niteliğindedir”, Y22HD, K. 2014/19215 (25 Haziran 2014); Ücretin aynı olarak kararlaştırılmış olmasının sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel olmadığı yönünde bkz. Ekmekçi-Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 26.

<sup>66</sup> Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1755; Usta, “Kapıcılık”, 384.

<sup>67</sup> Usta, “Kapıcılık”, 384; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 583; Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 334; Süzek, *İş Hukuku*, 375; Ekmekçi-Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 293; Tunçomağ-Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 122; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku*, 619; Sümer, *İş Hukuku*, 77; Eyrenci vd., *İş Hukuku*, 139-140; Güven-Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 189; Çil, *İş Hukukunda İşçinin Ücreti*, 461; Demir, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, 168; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 211; Uşan-Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 125; Başbuğ-Yücel Bodur, *İş Hukuku*, 57; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 249.

sözleşmesinde veya varsa toplu iş sözleşmesinde belirtilmiş ise ödeme süresinin bir haftaya kadar indirilebilmesi mümkündür (İş K. m. 32/5). Ayrıca İş K. m. 39/1 hükmü uyarınca konut kapıcılarına ödenecek ücretin asgari ücretten düşük olarak belirlenmesi mümkün değildir<sup>68</sup>.

İş Kanunu m. 32 hükmü doğrultusunda kapıcı ücreti kat malikleri, yönetici ya da başka bir üçüncü kişi tarafından ödenebilir<sup>69</sup>. Kat Mülkiyeti Kanununun m. 20/1, (a) hükmü uyarınca kat maliklerinden her biri aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça “kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak” katılmakla sorumlu tutulmuştur. Dolayısıyla her bir kat maliki, kapıcı ücretini eşit olarak ödemekle yükümlüdür. Ayrıca Kat Mülkiyeti Kanununun m. 20/1, (c) bendi nedeniyle, kat maliklerinden biri veya bazıları kapıcılık hizmetinden yararlanmadığını, bu hizmetten faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç duymadığını ileri sürerek konut kapıcısının ücretini ödemekten kaçınamaz<sup>70</sup>. İlave olarak Kat Mülkiyeti Kanunu m. 22/1 hükmünde, konut kapıcısının ücretinin ödenmesinden “...bağımsız bölümlerin birinde kira akdine, oturma (sükna) hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı bir şekilde faydalananlar da müştereken ve müteselsilen sorumludur. Ancak, kiracının sorumluluğu ödemekle yükümlü olduğu kira miktarı ile sınırlı olup, yaptığı ödeme kira borcundan düşülür” denilmek suretiyle konut kapıcısının ücretini bu kişilerden de talep edebileceği belirtilmiştir<sup>71</sup>.

## B. Fazla çalışma ücreti

Konut kapıcıları açısından belirlenmesi önem arz eden hususlardan biri de fazla çalışma ücretidir. Konut Kapıcıları Yönetmeliğinin 7. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre, “Çalışma süresi genel olarak haftalık 45 saattir. Bu süre çalışma biçimine göre sözleşme ile azaltılabilir. Ayrıca, İş Kanununun 63 üncü maddesindeki süreyi aksatmamak koşuluyla yoğunlaştırılmış çalışma ilişkisi de kurulabilir. Çalışma süresi, kapıcının işte geçirdiği zamandır. Kapıcı konutu tahsis edilmiş işyerinde çalışma biçimine göre günlük çalışma süresi en çok dörde bölünebilir. Ara dinlenmesi çalışma süresinden sayılmaz./Çalışma saatleri, yaz ve kış saat uygulamaları ve iklim şartları dikkate alınarak düzenlenebilir”. İş K. m. 63 hükmünün 1. ve 2. fıkralarında ise haftalık çalışma süresinin en çok 45 saat olduğu ve günlük çalışma süresinin de 11 saati aşamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca İş K. m. 41/1 hükmünde fazla çalışma, “Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır” şeklinde tanımlanmıştır. Belirtelim ki, günlük 11 saati aşan çalışmalar da fazla çalışma olarak kabul edilmektedir. İlave olarak İş K. m. 41/3 hükmü, “Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır” düzenlemesini içermektedir<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi*, 2458; Uşan, “Konut Kapıcıları”, 75; Okay, “Kapıcılık Hizmetleri”, 51; Şakar, “Kapıcıların Hukuki Durumu”, 144; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 584; Usta, “Kapıcılık”, 384.

<sup>69</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 583.

<sup>70</sup> Semih Akkök, “Kat Maliklerinin Genel Giderlere Katılma Yükümlülüğü”, *Terazi Hukuk Dergisi* 14/154 (Haziran 2019), 1162; Uşan, “Konut Kapıcıları”, 77; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1757; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 583; Şua, *Apartman Görevlileri*, 28; Temir, *Apartman Yönetimi*, 24.

<sup>71</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 583; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1757.

<sup>72</sup> Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008); Serkan Odaman, *Esnelik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri* (İstanbul: Legal, 2013), 27 vd.; Efe Yamakoğlu, *Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma* (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2011); Hasan Kayırgan, *4857 Sayılı İş Kanunu Uyarınca Fazla Çalışma* (Ankara: Seçkin, 2023); Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 776 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, 827 vd.; Ekmekçi-Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 473 vd.; Tunçomağ-Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 172 vd.; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku*, 1299 vd.; Sümer, *İş Hukuku*, 143 vd.; Eyrenci vd., *İş Hukuku*, 283 vd.; Arıcı, *Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku*, 184 vd.; Güven-Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 432 vd.; Demir, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, 236 vd.; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 409 vd.; Uşan-Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 196 vd.; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, 643 vd.; Başbuğ-Yücel Bodur, *İş Hukuku*, 170 vd.; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 560 vd.



Konut kapıcılarının normal veya zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapması söz konusu olabilir<sup>73</sup>. Kapıcılık hizmetleri kendine özgü çalışma şartları olan, serbest zaman kullanma imkanı bulunan, ara dinlenme süresi fazla olan ve çalıştığı site veya binanın kapıcı dairesinde ikamet edilmesi sebebiyle özel hayat ve iş hayatının iç içe geçtiği bir çalışma biçimidir<sup>74</sup>. Bu nedenle konut kapıcılarının fazla çalışma yapıp yapmadığının tespitinde birden çok faktörün göz önünde bulundurulması gerekmektedir<sup>75</sup>. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu çeşitli kararlarında konut kapıcılarının fazla çalışma taleplerini sonuca bağlarken nelere dikkat edilmesi gerektiğini detaylandırmıştır. Bu doğrultuda fazla çalışma yapılıp yapılmadığının tespitinde; kapıcının çalıştığı apartmanın daire sayısı, apartmanın site içerisinde olup olmadığı, binanın kaç katlı olduğu, binaya ait bahçenin bulunup bulunmadığı, binanın ısınmasının nasıl gerçekleştirildiği (örneğin kömür mü yakılıyor yoksa doğalgaz sistemine mi geçilmiş gibi), kapıcının bir günde yaptığı işlerin neler olduğunun yaz ve kış aylarında olmak üzere tek tek ortaya konulması ve bu işlerin ne kadar zamanda yapılabileceğinin gerekirse keşif yapılmak suretiyle belirlenmesi, tanık anlatımlarının da bu saptamalar ışığında değerlendirilerek sonuca ulaşılması gerekmektedir<sup>76</sup>.

Konut kapıcısının kapıcılık hizmetlerinin yanı sıra bahçıvanlık veya bekçilik gibi ilave bir hizmet daha sunması durumunda ise fazla çalışma ücretine hak kazanma bakımından bu hizmetin niteliği göz önünde bulundurulmaktadır. Yargıtay da bir kararında aynı sitede hem kapıcılık hem de bekçilik yapan davacının fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında bu hususu göz önünde bulundurduğunu, *“davacı 12 ay boyunca davalı sitede bekçilik görevinde bulunduğundan, davacının yaptığı bu işin niteliği, çalışma şekli dikkate alınarak davacının 24 saat çalıştığı kabulüyle hesaplama yapılması gerekmektedir. Dairemizce de benimsenen şekilde 24 saatlik çalışmada davacının en fazla 14 saat çalışabileceği ve bu 14 saatin de 3 saatinin fazla mesai olarak değerlendirilmesi gerektiği”*ni ifade etmiştir<sup>77</sup>. Konut kapıcısının aynı zamanda apartman yöneticisi olarak seçilmesi de uygulamada karşılaşılabilecek durumlardan biridir. Böyle bir durumda yalnızca kapıcı olarak geçirilen sürenin fazla çalışma ücretinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Kapıcının yönetici olarak seçildiği tarihten itibaren ise artık kendi çalışma süresini kendisinin belirlemesi söz konusu olacağından fazla çalışma ücretine de hükmedilmeyecektir<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Temir, *Apartman Yönetimi*, 73.

<sup>74</sup> Y22HD, K. 2019/10658 (15 Mayıs 2019).

<sup>75</sup> Konut kapıcılarının fazla çalışma ücretlerinin belirlenmesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 265 vd.

<sup>76</sup> Y22HD, K. 2020/1032 (22 Ocak 2020); Y9HD, K. 2020/11974 (14 Ekim 2020); Y22HD, K. 2019/10658 (15 Mayıs 2019); Y22HD, K. 2019/1405 (21 Ocak 2019); Y22HD, K. 2019/9055 (18 Nisan 2019); Y22HD, K. 2018/21678 (10 Ekim 2018).

<sup>77</sup> Y9HD, K. 2020/10375 (5 Ekim 2020).

<sup>78</sup> Nitekim bir Yargıtay kararında da isabetli olarak *“Somut uyuşmazlıkta, davalı tarafından sunulan karar defterine göre davacının 07.09.2009 tarihinde yönetici seçildiği bu tarihe kadar kapıcı olarak çalıştığı, yöneticilik yaptığı dönemde kendi mesaisini kendisinin belirlediği anlaşılmaktadır. Ancak davacının kapıcılık yaptığı dönemde apartmanın kaloriferli olması sebebiyle tanık beyanları gözetilerek kış aylarında yaptığı fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil çalışmaları hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır. Taleplerin yazılı gerekçe ile tümünden reddi isabetsiz olmuştur”* şeklinde bu durum ifade edilmiştir, Y22HD, K. 2018/16570 (3 Temmuz 2018); İşveren vekillerinin fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanamayacaklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Süzek, *İş Hukuku*, 845 vd.; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku*, 1316 vd.; Ekmekçi-Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 505 vd.; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 650; Kübra Doğan Yenisey, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (2009), 74; Gaye Baycık, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (İstanbul: On İki Levha, 2018), 354-355; Mustafa Alp, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 121 vd.; Canan Ünal Adınır, *İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler* (İstanbul: On İki Levha, 2. Baskı, 2023), 209 vd.

### C. Hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri

Konut kapıcılarının da tıpkı İş Kanunu kapsamındaki diğer işçiler gibi hafta tatili hakkı bulunmaktadır<sup>79</sup>. Nitekim Konut Kapıcıları Yönetmeliğinin 9. maddesinde konut kapıcısına “*İş Kanunu ile sözleşme hükümlerine göre hafta tatili*” verileceği ifade edilmiştir. Benzer şekilde, Yönetmeliğin 10. maddesinde “*2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunda yer alan tatil günlerinde, kapıcının çalıştırılıp çalıştırılmayacağı iş veya toplu iş sözleşmelerinde belirlenir./Bu günlere ilişkin ücretler, İş Kanununun 47 nci maddesine uygun olarak ödenir*” düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla konut kapıcıları İş Kanununun hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillere ilişkin hükümlerine tabidir. Uygulamada özellikle konut kapıcılarının tek başlarına çalışıyor olmaları nedeniyle, hafta tatili iznini kullanmalarında sorun yaşanmaktadır<sup>80</sup>. Zira bina veya sitede sürdürülen kapıcılık hizmetlerinin aksayacak olması nedeniyle genellikle bu iznin kullanılmadığı ve ancak iş sözleşmesi sona erdikten sonra kapıcıların hafta tatili ücretlerini açtıkları işçilik alacakları davalarında talep ettikleri görülmektedir. Benzer durum ulusal bayram ve genel tatil ücretleri bakımından da söz konusudur. Bu konuda Yargıtay, konut kapıcılarının hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil izinlerinin kullanılmaması veya mevzuata aykırı şekilde bölünerek kullanılması halinde İş Kanunundaki düzenlemeler doğrultusunda karar vermektedir<sup>81</sup>.

### D. Yıllık izin ücreti

Konut kapıcılarının yıllık ücretli izin hakları da bulunmaktadır. Konut Kapıcıları Yönetmeliğinin 11. maddesinde bu durum düzenlenmiş olup, kapıcıya İş Kanunu hükümlerine göre yıllık ücretli izin kullanılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla İş Kanunu m. 53/1 hükmü uyarınca “*işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan*” konut kapıcısına yıllık ücretli izin verilmesi gerekmektedir<sup>82</sup>. Fakat uygulamada hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatillere ilişkin izinlerin kullanılması bakımından yaşanan problemlerin yıllık izinler açısından da yaşandığına sıklıkla şahit olunmakta ve konut kapıcısına işlerin aksayacağı gerekçesiyle yıllık izin kullanılmadığı görülmektedir. Oysaki bu durumda Yönetmeliğin 12. maddesinde düzenlenen geçici kapıcılık kavramından yararlanılması faydalı olacaktır. Fakat geçici kapıcı bulunamaz veya işveren tarafından geçici kapıcı çalıştırılması tercih edilmeyerek konut kapıcısı yıllık izin sürelerinde çalıştırılırsa, İş Kanunu m. 59/1 hükmündeki düzenleme uyarınca konut kapıcısının hak kazanıp da

<sup>79</sup> Uşan, “Konut Kapıcıları”, 85; Şakar, “Kapıcıların Hukuki Durumu”, 152; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1764; Usta, “Kapıcılık”, 386; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 586-587.

<sup>80</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 587.

<sup>81</sup> Yargıtay hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin belirlenmesinde nelerin dikkate alınması gerektiğini bir kararında, “*Mahkemece, yapılan işin niteliği de dikkate alınarak, davacının yaz ve kış döneminde aynı şekilde çalışıp çalışmadığı, Pazar çalışmalarının ne şekilde gerçekleştiği ve Pazar günleri hangi işlerin yapıldığı, ulusal bayram ve genel tatil günlerinin tamamında çalışıp çalışmadığı, diğer kapıcılarla nöbetleşe çalışma şeklinde bir uygulama olup olmadığı hususları gerekirse şahitler yeniden dinlenerek ve davacı isticvap edilerek belirlenmelidir. Oluşacak sonuca göre davacının fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil alacakları hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde denetime elverişli olmayan bilirkişi raporu ve eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*” ifadeleri ile belirtmiştir, Y22HD, K. 2013/7435 (5 Nisan 2013); Bir başka kararda ise “*Somut olayda; mahkemece hükmüne dayanak alınan bilirkişi raporunda, çalıştığı apartmanın kapıcı dairesinde kalan davacının hafta tatili olan pazar günü ve bayram günlerinde, sabah servisi ve akşam çöp toplama işinin yalnızca 1 saatini alacağı gerekçesiyle hafta tatili ve bayram günü çalışmaları için yalnızca 1 saatlik ücrette hak kazandığı gerekçesiyle hesaplama yapılmıştır. Ancak yukarıda detaylı açıklandığı üzere hafta tatilinin bölünerek kullanılmayacağından hafta tatili hiç kullanılmamış sayılır, bayram günü çalışması için de aynı durum geçerli bulunmaktadır. Buna göre hafta tatili ve bayram çalışmaları yasal düzenlemelere göre hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirken davacının çalışmış olduğu hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil günleri için yalnızca 1 saatlik ücret hesaplamasına gidilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir*” ifadeleriyle Yargıtay hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerine ilişkin izinlerin bölünerek kullanılmayacağını ve bu izinlere ilişkin ücretlerin de bu durum göz önünde bulundurularak hesaplanması gerektiğini belirtmiştir, Y22HD, K. 2018/14390 (5 Haziran 2018).

<sup>82</sup> Okay, “Kapıcılık Hizmetleri”, 54; Şakar, “Kapıcıların Hukuki Durumu”, 153; Usta, “Kapıcılık”, 396-397; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 587.

kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenecektir<sup>83</sup>.

### E. Damga ve gelir vergisi istisnası

Konut kapıcılarının ücretleri 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun m. 23/6 hükmü doğrultusunda gelir vergisinden muaf tutulmuştur. Ayrıca 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 2 sayılı tablosunda, “*Damga vergisinden istisna edilen kağıtlar*” başlığı altında düzenlenen IV. maddenin 34. fıkrasında, konut kapıcılarının ücretlerinden damga vergisi kesilmeyeceği belirtilmiştir. Bu nedenle konut kapıcılarının ücretleri hem gelir vergisinden hem de damga vergisinden istisna edilmiştir. Bununla bağlantılı olarak Yargıtay konut kapıcılarının asgari geçim indirimi taleplerini “*İşçiye ücreti dışında ödenen asgari geçim indirimi yasa ile getirilmiş olup, bireyin veya ailenin asgari geçim düzeyini sağlayacak bölümünün toplam gelirden düşülerek vergi dışı bırakılmasıdır. Konut kapıcısı ücretleri ise damga ve gelir vergisinden muaftır. Bu itibarla, konut kapıcısı olan davacının asgari geçim indirimi talebinin reddi gerekirken, kabulü hatalıdır*” demek suretiyle kabul etmemektedir<sup>84</sup>. Hemen ifade edelim ki, 27.01.2022 tarihli ve 31732 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Gelir Vergisi Genel Tebliği’nin 4. maddesinin 7. fıkrasında belirtilen, “*Yapılan düzenleme ile 1/1/2022 tarihinden itibaren 193 sayılı Kanunun 32 inci maddesinde düzenlenmiş bulunan asgari geçim indirimi uygulaması kaldırıldığından bu tarihten itibaren yapılan ücret ödemelerinde asgari geçim indirimi uygulanmayacaktır*” düzenlemesi ile asgari geçim indirimi yalnızca konut kapıcılarının ücretleri açısından değil, tüm ücret ödemeleri bakımından kaldırılmıştır.

### F. Ücretin ödenmemesinin yaptırımı

İş Kanunu m. 34/1 hükmü uyarınca ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen konut kapıcısının iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınması ya da dilerse iş sözleşmesini İş K. m. 24/II, (e) bendi uyarınca ücretinin kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmediği veya ödenmediğinden bahisle haklı nedenle feshetmesi mümkündür<sup>85</sup>.

## V. Konut Kapıcılarının Ücret Alacaklarından Sorumluluk ve Uygulamada Karşılaşılan Problemler

### A. Kat maliklerinin sorumluluğu

Genel olarak konut kapıcısının ücret alacaklarından işveren sıfatıyla kat malikleri sorumludur<sup>86</sup>. Kat Mülkiyeti Kanununun m. 20/1, (a) bendi uyarınca kat maliklerinden her biri aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak katılmakla yükümlü tutulmuştur. Bu nedenle kat malikleri konut kapıcısının ödenmemiş ücretlerinden ve ücret eklerinden eşit olarak sorumludur<sup>87</sup>. Ayrıca Yargıtay’a göre, “*634 sayılı Kanun’un 1 inci maddesinde kat malikinin; bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet hakkına sahip*

<sup>83</sup> Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, 834-836; Süzek, *İş Hukuku*, 880-883; Mollamahmutoğlu vd., *İş Hukuku*, 1409-1411; Arıcı, *Türk İş Hukuku-1 Ferdi İş İlişkileri Hukuku*, 197-198; Eyrenci vd., *İş Hukuku*, 346-348; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 593-595; Ertürk, *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*, 478-480; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 473 vd.; Ekmekçi-Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 557; Sümer, *İş Hukuku*, 169.

<sup>84</sup> Y9HD, K. 2016/4099 (25 Şubat 2016).

<sup>85</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 586.

<sup>86</sup> Uşan, “Konut Kapıcıları”, 76; Usta, “Kapıcılık”, 389; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 592; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 289; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1750; “*Konut kapıcılarının hak ve alacaklarından kat malikleri sorumludur*”, Y9HD, K. 2019/21233 (28 Kasım 2019).

<sup>87</sup> Şua, *Apartman Görevlileri*, 27; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1750; Uşan, “Konut Kapıcıları”, 76; Şakar, “Kapıcıların Hukuki Durumu”, 145; Günay, *İş Hukuku*, 356; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 593; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 290. Oysa 13.04.1983 tarihinde 2814 sayılı Kanunun 9. maddesi ile gelen bu değişiklikten evvel konut kapıcısı ücretlerinin kat maliklerinin arsa payları oranında bölüşülmesi esastı, bkz. Şakar, “Kapıcıların Hukuki Durumu”, 145; Günay, *İş Hukuku*, 359; Yuvalı, “Konut Kapıcıları”, 1750; Uşan, “Konut Kapıcıları”, 77; Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 2377.

olanlar şeklinde tanımlandığı ve kat mülkiyetine konu taşınmazdaki bağımsız bölümlerden her birinin ayrı ayrı el birliği ve paylı mülkiyete konu olabileceği düşünüldüğünde eşit sorumluluğun her bir bağımsız bölüm yönünden bulunduğu hususu gözden kaçırılmamalıdır<sup>88</sup>. Kat Mülkiyeti Kanunu m. 20/1, (a) bendinde açıkça “aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça” ifadesi kullanılmış olduğundan kat maliklerinin farklı bir bölüşüm yapılacağı konusunda anlaşmaları mümkündür<sup>89</sup>. Uygulamada bu yöndeki düzenlemelerin kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulurken hazırlanan sözleşmede ya da yönetim planında yapıldığı görülmektedir<sup>90</sup>. Yargıtay da çeşitli kararlarında bu duruma dikkat çekmekte ve kapıcı ücretlerinin ödenmesi konusunda farklı bir düzenleme yapılmış olup olmadığının tespiti için yönetim planının getirilmesi ve incelenmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>91</sup>. Hatta yönetim planında böyle bir düzenlemenin yapılmış olması durumunda bu düzenleme sadece yönetim planında imzası olan kat maliklerini değil, daha sonra malik olacak kişileri de bağlayacak nitelikte etki yaratmaktadır<sup>92</sup>. Ancak konut kapıcısı ücretlerinden kat maliklerinin eşit oranda sorumlu olmadığına ilişkin malikler arasında yapılacak böylesi bir anlaşma, konut kapıcısına karşı hüküm ifade etmeyecek, yalnızca kat malikleri arasındaki iç ilişkide sonuç doğurabilecektir<sup>93</sup>.

Uygulamada zaman zaman karşılaşıldığı üzere, konut kapıcısının ödenmeyen ücret alacaklarını tek bir kat malikinden talep edebilmesi mümkün değildir. Zira Kat Mülkiyeti Kanununun m. 20/1, (a) bendinde kat maliklerinin sorumluluğunun çerçevesi, her bir kat malikinin giderlere eşit oranda katılacağı yönünde çizilmiştir. Dolayısıyla konut kapıcısının ödenmeyen ücretlerinden kat maliklerinin müteselsil sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>94</sup>. Fakat yapılacak kapıcılık sözleşmesinde tüm kat maliklerinin ödenmeyen kapıcı ücretlerinden müteselsilen sorumlu olacağına dair bir kararlaştırmanın yapılmasına da bir engel yoktur<sup>95</sup>.

Konut kapıcısının ödenmeyen ücret alacaklarına ilişkin talebini tüm kat maliklerine, başka bir ifadeyle kat malikleri kuruluna yöneltmesi gerekmektedir. Kat malikleri kurulu tüzel kişiliği bulunmayan bir kurul olduğundan, konut kapıcısının ücret alacağına ilişkin açacağı davada talebin kat maliklerinin tamamına yöneltilmiş olması aranmaktadır. Aksi durumda taraf teşkili sağlanmamış kabul edilmektedir<sup>96</sup>. Yargıtay da vermiş olduğu çeşitli kararlarında davanın tüm kat maliklerine karşı açılması ve hükmün kat maliklerinin eşit sorumlu olduğu esası gözetilmek suretiyle verilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>97</sup>. Bu yönüyle konut kapıcılarının ücret alacaklarına ilişkin davalarda,

<sup>88</sup> Y9HD, K. 2023/1636 (7 Şubat 2023).

<sup>89</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 593.

<sup>90</sup> Şua, *Apartman Görevlileri*, 29; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 290; Songül Sarı Gündoğdu, *Toplu Konutlarda Yöneticinin Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 37.

<sup>91</sup> “...aksine anlaşma olmadıkça tüm kat maliklerinin kapıcı giderlerinden eşit olarak sorumlu oldukları, mahkemece yönetim planının getirilip kapıcı gideri konusunda ayrı bir düzenleme bulunup bulunmadığı incelenerek Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 20/a maddesi de dikkate alınmak suretiyle karar verilmelidir”, Y9HD, K. 2021/7662 (6 Nisan 2021).

<sup>92</sup> Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 290; Nitekim bu durum bir Yargıtay kararında da, “Yönetim planı kat irtifakı kurulurken ilgili tapu müdürlüğüne verilmesi zorunlu belgelerden olup kuruluş aşamasındaki kat irtifakı hakkı sahiplerinin imzasını taşıması gerekmektedir. Yönetim planı bu aşamadan sonra bağımsız bölüm edinen her bir kat maliki ve onların haleflerini bağlar” şeklinde ifade edilmiştir, Y5HD, K. 2023/1630 (22 Şubat 2023); Eski tarihli bir kararında da Yargıtay bu durumu, “Yönetim planı tüm kat maliklerini bağlayan bir sözleşme hükmünde olup, yöntemince iptal edilmiş olmadıkça tüm kat malikleri ile onların külli ve cüzi halefleri ve yönetici ile denetçiler bu yönetim planı hükümlerine uymakla yükümlüdürler” ifadeleriyle vurgulamıştır, Y18HD, K. 2008/3679 (27 Mart 2008).

<sup>93</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 593.

<sup>94</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 593; Bu yöndeki bir Yargıtay kararında da, “634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'un 20/a. maddesinde, kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve beki giderlerinden kat maliklerinin eşit olarak; ana gayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında sorumlu oldukları düzenlenmiştir. Bu durumda mahkemece hüküm altına alınan alacaklar yönünden kat maliklerinden müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesi hatalı olup...” ifadeleriyle kat maliklerinin konut kapıcısının ödenmeyen işçilik alacaklarından müşterek ve müteselsil sorumluluğunun bulunmadığı belirtilmiştir, Y22HD, K. 2019/795 (14 Ocak 2019).

<sup>95</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 593.

<sup>96</sup> Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 281-282.

<sup>97</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 596; Bu yöndeki bir Yargıtay kararında, “...kapıcının işveren hakkında açabileceği davanın kat maliki ya da maliklerine karşı açılması gerekmekte ise de, Yönetmelikten doğan bu temsil yetkisine göre davanın

davalı olan kat malikleri arasında kanundan kaynaklanmayan, fakat uyuşmazlığın en iyi şekilde çözümlenerek gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması nedeniyle şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu kabul edilmektedir<sup>98</sup>.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun m. 3/1 hükmünün ilk cümlesine göre, “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*”. Dolayısıyla, konut kapıcılarının ücret alacakları da İş Hukukunda dava şartı olan arabuluculuk kapsamındaki işçi alacaklarındandır. Bu nedenle konut kapıcısının ödenmeyen ücretlerinin kat maliklerinden öncelikle arabuluculuk sürecinde talep edilmesi, ardından süreç anlaşma ile sonuçlanmazsa mahkeme aşamasına geçilmesi gerekmektedir<sup>99</sup>. Bu noktada zorunlu arabuluculuk sürecinin geçerli olarak tamamlanabilmesi için tüm kat malikleri ile birlikte yürütülmesinin ve kat maliklerinin hepsinin aynı yönde karar almasının, tasarrufta bulunmasının gerekli olup olmadığı sorusu sorulabilir. Bu soruya şekli mecburi dava arkadaşlığının niteliği göz önünde bulundurulmak suretiyle yanıt vermenin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Şekli mecburi dava arkadaşlığının, maddi hukuka dayanan mecburi dava arkadaşlığından ayrılan yönünü, dava arkadaşları arasında sıkı bir ilişki kurulmamış olması teşkil etmektedir<sup>100</sup>. Bu nedenle şekli mecburi dava arkadaşları, birbirlerinden bağımsız hareket edebilirler<sup>101</sup>. Şekli mecburi dava arkadaşlığı durumunda arabuluculuk talebinin, dava arkadaşlarının tümüne yöneltmesi zorunluluğu bulunmakla birlikte, arabuluculuk sürecinde uyuşmazlık konusuyla ilgili dava arkadaşlarının farklı yönde tasarrufta bulunması mümkündür<sup>102</sup>. Bu nedenle konut kapıcısının ücret alacağı yönünden arabuluculuk talebinin tüm kat maliklerine yöneltmesi gerekmekte; ancak arabuluculuk süreci sonucunda kat maliklerinin ortak karar alması zorunluluğu bulunmamaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki, usulüne uygun arabuluculuk başvurusuna rağmen, kat maliklerinin tümüne değil de yalnızca bazılarına ulaşılması veya tüm kat maliklerinin arabuluculuk görüşmelerine katılamaması durumlarında, arabuluculuk görüşmesi yapılamadan “*anlaşma yapılamadı*” şeklinde durum tutanağa bağlanacaktır<sup>103</sup>. Arabuluculuk görüşmesine tüm kat maliklerinin katılması, ancak kat maliklerinden bazılarının konut kapıcısı tarafından ileri sürülen teklifleri kabul etmemesi durumunda ise arabuluculuk süreci yapılan arabuluculuk görüşmesi sonucu anlaşmazlıkla sonuçlanmış olacak ve bu şekilde tutanağa bağlanacaktır<sup>104</sup>.

Konut kapıcılarının aynı anda ve aynı iş sözleşmesi kapsamında birden fazla binaya kapıcılık hizmeti sağlaması durumunda birlikte istihdam ilişkisinin var olup olmadığı incelenmesi gereken önemli hususlardan biridir. Zira uygulamada birlikte istihdam ile kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışma birbirine karıştırılabilmektedir. Öğretide de ifade edilmiş olduğu üzere, işçinin birden fazla işveren yanında tek bir iş sözleşmesi ile iş görme borcunu yerine getirmek üzere istihdam edilmesi durumunda, çalışma olgusu tek bir iş ilişkisine dayanmaktadır. Böyle bir durumda işverenlerin

---

*doğrudan yönetici hasım gösterilerek açılması da mümkündür. Ancak bu halde dahi hükmün doğrudan yönetici hakkında kurulması doğru değildir. Mahkemece kat maliki ya da malikleri adına yönetici hakkında karar verilmesi gerekir. ... Hüküm altına alınan alacakların 634 Sayılı Kanunun 20/a maddesi uyarınca kat maliklerinden eşit olarak tahsili yerine “davalıdan tahsiline” karar verilmesi hatalı olup bozma sebebi” olduğu belirtilmiştir, Y9HD, K. 2020/8680 (22 Eylül 2020); Aynı yönde, Y9HD, K. 2022/4155 (30 Mart 2022); Y22HD, K. 2019/7097 (1 Nisan 2019); Y22HD, K. 2018/23078 (24 Ekim 2018); Y7HD, K. 2015/12864 (23 Haziran 2015); Y9HD, K. 2015/33495 (25 Kasım 2015).*

<sup>98</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 596; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 283.

<sup>99</sup> Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 283.

<sup>100</sup> Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku C. 1* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 705; Fevzi Şahlanan, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İşe İade Davasında Husumet ve Hüküm”, *Tekstil İşveren Dergisi* 438 (Eylül-Ekim 2018), 4; İstar Urhanoğlu Cengiz, “Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi* 29 (Mart 2013), 118.

<sup>101</sup> Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu vd., *İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk* (Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2023), 288.

<sup>102</sup> Bozkurt Gümrükçüoğlu vd., *İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, 288.

<sup>103</sup> Şua, *Apartman Görevlileri*, 63.

<sup>104</sup> Şamil Demir, “Arabuluculuk Arkadaşlığı”, *Ankara Barosu Dergisi* 2 (2013), 299-301; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 283; Şua, *Apartman Görevlileri*, 62-63.

müteselsil sorumluluğunu doğuran birlikte istihdam meydana gelmektedir. Birlikte istihdamda, işveren grubunu oluşturan kişiler, işçi karşısında tek bir işveren pozisyonundadır ve ortada işçiyle yapılmış tek bir iş sözleşmesi mevcuttur. Kısmi süreli çalışmada ise birden fazla işverenle ayrı ayrı yapılmış iş sözleşmeleri bulunmaktadır. Dolayısıyla kısmi süreli çalışmada işçi, birlikte istihdamın aksine, birden fazla işverene ayrı ayrı iş görme edimi ifa etmektedir<sup>105</sup>. Eğer birlikte istihdam ilişkisi çerçevesinde konut kapıcısı birden fazla binaya hizmet sunuyorsa, ücret alacaklarından da hizmet sunulan binaların tümü müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır<sup>106</sup>. Fakat birlikte istihdam değil de, kısmi süreli iş sözleşmeleri ile iki ayrı binaya kapıcılık hizmeti sunumu söz konusu ise her bir bina için ayrı işverenlik söz konusu olacak ve konut kapıcısının ücret alacaklarından müşterek ve müteselsil sorumluluk doğmayacaktır<sup>107</sup>.

Kamu kurumlarına ait lojman işyerlerinde ana taşınmaz maliki, ilgili kamu kurumu olduğundan konut kapıcısının ücret alacağından da işveren sıfatıyla ilgili kamu kurumu sorumlu olacaktır<sup>108</sup>.

Kat Mülkiyeti Kanununun m. 22/1 hükmünde yer alan “*Kat malikinin, 20 nci madde uyarınca payına düşecek gider ve avans borcundan ve gecikme tazminatından, bağımsız bölümlerin birinde kira akdine, oturma (sükna) hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı bir şekilde faydalananlar da müştereken ve müteselsilen sorumludur. Ancak, kiracının sorumluluğu ödemekle yükümlü olduğu kira miktarı ile sınırlı olup, yaptığı ödeme kira borcundan düşülür*” düzenlemesi nedeniyle kiracı da konut kapıcısının ücret alacağından kat maliki ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır<sup>109</sup>.

Son olarak belirtelim ki, konut kapıcısının ücret alacağı için açmış olduğu davada kat malikinin ölümü durumunda yargılamaya mirası reddetmemiş olan yasal mirasçılar ile devam edilecektir<sup>110</sup>.

## B. Yöneticinin sorumluluğu

Konut Kapıcıları Yönetmeliğinin m. 4/1, (d) bendinde yöneticinin görev, yetki ve sorumlulukları arasında “*Kapıcının İş Kanunu ve sözleşmesinden doğan ücret ve tazminat haklarını zamanında ve usulüne uygun olarak ödemek, sigorta primlerini zamanında yatırmak*” da sayılmıştır. Dolayısıyla yönetici, konut kapıcısının İş Kanunundan ve kendisiyle yapılan iş sözleşmesinden doğan ücret ve

<sup>105</sup> Gaye Baycık, “İşverenin Tespitinde Birlikte İstihdam, Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 13/2 (2022), 77, 78; Süzek, *İş Hukuku*, 157; Mehtap Yücel Bodur, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik* (İstanbul: Beta, 2018), 70 vd.; Aybüke Karaca Yağcı, *Bireysel İş Hukukunda Şirketler Topluluğu* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 111 vd.; Sedef Koç Tangün, “İş Hukukunda Birlikte İstihdam”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/107-108 (2013), 177-190.

<sup>106</sup> Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 291; Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre de, “*Somut uyumsuzlukta, davacı taraf dava dilekçesinde, ... ve ... Apartmanlarında 2001 yılının Kasım ayından 16.01.2015 tarihine kadar apartman görevlisi olarak kesintisiz çalışmasını sürdürdüğünü iddia ederek davasını davalı olarak ... ve ... Apartmanları yönetimi ve kat maliklerini temsilen yöneticilerine yöneltmiş, yapılan yargılama sonucunda mahkemece, davacının fazla mesai alacağı talebi dışındaki talepleri kabul edilmiş ve davalılardan müştereken ve müteselsilen alınmasına karar verilmiştir. Dosya içeriğinden ve tanık beyanlarından, davacının davalılar nezdindeki çalışmalarından ötürü davalılar arasında birlikte işverenlik bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, hükümde her iki apartmanın “kat maliklerinden eşit olarak alınarak davacıya verilmesine” şeklinde hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup kararın bozulması gerekmiştir*”, Y22HD, K. 2019/1095 (16 Ocak 2019).

<sup>107</sup> Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 291.

<sup>108</sup> Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 596; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 288; “*Kamu kurumlarına ait lojman işyerlerinde ana taşınmaz maliki, ilgili kamu kurumudur*”, Y9HD, K. 2023/1636 (7 Şubat 2023); Aynı yönde, Y9HD, K. 2022/13868 (31 Ekim 2022); Y9HD, K. 2015/33495 (25 Kasım 2015); Y9HD, K. 2014/37969 (10 Aralık 2014); Y9HD, K. 2009/31351 (10 Kasım 2009); Y9HD, K. 2008/29735 (3 Kasım 2008); “*Kamu lojmanları bakımından da taşınmazın maliki ya da intifa hakkı sahibi olan kamu kurumu işveren konumundadır. ... Somut olayda, işveren Milli Savunma Bakanlığıdır. Davalıya karşı davanın görülüp sonuçlandırılması gerekirken tüzelkişiliği bulunmayan ... hakkında yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*”, Y22HD, K. 2019/18558 (9 Ekim 2019).

<sup>109</sup> Uşan, “Konut Kapıcıları”, 77; Okay, “Kapıcılık Hizmetleri”, 48; Şakar, “Kapıcıların Hukuki Durumu”, 145; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 593; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 292; Akkök, “Genel Giderlere Katılma Yükümlülüğü”, 1166.

<sup>110</sup> Nitekim bu konudaki bir Yargıtay kararında da bu durum, “*Davalının yargılama aşamasında vefat ettiği anlaşılınca, davalının ölümü halinde taraf ehliyeti ortadan kalkacağından ve mirası reddetmeyen mirasçılarının zorunlu dava arkadaşı olarak davaya devam etmesi gerektiğinden; mahkemece, yargılama aşamasında ölen davalının yasal mirasçılarının davadan haberdar edilerek yargılamaya devam edilmesi gerekir*” ifadeleriyle belirtilmiştir, Y22HD, K. 2020/1133 (23 Ocak 2020).

ücret eklerini zamanında ve usulüne uygun olarak ödemekle mükelleftir. Konut kapıcısı, ödenmeyen ücretleri söz konusu olduğunda bunların ödenmesini kat maliklerinden veya yöneticiden isteyebilir. Belirtelim ki yöneticinin, Konut Kapıcıları Yönetmeliği m. 4/1 hükmünde düzenlenmiş olduğu üzere “*yargı uyumsuzluklarında işverenin temsilcisi*” olduğu gözetilerek zorunlu arabuluculuk sürecinde de taraf olması mümkündür<sup>111</sup>. Fakat bu hususta dikkat edilmesi gereken nokta, ödenmeyen ücretlere ilişkin talebin zorunlu arabuluculuk aşamasında veya sonrasında dava açılması durumunda hem kat maliklerine hem de yöneticiye aynı anda birlikte yöneltilemeyeceğidir. Başka bir ifadeyle, konut kapıcısı ödenmeyen ücretlerini kat maliklerinden ya da yöneticiden talep etme konusunda seçimlik bir hakka sahip kılınmıştır<sup>112</sup>. Bu doğrultuda da talebini isterse kat maliklerine, isterse doğrudan yöneticiye yöneltilebilecektir<sup>113</sup>. Yargıtay husumetin yöneticiye yöneltilebilmesi için konut kapıcısının çalışmakta olduğu apartmanda kat mülkiyetinin kurulmuş olup olmadığını incelemektedir<sup>114</sup>. Eğer kat mülkiyeti kurulmamış bir yapı söz konusu ise konut kapıcısının ücret alacağına ilişkin husumetin tüm ortaklara yöneltilmesi gerekecektir<sup>115</sup>. Kat mülkiyeti kurulmamış yapılarda, ortakların aralarından birini yönetici olarak belirlemiş olması da bu durumu değiştirmeyecektir. Zira bu şekilde belirlenen bir yönetici Kat Mülkiyeti Kanunu m. 34 hükmü doğrultusunda seçilen bir yönetici olmadığından hem arabuluculuk aşamasında hem de mahkeme sürecinde temsil yetkisine sahip olmayacaktır<sup>116</sup>. Bununla birlikte, bazen kat mülkiyeti kurulmuş olmasına rağmen yöneticinin belirlenmediğine de rastlanmaktadır. Böyle bir durumda da husumet tüm kat maliklerine yöneltilecektir<sup>117</sup>.

Konut kapıcısının çalışmakta olduğu apartmanda kat mülkiyeti kurulmuş ve Kat Mülkiyeti Kanunu m. 34 hükmü doğrultusunda seçilen bir yönetici görev yapmakta ise husumet yöneticiye yöneltilebilir. Fakat Yargıtay’ın da çeşitli kararlarında vurguladığı üzere, konut kapıcısının ödenmeyen ücretlerine ilişkin arabuluculuk sürecinde de sonrasındaki mahkeme aşamasında da husumet yöneticiye yöneltilmiş, tüm süreçler yönetici ile yürütülmüş olsa dahi karar yönetici hakkında değil, kat malikleri hakkında verilecektir<sup>118</sup>. Zira yönetici işveren değil, işveren vekili pozisyonundadır ve mali

<sup>111</sup> Şua, *Apartment Görevlileri*, 62.

<sup>112</sup> “Öncelikle şu husus belirtilmelidir ki; davanın kime yöneltileceği konusunda tercih hakkı davacı tarafa aittir... Davacı vekili, davayı hem kat maliklerine hem de (22/05/2014 tarihli dilekçeyle) ilaveten apartman yönetime yöneltmiştir. Ancak, yukarıda yapılan açıklamalar da dikkate alındığında, davanın ya tüm kat maliklerine ya da sadece kat maliklerini temsilen yönetime karşı yöneltilmesi gereklidir. Bu halde, davacı vekilinden tercihi sorularak, davayı tüm kat maliklerine karşı mı ya da sadece temsilen yönetime karşı mı devam ettirmek istediği hususundaki açık iradesi belirlenmelidir. Neticeye göre, yargılamaya devam edilmelidir”, Y22HD, K. 2018/11140 (8 Mayıs 2018).

<sup>113</sup> Sarı Gündoğdu, *Yöneticinin Hukuki Sorumluluğu*, 88-89; Demir, “Konut Kapıcılarının Hakları”, 593; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 285; Şaz, “Yöneticinin Husumet Ehliyeti”, 118; “...davanın ya tüm kat maliklerine ya da sadece kat maliklerini temsilen yönetime karşı yöneltilmesi gereklidir”, Y22HD, K. 2019/13238 (18 Haziran 2019).

<sup>114</sup> “...davalı apartmanın tapu kaydı getirilmeli, kat mülkiyeti kurulup kurulmadığı araştırılmalı; kat mülkiyeti varsa hüküm yerinde kat malikleri belirlenip yönetim planında aksi belirtilmemişse eşit oranda sorumlu tutulmaları; kat mülkiyeti kurulmamışsa davanın tüm kat maliklerine yöneltilmesinin sağlanması ve hükmün de kat malikleri hakkında kurulması gerekir”, Y7HD, K. 2014/17640 (18 Eylül 2014).

<sup>115</sup> Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 286; “Kat mülkiyeti kurulmamış gayrimenkullerde davanın tüm ortaklara veya kat mülkiyeti kurulmakla birlikte yönetici veya yönetim kurulu oluşturulmamış gayrimenkullerde ise kat malikleri kuruluna (tüm kat maliklerine) karşı açılması gerekir”, Y7HD, K. 2015/12864 (23 Haziran 2015).

<sup>116</sup> Günay, *İş Hukuku*, 359; Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 286; “Kat mülkiyeti kurulmamış ortak konutta ortakların anlaşarak yönetici şeklinde işveren vekili görevlendirmelerine kanunen bir engel yoksa da 634 sayılı Kanununun 34. maddesi gereğince seçilen yöneticinin işveren vekili olarak yargı uyumsuzluklarında işvereni temsil edebilmelerine karşın, işveren vekili sayılan böyle idari şekilde atanmış yöneticinin işvereni mahkemelerde temsil yetkisi yoktur”, Y7HD, K. 2014/17640 (18 Eylül 2014).

<sup>117</sup> Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları”, 286; “Somut olayda, dosyada mevcut kolluk araştırmasından davaya konu yerde müstakil bahçeli villaların bulunduğu, site şeklinde etrafının çevrili olmadığı, ancak aynı tipte 10-15 villadan ibaret bu yere Akkent Sitesi denildiği, site yönetiminin bulunmadığı, davacının bu bölgede bahçivanlık yaptığının belirtildiği anlaşıldığından, mahkemece doğrudan yönetici hasım gösterilerek açılan davanın husumet sebebiyle reddi hatalı olup, HMK 124 maddesi doğrultusunda husumetin doğru hasıma, bir başka ifadeyle tüm kat maliklerine tevcihi için usulü işlemlerin tamamlanması gerekirken eksik incelemeyle karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”, Y9HD, K. 2015/25603 (14 Eylül 2015).

<sup>118</sup> “Gerek işçilik alacakları gerekse hizmet tespitine ilişkin davalar işveren vekili olan yöneticiyi hasım göstererek açılabilirse de dava sonucunda hüküm yönetici hakkında değil hüküm yerinde işveren olan kat malikleri belirtilip kat maliklerinin yönetim planında aksi belirtilmemiş ise eşit oranda sorumlu tutulmaları gerekir”, Y7HD, K. 2016/13104 (13 Haziran 2016); Benzer yönde bkz. Y9HD, K. 2022/4155 (30 Mart 2022); Y9HD, K. 2020/8680 (22 Eylül 2020); Y22HD, K. 2019/7097 (1 Nisan

sorumluluklar işveren olan kat maliklerinin üzerindedir<sup>119</sup>. Ayrıca yönetici Kat Mülkiyeti Kanunu m. 38/1 hükmü uyarınca kat maliklerine karşı bir vekil gibi sorumludur<sup>120</sup>. İlave olarak, her ne kadar husumet yöneticiye yöneltilmiş olsa da uyuşmazlık konusu en nihayetinde kat malikleri ile konut kapıcısı arasındaki maddi hukuk ilişkisinden kaynaklanmaktadır<sup>121</sup>. Bu nedenle hükmün kat malikleri hakkında kurulması gerektiği yönündeki Yargıtay içtihadı isabetlidir<sup>122</sup>.

Uygulamada karşılaşılan sorunlardan biri de konut kapıcısının, yönetici olduğunu düşündüğü bir kat malikine ücret alacağı talebini yöneltmesi fakat daha sonrasında bu kişinin yönetici olmadığını ortaya çıkması halidir. Böylesi bir yanılmanın hem zorunlu arabuluculuk sürecinde hem de sürecin anlaşmama ile sonuçlanması üzerine mahkeme aşamasında devam etmesi mümkündür. Bu durumda Yargıtay yanılmanın giderilebilmesi ve husumetin doğru kişi veya kişilere yöneltilmesi için davacıya imkan tanınması gerektiği görüşündedir<sup>123</sup>. Davanın hem yöneticiye hem de yönetici yardımcısı olan kişiye karşı açılması durumunda ise yüksek mahkeme yönetici yardımcısına karşı açılan davanın husumet yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>124</sup>.

Konut kapıcısının aynı zamanda apartman yöneticisi olarak görev yapması durumunda, ödenmeyen ücret alacağına ilişkin husumetin zorunlu arabuluculuk ve mahkeme aşamasında kime yöneltilmesi gerektiği de yanıtlanması gereken bir husustur. Zira böyle bir durumda konut kapıcısı hem ücreti ödenmeyen işçi, hem de konut kapıcısının ücretini ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen bir

---

2019); Y22HD, K. 2018/23078 (24 Kasım 2018); Y7HD, K. 2015/12864 (23 Haziran 2015); Y9HD, K. 2015/33495 (25 Kasım 2015).

<sup>119</sup> Yuvalı, "Konut Kapıcıları", 1748; Günay, *İş Hukuku*, 356; Okay, "Kapıcılık Hizmetleri", 47; Alp, "Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları", 289; Temir, *Apartment Yönetimi*, 24; "Davacıların apartman yöneticisi oldukları sabit olup, işçilik alacaklarından dolayı şahsi sorumlulukları bulunmamaktadır", Y7HD, K. 2016/13104 (13 Haziran 2016).

<sup>120</sup> Uşan, "Konut Kapıcıları", 70; Okay, "Kapıcılık Hizmetleri", 47; Yuvalı, "Konut Kapıcıları", 1749; Alp, "Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları", 284; Şua, *Apartment Görevlileri*, 19, 20; Temir, *Apartment Yönetimi*, 24; Türkmen-Keçecioglu, "Profesyonel Yöneticilik Sözleşmesi", 863; "634 Sayılı Kanun'un 38. maddesinde yönetimin, kat maliklerine karşı aynen bir vekil gibi sorumlu bulunduğu belirtilmiştir. Bu durumda yönetici, vekaletnameyle tayin edilen bir vekil gibi değildir. Kanuni bir temsilcidir, yetkisini kanundan almaktadır. Bu sıfatla yaptığı sözleşmelerden dolayı kendisine husumet yöneltilbilir. Kat malikleriyle yönetici arasındaki ilişki ise 634 Sayılı Kanun'da ayrıca düzenlenmiştir. Temsil yetkisi Kanundan doğduğu için, verilecek kararın mali sonuçları kat maliklerine ait olacaktır", Y22HD, K. 2019/13238 (18 Haziran 2019).

<sup>121</sup> Alp, "Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları", 287.

<sup>122</sup> Yöneticinin hukuki işlemlerde temsil yetkisinin, davalarda dava takip yetkisinin bulunduğu ve konut kapıcılarının işçilik alacaklarına yönelik davalarda yöneticinin dava takip yetkisini kullanabilmesi için açık bir yetki ile yetkilendirilmesine gerek olmadığı yönünde bkz. Alp, "Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları", 287.

<sup>123</sup> Bu konudaki bir karara göre, "Somut uyuşmazlıkta, dava ... adına kat maliki B. Y. aleyhine açılmıştır. Aleyhine dava açılmış olan kat maliki B. Y.'in, davacının apartman görevlisi olarak çalıştığını iddia ettiği Nezih Hanım Apartmanını temsil hakkı bulunup bulunmadığı dosya kapsamından anlaşılacaktır. Açıklanan nedenlerle, aleyhine dava açılmış olan kat maliki B. Y.'in, Nezih Hanım Apartmanının yöneticisi olup olmadığı araştırılmalı ve apartmanda yöneticinin kim olduğu belirlenmelidir. Yöneticinin davalı B. Y. olmadığını anlaşılması durumunda, davacının temsilcide yanılma ile davasını B. Y.'e yönelttiği kabul edilmelidir. Buna göre davacı vekilinin talepte bulunması hâlinde davasını kat maliklerini temsilen yöneticiye yöneltmesine imkân tanınarak taraf teşkili sağlandıktan sonra sonuca gidilmelidir", Y9HD, K. 2022/13868 (31 Ekim 2022); Bir başka karara göre de, "Somut uyuşmazlıkta davacının, işçilik alacaklarına ilişkin dava şartı arabuluculuk başvurusunda kat maliki M. S.'nu taraf gösterdiği, arabuluculuk görüşmelerinin davacı ile kat maliki M. S. arasında yapıldığı ancak davacının konut kapıcısı olarak çalıştığını ileri sürdüğü taşınmazın tek malikinin M. S. olmadığı, 634 sayılı Kanun kapsamında 33 bağımsız bölümden oluşan söz konusu taşınmazın 15 bağımsız bölümünün M. S.'na ait olduğu, davacı ile kat maliki M. S. arasında yapılan arabuluculuk görüşmelerinin anlaşmama ile sonuçlanması üzerine Dap Sitesi Yöneticiliği aleyhine husumet yöneltilerek dava açıldığı, kat maliki M. S. tarafından davalı Dap Sitesi Yöneticiliği adına davaya cevap dilekçesi verilmiş ise de karar defterine göre davacının çalıştığı taşınmazın yöneticisinin dava dışı M. S. U. olduğu anlaşılmıştır. Bölge Adliye Mahkemesince; dava şartı arabuluculuk görüşmelerinin kat maliklerini temsil yetkisine sahip yönetici ile yapılmadığı hâlde yönetici aleyhine husumet yöneltilerek dava açıldığından bahisle dava şartının gerçekleşmediği kabul edilmiş ise de davacı işçinin kat maliki M. S. ile dava konusu asgari geçim indirimi alacağı dışındaki tüm alacaklar yönünden arabuluculuk sürecini işlettiği anlaşılmış olup bu nedenle kat maliki M. S. yönünden asgari geçim indirimi alacağı dışındaki tüm alacaklar için arabuluculuk dava şartının yerine getirildiği kabul edilmelidir. Ancak kabul edilebilir bir yanılığa dayandığı anlaşılan hatasından kaynaklı olarak davacı vekiline 6100 sayılı Kanun'un 124 üncü maddesine göre taraf değişikliği için kesin süre verilmeli ve daha sonra işin esası incelenmelidir", Y9HD, K. 2023/1636 (7 Şubat 2023).

<sup>124</sup> "Somut olayda, davacı tarafca dava dilekçesinde davalı yönetim kurulu başkanından başka, davalı sıfatıyla V. M. aleyhine de dava açılmıştır. Davalı V. M.'in davalı Dostlar Sitesi yönetim kurulu başkan yardımcısı olduğu, husumetin ise davalı Dostlar Sitesi adına yönetim kurulu başkanı A. A. aleyhine açılması yeterli ve gerekli iken davalı sıfatıyla V. M.'e de dava açılması hatalıdır. Mahkemece V. M. aleyhine açılan davanın husumet yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir", Y7HD, K. 2014/23329 (30 Aralık 2014).



işveren vekili pozisyonunda olacak ve davacı ile davalı sıfatı aynı kişide birleşecektir. Ancak yukarıda da vurgulamış olduğumuz üzere, esasen mali sorumluluklar işveren olan kat maliklerinin üzerindedir ve uyuşmazlık konusu kat malikleri ile konut kapıcısı arasındaki maddi hukuk ilişkisinden kaynaklanmaktadır<sup>125</sup>. Ayrıca konut kapıcısı, ödenmeyen ücretlerini kat maliklerinden veya yöneticiden istemek konusunda seçimlik bir hakka sahiptir. Bu doğrultuda da talebini isterse kat maliklerine, isterse doğrudan yöneticiye yöneltebilmektedir<sup>126</sup>. Husumetin doğrudan yöneticiye yöneltildiği hallerde dahi hüküm yönetici yerine kat malikleri hakkında kurulmaktadır<sup>127</sup>. Tüm bu bilgiler ışığında, konut kapıcısının aynı zamanda yönetici sıfatı da taşıması durumunda, husumetin artık kat maliklerini temsilen yöneticiye yöneltmesinin davacı ve davalı sıfatının birleşmesi nedeniyle mümkün olmayacağı, bu durumda husumetin doğrudan kat maliklerine yönelteceği, hem zorunlu arabuluculuk sürecinin hem de sonrasında mahkeme sürecinin kat malikleri ile işletilerek sonuçlandırılacağı söylenebilecektir.

Toplu konutlarda çalışan konut kapıcılarının ücret alacakları taleplerini kime yönelteceklerinin tespitine ilişkin ise öncelikle sitede kat mülkiyetine geçilip geçilmediğinin incelenmesi gerekmektedir. Henüz kat mülkiyetine geçilmemiş ise sitenin Toplu Konut İdaresi Başkanlığının sorumluluğunda olduğu kabul edilecektir. Yargıtay da henüz kat mülkiyetine geçilmeyen dönemde geçici site yönetimi adı altında kurulan yönetimlerin Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca kurulan bir yönetim olmadığından bahisle bu tür yönetimlerin dava ve taraf ehliyetine sahip olmadığını kabul etmekte; bu nedenle de husumetin geçici site yönetimine değil, Toplu Konut İdaresi Başkanlığına yöneltilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yüksek mahkeme, aksi durumda ise geçici site yönetimine karşı açılan davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerektiği görüşündedir<sup>128</sup>.

Yargılama sürecinin kat malikleri yerine yönetici ile yürütüldüğü bir süreçte alınan kararın temyizinin nasıl gerçekleştirileceği sorusu da yanıtlanması gereken önemli bir sorudur. Böyle bir durumda kararı yöneticinin temyiz etmesi gerekmektedir. Eğer yönetici temyiz etmez ise kararı her bir kat malikinin kendisi adına temyiz etme hakkı bulunmaktadır. Kararın tek bir kat maliki tarafından temyiz edilmesi, diğer kat malikleri tarafından temyiz edilmemesi durumunda ise temyiz incelemesi yalnızca kararı temyize götüren kat maliki için yapılacaktır. Kararı temyiz etmeyen diğer kat malikleri açısından ise karar kesinleşmiş sayılacaktır<sup>129</sup>.

<sup>125</sup> Yuvalı, "Konut Kapıcıları", 1748; Günay, *İş Hukuku*, 356; Okay, "Kapıcılık Hizmetleri", 47; Alp, "Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları", 287, 289; Temir, *Apartment Yönetimi*, 24.

<sup>126</sup> Sarı Gündoğdu, *Yöneticinin Hukuki Sorumluluğu*, 88-89; Demir, "Konut Kapıcılarının Hakları", 593; Alp, "Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları", 285; Şaz, "Yöneticinin Husumet Ehliyeti", 118.

<sup>127</sup> "Yönetmelikten doğan bu temsil yetkisine göre davanın doğrudan yönetici hasım gösterilerek açılması da mümkündür. Ancak bu halde dahi hükmün doğrudan yönetici hakkında kurulması doğru değildir. Mahkemece kat maliki ya da malikleri adına yönetici hakkında karar verilmesi gerekir", Y9HD, K. 2020/8680 (22 Eylül 2020).

<sup>128</sup> "Site/apartman yönetimlerinin tüzel kişiliği bulunmadığından, kural olarak site/apartman yöneticisi ya da yönetim kurulunun dava ve taraf ehliyeti bulunmamaktadır. Yönetici ya da site/apartman yönetimi ancak 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun tanıdığı yetkiler dâhilinde dava açma hakkını kullanabilir. Somut uyuşmazlıkta, dava konusu dönemde söz konusu sitede henüz kat mülkiyeti kurulu değildir. Dolayısıyla Üç Kuyular Geçici Site Yönetimi adı altında oluşturulan yönetim 634 Sayılı Kanun'a göre oluşturulan bir yönetim değil, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından görevlendirme şeklinde oluşturulan geçici bir yönetimdir. Nitekim, davalı Toplu Konut İdaresi Başkanlığının 18.02.2009 tarih ve 877 Sayılı Başkanlık Makamı Olur'u ile Diyarbakır Üç Kuyular 1, 2, 3 ve 4. Etap Toplu Konutlarında geçici yönetim ve denetim kurullarının oluşturulduğu, 25.04.2011 tarih ve 2230 Sayılı Başkanlık Makamı Olur'u ile Yönetim Kurulunda üye değişikliği yapıldığı anlaşılmaktadır. Hâl böyle olunca tüzel kişiliği bulunmayan ve bu nedenle dava ve taraf ehliyeti söz konusu olmayan Üç Kuyular Geçici Site Yönetimi aleyhine dava açılması mümkün değildir. Sözü edilen yönetim tarafından yapılan eylem ve işlemlere karşı Toplu Konut İdaresi Başkanlığının sorumlu olacağı açıktır. Her ne kadar aynı işyeri ile ilgili olarak açılan benzer dosyalarda söz konusu yönetimin sorumluluğuna dair verilen kararlar Dairemizce onanmış ise de yukarıda belirtilen hususlar göz önüne alınarak yeniden yapılan değerlendirme sonucunda, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından görevlendirme ile geçici yönetim şeklinde oluşturulan Üç Kuyular Site Yönetiminin dava ve taraf ehliyeti bulunmadığı anlaşıldığından davalı Üç Kuyular Site Yönetimi hakkında açılan davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır", Y9HD, K. 2022/7227 (8 Haziran 2022); Aynı yönde bkz. Y9HD, K. 2022/11090 (4 Ekim 2022); Y9HD, K. 2021/6604 (22 Mart 2021); Y9HD, K. 2021/6790 (24 Mart 2021).

<sup>129</sup> Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre de, "Mahkemece yapılacak iş, siteyi yani kat maliklerinden herbirini ayrı ayrı site yöneticisinin temsil ettiği, site yöneticisinin kararı temyiz etmediği, davalı kat malikinin kararı ancak kendisi için temyiz edebileceği ve kararın diğer kat malikleri tarafından temyiz edilmemesi nedeni ile onlar açısından kesinleştiği dikkate alınarak

## Sonuç

Köyden kente göç eden, genellikle okuma-yazma bilmeyen ve kent yaşamında icra edebilecek kendisine uygun bir meslek bulamayan kişilerin kendilerinin ve ailelerinin geçimini sağlamak amacıyla tercih ettiği bir iş olan konut kapıcılığı, diğer çalışma biçimlerinden ayrılan yapısı nedeniyle işçilik hakları bakımından uygulamada çeşitli sorunlar ile karşılaşılmasına neden olmaktadır. Zira konut kapıcılarının genellikle çalıştıkları apartman veya sitede ikamet ediyor olmaları, iş yaşamı ile özel hayatın iç içe geçtiği bir durum oluşturmakta, bu da başta ücret alacakları olmak üzere işçilik alacaklarının hesaplanmasını ve bu alacaklardan kimlerin sorumlu olması gerektiği noktasında tereddütlere yol açmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, konut kapıcısı ile yapılan sözleşme iş sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Bu sözleşmenin işçi tarafını konut kapıcısı, işveren tarafını ise konutun maliki veya ortakları oluşturmaktadır. Yönetici ise bu ilişkide işveren vekili sıfatı taşımaktadır.

Konut kapıcıları ile yapılan sözleşme iş sözleşmesi niteliğini taşıdığından, “iş görme”, “ücret” ve “bağımlılık” unsurlarını içermelidir. Bu nedenle konut kapıcılarının da ücret hakkı bulunmaktadır. Ayrıca Konut Kapıcıları Yönetmeliğine göre konut kapıcısına görevi nedeniyle konut tahsis edilmiş olduğu durumlarda iş sözleşmesinin devamı boyunca kira istenemez. Dolayısıyla bedelsiz konut tahsisi ücret yerine geçecek şekilde göz önünde bulundurulurken konut kapıcısının ücret ödenmeksizin çalıştırılması mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, konut kapıcısına bedelsiz konut tahsis edilmesi asıl ücret yerine geçerse de sosyal yardım niteliği taşıyan bir ücret eki olarak değerlendirilecektir. Eğer iş sözleşmesinde konut kapıcısının su, elektrik, ısınma gibi giderleri ödemeyeceği kararlaştırılmış ise bunları da ücret eki olarak kabul etmek gerekir.

Konut kapıcıları açısından belirlenmesi önem arz eden hususlardan biri de fazla çalışma ücretidir. Fazla çalışma yapıp yapılmadığının tespitinde kapıcının çalıştığı apartmanın daire sayısı, site içerisinde olup olmadığı, binanın kaç katlı olduğu, binaya ait bahçenin bulunup bulunmadığı, binanın ısınmasının nasıl gerçekleştirildiği (örneğin kömür mü yakılıyor yoksa doğalgaz sistemine mi geçilmiş gibi), kapıcının bir günde yaptığı işlerin neler olduğunun yaz ve kış aylarında olmak üzere tek tek ortaya konulması ve bu işlerin ne kadar zamanda yapılabileceğinin gerekirse keşif yapılmak suretiyle belirlenmesi, tanık anlatımlarının da bu saptamalar ışığında değerlendirilerek sonuca ulaşılması gerekmektedir. Konut kapıcısının kapıcılık hizmetlerinin yanı sıra bahçıvanlık veya bekçilik gibi ilave bir hizmet daha sunması durumunda ise fazla çalışma ücretine hak kazanma bakımından bu hizmetin niteliği de göz önünde bulundurulmaktadır. Konut kapıcısının aynı zamanda apartman yöneticisi olarak seçilmesi de uygulamada karşılaşılabilecek durumlardan biridir. Böyle bir durumda yalnızca kapıcı olarak geçirilen sürenin fazla çalışma ücretinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Kapıcının yönetici olarak seçildiği tarihten itibaren ise artık kendi çalışma süresini kendisinin belirlemesi söz konusu olacağından fazla çalışma ücretine de hükmedilmeyecektir. Ayrıca konut kapıcılarının da tıpkı İş Kanunu kapsamındaki diğer işçiler gibi ulusal bayram ve genel tatiller, hafta tatili ve yıllık ücretli izin hakları bulunmaktadır.

Genel olarak konut kapıcısının ödenmemiş ücretlerinden ve ücret eklerinden işveren sıfatıyla kat malikleri eşit sorumludur. Uygulamada zaman zaman karşılaşıldığı üzere, konut kapıcısının ödenmeyen ücret alacaklarını tek bir kat malikinden talep edebilmesi mümkün değildir; zira konut kapıcısının ödenmeyen ücretlerinden kat maliklerinin müteselsil sorumluluğu bulunmamaktadır. Fakat akdedilen kapıcılık sözleşmesinde tüm kat maliklerinin ödenmeyen kapıcı ücretlerinden müteselsilen sorumlu olacağına dair bir kararlaştırmanın yapılmasına engel de yoktur. Konut

---

*dava konusu edilen alacaklar hakkında 1 numaralı bozma nedeni de kapsayacak ve karar lehine bozulan kat malikinin sorumlu olduğu miktarı belirleyecek şekilde ek hesap raporu almak ve daha sonra davalı kat malikinin sorumluluğunu karar yerinde göstermek sureti ile istekler hakkında karar vermek olmalıdır”, Y7HD, K. 2014/14214 (24 Haziran 2014).*

kapıcısının ödenmeyen ücret alacaklarına ilişkin talebini tüm kat maliklerine, başka bir ifadeyle kat malikleri kuruluna yöneltmesi gerekmektedir. Kat malikleri kurulu tüzel kişiliği bulunmayan bir kurul olduğundan, konut kapıcısının ücret alacağına ilişkin açacağı davada talebin kat maliklerinin tamamına yöneltilmiş olması aranmaktadır. Aksi durumda taraf teşkili sağlanmamış kabul edilmektedir. Bu yönüyle, konut kapıcılarının ücret alacaklarına ilişkin davalarda, davalı olan kat malikleri arasında kanundan kaynaklanmayan, fakat uyuşmazlığın en iyi şekilde çözümlenerek gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması nedeniyle Yargıtay tarafından kabul edildiği üzere şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Ayrıca konut kapıcılarının ücret alacakları İş Hukukunda dava şartı olan arabuluculuk kapsamındaki işçi alacaklarıdır. Bu nedenle konut kapıcısının ödenmeyen ücretlerinin kat maliklerinden öncelikle arabuluculuk sürecinde talep edilmesi, ardından süreç anlaşma ile sonuçlanmazsa mahkeme aşamasına geçilmesi gerekmektedir.

Konut kapıcısının birlikte istihdam ilişkisi çerçevesinde birden fazla binaya hizmet sunması durumunda, ücret alacaklarından hizmet sunulan binaların tümü müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır. Fakat birlikte istihdam değil de kısmi süreli iş sözleşmeleri ile iki ayrı binaya kapıcılık hizmeti sunumu var ise her bir bina için ayrı işverenlik söz konusu olacak ve konut kapıcısının ücret alacaklarından müşterek ve müteselsil sorumluluk doğmayacaktır. Kamu kurumlarına ait lojman işyerlerinde ana taşınmaz maliki, ilgili kamu kurumu olduğundan konut kapıcısının ücret alacağından da işveren sıfatıyla ilgili kamu kurumu mesul olacaktır. Kat Mülkiyeti Kanununun m. 22/1 hükmü uyarınca kiracı, sükna hakkı sahibi veya konuttan başka bir sebebe dayanarak devamlı şekilde faydalananlar da konut kapıcısının ücret alacağından kat maliki ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır. Ancak kiracının sorumluluğu ödemekle yükümlü olduğu kira miktarı ile sınırlı olup, yaptığı ödeme kira borcundan düşülecektir.

Yönetici, konut kapıcısının İş Kanunundan ve kendisiyle yapılan iş sözleşmesinden doğan ücret ve ücret eklerini zamanında ve usulüne uygun olarak ödemekle yükümlü olduğundan, konut kapıcısı ödenmeyen ücretlerini yöneticiden de isteyebilir. Yöneticinin zorunlu arabuluculuk sürecinde taraf olması da mümkündür. Fakat bu hususta dikkat edilmesi gereken nokta, ödenmeyen ücretlere ilişkin talebin zorunlu arabuluculuk aşamasında veya sonrasında dava açılması durumunda hem kat maliklerine hem de yöneticiye aynı anda birlikte yöneltilemeyeceğidir. Başka bir ifadeyle, konut kapıcısı ödenmeyen ücretlerini kat maliklerinden ya da yöneticiden talep etme konusunda seçimlik bir hakka sahip kılınmıştır. Bu doğrultuda da talebini isterse kat maliklerine, isterse doğrudan yöneticiye yöneltebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, konut kapıcısının ödenmeyen ücretlerine ilişkin arabuluculuk sürecinde de sonrasındaki mahkeme aşamasında da husumet yöneticiye yöneltilmiş, tüm süreçler yönetici ile yürütülmüş olsa dahi karar yönetici hakkında değil, kat malikleri hakkında verilecektir. Zira yönetici işveren değil, işveren vekili pozisyonundadır ve mali sorumluluklar işveren olan kat maliklerinin üzerindedir.

Husumetin yöneticiye yöneltilebilmesi için konut kapıcısının çalışmakta olduğu apartmanda kat mülkiyetinin kurulmuş olup olmadığı incelenmelidir. Eğer kat mülkiyeti kurulmamış bir yapı söz konusu ise konut kapıcısının ücret alacağına ilişkin husumetin tüm ortaklara yöneltilmesi gerekecektir. Ortakların aralarından birini yönetici olarak belirlemiş olması da bu durumu değiştirmeyecektir. Zira bu şekilde belirlenen bir yönetici Kat Mülkiyeti Kanunu m. 34 hükmü doğrultusunda seçilen bir yönetici olmadığından hem arabuluculuk aşamasında hem de mahkeme sürecinde temsil yetkisine sahip olmayacaktır. Toplu konutlarda çalışan konut kapıcılarının ücret alacakları taleplerini kime yöneltmeleri gerektiğine ilişkin de öncelikle sitede kat mülkiyetine geçilip geçilmediğinin incelenmesi gerekmektedir. Henüz kat mülkiyetine geçilmemiş ise sitenin Toplu Konut İdaresi Başkanlığının sorumluluğunda olduğu kabul edilecektir.

Son olarak, yargılama sürecinin kat malikleri yerine yönetici ile yürütüldüğü bir süreçte alınan kararın temyizinin nasıl gerçekleştirileceği sorusu da yanıtlanmalıdır. Böyle bir durumda kararı yöneticinin

temyiz etmesi gerekmektedir. Eğer yönetici temyiz etmez ise kararı her bir kat malikinin kendisi adına temyiz etme hakkı bulunmaktadır. Kararın tek bir kat maliki tarafından temyiz edilmesi, diğer kat malikleri tarafından temyiz edilmemesi durumunda ise temyiz incelemesi yalnızca kararı temyize götüren kat maliki için yapılacaktır. Kararı temyiz etmeyen diğer kat malikleri açısından ise karar kesinleşmiş sayılacaktır.

## Kaynakça

- Akıntürk, Turgut-Ateş, Derya. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Beta, 30. Baskı, 2022.
- Akkök, Semih. "Kat Maliklerinin Genel Giderlere Katılma Yükümlülüğü". *Terazi Hukuk Dergisi* 14/154 (Haziran 2019), 1154-1171.
- Akyiğit, Ercan. *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Seçkin, 3. Baskı, 2023.
- Akyiğit, Ercan. *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi. C. 2*. Ankara: Seçkin, 3. Baskı, 2008.
- Alp, Mustafa. "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi". *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020*. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Alp, Nihat Seyhun. "Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları ve Bunların Fazla Çalışması". *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/2 (2020), 251-301.
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler. C.V/1, 1*. Ankara: Seçkin, 2. Baskı, 2019.
- Aral, Fahrettin-Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin, 11. Baskı, 2018.
- Arıcı, Kadir. *Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2022.
- Arslan Ertürk, Arzu. "Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları". Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı* (2012), 537-563.
- Astarlı, Muhittin. *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Bakırcı, Kadriye. *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması*. İstanbul: Beta, 2004.
- Başbuğ, Aydın-Yücel Bodur, Mehtap. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 6. Baskı, 2021.
- Baycık, Gaye. "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi". *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016*. İstanbul: On İki Levha, 2018.
- Baycık, Gaye. "İşverenin Tespitinde Birlikte İstihdam, Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması". *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 13/2 (2022), 76-85.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz vd. *İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk*. Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2023.
- Caniklioğlu, Nursen. "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi". *Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri*. 78-109. Ankara: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2011.
- Çelebi Demir, Duygu. *Karşılaştırmalı Olarak Türk ve Alman Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Çelik, Nuri vd. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta, 36. Bası, 2023.
- Çenberci, Mustafa. *İş Kanunu Şerhi*. Ankara: Olgaç Matbaası, 6. Bası, 1986.
- Çil, Şahin. *İş Hukukunda İşçinin Ücreti*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.

- Demir, Ender. "Bireysel İş Hukuku Bakımından Konut Kapıcılarının Hakları". Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan. *İKÜHFD* 15/2 (2016), 577-599.
- Demir, Fevzi. *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. İzmir: Albi Yayınları, 9. Baskı, 2016.
- Demir, Şamil. "Arabuluculuk Arkadaşlığı". *Ankara Barosu Dergisi* 2 (2013), 289-314.
- Doğan, Sevil. *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Doğan Yenisey, Kübra. "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". *Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006*. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi. 2009.
- Doğan Yenisey, Kübra. *İş Hukukunun Emredici Yapısı*. İstanbul: Beta, 2014.
- Ekin, Ayşegül. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Ekmekçi, Ömer-Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 5. Baskı, 2023.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 22. Baskı, 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Legem Yayınevi, 11. Baskı, 2023.
- Ertürk, Şükran. *İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Eyrenci, Öner vd. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 10. Baskı, 2020.
- Günay, Cevdet İlhan. *İş Hukuku Yeni İş Yasaları*. Ankara: Yetkin, 5. Baskı, 2013.
- Günay, Cevdet İlhan. *İş Kanunu Şerhi. C. 2*. Ankara: Yetkin, 4. Baskı, 2015.
- Günay, Cevdet İlhan. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin, 2. Baskı, 2015.
- Güven, Ercan-Aydın, Ufuk. *Bireysel İş Hukuku*. Eskişehir/İstanbul: Nisan Kitabevi, 6. Baskı, 2020.
- Güzel, Ali. "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi". *Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005*. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi. Ankara: Türk-İş, 2007.
- Güzel, Ali. "Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme". Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan. *Kamu-İş* 4/2 (1997), 83-126.
- İş K., İş Kanunu (Kanun No. 4857), *Resmî Gazete* 25134 (10 Haziran 2003). Erişim 20.08.2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030610.htm#1>
- Karaca Yağcı, Aybüke. *Bireysel İş Hukukunda Şirketler Topluluğu*. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Kayırgan, Hasan. *4857 Sayılı İş Kanunu Uyarınca Fazla Çalışma*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Koç Tangün, Sedef. "İş Hukukunda Birlikte İstihdam". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/107-108 (2013), 177-190.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi vd. *İş Hukuku*. Ankara: Lykeion, 7. Baskı, 2022.
- Mutlu, Ahmet. "Türkiye'de Kentleşme". Erişim 25 Mayıs 2024. <https://avys.omu.edu.tr/storage/app/public/ahmet.mutlu/131571/12.T%C3%9CRK%C4%B0YEDE%20KENTLE%C5%9EME%202.pdf>
- Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*. İstanbul: Beta, 5. Baskı, 2014.

- Odaman, Serkan. *Esneklik Prensipleri Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri*. İstanbul: Legal, 2013.
- Okay, Suphi Nahit. "Türk İş Hukuku Açısından Konut Kapıcıları ve Kapıcılık Hizmetleri". *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi* 30 (1979), 40-56.
- Özkaraca,ERCÜMENT-ÜNAL, CANAN. "Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar İle Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu". Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı* (2014), 355-410.
- Pekcanitez, Hakan vd. *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku. C. 1*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Sarı Gündoğdu, Songül. *Toplu Konutlarda Yöneticinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Yetkin, 13. Baskı, 2023.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin, 26. Baskı, 2022.
- Süzek, Sarper. "Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi". *Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001*. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi. 2003.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 21. Baskı, 2021.
- Şahlanan, Fevzi. "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İşe İade Davasında Husumet ve Hüküm". *Tekstil İşveren Dergisi* 438 (Eylül-Ekim 2018), 2-4.
- Şakar, Müjdat. "Bireysel İş Hukuku Açısından Kapıcıların Hukuki Durumu". *Yargıtay Dergisi* 11/1-2 (Ocak-Nisan 1985), 130-155.
- Şakar, Müjdat. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku*. İstanbul: Beta, 13. Baskı, 2020.
- Şaz, Hasan Said. "Kat Mülkiyeti Kanununda Yönetim Meselesi ve Yöneticinin Husumet Ehliyeti". *Terazi Hukuk Dergisi* 12/126 (Şubat 2017), 113-121.
- Şua, İbrahim Halil. *Apartment Görevlileri ve Site Çalışanlarının İş Hukuku Problemleri*. Ankara: Seçkin, 2023.
- TBK, Türk Borçlar Kanunu (Kanun No. 6098), *Resmî Gazete* 27836 (4 Şubat 2011). Erişim 20.08.2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110204.htm>
- Temir, Arif. *Apartment Yönetimi ve Kapıcılar*. Ankara: Yetkin, 3. Baskı, 2021.
- Tuncay, A. Can. "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi". *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011*. Ankara: 2013.
- Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut. *İş Hukukunun Esasları*. İstanbul: Beta, 10. Baskı, 2022.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri*. Erişim 8 Haziran 2024. <https://sozluk.gov.tr/>
- Türkmen, Ahmet-Keçecioglu, Burak. "Kat Mülkiyetine Tabi Yapılarda Profesyonel Yöneticilik Sözleşmesi". Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan. *DEÜHFD* 19/Özel Sayı (2017), 859-911.
- Urhanoglu Cengiz, İstar. "Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı". *Sicil İş Hukuku Dergisi* 29 (Mart 2013), 115-121.

- Usta, Osman. "Türk İş Hukukunda Kapıcılık". *Yargıtay Dergisi* 25/3 (Temmuz 1999), 358-398.
- Uşan, M. Fatih. "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Konut Kapıcıları". *Kamu-İş* 5/1 (1999), 63-100.
- Uşan, M. Fatih-Erdoğan, Canan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*. Ankara: Seçkin, 4. Baskı, 2023.
- Ünal Adınır, Canan. *İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler*. İstanbul: On İki Levha, 2. Baskı, 2023.
- Yamakoğlu, Efe. *Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2011.
- Yavuz, Cevdet. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler. C. 1*. İstanbul: Beta, 11. Baskı, 2022.
- Yılmaz, Ensar-Çitçi, Salih. "Kentlerin Ortaya Çıkışı ve Sosyo-Politik Açından Türkiye'de Kentleşme Dönemleri". *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi* 10/35 (2011), 252-267.
- Yiğit, Esra. *Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Yuvalı, Ertuğrul. "Türk İş Hukukunda Konut Kapıcıları". *Legal İSGHD* 56 (2017), 1741-1772.
- Yücel Bodur, Mehtap. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik*. İstanbul: Beta, 2018.
- Yargıtay, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi. K. 2023/1630 (22 Şubat 2023). <https://kazanci.com.tr>
- Yargıtay, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi. K. 2014/17640 (18 Eylül 2014). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi. K. 2014/23329 (30 Aralık 2014). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi. K. 2015/12864 (23 Haziran 2015). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi. K. 2016/12348 (6 Haziran 2016). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi. K. 2016/13104 (13 Haziran 2016). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2008/29735 (3 Kasım 2008). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2009/31351 (10 Kasım 2009). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2014/37969 (10 Aralık 2014). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2015/25603 (14 Eylül 2015). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2015/33495 (25 Kasım 2015). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2016/19544 (8 Kasım 2016). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2016/4099 (25 Şubat 2016). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2017/10972 (20 Haziran 2017). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2019/21233 (28 Kasım 2019). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2019/4918 (4 Mart 2019). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2019/9183 (18 Nisan 2019). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2020/10375 (5 Ekim 2020). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2020/11974 (14 Ekim 2020). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2020/8680 (22 Eylül 2020). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2021/6604 (22 Mart 2021). <https://kazanci.com.tr/>



- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2021/6790 (24 Mart 2021). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2021/7662 (6 Nisan 2021). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2022/11090 (4 Ekim 2022). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2022/13868 (31 Ekim 2022). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2022/4155 (30 Mart 2022). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2022/7227 (8 Haziran 2022). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2023/1636 (7 Şubat 2023). *Çalışma ve Toplum* 2023/3, 2852.
- Yargıtay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. K. 2023/6388 (27 Nisan 2023). [https://kazanci.com.tr](https://kazanci.com.tr/)
- Yargıtay, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, K. 2008/3679 (27 Mart 2008). [https://kazanci.com.tr](https://kazanci.com.tr/)
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2013/14231 (13 Haziran 2013). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2013/7435 (5 Nisan 2013). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2014/19215 (25 Haziran 2014). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2018/11140 (8 Mayıs 2018). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2018/14390 (5 Haziran 2018). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2018/16570 (3 Temmuz 2018). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2018/21678 (10 Ekim 2018). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2018/23078 (24 Ekim 2018). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2019/10658 (15 Mayıs 2019). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2019/1095 (16 Ocak 2019). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2019/13238 (18 Haziran 2019). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2019/1405 (21 Ocak 2019). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2019/18558 (9 Ekim 2019). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2019/23769 (19 Aralık 2019). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2019/4918 (4 Mart 2019). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2019/6677 (26 Mart 2019). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2019/7097 (1 Nisan 2019). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2019/795 (14 Ocak 2019). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2019/9055 (18 Nisan 2019). *Çalışma ve Toplum* 2019/4, 2997-2998.
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2020/1032 (22 Ocak 2020). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2020/1133 (23 Ocak 2020). <https://kazanci.com.tr/>
- Yargıtay, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi. K. 2020/879 (21 Ocak 2020). <https://kazanci.com.tr/>

Yönetmelik, Konut Kapıcıları Yönetmeliği. *Resmî Gazete* 25391 (3 Mart 2004). Erişim. 20.08.2024.  
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/03/20040303.htm>

634 sayılı Kanun, Kat Mülkiyeti Kanunu (Kanun No. 634), *Resmî Gazete* 12038 (2 Temmuz 1965).  
Erişim 20.08.2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12038.pdf>

931 sayılı İş K., İş Kanunu (Kanun No. 931). *Resmî Gazete* 12672 (12 Ağustos 1967). Erişim 20.08.2024.  
<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12672.pdf>

1248 sayılı Kanun, 28/7/1967 Tarih ve 931 Sayılı İş Kanununun 5 inci Maddesinin Birinci Bendinin 6 ncı Fıkrasının Değiştirilmesine ve İkinci Bendine Bir (e) Fıkrası İlâvesine Dair Kanun (Kanun No. 1248), *Resmî Gazete* 13469 (11 Nisan 1970), Erişim 20.08.2024.  
<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13469.pdf>

1475 sayılı İş K., İş Kanunu (Kanun No. 1475), *Resmî Gazete* 13943 (1 Eylül 1971). Erişim 20.08.2024.  
<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13943.pdf>

3008 sayılı İş K., İş Kanunu (Kanun No. 3008). *Resmî Gazete* 3330 (15 Haziran 1936). Erişim  
20.08.2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/3330.pdf>

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptir ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Bir Sebep Olarak İçtihadi Hata Teorisi

### *As a Reason Eliminating the Responsibility of the Administration: The Theory of Jurisprudential Error*

Ahmet Bağrıaçık 

Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi,  
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi,  
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi  
Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı,  
Osmaniye, Türkiye  
ahmetbagriacikk@gmail.com



Geliş Tarihi/Received: 02.07.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 17.09.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
30.10.2024

**Öz:** Anayasa'nın 2'nci maddesi ve 125'inci maddesinin son fıkrası uyarınca idare kişilerle vermiş olduğu zararı ödemekle yükümlüdür. Bu husus aynı zamanda hukuk devleti olmanın da yükümlülüklerindedir. İdarenin sorumluluğuna ilişkin temel prensipler, içtihatlar ışığında anayasanın amir hükümleri çerçevesinde Fransız idare hukukunun da etkisiyle gelişme göstermiştir. Hatta modern toplum bununla da yetinmemiş ve idarenin kusura dayanan sorumluluğunun da bir adım ötesine geçerek kusura dayanmayan sorumluluğunu da kapsama dâhil etmiştir. Buna rağmen Danıştay, yine Fransız hukukunun etkisiyle, idareye kusurlu hareket edebileceği buna karşın zararı tazmin etmeyeceği bir ayrık alan tanımlamıştır. Her idarenin işleyebileceği türden ciddi ve önemli olmayan bir takım hukuka aykırılıkların yarattığı zararın karşılanmaması gerektiği düşüncesinin tezahürü olan içtihadi hata teorisi, ortaya çıktığı dönemde olduğu gibi günümüzde de hala güncelliğini korumaktadır.

Anayasanın yukarıda bahsedilen hükümlerine aykırı olan ve aynı zamanda subjektif niteliği haiz bu teorinin yargı kararları kapsamında incelenmesine geçmeden önce, içtihadi hata teorisiyle benzeşen, bu sebeple içtihadi hata teorisiyle karıştırılan farklı durumları açıklamak gerekmektedir. Bu çerçevede, işlemin yetki veya şekil unsurlarına aykırı olması halinde işlemin yetkili makam tarafından veya aynı makam tarafından şekle uygun olarak yeniden yapılabilmesinin içtihadi hata teorisiyle bağlantısı ve içtihatlarda sıklıkla yer verilen ağır / basit kusur ayrımının içtihadi hata teorisiyle karıştırılması ve bunun yarattığı problemlerin ele alınması zaruridir. Diğer taraftan, idarenin sorumluluğu ilkesinin benimsenmesine esas oluşturan zararın tazmini hususu, bu teori kapsamında göz ardı edilmektedir. Bu çerçevede içtihadi hata teorisi, yargı mercilerinin vermiş olduğu kararlar kapsamında değerlendirilmekte ve eleştirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Devleti, İdarenin Sorumluluğu, Hizmet Kusuru, İçtihadi Hata Teorisi, Zararın Tazmini

**Abstract:** In accordance with the last paragraph of Article 125 of the Constitution, the administration is obliged to pay for the damage caused to individuals. In fact, modern society is not satisfied with this and has gone one step beyond the fault-based liability of the administration and included non-fault-based liability within its scope. Despite this, the Council of State, again under the influence of French law, has defined an exceptional area in which the administration can act culpably but not compensate for the damage. The theory of jurisprudential error, which is the manifestation of the idea that the damage caused by some serious or insignificant illegalities that any administration can commit should not be compensated, still maintains its current status today, as it was when it emerged.

Before examining this theory, which is contrary to the above-mentioned provisions of the Constitution and has a subjective nature, within the scope of judicial decisions, it is necessary to explain the different situations that are similar to the theory of jurisprudential error and therefore confused with the theory of jurisprudential error. Next, it should be emphasized that the issue of compensation for damage, which forms the basis for the adoption of the principle of administrative responsibility, is ignored within the scope of this theory. Finally, the theory of jurisprudential error is evaluated and criticized within the scope of the decisions made by the judicial authorities.

**Keywords:** Rule of Law, Liability of the Administration, Service Defect, Jurisprudential Error Theory, Compensation for Damage

## Extended Abstract

In accordance with the last paragraph of Article 125 of the Constitution, the administration is obliged to pay for the damage caused to individuals. This issue is also one of the obligations of being a state of law. The basic principles regarding the responsibility of the administration have developed under the influence of French administrative law, within the framework of the mandatory provisions of the constitution, in the light of jurisprudence. In fact, modern society is not satisfied with this and has gone one step beyond the fault-based liability of the administration and included non-fault-based liability within its scope. Despite this, the Council of State, again under the influence of French law, has defined an exceptional area in which the administration can act culpably but not compensate for the damage. The theory of jurisprudential error, which is the manifestation of the idea that the damage caused by some serious or insignificant illegalities that any administration can commit should not be compensated, still maintains its current status today, as it was when it emerged.

Before examining this theory, which is contrary to the above-mentioned provisions of the Constitution and has a subjective nature, within the scope of judicial decisions, it is necessary to explain the different situations that are similar to the theory of jurisprudential error and therefore confused with the theory of jurisprudential error. In this context, it is necessary to consider the connection between the jurisprudential error theory of the ability of the transaction to be re-done by the competent authority or by the same authority in accordance with the form if the transaction is contrary to the authority/form elements, and to confuse the grave fault/simple fault distinction, which is frequently included in the jurisprudence, with the jurisprudential theory and to address the problems created by this. Next, it should be emphasized that the issue of compensation for damage, which forms the basis for the adoption of the principle of administrative responsibility, is ignored within the scope of this theory. Finally, the theory of jurisprudential error is evaluated and criticized within the scope of the decisions made by the judicial authorities.

To elaborate briefly, first of all, this theory is subjective. Because creating an insignificant area in which every administration can operate is clearly contrary to the requirements of a state of law, and does not contain any objective criteria while preventing compensation for the damage suffered by the relevant party. In other words, the field of application of this theory can be expanded unlimitedly by judicial decisions. While this theory, which was applied for a while in French law, was abandoned after a while, it still continues to be applied in our country.

According to this theory, administrations may, for example, interpret legislative provisions differently, take action without taking into account a legislative provision, declare a scientific error when an unrealistic health report is refuted by another health report, and do not cover the damage caused by these reasons in accordance with the court decision.

What should happen is that the damage caused by the administration's action should be compensated if the conditions are met within the framework of general liability principles. Is there any action taken by the administration in this context? Is this transaction defective or illegal? Is there any damage that needs to be repaired? Finally, does the damage result from the administration's action? While a damage-oriented approach should be adopted as a requirement of service defect, due to this theory, judicial authorities have to decide how serious the illegal or defective action of the administration is or whether every administration commits such a fault. He is looking for the answer to his question.

As a result of the objective nature of the service defect, it does not matter what emotional state the administration officer was acting with while performing the action. The fact that the administration did not act deliberately or with malicious intent cannot prevent compensation for the damage suffered due to that action. This situation can only affect the amount of compensation to be paid.

The study includes the decisions of both the Council of State and the Regional Administrative Courts. While most decisions of the judicial authorities reject compensation claims based on the jurisprudential error theory, there are also rare decisions stating that the jurisprudential error theory should not be applied in the relevant dispute, and these decisions are also included.

As a result, the legal world and therefore the judicial authorities need to abandon this theory as soon as possible. This determination is a natural consequence of the administration's obligation to pay for the damage it has caused to people, which is one of the most important requirements of being a state of law.

## Giriş

Anayasanın 2'nci maddesi uyarınca hukuk devleti olmanın en önemli göstergelerinden birisi idarenin kişilere vermiş olduğu zararı ödemek zorunda olmasıdır. Nitekim Anayasa'nın 125'inci maddesinin 7'nci fıkrası uyarınca, "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." Benzer şekilde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının ilk cümlesine göre, "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar...". İdare hukukunun içtihadı nitelikte olmasının somut olarak en önemli göstergelerinden birisi şüphesiz idarenin sorumluluğu alanıdır. Bu kapsamda kusura dayanan sorumluluk ve kusursuz sorumluluğa ilişkin ilke ve esaslar Danıştay'ın, -Conseil d'État'ın içtihatlarından esinlenerek- vermiş olduğu kararlar üzerine inşa edilmiştir. Temellerini yargı kararlarının attığı bu alanda idarenin kusur sorumluluğuna gidebilmek için idarenin kusurlu bir işlemi ya da eylemi, bu işlem veya eylemin hukuka aykırılığı<sup>1</sup>, kişinin uğramış olduğu zarar ve oluşan zarar ile idarenin faaliyeti arasında nedensellik bağı gibi şartlar mevcut olmalıdır.

Hem doktrinde hem de yargı kararlarında kural olarak, işlemin hukuka aykırı olması ile idarenin hizmet kusuru arasında koşut bir ilişkinin mevcut olmadığı kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, yukarıda yer verilen şartların oluşmasına rağmen bazen idarenin sorumluluğuna hükmedilmediğini görmek mümkündür. Buna göre hukuka aykırı bir idari işlemin iptal edilmesi kural olarak idarenin hizmet kusuruna yol açmaktadır<sup>2</sup>. Ancak idari işlemin iptal edilmiş olması tek başına idarenin tazmin yükümlülüğüne gidilebilmesi için yeterli değildir<sup>3</sup>. Çünkü idare bazen "her idarenin işleyebileceği

<sup>1</sup> Danıştay'ın kararları incelendiğinde, idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için aranan şartlar arasında hukuka aykırılık unsuruna çoğu zaman yer verilmediğini görmek mümkündür. Sorumluluk için idarenin işlem veya eylemi, bu işlem veya eylemden dolayı bir zararın ortaya çıkmasını ve oluşan zarar ile idarenin işlemi veya eylemi arasında nedensellik bağının varlığı yeterli görülmektedir. "İdarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için idarenin bir işlem veya eyleminin bulunması, bu işlem veya eylemden bir zararın doğması ve idarenin işlem veya eylemi ile meydana gelen zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir." Danıştay 13. Dairesi (Danıştay), K. 2021/5439 (29.12.2021) (Lexpera). Kusurun idarenin sorumluluğu kapsamında özel hukuktan objektif niteliği itibarıyla sıyrıldığı gerçeği, hukuka aykırılık ile eşdeğer görülmesini gerektirmektedir. Nitekim hukuka aykırılık, işlemin objektif hukuk normu karşısındaki durumunu gösterirken kusur failin iç dünyasına ait sübjektif değer yargısıdır. Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Cüneyt Ozansoy, *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1989), 199-200. Danıştay'ın konuyla ilgili benzer kararları için bkz., Danıştay 6. Dairesi, K. 2017/9517 (20.11.2017) (Lexpera); Danıştay 13. Dairesi, K. 2021/2388 (22.6.2021) (Lexpera); Danıştay 6. Dairesi, K. 2021/2933 (03.03.2021) (Lexpera); Danıştay 6. Dairesi, K. 2019/7138 (11.09.2019) (Lexpera); Danıştay 8. Dairesi, K. 2013/279 (24.01.2013) (Lexpera). Aksi yönde karar için bkz. Danıştay 10. Dairesi, K. 2021/3716 (29.06.2021) (Lexpera); Danıştay 10. Dairesi, K. 2021/3459 (21.06.2021) (Lexpera).

<sup>2</sup> Lütfi Duran, "İçtihat Kroniği", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 33/1-2 (1967), 340-341; Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınevi, 2010), 373; İlhan Özay, *Günışığında Yönetim II - Yargısal Korunma* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 211; Kemal Gözler, *İdare Hukuku-C. II* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009), 1062 ve 1065; Süheyy Derbil, *İdare Hukuku* (Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1959), 230; Turan Yıldırım vd., *İdare Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 943 (Yıldırım vd.); Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku-C. I*. (Ankara: Yetkin Basımevi, 2012), 714; Danıştay 8. Dairesi, K. 1986/428 (09.10.1986) (Lexpera).

<sup>3</sup> Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu* (Ankara: TODAİE Yayını, 1974), 40; Zabunoğlu, 714; Danıştay 5. Dairesi, K. 2014/996 (13.02.2014) (Lexpera); Konya Bölge İdare Mahkemesi, 5. İdari Dava Dairesi (Konya BİM, X İDD), K. 2020/2260 (04.11.2020) (Lexpera).

*türden olağan nitelikte*<sup>4</sup> hukuki yanlışlıklar ya da aykırılıklar yapabilir ve bu durum deyim yerindeyse “*mazur görülmedir*”. Bu husus hem doktrinde hem de içtihatlarda “takdirde hata” ya da “içtihadî hata”<sup>5</sup> olarak nitelendirilmektedir.

Çalışmada öncelikle içtihadî hatanın hangi hallerde söz konusu olduğuna yer verilecektir. Çünkü idari işlemin hukuka aykırı olmasına rağmen idarenin bu sebeple sorumluluğuna hükmedilmediği ayrık durum içtihadî hatayla sınırlı değildir. İdari işlemin yetki veya şekil yönünden hukuka aykırı olması durumunda da idarenin tazmin borcu doğmayacağı kabul edilmektedir. Bu durumun gerekçesi, idarenin aynı idari işlemi hukuka uygun şekil şartlarına uygun olarak veya yetkili kişi ya da organ tarafından tekrarlayabileceği ve böylelikle idari işlemin hukuka uygun hale getirilebileceğidir. Diğer taraftan yine Danıştay’ın içtihadî uyarınca sunulmasında bazı güçlükler barındıran kamu hizmetleri nedeniyle idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için ağır kusurun varlığı şarttır. İdarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğunun doğabilmesi için yapılan hafif / ağır kusur ayrımı da çoğu kez içtihadî hatayla iç içe aktarılmakta ve kafa karışıklığına sebebiyet vermektedir. Sonuç itibarıyla içtihadî hatanın sayılan diğer hallerden ayrılan yönüne vurgu yapmak gerekmektedir.

Bu kapsamda içtihadî hata nedeniyle idarenin sorumluluğuna hükmedilmeyen kararlara bakıldığında, Danıştay’ın hizmet kusuru için aranan ve belki de en önemli unsurlardan birisi olan oluşan zararın telafi edilmesi gerekliliğini görmezden geldiği dikkati çekmektedir. Gerçekten, içtihadî hata ile ilgili kararlarda Danıştay, idari işlemin hukuka aykırı olduğunu ve kural olarak hukuka aykırı işlemin hizmet kusuruna sebebiyet verdiğini kabul edip, içtihadî hataya ilişkin ilke ve esaslara değinirken ilgilinin oluşan zararının telafi edilmesi zorunluluğunu ve dolayısıyla Anayasanın 125’inci maddesi hükmünü bir kenara itmektedir. İdari işlemin hukuka aykırı olduğundan bahisle İYUK’un 12’nci maddesi uyarınca hukuka aykırı olduğu iddia edilen idari işlem nedeniyle ister doğrudan uğranılan zararın tazminini isterse işlemin iptali ve uğranılan zararın giderilmesini içeren davalar olsun sonuçta ilgili, malvarlığında meydana gelen eksilmeyi ifade eden zararının karşılanması amacıyla tam yargı davası açmaktadır. Çalışma konuyu zararın giderilmesi ekseninde ele almakta ve içtihadî hata teorisini mahkeme kararları eşliğinde bu açıdan eleştirmektedir.

## I. Kavram Analizi

İçtihadî hata genel olarak idarenin hukuka aykırı bir idari işlemi söz konusu olmasına rağmen her idarenin işleyebileceği türden kusurun söz konusu olması halinde başvuru içtihadî bir ilkedir. Aynı zamanda kendisi de içtihadî bir ilke olan içtihadî hatanın tanımı mevzuatta yapılmış değildir. Doktrinde, “*takdirde hata*”<sup>6</sup>, “*idari görüş yanlışlığı*”<sup>7</sup> ya da “*her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikte hukuki yanlışlık*”<sup>8</sup> şeklinde de ifade edilen bu kavramı<sup>9</sup> Danıştay bazı kararlarında tanımlamaya çalışmıştır. Buna göre, “*(...) yargı organlarının, idareye nazaran daha geniş bir yorum ve takdir yetkisine sahip olmasına bağlı olarak, içtihat yoluyla, idarenin bir mevzuat hükmüne verdiği anlamı değiştirmek suretiyle, idareye ne yolda uygulama yapması gerektiğine işaret edebileceği; diğer bir deyişle, mevzuat hükümlerinin idarece iyi niyetle ve ciddi surette farklı yorumlanmasından doğan ve bilahare idari yargı organınca hukuka aykırı şekilde nitelenen işlemlerden dolayı bir tazminat talebine hukukilik*

<sup>4</sup> Danıştay 8. Dairesi, K. 1993/1389 (16.03.1993) (Lexpera); Danıştay 10. Dairesi, K. 2021/2661 (26.05.2021) (Lexpera); İzmir BİM, 2. İDD, K. 2020/1636 (26.11.2020) (Lexpera).

<sup>5</sup> A. Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I.* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 864; A. Şeref Gözübüyük - Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1999), 187; Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1066 vd.; Günday, 373. Kavramın Fransız hukukundaki karşılığı “*basit değerlendirme hatası*”dır. Fransız Danıştay içtihadî hata görüşünden 1973 yılında vermiş olduğu Driancourt kararıyla vazgeçmiştir. Bilgi için bkz. Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1066 ve 1107.

<sup>6</sup> Gözübüyük - Tan, 864.

<sup>7</sup> Yüksek Esin, *Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas* (Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık, 1973), 371.

<sup>8</sup> Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1066.

<sup>9</sup> Hem doktrinde hem de içtihatlarda yaygın olarak kullanılması sebebiyle içtihadî hata kavramı tercih edilmiştir.

*atfedilemeyeceği; dolayısıyla bu hallerde idarenin tazmin sorumluluğunun bulunmayacağı (...)*<sup>10</sup> kabul edilmektedir. Danıştay'a göre, "Yasaların yorumunda ve olayların değerlendirilmesindeki fark nedeniyle oluşan hukuka aykırılık olarak da nitelendirilebilen ve "içtihadî hata" ya da "takdirde hata", "her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikte hukuki yanlışlık" gibi tanımlarla ifadesini bulan bu "istisnai" hallerde, işlemin sonuçta hukuka aykırı görülmesi, idarenin tazminle yükümlü kılınması sonucunu doğurmaz."<sup>11</sup> olarak tanımlanmaktadır.

Bu ilkenin sağlıklı olarak incelenebilmesi için öncelikle hukuka aykırı bir idari işlem olmasına rağmen idarenin sorumluluğuna hükmedilmeyen diğer ihtimallere yer vermek gerekmektedir. İdari işlemin yetki veya şekil unsurlarından birindeki sakatlık nedeniyle iptal edilmiş olmasının kural olarak idarenin sorumluluğunu gerektirmeyeceği kabul edilmektedir<sup>12</sup>. Çünkü aynı işlem yetkili kişi ya da kurum tarafından veya hukuka uygun şekil kurallarına uyularak tekrar yapılabilecek ve böylece bir zararın varlığından bahsedilemeyecektir. Nitekim Danıştay, "(...) idari işlemin yargı denetimi sonucu yetki yönünden hukuka aykırı bulunmasının yetkili makamca yeniden işlem tesisine engel oluşturmayacağı (...) (bu sebeple) idarenin tazmin borcunu doğuracak bir hukuki sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna (...)"<sup>13</sup> varmıştır. Buna karşın vakıf üniversitesinde belirli süreli hizmet sözleşmesi ile görev yapan öğretim görevlisinin sözleşmesinin yetkili olmayan makam tarafından feshedilmesi nedeniyle işlemin iptali ve uğradığı zararın tazmin edilmesi amacıyla açtığı davada Danıştay, "(...) mütevelli heyet başkanı tarafından tesis edilen dava konusu işlemin yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi gerektiğ(i) (...)" ifade ettikten sonra, "Belirli süreli iş sözleşmelerinin feshedilmesine ilişkin işlemlerin, yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle idari yargı mercilerince iptal edilmesi durumunda, yetkili idari makam ya da organ tarafından, yeniden bir karar alınması gerekmektedir. İptal kararının hukuksal sonucu olarak yetki yönünden hukuka aykırı bulunan sözleşmenin feshedilmesi işlemi ortadan kalmış olsa da, idare ile ilgili arasındaki belirli süreli iş sözleşmesi sonlandırıldığından (...) bu işlem nedeniyle ilgilinin uğramış olduğu zararın, Anayasanın 125. maddesi uyarınca karşılanması gerek(tiğine)"<sup>14</sup> karar vermiştir. Dolayısıyla yetkisiz makam tarafından yapılan ve hukuka aykırı olduğu tespit edilen her idari işlem yetkili makam tarafından aynı içerikte tekrar yapılamayabilir. Bu çerçevede idari işlemi yetki veya şekil unsuru yönünden hukuka aykırı bulunarak iptal edilmesi halinde açılan tam yargı davasında kategorik bir değerlendirmeye davayı reddetmek yerine her uyuşmazlığı kendi dinamikleri çerçevesinde ele alarak çözüme kavuşturmak gerekmektedir. Nitekim iptal edilen idari işlemin tekrar aynı içerikte yapılmasının mümkün olmaması durumda ilgilinin yetki yönünden iptal edilen idari işlem nedeniyle uğramış olduğu zararın tazmin edilmesi zorunluluktur.

Giderilmesi gereken zarar, idari işlemin yetkisiz makam tarafından yapılması nedeniyle iptal edilmesinden ziyade işlemin icrası sırasında meydana gelmiş olabilir. Özay'ın aktardığı üzere<sup>15</sup>, yol üzerinde bulunan bir kayanın ilgili belediye yerine valilik tarafından alınan kararlar kaldırılmasına karar verilmiş ve işlemin icrası sırasında o bölgede iş yeri bulunan kişi zarar uğramıştır<sup>16</sup>. Sonuç itibarıyla idari işlemin yetki veya şekil yönünden hukuka aykırılığının tespiti durumunda her halükârda o işlemin yetkili makamca tekrar yapılabileceği ihtimali üzerinden gidilerek ortaya çıkan

<sup>10</sup> Danıştay 10. Dairesi, K. 2021/2661 (26.05.2021) (Lexpera).

<sup>11</sup> Danıştay 8. Dairesi, K. 2013/302 (25.01.2013) (Kazancı); Danıştay 10. Dairesi, K. 2021/2661 (26.05.2021) (Lexpera).

<sup>12</sup> Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1063-1065; Derbil, 229-230.

<sup>13</sup> Danıştay 10. Dairesi, K. 1996/5781 (04.10.1996) (Lexpera). Benzer yönde karar için bkz. Danıştay 10. Dairesi, K. 1995/5773 (20.11.1995) (Lexpera); Danıştay 12. Dairesi, K. 2015/3314 (21.05.2015) (Lexpera); Danıştay 13. Dairesi, K. 2021/620 (23.02.2021) (Lexpera).

<sup>14</sup> Danıştay 8. Dairesi, K. 2022/3482 (26.05.2022) (Lexpera). Benzer yönde karar için bkz. Danıştay 8. Dairesi, K. 2022/976 (18.02.2022) (Lexpera).

<sup>15</sup> Özay, 211-212.

<sup>16</sup> Olayın aktarılış şekline söz konusu zararın salt idari eylemden değil bir idari işlemin icrası olan idari eylemden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

zararın Anayasanın 125'inci maddesi hükmü uyarınca giderilmesi zorunluluğu göz ardı edilmemeli ve her somut olayda ayrı değerlendirme yapılmalıdır.

İçtihadî hata ile benzerlik gösteren diğer bir husus ise idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için söz konusu hizmet kusurunun belirli bir ağırlıkta olmasının öngörülmesidir<sup>17</sup>. İdarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasının gerekçesi, bazı hizmetlerin sunumunda yaşanan güçlükler ve bu hizmetler nedeniyle basit kusur halinde dahi sorumluluğa hükmedilmesi halinde idarenin ve personelinin çekingen davranacağı düşüncesidir. Ancak Danıştay'ın hangi hizmetler bakımından idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için ağır hizmet kusurunu aradığına dair net bir içtihat geliştirdiğini ifade edebilmek mümkün değildir<sup>18</sup>.

Özel hukuka bakıldığında özellikle haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olması halinde kusurun türünün önemi yoktur. Başka bir deyişle, haksız fiilden sorumluluk için kusurun derecesi önemli değildir. TBK'nın 49'uncu maddesinden<sup>19</sup> yola çıkarak kusurun ağır ya da hafif olması veya kast ya da ihmali davranışla gerçekleştirilmiş olması tazminat sorumluluğunun doğuşu bakımından önem arz etmemektedir. Bu husus ödenmesi gereken tazminat miktarının hesabında dikkate alınmaktadır<sup>20</sup>. İdare hukukunda ise tıbbî yardım, akıl hastalarının tedavisi, can kurtarma faaliyetleri, itfaiye ve kolluk gibi faaliyetlerin yürütülmesi sırasında yaşanan güçlükler nedeniyle kusurun bir derece ağır olmasını, idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için gerekli olduğu ifade edilmektedir<sup>21</sup>. Dolayısıyla idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için ağır kusur şartının arandığı durumlar ile içtihadî hata nedeniyle idarenin sorumlu tutulamayacağı haller birbirinden tamamen ayrı hususlardır. Ancak Danıştay ve özellikle Bölge İdare Mahkemeleri bazı kararlarında içtihadî hata nedeniyle idarenin sorumluluğuna hükmetmezken *"saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli"*<sup>22</sup> olması gerektiğine karar vermektedir. Gözler'in de ifade ettiği üzere<sup>23</sup>, kaynağını Fransız hukukundan alan ağır kusur kıstası, sunumunda güçlükler yaşanan hizmetler için getirilmiş olup sıradan kamu hizmetlerinin ifası sırasında yapılan hukuka aykırılıklar nedeniyle oluşan hizmet kusuru için de benimsenmesi, ağır / basit kusur ayrımının gerekçesinin anlaşılmasına işaret etmektedir<sup>24</sup>.

Danıştay uygulamasında ağır kusur çoğu kez, idarenin sorumluluğuna ve zararın telafi edilmesi gerektiğine hali hazırda karar verilen uyuşmazlıklarda bir niteleme argümanı olarak kullanılmaktadır<sup>25</sup>. Kadrosunun bulunduğu üniversiteden başka bir üniversitede eğitim gören kişinin eğitim gördüğü üniversiteye geçici görevlendirme talebinin reddedilmesi üzerine bu işlemin iptali ve maddi / manevi tazminata karar verilmesini talep ettiği uyuşmazlıkta Danıştay 8. Dairesi, işlemin iptaline karar verdikten sonra, *"İdari işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığın ve aykırılığın her zaman hizmet kusuru olarak nitelendirilemeyeceği; saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerektiği (...) olayda idareyi tazminle yükümlü kılacak bir ağırlıkta idareye atfı ve izafesi kabil bir kusurun varlığından söz etmeye olanak bulunmadığı (...)"*<sup>26</sup> gerekçesiyle tazminat talebinin reddine karar vermiş ve DİDDK ilgili kararı onamıştır. Sunulan hizmet eğitim kamu hizmetidir. Sunulması sırasında güçlük yaşanacak bir hizmet alanı söz konusu değildir. Yapılan

<sup>17</sup> A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1996), 251.

<sup>18</sup> Günday, 373.

<sup>19</sup> TBK m. 49: *"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür."*

<sup>20</sup> Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 320-321.

<sup>21</sup> Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1086.

<sup>22</sup> Danıştay 8. Dairesi, K. 1993/1389 (16.03.1993) (Lexpera); Danıştay 8. Dairesi, K. 2017/1409 (07.03.2017) (Lexpera); Danıştay 8. Dairesi, K. 2017/1795 (20.03.2017) (Lexpera).

<sup>23</sup> Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1106-1108.

<sup>24</sup> Gözler'e göre, Fransız hukukunda ağır-basit kusur ayrımı giderek önemini kaybetmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1087 vd. İdarenin sorumluluğuna hükmetmek için ağır kusur şartının aranmasının Anayasanın 125'inci maddesi hükmüne aykırı olduğu ve ayrıca bu ayrımın yapılmasının her durumda mümkün olmadığı yönünde eleştiri için bkz. Bahtiyar Akyılmaz – Murat Sezginer – Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 506; Yıldırım vd., 941-943.

<sup>25</sup> Danıştay 10. Dairesi, K. 1995/4255 (09.10.1995) (Lexpera); Danıştay 5. Dairesi, K. 2018/15974 (02.10.2018) (Lexpera).

<sup>26</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK), K. 2021/3503 (30.12.2021) (Lexpera).



yargılama sonucunda işlemin iptaline karar verilmiştir. Tazminat talebiyle ilgili olarak somut veriler ışığında ilgilinin mevcut bir zararı olup olmadığına tetkik edilmesi gerekirken kategorik bir değerlendirmeye ve üstüne sunulan hizmet nedeniyle sorumluluğa hükmedebilmek için kusurun bir derece ağır olması gerektiğine karar vermek hatalıdır. Benzer şekilde, hakkında açılan disiplin soruşturması sonucu bir yarıyıl üniversiteden uzaklaştırma kararı verilen öğrencinin bu işleme karşı açtığı dava sonucu işlemin iptal edilmesi üzerine oluştuğunu iddia ettiği zararının tazmini talep etmiş ve yine Danıştay'ın 8'inci Dairesi bu talebi reddetmiştir<sup>27</sup>. Ret kararında mahkeme "(...) işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığı ve aykırılığı, kendiliğinden hizmet kusuru olarak niteleme olanağı yoktur, idare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlenmiştir diyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir. Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz. İdare Mahkemesince iptal edilerek Dairemizce onanan söz konusu işlem takdir yetkisine dayalı olduğundan ve idarenin takdir yetkisine dayalı işlemlerinden ötürü her zaman tazminatla yükümlü tutulmasına idare hukuku ilkelerine göre olanak bulunmadığı (...)" değerlendirmesine yer vermiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta mahkeme, iptal edilen işlem nedeniyle üniversite eğitimi aksayan ilgilinin zarara uğrayıp uğramadığına, zarar mevcut ise bu zararla iptal edilen işlem arasında bir nedensellik bağı mevcut olup olmadığına bakmak yerine, hizmet kusurundan bahsedebilmek için sakatlığın ağır ve önemli olmasına odaklanmıştır. Sorumluluk hukuku alanında zararın tazmin edilebilmesi için sakatlığın ya da hukuka aykırılığın "önemli" olması gerektiğine dair bir kriter mevcut değildir. Aynı şekilde idarenin yapmış olduğu işlemin sakat ya da hukuka aykırı olduğunun tespitinde önemli / önemsiz sakatlık ayrımı da söz konusu değildir. Bu değerlendirme olsa olsa ödenmesi gereken tazminatın miktarına ilişkin yapılacak değerlendirmede göz önüne alınabilir. Kararda ayrıca, üniversitenin takdir yetkisine dayalı bir işlemin mevzu bahis olduğu vurgulanmış ve takdir yetkisine dayalı işlem ile idarenin sorumluluğu arasında bir ilişki kurulmaya çalışılmıştır. Şüphesiz ki idare, anayasa ve kanun çerçevesinde sunmakla yükümlü olduğu hizmetleri yerine getirebilmek için (mevzuat uyarınca bağlı yetki ile sınırlandırıldığı durumlar dışında) takdir yetkisini haizdir. Takdir yetkisini kullanarak yapmış olduğu işlemler de her idari işlem gibi yargı denetimine tabidir<sup>28</sup>. Yapılan idari işlem hukuka aykırı ve aynı zamanda ilgilinin zararına sebebiyet veriyorsa bu takdirde oluşan zararın giderilmesi gerekmektedir. Mahkemenin takdir yetkisi ile idarenin sorumluluğu arasında kurmak istediği ilişki bu yönüyle de hatalıdır.

İçtihadî hata ilkesi veya uygulaması, idarenin yapmış olduğu idari işlemde dolayı, esas yönünden hukuka aykırılık barındırmasına karşılık takdirde hata ya da her idarenin işleyebileceği türden hata gerekçeleriyle sorumluluğuna hükmedilmediği durumları kapsamaktadır. Bu yönüyle hem yetki veya şekil yönünden hukuka aykırı işlemlerden hem de ağır / basit kusur ayrımının uygulandığı işlemlerden ayrılmaktadır. Ancak idari yargı yerlerinin kararları incelendiğinde, içtihadî hata ile yukarıda içtihadî hata teorisinden ayırt etmeye çalıştığımız hususların iç içe geçtiğini gözlemlemek mümkündür. Dolayısıyla aşağıda yapılacak olan incelemede, içtihadî hata teorisinin kullanımından kaynaklanan problemlere yer verilirken örneğin ağır /basit kusur ayrımına da tekraren değinmek gerekmiştir.

## II. Zararın Tazmini ve İçtihadî Hata Teorisi

Zarar kavramı olarak bir eksilmeyi ifade etmektedir<sup>29</sup>. Daha açık bir deyişle, ilgilinin malvarlığında onun iradesi dışında meydana gelen azalmaya zarar denir<sup>30</sup>. Anayasa'nın 2'nci maddesi uyarınca Cumhuriyetin temel niteliklerinden olan hukuk devleti olmanın gereklerinden birisi de idarenin mali

<sup>27</sup> Danıştay 8. Dairesi, K. 1991/1587 (10.10.1991), DD, S. 84-85, s. 600-601.

<sup>28</sup> İdarenin takdir yetkisi ve bu yetkinin yargısal denetimi için bkz. Metin Günay, *İdarenin Takdir Yetkisi* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Doçentlik Tezi, 1982); Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi* (İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2015).

<sup>29</sup> Kılıçoğlu, 305.

<sup>30</sup> Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1961), 426; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-C. I.* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 384.

sorumluluğunun ilgililere karşı teminat altına alınmış olmasıdır<sup>31</sup>. Buna göre hukuk devletinde idare, kişilere vermiş olduğu zararı tazmin etmekle mükelleftir<sup>32</sup>. Anayasanın 125'inci maddesinin son fıkrası uyarınca "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." İYUK'un 2'nci maddesi uyarınca ilgilinin idareye karşı tam yargı davası açabilmesi için idari işlem veya eylemden dolayı kişisel bir hakkının doğrudan muhtel olması gerekmektedir. Dolayısıyla sorumluluk hukuku kapsamında tazminata hükmedilebilmesi için gerekli olan en önemli husus zararın mevcudiyetidir.

Ortaya çıkan zararın idarenin kusurlu bir davranışı sonucu ortaya çıkmış olması, zararın telafi edilmesi zorunluluğu anlamında şart değildir. Nitekim, geçmişte uygulanan, herkesin uğramış olduğu zarara katlanması gerektiğini kabul eden ve bunun insanlığın ve onun kaderinin doğal bir sonucu olduğunu ifade eden "casum sentit dominus" ilkesi uzun bir zaman önce anlamını yitirmiş ve medeni toplum, kusur nedeniyle ortaya çıkan zararın telafi edilmesi bir yana 1895 yılında Fransa'da verilen Cames kararı<sup>33</sup> ile idarenin kusursuz bir davranışı sonucu meydana gelen zararın dahi şartların oluşması halinde giderilmesini benimsemiştir<sup>34</sup>. Tandoğan'ın ifadesiyle, "(...) tazminat hukukunda eskiden zarar verenden hareket edilirken, artık zarar gören ön plâna alınmıştır; tazminat hukuku böylece sorumlu kılmaktan çok zararı karşılamak anlamını taşımağa başlamıştır"<sup>35</sup>. Sorumluluk hukuku alanında yaşanan bu gelişmelerin karşısında içtihadi hata gerekçesiyle ortaya çıkan zararın telafi edilmemesi kabul edilemez. Açılan tam yargı davasında yapılacak olan yargısal incelemede, idarenin hareket tarzının altında yatan nedenin araştırılması yerine söz konusu davranış nedeniyle oluşan sonuca ve dolayısıyla zararın tetkikine odaklanmak gerekmektedir. Aksi bir düşünce, Anayasa'nın 2'nci ve 125'inci maddeleri karşısında, ilgili idari işlem nedeniyle zarara uğrasa da idareyi tazmin borcu altına sokmayarak yargı bağımsızlığına tabi tutmak anlamına gelecektir. Aynı zamanda bu bakış açısı idareyi işlem yaparken hukuk devleti olmanın gereklerinden olan yasallık ilkesinden uzak özensiz davranmaya ve sonuç itibarıyla ataletle itecektir.

Anayasanın 2'nci ve 125'inci maddeleri gayet açıkken, hiçbir idare, zarar meydana getirmiş bir işlemi nedeniyle yargı bağımsızlığı benzeri bir muameleye mazhar olmamalıdır.

Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinin (BİM) içtihadi hata gerekçesiyle tazminata hükmetmediği kararlarını, söz konusu bakış açısıyla incelemek gerekmektedir. Zira mahkeme, vermiş olduğu birçok kararda, esaslı bir inceleme yapmaksızın konuyu içtihadi hata teorisine dayandırmış ve bu gerekçeyle tazminat taleplerini reddetmiştir.

### III. Mahkeme Kararlarına Göre İctihadi Hata Teorisi

Danıştay'ın içtihadi hatayı gerekçe göstererek vermiş olduğu kararların tarihi oldukça eskidir. Nitekim 1947 yılında bu husus içtihadın birleştirilmesine de konu olmuştur. O dönem Dava Daireleri Genel Kurulunun 1934 yılında vermiş olduğu karar<sup>36</sup> ile 5. Dairenin 1944 yılında vermiş olduğu karar<sup>37</sup> arasında oluşan içtihat farklılığın giderilmesi için konu Dava Daireleri Genel Kurulunun önüne gelmiştir. 26.12.1947 yılında verilen karar ile hizmet kusurunun varlığına ilişkin saptamanın, her bir uyumsuzluğun kendine has özellikleri nedeniyle farklı değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle

<sup>31</sup> Günday, 39.

<sup>32</sup> Akyılmaz –Sezginer –Kaya, 499.

<sup>33</sup> Gözler, *İdare Hukuku-C. II*, 1166. 1982 Anayasasının 125'inci maddesinin son fıkrasındaki ifadenin kusursuz sorumluluk ilkesini kapsayıp kapsamadığı hususunda bkz. Ozansoy, 197-199.

<sup>34</sup> Ozansoy, 166 ve 189.

<sup>35</sup> Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1981), 13.

<sup>36</sup> İctihadi Birleştirme Kurulu Kararından anlaşıldığı kadarıyla Dava Daireleri Genel Kurulunun 1934 tarihli kararı, "Karar vermek salâhiyetini haiz âmirlerin içtihaden dahi olsa idari teaddi halinde Devletin veya o vaziyette bulunan müesseselerin mağdur memurun zararını tazmin etmesi lâzım geldiği..." yönündedir.

<sup>37</sup> Danıştay'ın 5'inci Dairesinin 1944 yılında vermiş olduğu kararı ise, "İdarenin içtihadi bir hatası neticesinde ittihaz ettiği kararın Devlet Şûrasınca reddi alâkalılarâ tazminat itası hakkını behşedemiyeceği..." yönündedir.

içtihatların birleştirilmesinin mümkün olmadığına karar verilmiştir<sup>38</sup>. Dolayısıyla çıkan her uyuşmazlığın kendi iç dinamikleri yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

İdari yargıda gerek Danıştay'ın gerekse BİM'lerin, içtihadi hatayı gerekçe göstererek tazminat taleplerinin reddedildiği kararları, konusu itibarıyla net olarak kategorilere ayırmak mümkün değildir. Ancak ilk bakışta öğrencinin üniversiteyle ilişkisinin kesilmesi ve memurların atama ya da atamama işlemleri göze çarpmaktadır. Bu kapsamda, Danıştay'ın 8'inci Dairesi, davacının üniversiteyle ilişkisinin kesilmesi işlemine karşı açılan iptal davasında, işlemin iptal edilmesi üzerine, uğramış olduğunu iddia ettiği zararın tazmini talebini reddetmiştir. 28.06.1990 yılında verilen karara göre<sup>39</sup> iddia edilen zarar, 2547 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinin idare ve mahkeme tarafından farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır ve "(...) yorum farklılığından doğan bu uyuşmazlıkta, idarenin hizmet kusuru bulunduğu söylenemez." Aynı kararın azlık oyunda da ifade edildiği üzere<sup>40</sup>, söz konusu uyuşmazlıkta mahkeme, oluşan zarara odaklanıp Anayasanın 125'inci maddesi uyarınca, zararın kaynağının idarenin kusurlu bir davranışından meydana gelip gelmediğini araştırmak yerine yorum farklılığının oluşan zararın tazmin edilmesine engel oluşturacağına kanaat getirmiştir<sup>41</sup>. Mahkeme, kararında bununla da yetinmeyerek, "(...) öğrencinin daha önceki eğitim durumu da göz önünde bulundurulduğunda, düzenli bir başarı sürdürmediği, kaydı silinmeseydi bile belirtilen zamanda okulunu bitirmesinin de şüpheli olduğu (...)" değerlendirmesini yapmıştır. Söz konusu değerlendirmenin hukuki bir saptama olduğunu iddia etmek güçtür. Varsayıma dayalı, objektiflikten uzak bu değerlendirme, Anayasanın 125'inci maddesinin 4'üncü fıkrası ve İYUK'un 2'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca yerindelik denetimi olup, yargı yetkisinin kullanım alanı dışında kalmaktadır.

Öğrencinin üniversiteden kaydının silinmesine ilişkin olarak, Danıştay'ın 8'inci Dairesi, kaydın silinmesi işlemine karşı açılan davada verilen iptal kararı üzerine, uğranıldığı öne sürülen zararın tazmini talebini yine içtihadi hataya dayanarak reddetmiştir. Kararın ilgili kısmına göre, "(...) idare mahkemesince idarenin haksız olduğunun mahkeme kararıyla saptandığı gerekçesiyle tazminata hükmedilmiş ise de, ortada idarenin ağır hizmet kusuru ile sakatlanmış bir işlem bulunmadığı ve yoruma dayalı bir idari tasarruf olduğundan aksine verilen idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır"<sup>42</sup>. Mahkeme, öğrencinin ilişkisinin kesilmesi ve iptal kararı sonrası okula geri dönmesi arasında geçen sürede, iddia edildiği üzere bir zararın mevcut olup olmadığını sorumluluk ilkeleri çerçevesinde tespit etmek yerine, idarenin ağır hizmet kusuru olmadığı ve yoruma dayalı idari işlem söz konusu olduğu gerekçeleriyle tazminat talebini reddetmiştir. Ağır hizmet kusuru gerekçesi

<sup>38</sup> "İdarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun mevcudiyeti esastır. İctihadi tasarruflar ferdin zararını mucip olur ve bu tasarrufların tesisinde hizmet kusuru tesbit edilirse bu takdirde dahi idarenin sorumlu tutulması tabiidir. Ancak hizmet kusuru hizmetin mahiyetine, tasarrufun tesisindeki şartlara ve ferdin hizmet müvacehesindeki durumuna göre takdir edilmesi gereken sorumluluk unsurlarından olduğu cihetle içtihadî tasarruflarda idarenin sorumlu olduğu veya olmadığı yolunda mutlak bir kaide konulması icap edeceğine ve esasen bahsi geçen kararlardaki mübâyenet iddiası hüküm fıkrasında olmayıp mucip sebepleri ilgilendirmekte bulunmasına binaen içtihadî birleştirilmesine mahal olmadığına..." DİDGK, K. 1947/164 (26.12.1947), Danıştay Kararları Dergisi (DKD), S. 38-39-Aralık 1947-Mart 1948, s. 41-42.

<sup>39</sup> Danıştay 8. Dairesi, K. 1990/812 (28.06.1990), Danıştay Dergisi (DD), S. 81, s. 288.

<sup>40</sup> Azlık oyunun ilgili kısmı, "İlişik kesilmesi işlemi mahkeme kararı ile iptal edilmiş olup. Dairemizce de onanarak kesinleştiğine göre ortada idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıktır. Bu durumda, davacının haksız idari işlem nedeniyle bir zararının olduğunu kabul etmek gerekir (...)" şeklindedir.

<sup>41</sup> Aynı yönde Danıştay'ın 6'ncı Dairesi 1967 yılında vermiş olduğu bir kararda tazminat talebini reddederken, "İmar Talimatnamesinin 75 inci maddesine göre zemin ve bodrum katları inşaatının parsel boyunca devam etmemesi gerektiği hakkındaki Belediye işlemi, dairemizce İmar Talimatnamesinin bir maddesinin tatbikindeki içtihadi yanılma sebebiyle batıl addedilmiştir. Bu durumda yukarıda açıklanan esaslara göre bahis konusu işlemin uygulanmasında ve bu suretle inşaatın durdurulmasında dâvâli idareye herhangi bir kusur atfı mümkün değildir. Zira tazminat dâvasına esas alınan kararımızdaki «bir parselin bulunduğu yerin ticaret bölgesi olarak teşekkül edip etmediğinin tayin ve tesbit olunabilmesi için parselin bulunduğu adanın bir bölge addedilmesi yerinde olmayıp, parselin bulunduğu sokağın her iki tarafının bir bölge sayılması» gerektiği yolundaki içtihadî görüş, daha önce idarenin böyle bir düşünce ile hareket etmiyerek ve sadece parselin bulunduğu adayı bir bölge kabul etmek suretiyle işlem tesis etmesi yüzünden idareye bir kusur yükletilmesine sebep olamaz. Bu itibarla içtihadî mütehammil ve müsait bir madde hükmünün tatbikatından olan mezkûr işlemin yukarıda açıklandığı gibi görüş ayrılığı sebebiyle iptali keyfiyeti bizatihi hizmet kusurunun mevcudiyetini göstermez (...)" değerlendirmesini yapmıştır. Danıştay 6. Dairesi, K. 1967/1388 (27.04.1967), DKD, S. 115-118, s. 278-282.

<sup>42</sup> Danıştay 8. Dairesi, K. 1997/1209 (08.04.1997) (Lexpera).

yukarıda ifade edildiği üzere hatalıdır. İdarenin sunmuş olduğu kamu hizmetini kötü işletmiş olması, zararın tespiti halinde, sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir. Aynı şekilde, yoruma dayalı idari tasarruflar da (mahkemenin buradaki ifadesinden, takdire dayalı bir işlemin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır) yukarıda ifade edildiği üzere, yargı denetimine tabidir ve dolayısıyla idarenin sorumluluğu kapsamındadır. Kararın bu şekilde gerekçelendirilmesi yerine, Danıştay Savcısı'nın da ifade ettiği şekilde, yapılan ve iptal edilen işlemin zarara sebebiyet vermediği tespit edilebilirdi. Nitekim Danıştay Savcısı'na göre, "(...) maddi tazminatın belirli ve kanıtlanmış zararların karşılığı olduğu bilindiğine göre, ilgilinin süresinde okulunu bitirmesi ve gelir elde etmesi kesin değil muhtemel zarar olduğundan, maddi tazminatın dayanağı bulunmamaktadır".<sup>43</sup>

Öğrencinin notunun başarısız olarak girilmesi üzerine mezun olamaması nedeniyle, bu işleme karşı açılan davada işlemin iptal edilmesi üzerine, mezuniyetinin gecikmesinden kaynaklanan zararının tazmini amacıyla açılan davada Danıştay'ın 8'inci Dairesi, tazminat talebini içtihadı hata gerekçesiyle reddetmiştir<sup>44</sup>. Bu uyuşmazlıkta mahkeme içtihadı hatayı bu kez, "ilmi bir takdirin sonucu"na dayandırmıştır. Şöyle ki, davacı, "(...) girdiği sınavda başarılı olmasına karşın sınav kağıdının değerlendirilmesindeki yanlışlık yüzünden aynı dersi yineleyerek ... lira öğrenim masrafı yaptığı, ayrıca bu nedenle okulunu bir yıl geç bitirmek durumunda kaldığı, bu durumda uğradığı ... liralık maddi zarar ile duyduğu üzüntü karşılığı olarak ... lira manevi tazminat (...)" talebinde bulunmuşken, mahkeme ret kararını, "İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlemiştir diyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekir. Her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz. (...) Dava konusu edilen hatalı not takdirine ilişkin işlem, ilmi bir takdirin sonucu olup, ortada idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru (...)" bulunmadığı gerekçesine dayandırmıştır. Mahkemenin, uyuşmazlığa neden olan hatalı idari işlem sonucu ilgilinin idareye yüklenebilecek nitelikte zararının mevcudiyetini tartışması gerekirken, yukarıdaki şekilde hüküm kurması hukuka aykırıdır. Eğitim kamu hizmetinin sunulması sırasında hizmet kötü işletilmesi (hatalı not takdir edilmesi) nedeniyle uğranıldığı iddia edilen bir zarar söz konusudur.

Danıştay'ın 8'inci Dairesinin yukarıda yer verilen ve içtihadı hataya dayanan kararlarına karşın, benzer içerikteki uyuşmazlıklarda farklı yönde karar verdiğini görmek mümkündür. Örneğin, "Askeri Liseler Astsubay Hazırlama Okulu öğrenci temini kapsamında yapılan Askeri Liseler Sınavında başarılı olarak ikinci seçim aşamasına katılan davacının yapılan ön sağlık muayenesi aşamasında "genu valgum ort" teşhisi konularak Askeri Lise öğrenci adaylığından elenmesine ilişkin işlemin iptali ile işlem nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen ... maddi ... manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi(nin)" talep edildiği uyuşmazlıkta Daire, bir başka hastanede yapılan muayene sonucunda, konulan teşhisin hatalı olduğu gerekçesiyle işlemin iptali ve maddi tazminatın kısmen kabulüne karar veren derece mahkemesinin kararını onamıştır<sup>45</sup>. Bu kararda Daire, idarenin kusurlu davranışını, her idarenin yapabileceği türden basit bir hata olarak görmemiş ya da idarenin sorumluluğuna gidebilmek için söz konusu sakatlığın ağır ve önemli olması gerektiği gerekçelerine yer vermeyi tercih etmemiştir. Halbuki burada da "tıp ilmi" ile ilgili bir teşhis hatasından bahsetmek mümkündür. Dolayısıyla her iki karar içerik itibarıyla benzeşmekle birlikte sonuç yönünden çelişkilidir.

<sup>43</sup> Benzer yönde, zararın oluşmadığını gerekçelendiren bir başka karar için bkz. Konya BİM, 4. İDD, K. 2020/1654 (14.10.2020) (Lexpera).

<sup>44</sup> Danıştay 8. Dairesi, K. 1993/1389 (16.03.1993) (Lexpera). Benzer şekilde, öğrencinin üniversite eğitimi sırasında isteğe bağlı hazırlık sınıfında başarısız olması nedeniyle mezun edilmemesi işleminin iptal edilmesi üzerine talep edilen tazminatı reddeden Danıştay, "İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlemiştir diyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir. Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz. Tüm bu veriler ışığında, olayda idareyi tazminle yükümlü kılacak bir ağırlıkta idareye atfı ve izafesi kabil bir kusurun varlığından söz etmeye olanak bulunmadığı (...)" gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Danıştay 8. Dairesi, K. 2013/964 (14.02.2013) (Lexpera).

<sup>45</sup> Danıştay 8. Dairesi, K. 2018/3939 (05.07.2018) (Lexpera).

Kamu görevlileri ile ilgili içtihadi hata gerekçesiyle verilen kararlara bakıldığında, ilk olarak yine Danıştay'ın 8'inci Dairesi, üniversitenin açmış olduğu ilana başvurup kazanan davacının atama işlemi, güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanması nedeniyle yapılmamış ve açılan dava sonucunda işlem iptal edilmiştir. İptal kararı üzerine açılan tam yargı davasında mahkeme tazminat talebini reddederken açıkça içtihadi hata ilkesine yer vermemekle birlikte, içtihadi hata nedeniyle reddettiği kararlarında yer verdiği görüşleri tekrar etmiştir. Mahkemeye göre, "(...) *İdare Mahkemesince iptal edilen öğretim görevliliğine atamasının yapılmaması işleminin tesisinde güvenlik soruşturması sonucunda hataya düşülmüş olması, hizmet kusuru sayılabilecek ve maddi tazminat ödenmesi sonucunu doğuracak ağır ve önemli bir hukuki sakatlık niteliğinde değildir. Bu nedenle idarenin maddi tazminat ödemekle yükümlü tutulması (...)*"<sup>46</sup> hukuken mümkün değildir<sup>47</sup>. Mahkeme mealen, uyuşmazlıkta idarenin kusurunun hafif olduğuna vurgu yapmaktadır. Uyuşmazlık nedeniyle bir zararın var olup olmadığını ve bu zararın idarenin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmesi beklenirdi. İdarenin hizmet kusurunun tespit edildiği bir uyuşmazlıkta kusurun derecesi, olsa olsa tazmin edilecek zararın miktarının tespitinde kullanılabilecek bir argümandır ve bu durum Gözübüyük'ün ifadesiyle "(...) *sosyal devlet anlayışına da ters düşmektedir*"<sup>48</sup>. Yine kamu görevlisinin görevde yükselme sınavına alınmama işleminin iptali üzerine açılan tam yargı davasında Danıştay'ın 5'inci Dairesi, derece mahkemesinin, "(...) *bir idari işlemin iptal edilmesinin idareye başlı başına tazmin yükümlülüğü doğurmayacağı, davalı idarece tesis edilen ve iptaline hükmedilen işlemlerin, her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar kapsamında kabul edilmesi gerektiği (...)*" gerekçesiyle verdiği ret kararının onamıştır<sup>49</sup>. Konuyla ilgili başka bir kararda Konya BİM, kurbağa adam branşlı polis memurunun başka bir ile atanması işleminin iptali üzerine, dalış tazminatının ödenmemesi nedeniyle açtığı davayı, "(...) *idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için idari işlemi sakatlayan hata ve hukuka aykırılıkların ağır ve önemli olması, her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikte olmaması gerektiği, (...)* *sırf idarenin takdir yetkisinin yanlış kullanılmasına dayalı tesis edilen atama işleminin yargı kararı ile iptal edilmesinin iddia edilen söz konusu maddi ve manevi zararların tazmini açısından ağır hizmet kusuru oluşturmayacağı (...)*"<sup>50</sup> gerekçesiyle reddetmiştir. Görüldüğü üzere, atama işleminin güvenlik soruşturması nedeniyle yapılmaması, görevde yükselme sınavına alınmama ve özel görev tazminatının ödenmemesi<sup>51</sup> nedeniyle açılan davalarda idari yargı mercileri, zararın mevcut olup olmadığı ve zarar ile işlem arasında nedensellik bağının varlığını incelemek yerine, içtihadi hataya gerekçe gösterilen sakatlığın ağır ve önemli olmadığı veya her idarenin işleyebileceği türden hatalar olduğu argümanlarını kullanarak davaları reddetmiştir. Buna karşın, yine Danıştay'ın 8'inci Dairesi, vakıf üniversitesinde görev yapan profesörün sözleşmesinin feshedilmesi işleminin iptali ve uğradığı zararın tazmini amacıyla açtığı davada, işlemin iptaline ve

<sup>46</sup> Danıştay 8. Dairesi, K. 1996/768 (19.03.1996) (Lexpera).

<sup>47</sup> Benzer şekilde, polis okulunda öğrenci olan davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanması nedeniyle ilişkisinin kesilmesi nedeniyle manevi tazminat talepli açtığı iptal davasında mahkeme, işlemin iptaline karar verdikten sonra, "(...) *idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için idari işlemi sakatlayan hata ve hukuka aykırılıkların ağır ve önemli olması, her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikte olmaması gerektiği, mevzuat hükümlerinin idarece iyi niyetle ve ciddi surette farklı yorumlanmasından doğan ve bilahare idari yargı mercii tarafından hukuka aykırı bulunan işlemlerden dolayı idarenin tazminle sorumlu tutulmayacağı yerleşmiş içtihatlarla kabul edildiği, bu durumda, kanun hükümlerini uygulamak suretiyle işlem tesis eden davalı idareye mevcut davada bir kusur atfedilemeyeceği (...)*" gerekçesiyle manevi tazminat talebini reddetmiştir. Ankara BİM, 4. İDD, K. 2020/3042 (08.12.2020) (Lexpera).

<sup>48</sup> Gözübüyük, 251.

<sup>49</sup> Danıştay 5. Dairesi, K. 2014/996 (13.02.2014) (Lexpera).

<sup>50</sup> Konya BİM, 1. İDD, K. 2020/2001 (24.12.2020) (Lexpera).

<sup>51</sup> Söz konusu uyuşmazlığa benzer bir olayda, istihbarat şubesinde görev yaparken koruma şubeye ataması yapılan emniyet personelinin atama işleminin iptal edilmesi üzerine, eski görevi nedeniyle ödenmesi gereken ek ödemelere istinaden açtığı tam yargı davasında Erzurum BİM, "(...) *hukuka aykırı işlemin tesisi nedeniyle idarenin kusurundan kaynaklanan maddi kayıplarının davacının talebiyle sınırlı olarak tazmin edilmesi gerektiği, (...)* *davacının İstihbarat Şube Müdürlüğünden ayrıldığı ... tarihinden ... tarihine kadar İstihbarat Şube Müdürlüğünde göreve devam etmiş olması durumunda davacıya yapılacak ödemelerin hesaplanması sonucu ... TL'nin dava açma tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi gerektiği sonucuna (...)*" varmıştır. Erzurum BİM, 1. İDD, K. 2020/848 (06.11.2020) (Lexpera).

maddi tazminat ödenmesine karar vermiştir<sup>52</sup>. Aynı Daire, üniversitede görev yapan öğretim üyesinin görevinden çekilmiş sayılma cezası ile cezalandırılması işleminin iptali üzerine açtığı tam yargı davasında, “(...) davacının görevinden çekilmiş sayılma cezası ile cezalandırıldığı ve yargı kararı ile bu işlemin iptaline karar verildiği görüldüğünden, böylece, davalı idarece tesis edilen bir işlemin hukuka aykırılığının kesin olarak ortaya konulduğu, söz konusu işlemde kaynaklı bir maddi zararın oluştuğu ve işlem ile zarar arasında illiyet bağı olduğunda da şüphe bulunmamaktadır. (...) Bu bağlamda, davacının mahrum kaldığı 5.345,34 TL ek ders ücretinin davacıya ödenmesi gerektiği sonucuna (...)”<sup>53</sup> varmıştır. Kararın alıntılanan kısmından da anlaşılacağı üzere mahkeme, sorumluluk hukukunun gereklerini gözeterek, işlem nedeniyle oluşan zarara ve bu zarar ile işlem arasındaki bağa vurgu yaparak tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Üstelik söz konusu uyuşmazlıkta davacı, görevden çekilmiş sayılma cezasının kanunda düzenlenmemesi nedeniyle ilgili Yönetmelik hükmüne<sup>54</sup> de dava açmış ve 8’inci Daire, dayanak hükmü ilgili yönetmelik maddesinin de iptaline karar vermiştir. Dolayısıyla Daire, idarenin işlemin yapıldığı sırada yürürlükte bulunan yönetmelik hükmünü uygulaması nedeniyle yine içtihadi hata gerekçesine başvurabilecekken bunu tercih etmemiş ve sorumluluk hukuku ilkelerini uyuşmazlığa uygulayarak hukuka uygun hareket etmiştir.

İdari yargı mercileri, manevi tazminat talepli uyuşmazlıkları reddederken sıklıkla, içtihadi hataya veya her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikli hukuki yanlışlık ve aykırılıklar gerekçelerine yer vermektedir. Konuyla ilgili ilginç bir karar Konya BİM tarafından verilmiştir. Davacının yaşadığı evde fuhuş yapıldığı gerekçesiyle, Sağlık İl Müdürlüğü ekiplerince 3 ay süreyle mühürlenmiş ve bu işlem açılan iptal davası neticesinde, söz konusu evde fuhuş yapıldığına dair somut veri olmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bunun üzerine ilgili, maddi tazminatla birlikte aile birliğinin sarsıldığı gerekçesiyle manevi tazminat talepli tam yargı davası açmıştır. Mahkeme, manevi tazminata hükmedilebilmesi için gerekli koşullara değindikten sonra manevi zararın oluşmadığı sonucuna ulaşırken içtihadi hata teorisi için kullandığı kriterlere yer vererek, “(...) işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığı ve aykırılığı, kendiliğinden hizmet kusuru olarak niteleme olanağı yoktur. İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlediğinin kabulü için saptanan hukuki sakatlığın ağır olması gerekmektedir. Her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz. (...) her ne kadar davacıların evinin kapatılmasına ilişkin işlem Dairemizce de istinaf başvurusu reddedilen ilk derece Mahkemesi Kararı ile iptal edilmişse de, iptal gerekçesinin davacıların evinde fuhuş yapıldığına dair somut bilgi ve belgenin bulunmaması olduğu, ancak davacı R.İ.Y’nin evli olmasına rağmen bir başka erkekle gönül ilişkisi yaşadığının kendi ifadesiyle de sabit olduğu görülmektedir. Bu durumda, Türk aile yapısı ve genel ahlak kurallarına aykırı bir eylem içerisinde olan tarafın ve ailesinin bu eylemin sonucu olarak meydana gelen olaylar nedeniyle ağır bir elem ve üzüntü yaşadığı iddiası inandırıcı olmadığı gibi, idarenin de davacılar karşı kişiliğini ve onurunu zedeleme kastı taşımadığı sonucuna varılarak, davacıların manevi tazminat talebinin kabulüne de olanak bulunmadığı(na) (...)”<sup>55</sup> karar vermiştir. Manevi tazminatla ilgili başka bir kararda, hastanedeki görevine gelmemesi nedeniyle hakkında aylıktan kesme cezası uygulanan doktor, bu işlemin iptal edilmesi üzerine, idarenin haksız işlemleri sebebi ile manevi yönden zarar gördüğü iddiasıyla manevi tazminat talepli tam yargı davası açmış ve yerel mahkeme talebi kabul etmiştir. İzmir BİM, “(...) davacının göreve gelmediği gerekçesiyle yapılan soruşturma sonucu verilen disiplin cezası mahkeme kararıyla hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiş ise de, işlemin yapılan değerlendirme hatasından kaynaklanması karşısında, manevi tazminat ödenmesini gerektirecek koşulların oluşmadığı kanaatine

<sup>52</sup> Danıştay 8. Dairesi, K. 2022/6219 (03.11.2022) (Lexpera).

<sup>53</sup> Danıştay 8. Dairesi, K. 2022/3361 (24.05.2022) (Lexpera).

<sup>54</sup> Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin “Disiplin Cezaları” başlıklı 4. Maddesinin “Görevden Çekilmiş Sayma” başlıklı (f) bendi. Söz konusu yönetmelik, 11.03.2023 tarih ve 32129 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan yönetmelikle; yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>55</sup> Konya BİM, 5. İDD, K. 2020/2260 (04.11.2020) (Lexpera).

*var(arak) (...)”<sup>56</sup> verilen kararı bozmuş ve davayı reddetmiştir. İlgilinin iptal edilen söz konusu disiplin cezası nedeniyle bir zarara uğrayıp uğramadığını tartışmak yerine, idarenin hangi gerekçeyle hukuka aykırı idari işlem yaptığına odaklanmak hukuka uygun olmamakla birlikte, mahkemenin kullanmış olduğu “değerlendirme hatası” ifadesine kısaca değinmek gerekmektedir. Mahkeme değerlendirme hatası ifadesini, idari işlemler alanında idarenin sahip olduğu “değerlendirme marjı” yerine kullanmışsa bu da hatalıdır. Zira doktrinde çoğunluk görüşüne göre<sup>57</sup> idarenin hem sebep hem de konu unsuruna ilişkin olarak takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmekle birlikte işlemin sebep unsurunda takdir yetkisinden söz edilemeyeceği ve sebep unsurunda idarenin “değerlendirme marjı”nın söz konusu olabileceğini savunan yazarlar<sup>58</sup> mevcuttur. Bu görüşe göre takdir yetkisi işlemin ancak konu unsurunda söz konusu olabilir. Bu çerçevede somut uyuşmazlıkta iptal edilen işlem, “(...) davacının ... İli, ... İlçe Devlet Hastanesinde genel cerrah olarak görev yapmakta iken göreve gitmediği (...)” gerekçesiyle verilen 1/30 oranında aylıktan kesme cezası (...)”dır. Açılan iptal davasında yapılan yargılamada hukuka aykırılık olsa olsa işlemin konu unsuruna ilişkindir. Konu unsurunda ise idarenin bir “değerlendirme marjı”ndan değil takdir yetkisinden söz edilebilir.*

Polis okuluna giriş sınavında renk körü olduğu gerekçesiyle başarısız bulunan ilgilinin sonradan alınan sağlık raporuyla renk körü olmadığı tespit edilmesi üzerine işlem iptal edilmiş ve yaşadığı üzüntü nedeniyle manevi tazminat talebi yerel mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Samsun BİM, “*Olağan nitelikteki hukuka aykırılıkların (içtihat hatalarının) hizmet kusuruna yol açtığından ve buna göre idarenin tazminat sorumluluğunun olduğundan bahsedilmesine imkân bulunmamaktadır. İdarenin hizmet kusurundan ve dolayısıyla tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, saptanan hukuka aykırılığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması ve içtihat hatasına dayanmaması gerekmektedir. (...) idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için hukuka aykırılık ve zarar yanında ağır hizmet kusuru unsurunun da bulunması gerektiği, (...) davacının mülakatın sağlık kontrolü aşamasında renk körü olarak belirlenmesi hatalı olmuşsa da, olayda kasıt veya kötüniyet gibi davalı idarenin ağır hizmet kusuru ve manevi tazmin sorumluluğu doğurabilecek unsurların bulunmadığı, dolayısıyla iptal edilen işlem nedeniyle manevi tazminat ödenebilmesi için gerekli koşulların oluşmadığı, bu nedenle de davacının manevi tazminat isteminin red(dedilmesi) (...)”<sup>59</sup> gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Manevi tazminat, genel kabul gören ilkelere göre, zenginleşme aracı değil bir tatmin aracıdır<sup>60</sup>. Kişinin yapılan işlem nedeniyle yaşamış olduğu sıkıntı ve duymuş olduğu elem ve ıstırabın giderilmesine yardımcı olan bir araçtır. Somut uyuşmazlıkta davacının, hatalı renk körü teşhisi nedeniyle tüm hayatının etkileneceği düşüncesiyle üzüntü yaşayacağı açıktır. Bu durum karşısında, idarenin ağır hizmet kusurunun bulunmadığı ve kasıt veya kötü niyetinin bulunmadığı gerekçesiyle talebin reddedilmesi hukuka aykırıdır. Sağlık taraması sırasında hizmet kötü işletilmiş ve bu durum zarara neden olmuştur. Öte yandan özel hukuk yargılamasında da kabul edildiği üzere, zarar verici hareketin ya da işlemin kasıtlı ya da ihmali davranışa dayalı olması, tazmin yükümlülüğünü kaldıran bir sebep olmayıp ancak tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınmaktadır<sup>61</sup>. Somut uyuşmazlıkta mahkeme, idarenin işlemi yaparken kötü niyet ya da kasıtlı hareket etmemiş olmasını hizmet kusurunun varlık şartı olarak nitelendirmişti<sup>62</sup>. İdari yargı mercilerinin içtihadi hatayı kabul etmediği kararlarına aşağıda yer*

<sup>56</sup> İzmir BİM, 2. İDD, K. 2016/447 (22.11.2016) (Lexpera).

<sup>57</sup> Günday, 156; Gözübüyük, 192-199; Akyılmaz –Sezginer –Kaya, 470-471.

<sup>58</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin, 2016), 356. Yıldırım vd. “değerlendirme marjı” ifadesi yerine “değerlendirme yetkisi” ya da “değerlendirme alanı” ifadelerinin dilimize daha uygun olduğu görüşündedir. Yıldırım vd., 727.

<sup>59</sup> Samsun BİM, 3. İDD, K. 2019/759 (24.05.2019) (Lexpera).

<sup>60</sup> Danıştay 6. Dairesi, K. 2002/2298 (16.04.2002) (Lexpera); Danıştay 10. Dairesi, K. 2006/1981 (20.03.2006) (Lexpera).

<sup>61</sup> Kılıçoğlu, 320 ve 323.

<sup>62</sup> Benzer yönde, okul müdürü olarak görev yapan davacının görevinin re’sen sona erdirilme işlemine karşı manevi tazminat talepli açtığı iptal davasında mahkeme işlemi iptal ettikten sonra, “(...) olağan nitelikteki hukuki yanlışlıkların ve aykırılıkların hizmet kusurunu yansıtmayacağı, (...) davalı idarece hukuki değerlendirmede yanlışlık yapılarak yeni Yönetmelik hükümleri kapsamında işlem tesis edildiği, bunun ise ağır bir hukuki sakatlık sayılabilecek ve manevi tazminat ödenmesi sonucunu doğuracak nitelikte olmadığı, davalı idarenin ortada herhangi bir sebep olmaksızın kasıtlı hareket ederek davacıyı manevi

verilecek olmakla birlikte, yeri gelmişken konuyla ilgili Danıştay'ın 5'inci Dairesinin aksi yöndeki bir kararına burada yer vermek gerekmektedir. Cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığı dönemde, orta olarak düzenlenen hal kağıdının iptal edilmesine bağlı olarak, uğradığı zararlarına karşılık olmak üzere maddi ve manevi tazminat talep eden davacının talebi derece mahkemesi tarafından, içtihadi hataya ilişkin genel değerlendirmelerden sonra, "(...) davacının hal kağıdının orta olarak düzenlenmesi işleminde art niyetli bir uygulama gibi ağır hizmet kusuru oluşturabilecek bir durumun bulunmadığı (...)" gerekçesiyle reddedilmiştir. Danıştay söz konusu kararı, maddi tazminat yönünden koşullar oluşmadığı gerekçesiyle onarken, manevi tazminat yönünden, "(...) kusur kavramı (...) özel hukuktaki kast, ihmal, dikkatsizlik gibi öznel unsurlar ile tanımlanmamakta, idare tarafından yürütülen bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işletilmesindeki bozukluk ve aksaklık şeklinde nesnel bir tanımlama yapılarak, (kişiselleştirilebilen bir kusurun varlığı aranmaksızın) hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi gibi hâllerden doğan zararların tazmininde idarenin kusurlu sorumluluğu ilke ve esasları uygulanmaktadır" değerlendirmesini yaptıktan sonra, "davacının bu süreçte mütemediyen Adalet Bakanlığına ve davalı idareye başvurular yaptığı ve bir çok dava açtığı, üç (3) yıl gibi uzun bir süre ailesinden ayrı yaşamak zorunda kaldığı, mesleki itibarının zedelendiği, fiziki ve ruhsal sıkıntılar yaşadığı ve böylelikle manevi yönden zarara uğradığı (...)"<sup>63</sup> gerekçesiyle bozmuştur. Görüldüğü üzere Danıştay, hizmet kusurunun oluşma nedenleri ile idareyi hukuka aykırılığa veya sakatlığa sevk eden kişisel saikleri ayırarak hizmet kusurunun objektif niteliğini vurgulamıştır.

İdari yargı mercilerinin benzer içerikli uyuşmazlıklarda içtihadi hata değerlendirmesine itibar etmeyerek aksi yönde kararlar verdiğini de görmek mümkündür. Bu kapsamda Danıştay'ın 10'uncu Dairesinin vermiş olduğu bir karar konuya ilişkin olarak adeta ders niteliğindedir. Kahvehane işletme ruhsatı talebinin reddedilmesi üzerine açılan davada işlemin iptal edilmesi üzerine mahrum kalınan gelirin tazmini amacıyla açılan davada mahkeme, "(...) idarenin kendi anlayışı doğrultusunda ifa ettiği ve iptal ile sonuçlanan her işlemde dolayı maddi ve manevi tazminat ile sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın reddine (...)" karar veren derece mahkemesinin kararını, "Sadece yetkisizlik veya şekle aykırılık nedeniyle hukuka aykırı biçimde tesis edilen, idari yargı yerince iptal edilmiş bulunan işlem yerine yeniden işlem temsil edilmesinin mümkün olması halinde, hizmet kusurundan, idarenin hukuki sorumluluğundan söz edilemez(yeçeğini) (...)" ifade etmiş ve, "(...) hukuka aykırılığı yargı kararıyla belirlenen işlemle bir hakkın ihlaline yol açan idarenin, hukuka aykırılığın anlayış ve yorum farklılığından kaynaklandığı gibi bir değerlendirmeyle sorumlu sayılmaması hakkaniyet ve nesafetle, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılmaz. Esasen öğreti ve uygulamada, idarenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler arasında sayılan "içtihadi hata" hali mutlak kurallara bağlı olmaması nedeniyle her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gereken bir kriter olup, bu kriterin, hukuka aykırı işlemle bir hakkın ihlal edilmiş olduğunun belirlenmesi halinde uygulanması mümkün değildir. (...) hukuka aykırılığı yargı yerince saptanan idari işlem nedeniyle davacının hakkının ihlal edildiği, çalışma hayatının aksadığı anlaşılmakta olup, olayda hizmeti kusurlu işlettiği açık bulunan idarenin davacının zararını tazmin etmesi gerek(tiği) (...)"<sup>64</sup> değerlendirmesini yaparak bozmuştur. Görüldüğü üzere mahkeme, iptal edilen işlem nedeniyle uğranıldığı iddia edilen zarara odaklanmış ve bu çerçevede hizmet kusurunun varlığı saptadıktan sonra zararın tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Esasen idare ruhsat talebini reddetme gerekçesini, yukarıda yer verilen ve eleştirilen içtihadi hata değerlendirilmesini içeren kararlara benzer biçimde, o dönem yürürlükte bulunan 625 sayılı Özel Öğretim ve Eğitim Kanunu'nun 9'uncu maddesinde yer alan, okul ve tesislerin bulunduğu yerin 100 metre yakınında ve civarında kahvehane işletilemeyeceği hükmünden yola çıkarak, kahvehanenin 60 metre yakınında ortaöğretim öğrenci yurdu bulunmasına dayandırmıştır. Danıştay'ın 10'uncu Dairesi,

zarara uğrattığı yönünde bilgi ve belgeye rastlanmadığı (...)" gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Ankara BİM, 4. İDD, K. 2017/4229 (22.12.2017) (Lexpera).

<sup>63</sup> Danıştay 5. Dairesi, K. 2022/2586 (21.04.2022) (Lexpera).

<sup>64</sup> Danıştay 10. Dairesi, K. 1993/3681 (06.10.1993), DD., S. 89, s. 588-600.



idarenin kanun hükmünü farklı yorumlaması nedeniyle içtihadi hata değerlendirmesi yapabilecekken, zarar odaklı yaklaşımıyla hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan idarenin mali sorumluluğu prensiplerine uygun hareket etmiştir.

Belediyede sözleşmeli personel olarak çalışan davacının sözleşmesinin feshi üzerine açtığı maddi tazminat talepli iptal davasında mahkeme işlemin iptaline ve tazminat talebinin "(...) davacının sözleşmesinin feshedildiği tarihten itibaren fiilen çalışmadığı hususu dikkate alındığında ve davalı idarenin içtihadi hata sonucu dava konusu işlemi tesis ettiği (...)" gerekçesiyle reddine karar vermiştir. Danıştay, tazminat talebine yönelik olarak, Anayasanın 125'inci maddesi hükmüne yer vererek zararın giderilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>65</sup>. Dolayısıyla Danıştay, zararın tazmini için şartların oluşması halinde Anayasanın 125'inci maddesi hükmünü tek başına yeterli görmektedir.

İdarenin açmış olduğu ihaleyi kazanan şirket ile imzalanan idari sözleşme sonrası ihalenin iptali için açılan davada mahkemenin ihaleyi iptal etmesi sonrası sözleşme feshedilmiş ve bunun üzerine ihaleyi alan şirket zararının tazmini amacıyla dava açmıştır. Derece mahkemesi, uyuşmazlıkla ilgili içtihadi hataya ilişkin olarak, "(...) idari işlemin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusurunun varlığının kabul edilebilmesi için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olmasının gerektiği, her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıkların hizmet kusuruna yol açmayacağı (...)" yönünde genel değerlendirmelerini yaptıktan sonra "(...) sözleşmenin feshine ilişkin işlemin mahkeme kararı doğrultusunda gerçekleştirildiği, mahkeme kararı ile iptal edilen işlemin ağır hizmet kusurunu oluşturmayacağı, davalı idarenin söz konusu işlem nedeniyle uğranıldığı iddia edilen zararı tazminle yükümlü kılınmasına hukuken olanak bulunmadığı (...)" gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Danıştay'ın 13'üncü Dairesi ise, "İdarenin tesis etmiş olduğu bir işlemin yargı yerleri tarafından hukuka aykırı olduğuna karar verilmesi durumunda, idarenin işleyişindeki aksaklık kamu hizmetinin kötü işlemesi olarak değerlendirilecek ve idarenin hizmet kusurunun olduğu kabul edilecektir. Bu nedenle şartname hükümlerini hukuka aykırı olarak hazırlayan idarenin hizmet kusurunun varlığı(nın) açık (...)"<sup>66</sup> olduğunu vurgulayarak kararı bozmuştur. Bu kararda da mahkemenin, içtihadi hata teorisine ilişkin değerlendirmeler ile ağır / basit kusur ayrımıyla ilgili ifadeleri birlikte kullandığı göze çarpmaktadır. Bu hususta ayırım yapılması gerektiği yukarıda gerekçeleriyle birlikte ifade edilmişti.

Davacının sahip olduğu minibüsün motor numarasının sonradan çakma olduğunu tespit edilmiş ve araca el konularak hakkında kamu davası açılmıştır. Davadan beraat eden davacı el konulma süresi içerisinde araçta meydana gelen zararın tazmini amacıyla dava açmış ve derece mahkemesi, "(...) idarenin hukuka aykırı her işleminin hizmet kusuru sayılarak tazmin sorumluluğu doğurmayacağı, hizmet kusurunun varlığından sözedebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerektiği, her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıkların hizmet kusuruna yansımayacağı; tazmini istenilen zararı doğuran olayda idarenin keyfi ve sınırsız yetki kullanımı ve hizmet kusurunun bulunmadığı (...)" gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Karara göre hizmet kusuru ve dolayısıyla zararın tazmini için idarenin keyfi ve sınırsız bir yetki kullanması gerekmektedir. Bu son derece tehlikeli ve sübjektif bir yaklaşımdır. Danıştay uyuşmazlıkla ilgili değerlendirmeler yaparken özellikle içtihadi hata teorisine ilişkin önemli tespitlere yer vermektedir. Buna göre, "Hukuka aykırı bir işlemin, idare hukuku ilkeleri uyarınca giderilmesi gereken bir hak ihlali meydana getirmiş olması halinde ise, temyizden incelenen kararda ifade edilen içtihadi hata veya her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık, hukuka aykırılığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gibi ölçütler, idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır."<sup>67</sup> Bu kararda

<sup>65</sup> Danıştay 12. Dairesi, K. 2017/442 (22.02.2017) (Lexpera).

<sup>66</sup> Danıştay 13. Dairesi, K. 2011/3886 (20.09.2011) (Lexpera). Benzer yönde bkz. Danıştay 8. Dairesi, K. 2013/302 (25.01.2013) (Lexpera).

<sup>67</sup> Danıştay 10. Dairesi, K. 1996/7290 (11.11.1996) (Kazancı).

da Danıştay, hak ihlali ve buna bağlı olarak zarar odaklı bir yaklaşım benimseyerek, objektif olarak değerlendirme kriteri barındırmayan içtihadi hata teorisine itibar etmemiştir.

Aksi yöndeki kararlardan da anlaşılacağı üzere, idarenin işlemi nedeniyle zarara uğradığını iddia eden ilgilinin açmış olduğu davaları mahkemelerin, içtihadi hata gibi içeriği belirsiz bir kavramdan yola çıkarak reddetmeleri hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz<sup>68</sup>. Diğer taraftan gerek kanunların gerekse idari teşkilatlanmanın karmaşık ve sistematikten yoksun olması nedeniyle meydana gelen zarara mağdurun katlanması gibi bir sonucun kabul edilmesi mümkün değildir<sup>69</sup>.

## Sonuç

İdarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle uğranıldığı iddia edilen zararın kusur sorumluluğu kapsamında telafi edilebilmesi için, sorumluluk hukukunun genel prensipleri uyarınca ortada idarenin hukuka aykırı bir işlemi, bu işlem nedeniyle meydana gelen zarar ve zarar ile işlem arasında nedensellik bağının mevcut olması gerekmektedir. İçtihadi hata, idarenin yapmış olduğu her hukuka aykırı işlemde sorumlu tutulmasını engellemeye yönelik, objektif ölçütler barındırmayan, bu yönüyle de kötüye kullanım riski barındıran ve köken itibarıyla esinlendiği Fransa'da terkedilmiş bir teoridir. Elbette, idari yargı mercilerinin yukarıda yer verilen kararlarında sık sık zikrettikleri veçhile, idarenin her hukuka aykırı işlemi tazmin sorumluluğunu gerektirmemektedir. Ancak bunun sebebi içtihadi hata değil ortada herhangi bir zararın söz konusu olmaması veya idarenin işlemiyle nedensellik bağı kurulamayan ve dolayısıyla idareye atfedilemeyen bir zararın söz konusu olması durumudur.

İdarenin işlemi nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmin edilebilmesi için, her idarenin işleyebileceği türden olmayan bir kusurun aranması argümanı hatalı ve subjektif niteliktedir. Anayasa ve kanun çerçevesinde yetki kullanan ve mevzuat hükümlerine uygun hareket etmekle yükümlü olan idare, ortaya çıkan zarara sebep olan kusurdan hiçbir halde müstesna değildir. Kusursuz sorumluluğun kabul edildiği modern dünya düzeni içerisinde, zararın söz konusu olduğu ve bu zararın idareye atfı kabil olduğu bir uyumsuzlukta, kusurun bir dereceye kadar ağır olması şartını aramak adalete ve hakkaniyete uygun olmayacağı gibi idareyi de ataletle sürükleyebilecek niteliktedir. Zira bu bakış açısı, idareye önemsiz ve hafif nitelikte sakat işlem yapabilme ehliyeti bahsetmektedir. Ortaya çıkan zararın tazmin edilmesinin önünde engel oluşturan, sakatlığın önemli ve ağır olması kriteri de öngörülebilirlikten yoksundur. Anayasanın 2'nci ve 125'inci maddeleri gayet açıkken, hiçbir idare, zarar meydana getirmiş bir işlemi nedeniyle yargı bağışıklığı benzeri bir muameleye mazhar olmamalıdır.

Olması gereken, hizmet kusurunun ortaya çıkış gerekçeleri ve özellikleri dikkate alınarak yapılacak yargılamada, zarar odaklı bakış açısının benimsenmesi ve böylelikle idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle ilgililerin mağduriyetlerinin giderilmesidir. İdarenin zarara sebebiyet veren işleminin hangi gerekçeyle hareket edilerek yapılmış olduğu, sorumluluğun tespiti aşamasında değil tazmin edilecek zararın miktarının tespitinde önem arz etmektedir. Tüm bu sebeplerle, içtihadi hata teorisinin bir an önce terk edilmesi hukuk devleti olmanın gereklerindedir.

<sup>68</sup> Gözübüyük – Dinçer, 187.

<sup>69</sup> Günday, 373.

## Kaynakça

- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 5. Baskı, 2021
- Derbil, Süheyp. *İdare Hukuku*. Ankara: Yeni Desen Matbaası, 5. Bası, 1959.
- Duran, Lütfi. "İçtihat Kroniği", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 33/1-2, (1967), 318-362.
- Duran, Lütfi. *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*. Ankara: TODAIE Yayını, 1974.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku - C. II*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, 2009.
- Kemal Gözler. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin, 18. Baskı, 2016
- Gözübüyük, A. Şeref / Dinçer, Güven. *İdari Yargılama Usulü*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2. Baskı, 1999
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut. *İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I*. Ankara: Turhan Kitabevi, 7. Baskı, 2010
- Gözübüyük, A. Şeref. *Yönetmelik Yargısı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 10. Baskı, 1996
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 10. Baskı, 2010.
- Günday, Metin. *İdarenin Takdir Yetkisi*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Doçentlik Tezi, 1982.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 19. Bası, 2015.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler - C. I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 14. Bası, 2016.
- Ozansoy, Cüneyt. *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1989.
- Özay, İl Han. *Günlükte Yönetim II - Yargısal Korunma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, 2010.
- Özkaya, Nilay Arat. *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi*. İstanbul: Beta Basım A.Ş., 1. Baskı, 2015.
- Tandoğan, Haluk. *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1981.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mes'uliyet Hukuku*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1961.
- Turan Yıldırım vd., *İdare Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 6. Baskı, 2015, (Yıldırım vd.).
- Yüksek Esin, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas*. Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık, 1973
- Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku - C. I*. Ankara: Yetkin Basımevi, 1. Baskı, 2012.

## Makale Bilgi Formu

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Arabuluculuğun Meslek Olarak Değerlendirilmesi

### *Assessment of Mediation as a Profession*

Ferhat Yıldırım 

Dr. Öğr. Üyesi, Özyeğin Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku  
Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye  
[ferhat.yildirim@ozyegin.edu.tr](mailto:ferhat.yildirim@ozyegin.edu.tr)



Geliş Tarihi/Received: 23.08.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 08.10.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
30.10.2024

**Öz:** 2012 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile hukuk sistemimize dahil olan alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk, aradan geçen süreçte en çok tercih edilen yöntemlerden biri olmuş ve uygulama alanı oldukça genişlemiştir. Özellikle 2017 yılı itibarıyla zorunlu arabuluculuk uygulamasının kabul edilmesi ile arabuluculuk hem uyuşmazlık yaşayan taraflar hem de bu alanda profesyonel olarak faaliyet göstermek isteyen hukukçular açısından tercih nedeni olmuştur. Arabuluculuk en genel ifade ile, uyuşmazlık yaşayan tarafların uyuşmazlıklarını, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi olan arabulucu vasıtası ile, bizzat kendilerinin çözdüğü ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak ifade edilebilir. Arabuluculuk sürecinde uyuşmazlık yaşayan tarafların yanında arabulucu da önemli bir role sahiptir. Tarafların uyuşmazlıklarını bizzat kendilerinin çözmeleri sürecinde onlara destek, rehber ve yardımcı olacak kişi arabulucudur. Dostane ilişkilere, toplum barışına hizmet eden böylesi önemli bir rolü üstlenen arabulucunun "arabulucu- arabuluculuk" faaliyetinin bir meslek olarak kabul edilip edilmediği, mevcut düzenlemelerin meslek olarak kabulünde yeterli düzenleme barındırıp barındırmadığı hususları doktrinde tartışma götürmektedir. Bu çalışma ile arabuluculuğun bir meslek olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı ayrıntılı şekilde ele alınmış olup, uygulamadan arabulucular ile yapılan görüşmeler neticesinde arabulucuların konuya olan yaklaşımları incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Arabuluculuk, Arabuluculuk Mesleği, Arabulucu Olma Şartları, HUAK, Arabulucu

**Abstract:** Introduced into our legal system in 2012 with the Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes (HUAK), mediation has become one of the most preferred methods and its application area has significantly expanded over time. Especially with the adoption of mandatory mediation in 2017, mediation has become a preferred method for both parties experiencing disputes and legal professionals wishing to work in this field. Mediation can be generally described as a voluntary dispute resolution method where the parties involved resolve their conflicts with the help of a neutral and independent third party, the mediator. During the mediation process, the mediator plays a crucial role in supporting, guiding, and assisting the parties as they work to resolve their disputes themselves. The question of whether mediation and the role of the mediator should be recognized as a profession, and whether the existing regulations provide sufficient provisions for recognizing it as such, is a topic of debate in the doctrine. This study thoroughly examines whether it is possible to consider mediation as a profession and analyzes the perspectives of mediators on the subject based on interviews conducted with them.

**Keywords:** Mediation, Mediation Profession, Terms of Being a Mediator, Mediation Code in Legal Disputes, Mediator

### Extended Abstract

The desire to resolve conflicts has existed since the beginning of human existence. Over time, various methods have been tried and continue to be attempted to resolve conflicts. These methods can evolve and diversify depending on the conditions and needs of the period. The most well-known and traditional method of conflict resolution is through judicial means; however, since ancient times, it has been known

that parties experiencing conflicts prefer to use and rely on amicable, peaceful, practical, quick, and less costly methods. Alternative dispute resolution (ADR) methods refer to methods outside of traditional judicial processes. ADR is a general umbrella term that encompasses various dispute resolution methods. Among these methods, mediation is currently the most preferred by disputing parties.

Mediation can be defined as a conflict resolution method where a neutral and independent third party assists and manages the process to help the parties understand each other and resolve their issues themselves. Thus, mediation is also considered a method contributing to social peace by resolving conflicts between parties in a peaceful manner. A mediator is a person who has received special training in this field, is registered in the mediator registry, and is neutral and independent. The conduct of mediation activities may vary from country to country. These differences may arise from the legal systems, political and economic structures, as well as sociological and anthropological diversities of the countries. However, despite certain differences in the general context, it is not incorrect to say that there are significant similarities in the qualities sought by countries for mediators in terms of basic requirements.

In the case of Turkey, to work as a mediator, being registered in the official mediator registry is a prerequisite. Additionally, in the Turkish legal system (unlike comparative legal practices), having a law degree may also be a specific requirement for practicing mediation. The requirement for a law degree and five years of professional experience, and the fact that mediation is generally performed by lawyers, has led to debates in doctrine about whether mediation can be considered a profession on its own. One view in doctrine suggests that mediation is not a profession in itself but rather a supplementary activity performed by lawyers, particularly alongside practicing law, while another view evaluates mediation as a profession in its own right, separate from law practice.

For a practice or activity to be considered a profession, it must possess certain widely accepted characteristics. These characteristics, though not exhaustive, generally include public benefit, education, expertise, ethical rules, and professional organizations. While some additional criteria may be proposed in doctrine, professions are typically defined around these five elements. When evaluating the practice of mediation in the context of Turkey, it is observable that all these elements are present. The existence of ethical rules, legal regulations governing the practice of mediation, necessary special training and exams, applied expertise and various techniques, income potential, contribution to social peace, and the presence of professional organizations and centers provide sufficient reasons to consider mediation as an independent profession.

This study provides a general assessment of whether mediation should be considered a profession. In evaluating mediation from a professional perspective, both theoretical explanations in the literature and in-depth face-to-face surveys conducted with practicing mediators have been utilized. Through face-to-face in-depth interviews with 30 participants in Istanbul, Turkey, it has been attempted to determine whether mediators view mediation as a profession and/or what factors influence their acceptance or non-acceptance of it as a profession. The findings from the survey indicate a view towards recognizing mediation as a profession and that the fundamental criteria for this recognition align with the "basic elements determining whether an activity is considered a profession" as defined in doctrine. Thus, the theoretical approaches in literature and the survey results with practicing mediators are consistent in nature.

The significance of evaluating mediation as a profession may be questioned. Recognizing mediation as a profession is crucial for protecting the profession, enhancing its prestige, and its recognition. Additionally, the active use of mediation, which is a dispute resolution method with an international dimension, in resolving disputes with foreign elements makes the recognition of mediation and its acceptance as a profession more meaningful. Furthermore, recognizing mediation as a profession would also offer the advantage of professional liability insurance, which serves as a protective factor against potential material and moral damages that a mediator could cause to disputing parties or third parties while performing their duties as a mediator.

With the enactment of the law in 2012, mediation was incorporated into our legal system and began to be actively implemented in 2013. Over the past twelve years, significant developments have occurred in mediation practice, particularly with the acceptance of mandatory (pre-litigation) mediation in 2017, which has made it more widely known. The expansion of mandatory mediation to different types of disputes year by year has increased the field of application, making mediation more attractive and leading to a rise in the inclination to become a mediator compared to previous periods. Today, with approximately sixteen thousand mediators and a continuously increasing number, it is possible to say that mediation is a rapidly rising new profession.

## Giriş

Arabuluculuk gün geçtikçe ivmesi artan ve tercih edilen bir alternatif uyuşmazlık yöntemidir. Nitekim Arabuluculuk Daire Başkanlığının uyuşmazlık çözümlerine ilişkin yayınlamış olduğu veriler bu ifadeyi doğrular mahiyettedir. Böylesi artış gösteren ve uyuşmazlık çözümünde tercih edilen bir yöntem doğal olarak beraberinde arabulucu olma popülaritesini arttırmakta ve hukuk mezunları tarafından tercih edilen bir meslek haline gelmektedir. Özellikle son yıllarda yapılan arabuluculuk sicile kayıt için gerekli olan mesleki sınavlar ve aktif olarak arabulucu sayısındaki artış, arabuluculuğun ilerleyen süreçte daha da rağbet göreceğine işaret etmektedir.

Arabuluculuk alanında bu yönde gelişmeler yaşanırken arabuluculuğun bir meslek olup olmadığı -en azından Türkiye uygulamasında- doktrinde tartışılmaktadır. Bir kısım görüş, arabuluculuğun tek başına meslek olmadığını, ancak avukatlık yanında yapılan bir yan uğraş olduğunu ileri sürerken<sup>1</sup> bir kısım görüş ise, arabuluculuğun başlı başına bir meslek olduğunu belirtmektedir<sup>2</sup>. Doktrindeki bu görüş ayrılığı üzerine arabuluculuğun mesleki açıdan değerlendirilmesi çalışmada inceleme konusu yapılmış, meslek olup olmadığı ve nedenleri incelenmiştir. Çalışmada sadece teorik açıdan değerlendirme yapılmamış aynı zamanda uygulayıcı arabulucularla yapılan anket çalışmasının verilerine yer verilerek, pratikte arabuluculuğun meslek olarak değerlendirilip değerlendirilmediği de ele alınmıştır.

## I. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak "Arabuluculuk"

Uyuşmazlıkların çözümü isteği, insanlığın var olduğu süreç boyunca söz konusu olmuştur. O nedenlerdir ki, uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin -bu yöntemlerden biri olan arabuluculuğun<sup>3</sup>- insanlık tarihi kadar eski olduğu söylenebilir. Yaşanan bir uyuşmazlığın giderilmesi söz konusu olduğunda bilinen en yaygın yöntemin yargı organları vasıtası ile giderilen yöntem olduğudur. Yargı yolu dışındaki tüm uyuşmazlık çözüm yöntemlerini alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) yolu olarak adlandırmak kanımızca isabetli olacaktır.

AUÇ yöntemi bir üst başlık olup, bu başlık altında farklı özelliklere sahip yöntemler bulunmaktadır<sup>4</sup>. Farklı özellikler barındıran türler olsa da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmalarından ötürü ortak bazı unsurların varlığını görmek mümkündür. Bu unsurlar, tarafsız, bağımsız bir üçüncü kişi eşliğinde ya da bizzat tarafların yürüttükleri bir süreç olması, çözümlerini kendilerinin üretmeleri, sürecin tamamen ihtiyarilik (gönüllülük) esası üzerine kurulu olması gibi unsurlardır.

AUÇ yönteminin hızlı, seri, daha az masraflı olması, dostane çözüme katkı sağlaması gibi avantajları bünyesinde barındırması nedeniyle tercih edildiği görülmektedir. Dünya genelinde uygulanan çok

<sup>1</sup> Arabuluculuğun meslek olduğuna dair görüş için bkz. Ömer Ekmekçi vd. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 62.

<sup>2</sup> Arabuluculuğun meslek olduğuna dair görüşler için bkz. Ferhat Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 83 vd.

<sup>3</sup> Arabuluculuğun "geleneksel arabuluculuk" ve "modern arabuluculuk" olarak adlandırıldığı tarihi sürece dair ayrıntılı bilgi için bkz. Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2017), 113; Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2014), 242; Emre Kiyak, *Dönüştürücü Arabuluculuk Problem Çözücü Arabuluculuk İle Uyumlaştırılması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 77.

<sup>4</sup> AUÇ yöntemlerine örnek olarak; Kısa duruşma (*mini trail*), tarafsız ön değerlendirme (*early neutral evaluation*), vakıaların saptanması (*fact finding*), müzakere, uzlaştırma, tahkim, arabuluculuk tahkim (*mediation-arbitration/ Med-Arb*) gibi.

sayıda AUÇ yöntemi olmakla birlikte, bu yöntemler içerisinde özellikle son zamanlarda en çok tercih edilenin arabuluculuk olduğu görülmektedir<sup>5</sup>. Özellikle Türk hukuk sistemi açısından genç bir uygulama olmasına karşın Dünyada uzun bir geçmişe sahiptir.

### A. Arabuluculuğun tanımı

Arabuluculuk (*mediation*) Latince ortada olmak, tam ikiye bölmek gibi anlamlara gelen "*mediare*" kelimesinden türemiştir<sup>6</sup>. Yabancı literatür tarafından "*mediation*" ifadesi kullanılmasına karşın, Türk hukukunda "arbuluculuk" ifadesi tercih edilmekte ve kullanılmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuğa dair gerek yasal düzenlemelerde gerek doktrinde farklı tanımlamalara rastlamak mümkündür.

Amerikan Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Danışma Kurulu (*National Alternative Dispute Resolution Advisory Council*) tarafından yapılan arabuluculuk tanımı<sup>7</sup>: "*Arabuluculuk, uyuşmazlık içerisindeki tarafların, uyuşmazlığın içeriğine veya çözümüne ilişkin belirleyici etkisi olmayan, fakat sürece ilişkin olarak tavsiye veya karar verme yetkisi bulunmayan bir uyuşmazlık çözüm önerileri üretilmesi, alternatiflerin değerlendirilmesi ve bir anlaşmaya varılması çabasını içeren bir süreçtir. Diğer bir deyişle arabuluculuk ortaya çıkan bir uyuşmazlık karşısında, tarafların mahkeme yargısına başvurmak yerine, tarafsız bir üçüncü kişi veya kişilerin yardımı ile bu uyuşmazlığı çözmeye konusunda anlaşmaları ile ortaya çıkan yöntemlere verilen addir...*" şeklindedir.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun Kapsamında arabuluculuk tanımlaması<sup>8</sup>: "*...tarafların aralarındaki sözleşme veya mevcut hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıkların barışçıl yollarla ortadan kaldırılması için üçüncü kişi veya kişilerin yardımına başvurulması...*" şeklindedir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun mehzarı olarak da kabul edebileceğimiz Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yöntemlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (*Richtlinie 2008/52/EC des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation im Zivil- und Handelssache*)<sup>9</sup> düzenlemesinde arabuluculuk: "*...arbuluculuk adlandırılma ve başvuru şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı iki ya da daha fazla kişinin gönüllü bir temelde uyuşmazlıklarını çözmek için bir arabulucunun yardımı ile bizzat çaba gösterdikleri yapılandırılmış bir süreç...*" olarak tanımlanmıştır.

6325 sayılı HUAK'ın mehzarlarından sayılan Avusturya Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Federal Kanunu (*ZivMediatG- Zivilrechts-Mediations-Gesetz*) § 1 Abs. 1<sup>10</sup> uyarınca arabuluculuk; "*Taraflar açısından gönüllülük ilkesi merkezli bir faaliyet olmakla, konusunda uzman eğitim almış tarafsız bir*

<sup>5</sup> Bu söylemi destekler mahiyette ABD'de yapılan istatistiksel araştırma neticesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tercihinde yıllar arasında oransal olarak bir artışın varlığı tespit edilmiştir. Veriler şu şekildedir; 1981 yılında tahkim %25, uzlaştırma %26, arabuluculuk ise %91, 1986/87 yıllarına gelindiğinde ise, tahkim %16, uzlaştırma %22, arabuluculuk %93 kalan kısım ise diğer AUÇ yöntemleridir. 1990 yılında yapılan araştırmada ise tahkim %20, uzlaştırma %20, arabuluculuk ise %93, diğer yöntemler ise %7'dir. İstatistiksel bilgi için bkz. Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 88.

<sup>6</sup> Anke Weber, vd. *Etymologie des Begriffes Mediations, Handbuch Mediation*, 1, (Wien: WEKA Verlag, 2012), 1-2; Arabulucu kavramının köken olarak Yunanca olduğu, klasik dönem sonrasında ise Latince'den geliştirilerek, günümüze kadar değişmeden gelen bir terim olduğuna dair açıklamalar için bkz. Roland Fritz vd., *Handbuch zum Mediationsgesetz*, (Hürth: Luchterhand Verlag, 2020), 13; Eva Weiler vd., *Praxisbuch Mediation, Falldokumentationen und Methodik zur Konfliktlösung*, (München: C.H. Verlag, 2020), 1.

<sup>7</sup> Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 23.

<sup>8</sup> UNCITRAL, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, <https://rm.coe.int/uncitral-ticari-tahkim-model-kanunu/1680a72db8> (Erişim 6 Nisan 2024)

<sup>9</sup> Orijinal metin için bkz. Amtsblatt der Europäische Union <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:de:PDF> (Erişim 10 Mart 2024).

<sup>10</sup> Sascha Ferz, *Mediation, Außergerichtliche Streitbeilegung*, (Wien: LexisNexis Verlag, 2023), 1; Ferhat Yıldırım, *Avusturya ve Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 3 ve 17; Karin Sonnenleitner, *Wege aus dem Konflikt Mediation Schlichtung- Gericht*, (Graz: Uni Press Graz Verlag, 2015), 57.



*arabulucu (aracı) vasıtası ile taraflar arasındaki uyuşmazlığın, iletişim sağlanarak herkes tarafından kabul gören bir sistem ve metotlar vasıtasıyla tüm sorumluluğun taraflarda olması koşuluyla hedefe, çözüme kavuşturulmasıdır".*

Alman Arabuluculuk Kanunu (*Mediationsgesetz- MediationG*) § 1 Abs. 1<sup>11</sup>, "*Arabuluculuk güvene dayalı, bir veya birden fazla arabulucu tarafından yürütülen ve tarafların uyuşmazlıklarını çözmeye yarayan bir yoldur.*" şeklinde arabuluculuk tanımı getirmiştir.

6325 sayılı HUAK md. 2, f. 1 (b)'de 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 halinde çözüm önerisi de getirebilen<sup>12</sup> uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımı ile ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi...*" olarak tanımlanmıştır.

Yasal düzenlemelerdeki tanımlamaları çoğaltmak mümkün olmakla birlikte, doktrinde de farklı tanımlamaları görmek mümkündür. Doktrindeki tanımlamalar yapılırken, her bir tanımlamada arabuluculuğa özgü bir ya da birkaç özellik, unsur vurgulanmaya ve kullanılmaya, ön plana çıkarılmaya çalışılmıştır. Özellikle yabancı doktrindeki tanımlamalara göz atmak gerekirse, *Besemer*, uyuşmazlık yaşayan taraflarca kabul edilen tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişinin desteği ile en uygun çözümün tesis edilmesi süreci olarak arabuluculuğu tanımlarken, *Breidenbach* ise, karar verme yetkisi olmayan üçüncü bir kişinin idaresinde ihtiyari olarak mahkeme dışında tarafların uyuşmazlıkları ile ilgili bizzat kendilerinin karar vermelerinin söz konusu olduğu süreç şeklinde tanımlama yapmaktadır<sup>13</sup>. *Goldenberg/ Sanders/ Rogers*'a göre arabuluculuk üçüncü kişi nezaretinde gerçekleştirilen bir süreç olarak tanımlanmıştır. *Roberts* arabuluculuğu, uyuşmazlık yaşayan tarafların karşılıklı konuşarak, iletişim kurarak farklı görüşleri karşılıklı şekilde dile getirdikleri ve bu maksatla da arabulucu ile görüşmeler yaptıkları süreç olarak tanımlamıştır<sup>14</sup>. *Eidenmüller/ Wagner*, arabulucu yardımı ile tarafların uyuşmazlıklarını kendilerinin çözmeye çalıştıkları süreç olarak tanımlamış ve arabuluculuğun özünün taraflarca yapılandırılmış bir süreç olduğunu vurgulamışlardır<sup>15</sup>. *Rabe/ Wode* ise, bir ya da birden fazla arabulucu desteği ile uyuşmazlık yaşayan tarafların aralarındaki bu uyuşmazlığı dostane bir şekilde çözüme gayreti gösterdikleri gizli ve yapılandırılmış süreç olarak tanımlamıştır<sup>16</sup>. *Haynes*, tarafların aralarındaki çatışmaları müzakere ederek, dostane bir çözüm yolu ile gidermeleri ve bu süreçte tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişiden destek aldıkları süreç olarak arabuluculuğu tanımlamıştır.<sup>17</sup> Son olarak *Duss-von Werdt*, arabuluculuğun sadece bir prosedür olmadığını aynı zamanda kişiler arası iletişimin, anlayış ve karşılıklı hoşgörünün de söz konusu olduğu bir süreç olarak ifade etmiştir<sup>18</sup>.

Düzenlemelerin ve doktrinin arabuluculuk tanımlarını külli şekilde ele alarak yorumladığımızda, arabuluculuğu, uyuşmazlık yaşayan tarafların bu uyuşmazlığı kendi aralarında arabulucu adı verilen tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin desteği ve moderatörlüğünde çözmeye çalıştıkları, gizlilik

<sup>11</sup> Orijinal metin için bkz. Bundesministerium der Justiz <https://www.gesetze-im-internet.de/mediationsg/MediationsG.pdf> (Erişim 10 Mart 2024).

<sup>12</sup> 12.10.2017 tarihli 7036 sayılı yasanın 17. maddesi uyarınca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendine "gerçekleştiren" ibaresinden sonra gelmek üzere "*tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen*" ibaresi eklenmiştir. Söz konusu değişiklik için bkz. Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/10/20171025-8.htm> (Erişim 12 Mart 2024).

<sup>13</sup> Sonnleiter, *Wege aus dem Konflikt Mediation Schlichtung- Gericht*, 57.

<sup>14</sup> Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 8-9.

<sup>15</sup> Horst Eidenmüller vd., *Mediationsrecht*, (Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2013), 4.

<sup>16</sup> Christine Susanne Rabe vd., *Mediation Grundlagen, Methoden, rechtlicher Rahmen*, (Heidelberg: Springer Verlag, 2014), 5

<sup>17</sup> Sonnleitner, *Wege aus dem Konflikt Mediation Schlichtung- Gericht*, 57.

<sup>18</sup> Joseph Duss-Von Werdt, *Einführung in Mediation*, (Heidelberg: Carl-Auer Verlag, 2011), 23.

kuralının esas olduğu, kendisine özgü bir takım teknik ve yöntemleri olan dostane çözüm süreci şeklinde tanımlamak mümkün olabilecektir<sup>19</sup>.

## **B. Arabuluculuk sürecinin aktörlerinden: arabulucu, tanımı ve arabulucu olma (sicile kaydolma) koşulları**

### **1. Arabulucu tanımı**

Taraflar, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıkların çözümü noktasında destek aldıkları tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişi olan arabulucunun katılımı ile süreci yürütmektedirler. Tarafsız bağımsız üçüncü bir kişinin katılımı ile uyuşmazlık yaşayan tarafların yer aldığı süreç arabuluculuk, süreci yürüten kişi ise arabulucu olarak adlandırılmaktadır. Arabulucu arabuluculuk sürecinin önemli aktörlerinden biridir. Nitekim Türk hukukunda arabulucu HUAK md. 2, f. 1 (a)'da düzenlenmiştir. İlgili düzenleme gereği arabulucu, "Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi<sup>20</sup>" ifade etmektedir<sup>21</sup>.

İlgili düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, arabulucu olabilmek adına bazı şartların, kriterlerin sağlanması gerekir ki, bu şartlar yerine geldiğinde arabuluculuk sürecini yürütmeye yetkin bir arabulucunun varlığından bahsetmek mümkün olabilsin.

### **2. Arabulucu olma şartları**

Arabuluculuk uygulamasına ve yöntemine dair tek düze kurallar olmakla birlikte, ülkeler arabuluculuk sürecinde yer alacak olan arabuluculara dair münhasır şart ve koşullar belirlemiştir. Söz konusu şart ve koşulların eksiksiz şekilde yerine getirilmesi ilgililerin arabulucu olarak arabulucular siciline kaydını ve arabuluculuk sürecini yasal olarak yürütmesine imkan vermektedir.

Arabulucu olabilmek şartlarının belirlenmesi, özellikle arabuluculuğun meslek olarak değerlendirilmesi açısından ayrı bir önem arz etmektedir. Bu başlık altında da gerek Türkiye'de gerek yabancı ülkelerin uygulamalarında arabulucu olma koşulları ele alınmaktadır.

#### **2.1. Türk ve mukayeseli hukuk düzenlemelerinde arabulucu olma koşulu**

Türk ve yabancı ülkelerin uygulamaları ele alındığında, arabulucu olma (sicile kaydolma) şartlarında farklılıklar olmakla birlikte, birbiri ile örtüşen ortak koşulların da arandığı görülmektedir. Mevcut

<sup>19</sup> Arabuluculuğun tanımına dair benzer tanımlamalar için bkz. Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, 75; Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, 10; Kismet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 23; Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012), 27; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, 13; Monika Oboth vd., *Mediation für Dummies*, (Weinheim: Wiley-VCH Verlag, 2014), 34; Christian Fuchshuber, *Mediation im Zivilrecht, Neue Wege der Konfliktlösung*, (Wien: Lexis Nexis, ARD Orac 2004), 1; Gizem Ersen Perçin, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", *Public and Private International Law Bulletin*, Volume 31, Issue 2, (Eylül 2012), 185; Kent L. Brown, "Confidentiality in Mediation", *Journal of Dispute Resolution*, Volume 1991, Issue 2, (July 1991), 308; Dietmar Knapp, *Grundzüge des Mediationsrechts*, (Wien: Linde Verlag, 2012), 7; Şükran Şıpka, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 6, Sayı 12, (Eylül 2007), 165; Seda Özmmuc, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 276. Caspar Behme, "Rechtliche Grenzen der Konfliktlösung durch Mediation Wirksamkeit der Mediationsvereinbarung, Dispositionsbefugnis der Parteien, Durchführung des Verfahrens", *Deutscher Anwaltsblatt (AnwBl)*, (January 2017), 16; James A. Wall vd., "Mediation A Current Review and Theory Development", *The Journal of Conflict Resolution*, Vol 45/ 3, (June 2001), 375; Martin J vd., *Mediation am Bau- Wirkung und Methode*, (Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag 2022), 3; Ulrich Wanderer, *Mediation Lösungsansätze für Familien-, Erbschafts-Nachbarschafts-, Datenschutz-, und Wirtschaftskonflikte sowie Konflikte im öffentlichen Bereich*, (München, Ernst Reinhardt Verlag, 2019), 15 vd.; Jacob Bercovitch, "International Mediation", *Journal of Peace Research*, Vol. 28, No. 1, (February 1991), 3; Isabell Lutkehaus vd., *Basiswissen Mediation*, (Frankfurt am Main: Wolfgang Metzner Verlag, 2020), 15.

<sup>20</sup> Arabuluculuk görevi sadece gerçek kişi tarafından ifa edilebilir olup tüzel kişiliğin böyle bir yetkisi bulunmamaktadır.

<sup>21</sup> Benzer düzenlemelere mukayeseli hukuk uygulamalarında rastlamak mümkündür. Bkz. §§ 23 ve 24 ZivMediatG hükümleri gibi; Bkz. Almanya'da § 1 Abs. 2 Mediation Gesetz- MediatG "Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt"; Reinhard Greger vd. *Recht der alternativen Konfliktlösung*, (München: C.H. Beck Verlag, 2016), 27, 28.

farklılıklar; ülkelerin siyasi, hukuki ve toplumsal yapılarının gösterdikleri nüans medeniyle söz konusu olmaktadır.

Gerek yerli gerek yabancı ülke mevzuatı resmi arabulucu olarak faaliyette bulunmanın ilgili makamlarca tutulan arabulucular siciline kayıt ile mümkün olabileceğini düzenlemiştir. Nitekim Türk mevzuatı olan HUAK kapsamında da Beşinci Bölüm "*Arabulucular Sicili*" başlığını taşımaktadır. Çalışmanın önceki başlığında da belirtildiği üzere, HUAK md. 2, f. 1 kapsamında arabulucu, "*Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi...ifade eder*" şeklinde tanımlanmaktadır. Yasanın tanımlamasından hareket edildiğinde, arabulucu olabilmek için Bakanlık tarafından tutulan sicile kaydolmak elzemdir. Nitekim HUAK md. 6, f. 1'de bu çıkarımı destekler mahiyettedir. İlgili hüküm "*sicile kayıtlı arabulucular arabulucu unvanının ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptir*" şeklindedir. Ayrıca HUAK md. 20, f. 3 "*Arabulucu sicile kayıt tarihinden itibaren faaliyete başlayabilir*" şeklinde hüküm getirmektedir. Tüm düzenlemeler, arabulucunun fiili olarak arabuluculuk yapabilmesinin ön koşulunun, ilgili makam tarafından tutulan sicile kayıt ile mümkün olacağına işaret etmektedir.

Türkiye'de yasanın getirdiği bu düzenleme çerçevesinde Arabuluculuk Daire Başkanlığı nezdinde Arabulucular Sicili tutulmakta olup, arabulucu olmak için gerekli olan kriterleri yerine getiren arabulucular bu listeye kaydolmaktadır<sup>22</sup>. HUAK md. 30 sicile kaydolma şartlarını ele alan bir düzenleme olup, kimlerin arabulucu olarak görev yapabileceğine dair şartları tahdidi olarak saymaktadır. HUAK md. 30, f. 2 uyarınca, Türkiye'de arabulucu olarak faaliyette bulunabilmek için;

- Türk vatandaşı olmak,
- Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak<sup>23</sup>,
- Tam ehliyetli olmak,
- 26/9/2004 tarih ve 5237sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkum olmamak,
- Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak,
- Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmak gerekir.

HUAK md. 30, f. 2'de tahdidi olarak sayılan şartları yerine getiren kişiler arabuluculuk görevini Türk mevzuatı kapsamında yerine getirilebileceklerdir.

Mukayeseli hukuk açısından arabulucu olma koşulları özellikle mehz kanun olan Avusturya Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Federal Kanunu (ZivMediatG), küçük nüanslar dışında, Türk hukukundaki düzenleme ile benzerlik göstermektedir. Tanımlamalar başlığını taşıyan § 3 Abs. 1(2) ZivMediatG uyarınca arabulucu, "*listeye kaydolmuş...*"<sup>24</sup> olarak tanımlanmaktadır. İlgili düzenleme uyarınca

<sup>22</sup> Güncel arabulucu listesi için bkz. Arabuluculuk Daire Başkanlığı, <https://adb.adalet.gov.tr/home/arabuluculistesesi> (Erişim 20 Nisan 2024).

<sup>23</sup> Buradaki ana kriter hukuk fakültesi diplomasına sahip olmaktır. Diplomaya sahip olan kişi hukuk alanı dışında da çalışıyor ya da çalışmış olabilir. Nitekim Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın 2017 yılına ait istatistiki verilerinde, arabulucular siciline kayıtlı olanlardan 5.632 kişi avukat, 41 kişi hukuk müşaviri, 34 kişi akademisyen, 7 kişi emekli öğretmen, 5 kişi emekli hakim, 1 kişi emekli noter, 1 kişi belediye başkan yardımcısı, 1 kişi uzlaştırmacı ve 1 kişi de tıp doktoru. İstatistik bilgi için bkz. Muhammet Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, (Ankara Adalet Yayınevi, 2018), 119.

<sup>24</sup> § 3 Abs. 1(2) (ZivMediatG "*vom Mediator die Rede ist damit die eingetragene Mediatorin oder der eingetragene Mediator gemeint*". Bkz. Ferz, *Mediation, Außergerichtliche Streitbeilegung*, s. 2.

Avusturya'da (resmi) arabulucu olarak faaliyette bulunabilmek, fiili olarak arabuluculuğu ifa edebilmek, arabulucular siciline kaydolmakla mümkündür.

Avusturya'da arabuluculuk faaliyetinde bulunabilmek için arabulucu siciline kaydolmanın dışında, aranan birtakım şartların da sağlanması gerekmektedir. Nitekim § 9<sup>25</sup> ZivMediatG kapsamında kimlerin arabulucu sicile kaydedilebilecekleri, arabulucu olarak faaliyette bulunabilecekleri tahdidi olarak sayılmıştır. İlgili hüküm gereği arabulucular siciline kaydolabilme şartları:

- 28 yaşını doldurmuş olmak
- Uzmanlık bilgisini haiz olmak
- Güvenilir olmak
- § 19 ZivMediatG kapsamında sorumluluk sigortası yaptırmak,

şeklindedir.

Arabuluculuğa dair Türkiye ve Avusturya uygulamalarından daha farklı bir diğer mukayeseli hukuk uygulamasının Almanya olduğu görülmektedir. Almanya'da, sertifikalı (*zertifizierte*) ve sertifikasız (*einfach*) arabulucu ayrımı yapılmaktadır. Sertifikalı arabulucuların belli bir eğitimden geçmeleri, eğitim akabinde elde edilen sertifika<sup>26</sup> ile arabuluculuk mesleğini yerine getirmeleri söz konusu iken, sertifikasız arabuluculukta; arabulucunun bir eğitim alması söz konusu değildir<sup>27</sup>. Bu ayrım neticesinde Almanya'da arabuluculuğu herkesin yapabileceğini, ancak MediatG kapsamında arabulucuya tanınan hak ve yükümlülüklerin ancak sertifikalı arabulucu ise uygulanabilirliğinin söz konusu olacağı belirtilmektedir<sup>28</sup>. Almanya'da arabulucu olabilmek adına aranan koşullara dair Arabuluculuk Kanunu kapsamında münhasır bir düzenlemenin olmaması, MediatG'yi hem Avusturya düzenlemesi olan ZivMediatG'den hem de Türk düzenlemesi olan HUAK'tan ayırmaktadır.

## 2. Arabuluculuğun meslek olarak değerlendirilmesi

Arabuluculuğa dair getirilen tanımlamalar ve arabuluculuk görevinin yerine getirilmesine dair yasa koyucu tarafından oluşturulan kriterler nazara alındığında, arabuluculuğun bir meslek olarak kabul görüp görmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Arabuluculuğun meslek olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin belirlenmesindeki önem, iki farklı açıdan önem arz etmektedir. İlki, arabulucunun görevini yerine getirmesinde çizilen mesleki sınırlar, sorumluluklar, etik kurallar vs. olup, bu düzenlemeler arabulucunun hem haklarını koruma hem de yükümlülüklerini belirlemede önem arz eden başlıklar olmaktadır. İkinci olarak ise, arabuluculuk sürecine başvuran, uyuşmazlık tarafları açısından bu değerlendirmenin taşıdığı önemdir. Şayet arabuluculuğun bir meslek olarak kabul görmesi söz konusu olacaksa, uyuşmazlık taraflarının arabulucunun mesleğini gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle ileride maruz kalabilecekleri zararlardan ötürü, kendilerini daha güvende hissetmeleri söz konusu olacak, keza arabuluculuğun tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasına da katkı

<sup>25</sup> § 9 ZivMediatG Abs. 1 "Anspruch auf Eintragung in die Liste der Mediatoren hat, wer nachweist, dass er

1. das 28. Lebensjahr vollendet hat,
2. fachlich qualifiziert ist,
3. vertrauenswürdig ist,
4. eine Haftpflichtversicherung nach § 19 abgeschlossen hat."

<sup>26</sup> § 5 Abs. 2 MediatG "6. madde uyarınca mevzuat tarafından belirtilen arabuluculuk eğitimini tamamlayan kimse, sertifikalı arabulucu olarak adlandırılmaktadır." şeklindeki düzenleme ile sertifikalı arabulucunun bir nevi tanımı yapılmaktadır.

<sup>27</sup> Almanya'da arabuluculuk eğitimleri için bkz. Ferhat Yıldırım, "Türk ve Mukayeseli Hukuk Düzenlemelerinde Arabulucu Olabilme Şartları ve Arabulucular Siciline Kayıt", *Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu, Bildiri Tam Metin Kitabı*, Ed. Ali Yeşilirmak ve Diğerleri, (İstanbul: Şenyıldız Yayıncılık, 2020), 492.

<sup>28</sup> Muratcan Bayraktar, "Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış", *İstanbul Barosu Dergisi*, (Temmuz-Ağustos 2015), 169; Tuğsavul Taşpolat, *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, 160.

sağlayacaktır<sup>29</sup>. O nedenledir ki, arabuluculuğun münhasır bir “meslek mi?” yoksa avukatlığın yanında yapılan bir “yan uğraş mı?” olduğunun tespiti önem arz etmektedir.

## A. Genel olarak meslek tanımı ve meslek tanımında gerekli olan kriterler

### 1. Genel olarak meslek kavramı

Meslek kavramına ilişkin farklı tanımlamalar yapılmış olmakla birlikte, bu tanımlamaların ortak bir paydada toplandıklarını görmek mümkündür. Nitekim Türk Dil Kurumu (TDK) tanımına göre meslek, belirli bir eğitim neticesinde kazanılan, sistematik bilgi ve beceriye dayanan, insanlara yararlı mal ya da hizmet üretmek, bunun karşılığında da para kazanmak için yapılan, kuralları önceden belirlenmiş olan iş, şeklinde tanımlanmaktadır<sup>30</sup>.

Doktrinde de meslek tanımlamalarını görmek mümkündür. *Macdonald*, mesleği, “sosyal, kültürel ve ekonomik şartlardan etkilenen teknik özelliklere sahip belirli bir alandaki spesifik işler ve faaliyetler bütünü” olarak ifade etmektedir<sup>31</sup>. *Brown* ise, “mesleğin sanayi toplumlarında kişinin hayatını kazanmak ve geçimini sağlamak için sürekli çalıştığı iş veya fikir alanı” olarak betimlemiştir<sup>32</sup>. *Marshall*, “toplumsal değişimin bir sonucu olarak ev eksenli işlerden ayrılan iktisadi bir rol” olduğundan bahsetmiştir<sup>33</sup>. *Giddens* ise, “sanayi toplumlarında ortaya çıkan insanların üzerinde anlaştıkları iş alanları” olarak tanımlamıştır<sup>34</sup>. Türk doktrininde ise, *Kösekeya* tarafından, bir eğitim ile kazanılan, sistemli bilgi ve beceri gerektiren, kuralları belirlenmiş, karşılığında para kazanmak (geçimi sağlamak) için yapılan iş, şeklinde tanımlanmıştır<sup>35</sup>. *Eryetiş*, kişinin yaşamını idame ettirmesi için yaptığı ve bir eğitim ve çaba neticesinde kişilerin gerçekleştirdiği iş, şeklinde tanımlamıştır<sup>36</sup>. Mesleğe ilişkin tanımlamaları çeşitlendirmek elbette mümkündür.

### 2. Meslek tanımında gerekli olan kriterler

Mesleğe ilişkin yapılan tanımlamalara bakıldığında, benzer kriterlerin kullanıldığı görülmektedir. Bu kriterler meslek tanımının ortaya çıkmasında ve yapılan uğraşın meslek olup olmadığının tespitinde önemli rol oynamaktadırlar. Bir uğraşın meslek olarak tanımlamak, kabul etmek için gerekli olan kriterler nelerdir? sorusuna literatürde sosyologlar tarafından, farklı meslekleşme modellerine ilişkin yanıtlar verildiği görülmektedir.

*Gordon*, bir işin meslek olarak kabul görebilmesi için gerekli unsurları; süreklilik, geçim şekli olması (ücret karşılığı yapılmalı), sistematik bir bilgiye dayanması, mesleğin eğitimi olmalı ve kişisel beceriye dayanması, mesleki davranış standartları, etik kuralların mevcudiyeti şeklinde sıralamaktadır<sup>37</sup>.

<sup>29</sup> Nitekim ZivMediatG’deki arabulucular siciline kaydolma şartları arasında sorumluluk sigortasının yapılmasını zorunlu kılma nedeni de bu amaca hizmet etmekte ve arabuluculuğun bir meslek olarak kabul görüldüğünün dışı yansımaları olarak yorumlanabilmektedir.

<sup>30</sup> Bkz. TDK Sözlük <https://sozluk.gov.tr> (E. T. 20.03.2024).

<sup>31</sup> Mehmet Umut Tuncer, *Türkiye’de Halkla İlişkilerin Meslekleşme Standartları: Akademisyenler ve Uygulayıcılar Üzerinden Karşılaştırmalı Bir Analiz*, (Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2010), 3.

<sup>32</sup> Tuncer, *Türkiye’de Halkla İlişkilerin Meslekleşme Standartları: Akademisyenler ve Uygulayıcılar Üzerinden Karşılaştırmalı Bir Analiz*, 3.

<sup>33</sup> Tuncer, *Türkiye’de Halkla İlişkilerin Meslekleşme Standartları: Akademisyenler ve Uygulayıcılar Üzerinden Karşılaştırmalı Bir Analiz*, 3.

<sup>34</sup> Tuncer, *Türkiye’de Halkla İlişkilerin Meslekleşme Standartları: Akademisyenler ve Uygulayıcılar Üzerinden Karşılaştırmalı Bir Analiz*, 3.

<sup>35</sup> Fatih Kösekeya, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 5.

<sup>36</sup> Muharrem Vedat Eryetiş, “Meslek Seçimi ve Mesleki Rehberlik”, *Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi*, Sayı 44, (Ekim 2016), 10 vd.

<sup>37</sup> Robert Aeron Gordon vd., *Higher Education in Business*, (Columbia University Press, 1959), 73.

*Caplow*'a göre bir işin meslek olarak değerlendirilebilmesi için gerekli unsurları; tam zamanlı bir iş olması, yapılan işin çerçevesinin mevzuatla çizilmiş olması, iş ile ilgili eğitim veren kurumların olması, etik kodların olması, meslek birliği kuruluşlarının olması şeklinde belirtilmiştir<sup>38</sup>.

*Milerson*, literatürde *Caplow* ve *Gordon*'un unsurlarına benzer altı kriteri kabul etmektedir. Bu unsurlar; yetenek, teorik ve pratik eğitim hem teorik hem de pratikte yeterlilik gösterebilme, etik kurallar, kamu yararına hizmet ve meslek örgütleri oluşturabilme şeklindedir<sup>39</sup>.

Literatürdeki meslek unsurlarına ilişkin değerlendirmeler, birbirlerine benzerlik göstermekle birlikte, her bir savunucu bir diğerine nazaran farklı unsuru ön plana çıkartarak mesleğe dair unsurları tespit etmeye çalışsa da netice olarak tüm unsurların belirli başlıklar altında toplandığını görmek mümkündür. Buradan hareketle, meslek tanımında esas olan kriterlerin;

- Uzmanlık
- Eğitim
- Toplumsal Fayda
- Dernekleşme
- Etik

ana başlıkları altında toplamak isabetli olacaktır<sup>40</sup>.

### 3. Arabuluculuk ve meslek tanımına ilişkin belirleyici kriterlerin uyumu

2012 yılında hukuk sistemimize giren arabuluculuk uygulaması gün geçtikçe popülerliğini artırmaktadır. Arabulucu sayısında yaşanan artış bu durumun en önemli verisidir. Yaklaşık on altı bin arabulucu olduğu nazara alındığında, arabuluculuğun yıldızı parlayan bir meslek olduğundan bahsetmek gerekecektir. Ancak bu kaniya varmadan önce meslek tanımı için gerekli olduğunu tespit ettiğimiz kriterlerin arabuluculuk açısından ne denli örtüştüğünü belirlemek isabetli olacaktır.

İlk olarak "uzmanlık kriteri" açısından arabuluculuğu yorumlamak gerekirse, arabuluculuğun bir uzmanlık bilgisi gerektirdiği tartışma götürmemektedir. Arabulucunun sicile kaydı için gerekli şartlar içerisinde her ne kadar hukuk fakültesi mezunu olma şartı aranmış olsa da arabuluculuk özelinde de ayrı bir uzmanlığın gerektiğinden bahsetmek isabetli olacaktır. Arabulucunun arabuluculuk sürecinde uyguladığı kendine özgü teknik ve sistemler uzmanlık gerektiren durumlardır. Arabuluculuk sürecine ilişkin, gerekli olan yanında ayrıca, özel alanlara ilişkin arabuluculuk uygulamasının varlığı da belli bir uzmanlık kriterinin olduğunu bizlere göstermektedir. İlk olarak 2017 yılında yapılan yasa değişikliği<sup>41</sup> ile iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan ihtilaflarda zorunlu arabuluculuk uygulaması ile sistemimize dahil olan uzman arabuluculuk eğitimleri ve bunların sertifikasyonu, alanda uzmanlık gerektirdiğinin bir diğer göstergesidir. Söz konusu uzmanlıklar akabinde ticaret uyuşmazlıklarında<sup>42</sup>, tüketici uyuşmazlıklarında<sup>43</sup> uygulanır hale gelmiş ve bu alanda arabuluculuk faaliyetinde bulunmak isteyen arabulucuların "uzmanlık eğitimi" almaları gerektiği belirtilmiştir. Arabuluculuk Daire Başkanlığı bu temel uzmanlık alanlarının dışında ayrıca özel uzmanlık alanları (enerji, sigorta, spor vs. gibi) da oluşturmuş, bu alanlarda da arabulucuların uzmanlık kazanmalarına imkan sağlamıştır. Uzmanlık kriteri açısından arabuluculuk yorumlandığında bu şartın sağlandığını söylemek mümkündür.

<sup>38</sup> Theodore Caplow, *The Sociology of Work*, (University of Minnesota Press, 1954), 3-8.

<sup>39</sup> Tuncer, *Türkiye'de Halkla İlişkilerin Meslekleşme Standartları: Akademisyenler ve Uygulayıcılar Üzerinden Karşılaştırmalı Bir Analiz*, 9.

<sup>40</sup> Kösekaya, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası*, 5.

<sup>41</sup> 25.10.2017 tarih ve 30221 sayılı Resmi Gazete bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/10/20171025-8.htm> (E. T. 12.03.2024).

<sup>42</sup> 19.12.2018 tarih ve 30630 sayılı Resmi Gazete bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181219-1.htm> (E. T. 20.03.2024).

<sup>43</sup> 28.07.2020 tarih ve 31199 sayılı Resmi Gazete bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200728-14.htm> (E. T. 20.03.2024).

Arabuluculuğun bir meslek olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı tespitinde ele alınacak olan bir diğer kriter "eğitim kriteri"dir. Bu açıdan durum ele alınacak olursa; HUAK md. 20 uyarınca arabulucular siciline kayıt koşulları tahdidi olarak sayılmaktadır. Sayılan bu koşullardan bir tanesi de yapılacak olan yazılı sınavda başarılı olmaktır. Arabulucu adayının bu yazılı sınava girebilmesi ancak ve ancak alınacak arabuluculuk temel eğitimini tamamlaması ile mümkündür. Bir diğer deyişle, arabuluculuk temel eğitiminin tamamlanması, arabuluculuk sınavına girmenin ön koşuludur. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAKY) md. 32 uyarınca arabuluculuk temel eğitime ilişkin ayrıntılı düzenleme getirmektedir. İlgili hüküm uyarınca söz konusu eğitimin teorik ve pratik olarak yapılacağı, derslerin saatleri, derslere devamlılık, yenileme eğitimleri vs. kaleme alınmıştır. Arabuluculuk eğitiminin, sadece arabulucu olmak adına gerçekleştirilecek olan sınavın ötesinde, getirilen yenileme eğitimleri ile süreklilik arz eden bir durum olduğu tartışma götürmemektedir. Arabulucu, sınavı geçse ve sicile kaydolsa dahi, sürekli olarak kendisini güncelleyecek ve süreklilik arz eden eğitime devam edecektir. Arabulucuya getirilen bu yükümlülük mevzuat ile güvence altına da alınmıştır. Verilen eğitim, eğitim içeriği ve konu başlıkları, arabuluculuğa özgü bir eğitimin varlığı, arabuluculuğun farklı bir şekilde konumlanmasını sağlamaktadır. Arabuluculukta eğitim kriterine ilişkin yaptığımız açıklamalar nazara alındığında, meslek kriterlerinden biri olan eğitim unsurunun da sağlandığı görülmektedir.

"Toplumsal fayda" unsuru açısından arabuluculuğu ele aldığımızda, bu unsurun arabuluculuğun oluşturulmasında, felsefesinde ve yasal düzenlemelerin kaleme alınmasında yer aldığını görmekteyiz. Nitekim bu durum 6325 sayılı HUAK'ın gerekçesine ilişkin Adalet Komisyonu Raporlarında " *Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle uyuşmazlıkların çözümü son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmaktadır. Bu yolların geniş kapsamlı ve etkin bir biçimde işlerlik kazanması mahkemelerin iş yükünün azalmasına katkı sağlayacaktır.*" şeklinde belirtilmiştir. Arabuluculuk süreci ile tarafların birbirini anlamaları, empati duygularını geliştirmeleri, iletişimin önemini kavramaları ve sorunlarına yönelik karşılıklı müzakerede bulunarak çözümü bizzat kendilerinin üretme çabasına girmeleri söz konusudur ki bu durum da toplumsal faydaya hizmet etmektedir. Arabuluculuk açısından toplumsal fayda kriterinin varlığından bahsetmek tartışma götürmemektedir.

"Dernekleşme ya da mesleki örgütlenme" de arabuluculuğun meslek olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesindeki bir diğer unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Arabuluculuk Daire Başkanlığı nezdinde arabulucular siciline kayıtlı olarak arabulucular faaliyet göstermektedirler. Arabuluculara özgü, bir avukatlıkta, bir hekimlik mesleğinde olduğu gibi bir oda ya da birlik kurulumu söz konusu değildir. Ancak 2012 yılından bu yana hukuk sistemimizde olan arabuluculuk uygulamasında arabuluculuk dernekleri ve arabuluculuk merkezlerinin kurulması yönünde önemli adımlar atılmış ve geçen on yıllık süreç içerisinde bir hayli yol katedilmiştir. İlerleyen süreçlerde özellikle arabuluculuk merkezlerinin yasal bir zemine dayandırılması hususunda çalışmaların hız alacağı ve yeni düzenlemelerin getirileceği kanaati yüksektir. Dernek ya da mesleki örgütlenme unsuru açısından hali hazırda arabuluculukta bir yapılanma olmasa da bu yönde bir çalışmanın olması ve duyulan ihtiyacın dile getiriliyor olması, bu unsurun da sağlanması ya da sağlanıyor olması açısından önemlidir.

Son olarak ilgili alana özgü "etik" ilkeler ve kodların mevcudiyeti. Her meslek alanında olduğu gibi arabuluculuğun da bir meslek olarak yorumlanması söz konusu olacaksa, etik kurallara ilişkin bir düzenlemenin olup olmadığını nazara almak kaçınılmaz olacaktır. Mesleki etik kuralları, ilgili mesleğe yönelik etik sınırları ve çerçeveyi belirleyen, kurallar bütünüdür. Arabuluculuk özelinde de

Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından Türkiye Arabulucular Etik Kuralları kabul edilmiştir<sup>44</sup>. Türkiye Arabulucular Etik Kurallarının üç temel amaç taşıdığı görülmektedir. Bunlar; arabuluculara mesleklerinin icrasında rehberlik etmek ve yol göstermek, arabuluculuğa başvuran tarafları bilgilendirmek ve onların korunmasını sağlamak, barışçıl bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğa toplum tarafından duyulan kamu güvenini arttırmaktır. Etik kuralların varlığı ve bu etik kuralların hizmet ettiği temel amaçlar nazara alındığında, arabuluculuk açısından bu unsurun da var olduğu, bu açıdan da arabuluculuğun bir meslek olarak kabul görebileceğini söylemek mümkündür.

Türk doktrininde arabuluculuğun bir meslek olmadığı, avukatlık mesleği yanında bir yan uğraş olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Arabulucu olmak ve arabulucular siciline kaydolabilmek için gerekli olan koşullardan biri de hukuk fakültesi mezunu olmaktır. Ancak bu şartın, arabuluculuğun avukatlık yanında bir uğraş gibi okunmasına sebep olmaması gerektiği kanısındayız. Dünyadaki arabuluculuk uygulamalarından farklı olarak Türkiye özelinde arabuluculuğun hukuk eğitimi sonrası yapılması arabuluculuğun da diğer hukuk mezunları tarafından yapılabilecek meslek grubu içerisine dahil etmekten öteye gitmemelidir. Hukuk fakültesi mezunu nasıl hakim, savcı, noter olabiliyor ve bu meslekleri yapabilmesi için hukuk fakültesinden mezun olması şart kılınıyorsa, arabuluculuk için de böyle bir şartın getirilmesi, arabuluculuğu ancak ve ancak hukuk fakültesi mezunlarının yapabileceği işler sınıfına dahil edebilir, yoksa avukatlığın bir yan uğraşı olarak kabul edilmesini sağlamamaktadır.

Kaldık ki, arabuluculuğun münhasır bir meslek olarak kabul görmesine imkan verecek birçok argüman bulunmaktadır. Bu argümanların birkaçını sayacak olursak;

- Yasal düzenlemelerde (HUAK ve HUAKY'de) arabuluculuk ve arabulucuya dair tanımlamalara yer verilmiş olması,
- Arabulucu olabilme ve sicile kaydolma şartlarının kendine özgü bir katalog getirmesi ve bunu özel bir yasa olan HUAK'ta kaleme almış olması,
- Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı nezdinde tutulan, kendine özgü bir arabulucular sicilinin olması,
- Arabulucu olabilme için aranan kriterlerden biri, ilgili kurumlardan arabuluculuk eğitimi almış olma ve bu eğitim neticesinde gerçekleşen sınavdan başarılı olunması,
- Arabuluculuk mesleğine özgülenen Türkiye Arabulucular Etik Kurallarının düzenlenmiş olması,
- Arabulucunun harcadığı emek ve mesainin karşılığı hak kazanacağı olan ücrete yönelik düzenlemeleri içeren ve arabuluculuğa özgülenen Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin varlığı,
- Avukatlık Kanunu (AvK)<sup>45</sup> kapsamında, avukatlıkla bağdaşan işler arasında yasa koyucunun "arabuluculuk" mesleğini saymış olması
- Dava şartı arabuluculuk uygulaması sonucunda tesis edilen ve akabinde de alt türlerle zenginleştirilen uzman arabuluculuk uygulamasının varlığı,
- Mukayeseli hukuk açısından uygulamada var olan ancak henüz Türk hukuk sisteminde olmayan arabuluculuk faaliyetinde bulunabilmek ve sicile kaydolmak için gerekli olan şartların içerisinde mesleki sorumluluk sigortasının aranıyor olması,

halleri tahdidi olmamakla birlikte, arabuluculuğun bir meslek olarak kabul görülmesi gerektiğinin en temel gerekçeleri olarak kabul edilebilir.

<sup>44</sup> Arabulucular Etik Kurallar için bkz. Arabulucu Daire Başkanlığı

<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/13032023103745Türkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallari.pdf> (Erişim 25 Nisan 2024).

<sup>45</sup> Av.K. md. 12, f. 1 (d) uyarınca: "*Hakemlik, arabuluculuk, tasfiye memurluğu, yargı mercilerinin veya adli bir dairenin verdiği herhangi bir görev veya hizmet*".



### **3. Arabuluculuğun meslek olarak kabul görüp görmediği: Uygulamada arabulucuların "Arabuluculuğu mesleki açıdan değerlendirmelerine ilişkin" kısa bir inceleme**

Arabuluculuğun bir meslek olarak kabul görüp görmeyeceğine dair teoriye ilişkin yaptığımız açıklamaların dışında, bizzat uygulayıcı arabulucuların, arabuluculuğu bir meslek olarak kabul etmediklerinin belirlenmesi, çalışmanın tam anlamı ile amacına varması için kıymetlidir. Bu bağlamda tez çalışmamızın konusuna dair yapmış olduğumuz araştırma içerisinde arabuluculara yönelttiğimiz "Arabuluculuk sizce bir meslek midir? Neden?" sorusunun yanıtlarına ve neticede çıkan verilere, yorumlara burada değinmek kanımızca isabetli olacaktır.

Türkiye-İstanbul (Avrupa-Anadolu)'da aktif olarak (ihtiyari-dava şartı) arabuluculuk yapan 30 arabulucu (katılımcı) ile yapılan görüşmelerde kendilerine arabuluculuğu bir meslek olarak görüp görmedikleri sorulmuştur. Katılımcılara yöneltilen bu soru, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, Sigortacılık Doktora programında yürütülen "Arabulucu Mesleki Sorumluluk Sigortası: Bir Uygulama" isimli doktora tezinin araştırma kısmında katılımcılara yöneltilen 10 adet açık uçlu sorulardan bir tanesi olup, makale konusu ile ilintili olduğu için burada sınırlı olarak sonuçlarına ve analizlerine yer verilmiştir.

#### **A. Araştırma yöntemi**

Çalışmada niteliksel araştırma yöntemi tercih edilmiştir. Adalet Bakanlığı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı bünyesindeki resmi arabulucular siciline kayıtlı olan, İstanbul (Avrupa-Anadolu)'da aktif olarak arabuluculuk (ihtiyari- dava şartı) yapan arabulucular araştırmanın analiz birimini ve araştırma evrenini oluşturmaktadır. Çalışmada yeterli sonuca varmak ve analiz yapabilmek adına 30 arabulucu örnekleme yeterli görülmüş ve kendileri ile veri toplama yöntemi olarak derinlemesine görüşmeler yapılmış, on adet açık uçlu soru sorulmuştur. Elde edilen veriler, nitel ve nicel analiz yöntemleri ile değerlendirilmiştir.

#### **B. Veri analizi**

Araştırmada niteliksel araştırma yöntemi kullanılmış aynı zamanda da katılımcıların kavramsallaştırmadaki temel eğilimlerini tespit edebilmek adına içerik analiz yöntemleri kullanılmıştır. Katılımcılarla yüz yüze görüşmeler yapılmış, bu görüşmeler neticesinde elde edilen ses kayıtları deşifre edilerek metin haline getirilmiş ve bu metinlerin incelenmesinde de içerik analizi yöntemi kullanılmıştır. Tematik içerik analizi ile katılımcıların belirli mesajlarını barındıran kelime ve kelime grupları analiz edilerek verilere ulaşılmıştır.

#### **C. Araştırma sonucu**

İstanbul (Avrupa-Anadolu)'da aktif olarak faaliyet gösteren 30 katılımcının (arabulucunun) yer aldığı ve derinlemesine görüşme tekniği kullanılarak kendileri yöneltilen açık uçlu sorulardan biri olan "Arabuluculuk bir meslek midir? Neden?" sorusuna dair verilen yanıtlar ve bu yanıtlara ilişkin yapılan analizler şu şekildedir;

30 katılımcıdan 26 katılımcı (%83) arabuluculuğu bir meslek olarak gördüğünü ifade etmiş, 4 katılımcı (%13) ise meslek olmadığını belirtmiştir. Katılımcı arabulucuların, arabuluculuğu meslek olarak kabul edilip etmemelerinde belirledikleri kriterler, vurguladıkları temalar nazara alındığında, çalışmanın önceki başlıklarında incelediğimiz ve tespit ettiğimiz meslek için gerekli kriterler ile benzerlik göstermektedir. Arabuluculuğu meslek olarak kabul edenlerin gerekçelerinde, bir uğraşın meslek olarak kabul edilmesinde nazara alınacak genel geçer unsurların dile getirildiği görülmekte iken, meslek olarak kabul görmeyenlerde, ana faktörün elde edilen kazancın geçimi sağlayacak derecede yeterli olmadığı, şeklinde dile getirilmiştir.

**Tablo 1.** "Arabuluculuk Bir Meslek Midir?" Sorusuna İlişkin Yüzdeler Dağılımı

Arabuluculuğu Meslek Olarak Gören		Arabuluculuğu Meslek Olarak Görmeyen	
Katılımcı Sayısı	Oran	Katılımcı Sayısı	Oran
26	%83	4	%13

Katılımcılar öncelikle arabuluculuğu meslek olarak tanımlarken, "arabuluculuk mesleğinin farklı teknikler uyguluyor" olması noktasına dikkat çekmektedirler. Katılımcılar, arabuluculuk mesleğinin özellikle avukatlıktan farklı olduğunu, avukatlık ve arabuluculuk mesleğini aynı anda yürüten katılımcıların, avukatlıkta kullandıkları teknikleri arabuluculukta kullanamadıklarını, o nedendir ki, arabuluculuğun avukatlıktan farklı bir meslek olarak kabul görmesi gerektiğini dile getirmişlerdir. Keza, arabuluculuğun farklı teknikler kullanılan, kendine özgü bir yol olması HUKAK kapsamında da vurgulanmaktadır. Katılımcı arabulucuların, arabuluculuğu meslek olarak görmelerinde vurguladıkları bir diğer nokta ise, arabulucu olabilmek için "kendine özgü bir eğitim sürecinin olması" ve bu eğitim sürecinin tamamlanması akabinde de "özel sınava tabi tutulma" gösterilmektedir. Özellikle bazı meslek kolları için de o mesleği icra edebilmek için belirli sınavların geçilmesi söz konusu olduğundan, arabuluculuğun da bu meslekler gibi sırf arabulucu olabilmek ve sicile kaydolabilmek adına özel bir eğitim ve sınava tabi tutulmasının arabuluculuğun başlı başına bir meslek olarak kabul edilmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Arabuluculuğun meslek olarak kabul edilmesinde katılımcıların nazara aldıkları bir diğer unsur ise, arabuluculuğun icra edilmesiyle bir "gelir, kazanç elde etmiş olma"larıdır. Meslek kişinin yaşamını idame ettirmesindeki önemli vasıtalarından biridir. O nedendir ki elde edilecek olan kazancı, geliri meslek olup olmadığını nazara alırken bertaraf edebilmek mümkün değildir. Nitekim anket çalışmasında da arabulucular, arabuluculuğu bir gelir, kazanç elde etmeleri gerekçesi ile meslek olarak görmekte olduklarını belirtmişlerdir. Arabuluculuğun kendine özgü "etik kurallarının olması" katılımcılar tarafından vurgulanan bir diğer unsur olmuştur. Katılımcılar, bir meslekten bahsedebilmek için, o mesleğe özgü meslek etik kurallarının olması gerektiğini, böylece hem mesleği icra edenlere rehber olması hem de mesleğin toplumdaki saygınlığının ve itibarının sağlanmasının mümkün olabileceğine dikkat çekmiştir. Nitekim çalışmamızın önceki başlıklarında, Türkiye'deki arabulucular için de Arabuluculuk Daire Başkanlığı nezdinde Türkiye Arabulucular Etik Kurallarının belirlendiğinden bahsetmiştik. Etik kurallara dair düzenlemelerin olması özellikle çalışmaya katılan arabulucular açısından da arabuluculuğun meslek olarak kabul edilmesi gerektiğinin bir gerekçesi olarak bildirilmiştir. Arabuluculuk faaliyetini yerine getiren arabulucunun, "emeğinin karşılığını vergilendirmek zorunda olması" da katılımcılar tarafından arabuluculuğun meslek olarak kabul edilmesindeki bir neden olarak gösterilmiştir. Arabulucuların pratikte, ayrı bir makbuz kemeleri ve kazançlarını vergilendirmeleri yükümlülüğünün olması, vergi kayıtlarının olması, arabuluculuğun bir meslek olarak kabul edilmesinin doğal sonucu olarak belirtilmiştir. Katılımcılara göre arabuluculuğun meslek olup olmadığını belirleyici son kriter ise, "arabuluculara özgü bir sicilin tutuluyor olması"dır. Sadece bu sicile kayıtlı olanların arabuluculuk faaliyetinde bulunabilmesi, arabuluculuğu bir meslek olarak görmede önemli bir neden olarak yorumlanmaktadır.

Anket çalışmasında yer alan katılımcılar tarafından kullanılan ve tekrar edilen unsurların sayısını ve yüzdeler oranlarını tabloya dönüştürdüğümüzde şu veriler karşımıza çıkmaktadır.

**Tablo 2-** Arabuluculuğu Meslek Olarak Tanımlamada Kullanılan Unsurlar

Unsurlar	İfadeyi Kullanan Katılımcı Sayısı	%
Avukatlık mesleğinden farklı tekniklerin uygulanıyor olması	19	36.54
Kendine özgü bir eğitiminin ve sınavının olması	11	21.15
İcra ederken gelir elde edilmesi	8	15.38
Kendine özgü temel şartlarının olması	6	11.54
Etik kuralları olması	3	5.77
Kendine özgü vergi kaydının olması (ayrı makbuz kesilmesi)	3	5.77
Kendine özgü bir sicilin olması	2	3.85
Toplam	52	100.00

## Sonuç

2012 yılında hukuk sistemimize dahil olan ve aradan geçen on iki yılda oldukça yol alan arabuluculuk uygulaması, özellikle 2017 yılında dava şartı arabuluculuk uygulaması ile daha bilinir kılınmıştır. Akabinde farklı uyuşmazlık türleri için dava şartı arabuluculuk uygulamasının kapsamının genişletilmesi, arabuluculuğu, hukuk fakültesi mezunu 5 yıllık deneyime sahip olan hukukçular açısından da cazip kılmış ve arabulucu olma isteğini ilk uygulanmaya başlandığı zamana oranlara göre yükseltmiştir. Günümüzde on altı bine yakın arabulucu olduğu nazara alındığında, arabuluculuk yıldızı parlayan ve gün geçtikçe de parlayacak yeni bir meslek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk uygulamasında yabancı uygulamalardan farklı olarak, arabuluculuğun sadece hukuk fakültesi mezunları tarafından yapılabiliyor olması, doktrinde de çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Nitekim ileri sürülen görüşlerden biri de, arabuluculuğun sadece hukukçular tarafından yapılıyor olması ve arabuluculuk mesleğinin avukatlar tarafından ifa ediliyor olmasından hareket ederek, arabuluculuğun bir meslek olmadığını, avukatlık yanında bir yan uğraş olduğu şeklindedir. Arabuluculuğun meslek olmadığına dair görüşün argümanları isabetli olmayıp, arabuluculuğun bir yan uğraş olarak kabul edilmesi isabetli olmayacaktır. Hem mesleğe dair kriterler dikkate alındığında hem de bu kriterlerin bizzat arabuluculuk mesleği özelinde sağlaması yapıldığında, karşılık bulduğu net şekilde görülmektedir. Bunun yanında, uygulayıcı arabulucularla yapılan görüşmeler, arabulucuların bizzat yaptıkları işi başlı başına bir meslek olarak gördüklerini ve bu söylemlerini destekler mahiyette arabuluculuk mesleğini tanımlarken kullandıkları unsurların genel geçer meslek unsurları ile örtüştüğünü, göstermektedir. Tüm bu açıklamalardan hareket ederek arabuluculuğun bir meslek olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Arabuluculuğun meslek olarak değerlendirmesinin önemi, arabuluculuk mesleğinin korunması, saygınlığının, tanınırlığının artması hususlarında kendisini göstermektedir. Özellikle arabuluculuk gibi uluslararası arenada karşılık bulduğu nazara alındığında, meslek olarak kabulünün önemi bir kez daha anlaşılabilir. Bahsedilen hususların yanında, meslek olmanın meslek mensuplarına getirdiği avantajların arabuluculara sağlanması, ayrıca mukayeseli hukuk uygulamalarında var olan arabulucu mesleki sorumluluk sigortası gibi sadece bu alana özgü mesleki risklere karşı koruma sağlayan çeşitli enstrümanların kullanımı, diğer önemli getiriler olarak ifade edilebilir.

Bu çalışma ile, arabuluculuğun meslek olarak genel bir değerlendirilmesi yapılmıştır. Arabuluculuğun mesleki açıdan değerlendirilmesinde hem literatürdeki açıklamalar teorik olarak irdelenmiş hem de arabulucularla görüşme gerçekleştirerek bir veri elde edilmiş, veriler analiz edilerek bir sonuca varılmıştır. Literatürdeki açıklamalar, mesleğe dair belirtilen kriter ve unsurlar ile uygulamadan arabulucuların katılım sağladığı araştırma nihayetinde elde edilen veriler üzerinde yapılan analizlerin benzerlik gösterdiği tespit edilmiştir.

## Kaynakça

- Amtsblatt der Europäischen Union <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:de:PDF> Erişim 10.03.2024.
- Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Güncel Arabulucular Listesi, <https://adb.adalet.gov.tr/home/arabuluculistes> Erişim 20.04.2024.
- Arabulucu Daire Başkanlığı Etik Kuralları, <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/13032023103745Türkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kuralları.pdf> Erişim 25.4.2024.
- Bayraktar, Muratcan. "Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış", *İstanbul Barosu Dergisi*, (Temmuz- Ağustos 2015), 151- 173.
- Behme, Caspar. "Rechtliche Grenzer der Konfliktlösung durch Mediation Wirksamkeit der Mediationsvereinbarung Dispositionsbefugnis. der Parteien, Durchführung des Verfahrens", *Deutscher Anwaltsblatt (AnwBl)*, München (Januar 2017), 16- 22.
- Bercovitch, Jacob. "Internatonal Mediation", *Journal of Peace Research*, Vol. 28, No. 1, (February 1991), 3- 6.
- Brown, Kent L. "Confidentiality in Mediation", *Journal of Dispute Resolution*, Volume 1991, Issue 2, (July 1991), 307- 334.
- Bundesministerium der Justiz <https://www.gesetze-im-internet.de/mediationsg/MediationsG.pdf> Erişim 10.03.2024.
- Caplow, Theodore. *The Sociology of Work*, University of Minnesota Press, 1954.
- Duss-Von Werdt, Joseph. *Einführung in Mediation*, Heidelberg: Carl-Auer Verlag, 2011.
- Dür, Orhan. *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, Ankara: Adalet Yayınları, 2017.
- Eidenmüller, Horst vd. *Mediationsrecht*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2013.
- Ekmekçi, Ömer Vd. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Erol, Muhammet. *Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması*, Ankara Adalet Yayınevi, 2018.
- Ersen Perçin, Gizem. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", *Public and Private International Law Bulletin*, Volume 31, Issue 2, (Eylül 2012), 177- 201.
- Eryetiş, Muharrem Vedat. "Meslek Seçimi ve Mesleki Rehberlik", *Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi*, Sayı 44, (Ekim 2016), 1-17.
- Ferz, Sascha. *Mediation, Außergerichtliche Streitbeilegung*, Wien: LexisNexis Verlag, 2023.
- Fritz, Roland vd. *Handbuch zum Mediationsgesetz*, Hürth: Luchterhand Verlag, 2020.
- Fuchshuber, Christian. *Mediation im Zivilrecht, Neue Wege der Konfliktlösung*, Wien: Lexis Nexis, ARD Orac 2004.
- Gordon, Robert Aeron vd. *Higher Education in Business*, Columbia University Press, 1959.

- Greger, Reinhard vd. *Recht der alternativen Konfliktlösung*, München: C.H. Beck Verlag, 2016.
- Ildır, Gülgün. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Jung, Martin vd. *Mediation am Bauk- Wirkung und Methode*, Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag 2022.
- Kısmet Kekeç, Elif. *Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara: Adalet Yayınları, 2014.
- Kıyak, Emre. *Dönüştürücü Arbuluculuk Problem Çözücü Arbuluculuk ile Uyumlaştırılması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Knapp, Dietmar. *Grundzüge des Mediationsrechts*, Wien: Linde Verlag, 2012.
- Kösekeya, Fatih. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Lutkehaus, Isabell vd. *Basiswissen Mediation*, Frankfurt am Main: Wolfgang Metzner Verlag, 2020.
- Oboth, Monika vd. *Mediation für Dummes*, Weinheim: Wiley-VCH Verlag, 2014.
- Özmumcu, Seda. *Uzak Doğu'da Arbuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arbuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Rabe, Christine Susanne vd. *Mediation Grundlagen, Methoden, rechtlicher Rahmen*, Heidelberg: Springer Verlag, 2014.
- Resmi Gazete, 25.10.2017 tarih ve 30221 sayı  
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/10/20171025-8.htm> Erişim 12.03.2024.
- Resmi Gazete, 19.12.2018 tarih ve 30630 sayı,  
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181219-1.htm> Erişim 20.03.2024.
- Resmi Gazete, 28.07.2020 tarih ve 31199 sayı,  
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200728-14.htm> Erişim 20.03.2024.
- Sonnenleitner, Karin. *Wege aus dem Konflikt Mediation Schlichtung- Gericht*, Graz: Uni Press Graz Verlag, 2015.
- Şıpka, Şükran. "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 6, Sayı 12, (Eylül 2007), 163-175.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. *Türk Hukukunda Arbuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.
- TDK Sözlük. <https://sozluk.gov.tr> Erişim 20.03.2024.
- Tuncer, Mehmet Umut. "Türkiye'de Halkla İlişkilerin Meslekleşme Standartları: Akademisyenler ve Uygulayıcılar Üzerinden Karşılaştırmalı Bir Analiz", *Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Antalya 2010.
- UNCITRAL, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, <https://rm.coe.int/uncitral-ticari-tahkim-model-kanunu/1680a72db8> Erişim 06.04.2024
- Wall, James A. vd. "Mediation A Current Review and Theory Development", *The Journal of Conflict Resolution*, Vol 45/3., (June 2001), 370- 391.

Wanderer, Ulrich. *Praxisbuch Mediation, Falldokumentationen und Methodik zur Konfliktlösung*, München: C.H. Verlag, 2020.

Weber, Anke vd. *Etymologie des Begriffes Mediations Handbuch Mediation*, Wien: WEKA Verlag, 2012.

Weiler, Eva vd. *Praxisbuch Mediation, Falldokumentationen und Methodik zur Konfliktlösung*, München: C.H. Verlag, 2020.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem. *Arbuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Yıldırım, Ferhat. *Avusturya ve Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıkları Arbuluculuk Kanunu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Yıldırım, Ferhat. *Arbuluculuk ve Ombudsmanlık*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Yıldırım, Ferhat. "Türk ve Mukayeseli Hukuk Düzenlemelerinde Arbulucu Olabilme Şartları ve Arbulucular Siciline Kayıt", *Arbuluculuğun Geleceği Sempozyumu, Bildiri Tam Metin Kitabı*, Ed. Ali Yeşilirmak ve Diğerleri, İstanbul: Şenyıldız Yayıncılık, (2020), 63- 87.

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Notu:** Bu çalışma Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, Sigortacılık Anabilim Dalı, Sigortacılık Doktora Programı kapsamında hazırlanmış olan "Arbulucu Mesleki Sorumluluk Sigortası" isimli doktora tezinden türetilmiştir.

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Video Oyunlarında Kullanılan Mikro Ödeme Yöntemlerinin Haksız Rekabet ve Tüketici Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

### *Evaluation of Micro Transactions Methods Used in Games in Terms of Unfair Competition and Consumer Protection Law*

Tayfun Türe 

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi,  
Doktora Öğrencisi  
tayfunoztas@gmail.com



Geliş Tarihi/Received: 02.09.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 18.10.2024  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:  
30.10.2024

**Öz:** Oyun sektörünün gelişmesiyle birlikte, oyunlarda farklı ödeme yöntemleri kullanılmaya başlanmıştır. Son zamanlarda kullanılmaya başlanan mikro ödeme yöntemleri tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Konuyla ilgili olarak, bazı ülkelerde çeşitli değerlendirmeler yapılmaya başlanmıştır. Bu değerlendirmeler genellikle mikro ödeme yöntemlerinin kumar ve bahisle ilgisi olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Ancak, konunun sadece bu açıdan incelenmesi yeterli değildir. Mikro ödeme yöntemlerinin aldatıcı ve saldırgan şekilde sunulması oyuncuların ekonomik refahını ve rekabeti bozucu etkiler doğurabilir. Çalışmada, oyuncuların karşılaşabileceği bu tür tehlikelere yönelik hangi hukuki haklarının olduğu değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, öncelikle video oyunlarının hukuki niteliği ve kapsamı incelenmiştir. Daha sonra, mikro ödeme yöntemleriyle ilgili karşılaşılabilecek hukuki sorunlara yönelik olarak, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerinden ne ölçüde yararlanılabileceği değerlendirilmiştir. Ayrıca, yeri geldiği ölçüde yabancı hukuk sistemlerindeki düzenlemeler ve çalışmalarda incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Mikro Ödeme Yöntemleri, Video Oyunları, Haksız Rekabet, Haksız Ticari Uygulama, Saldırgan Satış Yöntemleri

**Abstract:** The development of the gaming industry has led to the use of different payment methods in games. Micro-payment methods, which have been used recently, have also brought discussions. Various evaluations have started to be made in some countries on the subject. These evaluations are generally centred on whether micro payment methods are related to gambling and betting. However, it is not sufficient to analyse the issue only from this perspective. Deceptive and aggressive offering of micropayment methods may have detrimental effects on players' economic welfare and competition. In this study, the legal rights of players against such dangers are evaluated. In this context, firstly, the legal nature and scope of video games are analysed. Then, the extent to which the provisions of the Law on the Protection of Consumers and the Turkish Commercial Code can be utilised for the legal problems that may be encountered with micro payment methods is evaluated. In addition, the regulations and studies in foreign legal systems have been examined to the extent appropriate.

**Keywords:** Micro Transaction, Video Games, Unfair Competition, Unfair Commercial Practices, Aggressive Commercial Practices

### Extended Abstract

The game industry has attracted attention with its rapid growth and increasing investments in recent years. This development has led game producers to seek maximum profit from a game. For this purpose, various marketing strategies and revenue models have started to be integrated into games. The most common among these methods is the so-called 'micro-payment' systems. The most popular example of micro-payments is loot boxes. However, the widespread use of these applications has also raised concerns about consumer rights and protection.

The powerful position of game producers has the potential to lead to practices that exploit consumers. This is particularly important for vulnerable consumers and children. It is clear that these groups need

**Cite as (ISNAD):** Türe, Tayfun. "Video Oyunlarında Kullanılan Mikro Ödeme Yöntemlerinin Haksız Rekabet ve Tüketici Hukuku Açısından Değerlendirilmesi". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2) (2024), 935-963. <https://doi.org/10.56701/shd.1542034>

more protection. At this point, the question of how the weak consumer should be protected comes to the fore. In order to find a solution to this problem, many countries around the world are carrying out studies on the subject.

The European Union has enacted Directive 2005/29/EC in order to find a solution to this problem. In Turkey, in line with this Directive, Article 62 of the Law on the Protection of Consumers (TKHK) and the Unfair Commercial Practices Regulation (HTUY) have been put into practice. These regulations aim to provide protection to weak players. Furthermore, the unfair competition provisions regulated under Article 54 of the Turkish Commercial Code (TCC) also support this protection.

Micro-payment methods involving deceptive and offensive practices, which are considered as unfair commercial practices, are prohibited. Deceptive acts and deceptive omissions are prohibited under both the EU Directive and the TFEU. For example, although a game is offered free of charge, the fact that its gameplay depends on micro-payments is considered a deceptive practice. Similarly, in-game currencies should not mislead the consumer.

The risky nature and gambling-like characteristics of loot boxes require that they should not be used in a misleading and deceptive manner. Although loot boxes are considered as gambling and betting in some countries, this is not the case in Turkey. However, these practices are considered as unfair commercial practices.

Another important issue is that micro-payment methods constitute offensive commercial practices. Coercion, harassment or undue influence are defined as offensive commercial practices under both the EU Directive and the HTUY. Examples of micropayment methods in games that can be considered as offensive commercial practices are as follows: Creating the perception of critical time, Using offensive expressions, Making it impossible to progress in the game without spending, etc. However, these practices should be evaluated separately in each concrete case. Instead of applying a general prohibition, it would be more appropriate to conduct an impact-based examination that takes into account the characteristics of each micropayment method.

Unfair competition provisions are another legal mechanism to protect players. These provisions provide a broader protection compared to unfair commercial practices. Players who cannot benefit from the protection of the TPL may apply to the unfair competition provisions regulated under Article 54 and following of the TCC, if they meet the necessary conditions. However, in the event that both unfair commercial practice and unfair competition provisions are in question in the same case, the provisions of the TCC should be applied in priority since they are special provisions.

Micropayment practices in the gaming industry pose significant problems in terms of consumer rights and protection. Legal arrangements have been made both at national and international level to solve these problems. However, the rapid development of technology and the gaming industry requires these regulations to be constantly reviewed and updated. For this reason, it is more appropriate to make an evaluation by taking into account the characteristics of each concrete case rather than a stable regulation.

In the future, micro-payment practices in the gaming industry are likely to be more strictly supervised and regulated. In particular, additional measures may need to be taken to protect vulnerable groups such as children and young people. It is also important to clarify the legal status of applications with gambling-like features, such as loot boxes.

Game developers and publishers should be incentivised to design micropayment systems that respect consumer rights and comply with ethical standards. This will both ensure the sustainable growth of the industry and increase consumer confidence.



In conclusion, the issue of micropayments and consumer protection in the gaming industry is a complex issue involving law, ethics and economics. Future research and legal regulations on this issue will be of great importance in terms of protecting consumer rights in the digital age and creating a fair gaming ecosystem. This will serve to protect both the gaming industry and the players.

## Giriş

Teknolojideki gelişmeler, günlük hayatımızdaki rutinleri değiştirmiştir. Akıllı cihazların hayatımızdaki rolü giderek artmakta, bizi onları her aşamada kullanmaya yönlendirmektedir. Özellikle bilgisayar, Playstation, Xbox gibi konsollar ve akıllı telefonlar boş zamanlarımızda video oyunu oynadığımız bir platforma dönüşmüştür. Ortaya çıkan bu devasa pazar karşısında oyunlarda yeni birçok para kazanma yöntemi denenmeye başlanmıştır. Bu yöntemlere uygulamada mikro ödeme yöntemleri ismi verilmektedir. Mikro ödeme yöntemlerinden bazılarının olumlu sonuçları varken, bazıları ise tüketici üzerinde olumsuz sonuçlara neden olmaktadır. Mikro ödeme yöntemlerinin olumsuz sonuçlarıyla mücadele etmek hem oyuncuların hem de oyun pazarının korunması açısından önemlidir. Olumsuz sonuçların giderilmesi için oyuncuların sahip oldukları hukuki imkanların değerlendirilmesi gerekir.

Konuyu net bir şekilde ortaya koyabilmek için çalışmada önce video oyunları kavramı sınırları ve hukuki niteliği belirlenmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede net bir şekilde ortaya konulduktan sonra günümüzde en sık kullanılan oyun içi mikro ödeme yöntemleri sıralanmıştır. Bu yöntemler başlıca oyun içi paralar, oyun içi öğeler, DLC'ler, "pay-to-win" modeli, kara dizayn (*dark pattern*) ve ganimet kutularıdır (*loot boxes*). Ganimet kutularının özündeki şansa dayalı yapısı nedeniyle kumar ve bahisle yakın ilişki içinde olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, bazı ülkelerde ganimet kutuları kumar olarak kabul edilip yasaklanmıştır. Ülkemizde ganimet kutularının kumar olarak değerlendirilemeyeceği görüşü baskındır. Fakat, oyun yapımcıları tarafından kullanılan sömürücü ve aldatıcı para kazanma yöntemlerine karşı oyuncular korunmalıdır. Özellikle, çocukların ve savunmasız grupların bu tür yöntemlere karşı daha çok korunması gerekir. Bu koruma ise oyun sektörünün özü olan inovasyonu ortadan kaldırmamalı, oyun sektöründeki tüm katılanlar açısından bir denge sağlamalıdır. Dengenin sağlanması açısından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) ile Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (HTUY) ve Türk Ticaret Kanunu (TTK) yol göstericidir. Anılan kanunların getirdiği korumalar karşısında oyuncular, güçlü konumda olan oyun yapımcılarına karşı bir koruma elde etmektedir. Bu korumaların kapsamı incelendikten sonra çalışmamızda, korumanın yeterli olup olmadığı değerlendirilmiştir.

## I. Genel Olarak Video Oyunları ve Oyunlarda Kullanılan Oyun İçi Mikro Ödeme Yöntemleri

### A. Video oyunları kavramı, kapsamı ve hukuki niteliği

Günümüzde oyunlar mobil oyun, bilgisayar oyunu, konsol oyunu gibi farklı kavramlarla ifade edilmektedir. Bu kavramlar oynandığı bilgisayar, oyun konsolu ya da akıllı telefon platformlarından ismini alır. Video oyunu kavramı ise mobil oyunlar, bilgisayar oyunları ve konsol oyunlarını da kapsayan üst kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>1</sup>. Doktrinde *Uysal*<sup>2</sup> ise bilgisayar oyunu kavramının

<sup>1</sup> Muhammed Afif Kaya, *Video Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Korunması* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2018), 3; Elanur Karimov, "Bilgisayar (Video) Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Korunmasında Uygun Eser Kategorisi Sorunu", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 7/1 (Haziran 2021), 95.

<sup>2</sup> Emin Hamdi Uysal, *Fikri Mülkiyet Hukukunda Bilgisayar Oyunlarının Korunması* (Ankara: Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2021), 4. Bu görüş, *Playstation, Xbox* gibi oyun konsollarının ve hatta akıllı telefonların özünde bir bilgisayar olduğunu ve bu nedenle tüm bunların genel olarak bilgisayar oyunu olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

kullanılması gerektiğini düşünmektedir<sup>3</sup>. Uygulamada ise daha çok video oyunu teriminin tercih edildiği görülmektedir<sup>4</sup>.

Video oyunları kavramı ve bu kavramın sınırları çalışmamız açısından önemlidir. Bu kavrama yönelik doktrinde farklı tanımlar yapılmış olsa da<sup>5</sup>, tanımların ortak noktası bir kullanıcı arayüzü kullanması, oynanabilmesi için bir cihaza ihtiyaç duyması, interaktif (etkileşimli) bir yapıda olması ve nihayet görüntü ve ses öğelerinden oluşması şeklinde sayılabilir. Bu açıdan video oyunlarını kanımızca, “*Ses, görüntü ve bilgisayar kodlarından oluşan, oyuncuların gösterilen görsellerle bir etkileşime girdiği ve bu sayede oyunu yönlendirebildiği dijital eserler*” şeklinde tanımlamak mümkündür.

Video oyunları birçok farklı elementi bünyesinde barındırır. Genelde teknik unsurlar üzerine inşa edilmiş olsa da karakterler ve senaryoda bulunmakta, ses ya da ses efektleri ile teknik unsurlar desteklenmektedir<sup>6</sup>. Doktrinde<sup>7</sup>, bir video oyunundan bahsedebilmek için şu unsurların bulunması gerektiği belirtilmiştir; 1. Ses unsurları (müzik besteleri, ses kayıtları, ses, içe aktarılan ses efektleri, dahili ses efektleri), 2. Görsel unsurlar (fotoğraf görüntüleri, hareketli görüntüler, animasyon ve metin) ile son olarak 3. Bilgisayar kodları (oyun motorları, yardımcı kodlar, eklentiler ve yorumlar). Video oyunlarının bu denli farklı unsurları bünyesinde barındırması, oyunların hukuki anlamda bir eser olup olmadığı tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Hukuki anlamda eser kavramı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) m. 1/B’de düzenlenmiş olup “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*” tanımlamaktadır<sup>8</sup>. Bu açıdan eser kavramı sınırlı sayıda olup, bunlar FSEK m.2’de düzenlenen *ilmi ve edebi eserler*, m. 3’te düzenlenen *musiki eserler*, m. 4’te düzenlenen *güzel sanat eserleri* ve son olarak m.5’te düzenlenen *sinema eserleridir*. Günümüzde sıkça tartışılan *multimedya eserler* ise tek başına eser olarak kabul

<sup>3</sup> Aksi görüş için bkz. Selva Kaynak Koç - Mete Tevetoğlu, “Bilgisayar Oyunlarının Telif Hakkı Korumasından Yararlanması”, *Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 8/30 (Temmuz 2012), 57; Kaya, *Video Oyunları*, 4.

<sup>4</sup> Konsol oyunları, bilgisayar oyunları ve mobil oyunların farkları ve avantajlı yönleri için bkz. David Greenspan vd., “Video Games and IP: A Global Perspective” (Erişim 25 Ağustos 2024).

<sup>5</sup> Doktrinde Kaya, video oyunlarını “*Bilgisayar yahut diğer elektronik cihazlar üzerinde (Xbox, Playstation, Nintendo gibi konsollar veya telefonlar yahut PS Vita gibi el konsolları) oynamak amacıyla geliştirilmiş, oyun cihazına bağlı elektronik birtakım araçlar ve bir arayüz yardımıyla etkileşime girilen, etkileşim sonucunda hareketli görüntülerin ortaya çıktığı ve görsel imgelerin yansıtıldığı interaktif yapıdır*” şeklinde tanımlamıştır. (Kaya, *Video Oyunları*, 5); Kaynak Koç/Teveoğlu ise video oyunlarını, “*bir video cihazı ile görsel geri bildirim oluşturmak için kullanıcı arayüzleri ile etkileşimi içeren elektronik bir oyun*” şeklinde ifade etmektedir. (Kaynak Koç - Tevetoğlu, “Bilgisayar Oyunlarının Telif Hakkı”, 57); Crawford ise bilgisayar oyunlarını, “*pek çoğu canlandırılmış grafiklerle desteklenmiş, el göz koordinasyonuna dayanan pek çok türü olan oyunlar*” şeklinde ifade etmiştir (Chris Crawford, *The Art of Computer Game Design* (Berkeley, California: Osborne/McGraw-Hill, 1984), 3-4); Çelik ise “*Video oyunları; bilgisayar, telefon veya oyun konsolu gibi bir araçla oynanan, görsel nitelikleri olan ve oyuncuyla arasında interaktif bir ilişkinin söz konusu olduğu oyunlara verilen genel isimdir*” şeklinde bir tanımlama yapmıştır. (Emin Çelik, “Mobil Oyunların Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/1 (31 Ocak 2023), 140); Uysal ise konuya ilişkin “*Bilgisayar oyunu, herhangi bir görüntü aktarım ortamı ile görsel geri bildirim çıkarmak için kullanıcı arayüzleri ile etkileşimi içerebilen, bilgisayar programı tarafından yönetilen ve böylece bilgisayar programının arka planda kaldığı fakat görüntü ve/veya ses olarak oluşan sonuçların görüntü aktarım ortamı ile ses iletim ortamı üzerinde biçimlendiği; eğlendirici, yetenek-zekâ-motor kabiliyet geliştirici, yer yer eğitici, iyi vakit geçirmeye yarayan etkileşimli eğlencelerdir.*” şeklinde bir tanımlama yapmıştır. (Uysal, *Oyun Koruması*, 24); Doğan/Özocak ise, “*oyuncunun elektronik bir sistem veya bilgisayarla kurduğu etkileşim neticesinde oluşan sonucun, ekran veya benzeri bir görüntü sistemi aracılığı ile gösterilmesidir*” şeklinde bir tanımdan hareket etmiştir. (Derya Doğan - Gürkan Özocak, “Dijital Oyunlar, Multimedya Yaratımlar ve Güncel Hukuki Problemler”, (Haziran 2013), 3); Son olarak Yetiş ise konuya yönelik olarak “*Video oyunu; oyuncuların bir video ekranındaki görüntüleri kontrol ettiği elektronik bir oyun*” olarak tanımlamaktadır. (Hakan Yetiş, *Video Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi* (İzmir: İzmir Ekonomi Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2021), 1).

<sup>6</sup> Karimov, “Uygun Eser Sorunu”, 95; Yetiş, *Video Oyunları*, 2.

<sup>7</sup> Andy Ramos vd., *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*. (İsviçre: World Intellectual Property Organization (WIPO), 2013), 8; Yetiş, *Video Oyunları*, 29; Doktrinde Kaya, bu unsura ek olarak interaktiflik unsurunun da mevcut olması gerektiğini ifade etmektedir. (Kaya, *Video Oyunları*, 9-17).

<sup>8</sup> Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK), Resmi Gazete 7981. (05 Aralık 1951), Kanun No. 5846, m. 1/B.

edilmemektedir<sup>9</sup>. Multimedya eserlerinin unsurları incelenerek bir koruma sağlanmaktadır<sup>10</sup>. Bu durum karşısında video oyunları multimedya eser olarak hukuki koruma kapsamında değerlendirilmeyecek, oyunları oluşturan unsurlar açısından ayrı ayrı ele alınarak hukuki korumadan yararlanacaktır. Animasyon, görüntüler ve sesler sinema eseri olarak değerlendirilecekken, arka plandaki algoritmalar ve yazılımlar ise bilgisayar programı (FSEK m.2) olarak değerlendirilecektir<sup>11</sup>.

## B. Oyunlarda kullanılan oyun içi mikro ödeme yöntemleri

### 1. Genel olarak

Video oyunlarının geniş kitlelere ulaşması oyun şirketlerini sürdürülebilir ve daha fazla kazanç elde etme yoluna itmiştir. İnternetin yaygınlaşmasıyla birlikte ortaya çıkan *Steam, Epic Games, Google Play, Apple Store* gibi platformlar da oyunların geniş kitlelere ulaşmasına aracılık etmiştir. Günümüzde yapılan bir çalışmada<sup>12</sup>, ülkemizde 2022 yılında yaklaşık 44 milyon olan oyuncu sayısı, 2023 yılında 47 milyona ulaşmıştır. Bilgisayar, konsol ve mobil sektöründeki toplam harcamalar ise 580 milyon dolar seviyesine ulaşmıştır<sup>13</sup>. Dünya genelinde ise 2023 yılında 2022 yılına göre %9,8 büyüme gösteren sektörün toplam hacmi 26,14 milyar dolar seviyelerindedir<sup>14</sup>. Bu devasa pazara internet aracılığıyla kolayca erişilmesi, oyunlardan daha fazla kar elde etmek isteyen oyun yapımcılarının mikro ödeme yöntemlerini kullanmasına neden olmuştur.

Mikro ödeme yöntemleri genel olarak, özellikle *freemium*<sup>15</sup> oyun modellerinde karşımıza çıkan ve oyun içi para, ekstra oynama süresi, yeni seviyeler veya haritalar, kozmetik ürünler, oyun içi kilitli bir karakter gibi öğelerin gerçek para ya da oyun içi para kullanılarak satın alınmasını ifade eder<sup>16</sup>. Günümüzde, oyunlarda birçok farklı mikro ödeme yöntemi kullanılmaktadır. Bu ödeme yöntemlerine her geçen gün yenileri eklenmektedir. Bu hızlı inovasyon mikro ödeme yöntemlerinin sınırını her geçen gün genişletiyor olsa da bu yöntemlere yönelik olarak doktrinde bazı taksonomiler kullanılmaktadır<sup>17</sup>. Bizim de kabul ettiğimiz sınıflandırmaya göre mikro ödeme yöntemlerini oyunları, *i) Ganimet Kutuları*

<sup>9</sup> Günümüzde multimedya eserleri kavramının eser kategorisinde değerlendirilmemesi birçok sorunu da beraberinden getirdiği yönünde bkz. Kaynak Koç - Tevetoğlu, "Bilgisayar Oyunlarının Telif Hakkı", 59; Multimedya eserleri kavramı ve hukuki niteliği hakkında ayrıca bkz. Doğan - Özocak, "Güncel Hukuki Problemler", 4; Kaya, *Video Oyunları*, 31-39; Enes Durmuş, *Bilgisayar Oyunlarının Türk Hukukunda Korunması* (İstanbul: İstanbul Şehir Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2020), 40-42; Uysal, *Oyun Koruması*, 33-35; Yetiş, *Video Oyunları*, 90-93; Ramos vd., *The Legal Status of Video Games*, 10.

<sup>10</sup> Rauf Karasu vd., *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 87.

<sup>11</sup> Karasu vd., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 99; Kaynak Koç - Tevetoğlu, "Bilgisayar Oyunlarının Telif Hakkı", 72; Doğan - Özocak, "Güncel Hukuki Problemler", 7-8; konunun mobil oyunlar açısından incelenmesi için bkz. Çelik, "Mobil Oyunlar", 140; birçok ülkede video oyunları farklı kategorilerde değerlendirilmektedir. Yabancı hukuk sistemleri incelendiğinde başlıca üç temel yaklaşım olduğu görülür, bunlardan ilki Arjantin, Kanada, Çin, İsrail, İtalya, Rusya Federasyonu, Singapur, İspanya gibi ülkelerin başı çektiği video oyunlarını bir bilgisayar programı olarak gören yaklaşımdır. Diğer temel yaklaşım ise , Belçika, Brezilya, Danimarka, Mısır, Fransa, Almanya gibi ülkelerin kabul ettiği video oyunlarının bir tek eser korumasından ziyade unsurlarına bağlı olarak çeşitli eser korumasından yararlandırıan görüştür. Buna göre edebi, sinema ya da işitsel görsel unsurlar ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Son olarak Güney Kore gibi az bir grup ülkenin benimsediği görüş ise video oyunların görsel-işitsel eserler kategorisinde değerlendirilmesi gerektiğidir. (Ramos vd., *The Legal Status of Video Games*, 11).

<sup>12</sup> "Oyun Sektörü Raporu 2023" 115.

<sup>13</sup> "Oyun Sektörü Raporu 2023", 115.

<sup>14</sup> Jessica Clement, "Online Gaming", *Statista* (Erişim 25 Ağustos 2024).

<sup>15</sup> "Freemium oyun" ifadesi aynı zamanda oynaması ücretsiz şeklinde de ifade edilmekte olup, oyunları indirmenin ve oynamanın ücretsiz olduğu, fakat bazı ek içeriklere ulaşmanın oyun içi satın alımlarla mümkün olduğu oyunları ifade eder. (Sally Gainsbury vd., "Who Pays to Play Freemium Games? The Profiles and Motivations of Players Who Make Purchases Within Social Casino Games", *Journal of Behavioral Addictions* 5/2 (Haziran 2016), 221).

<sup>16</sup> Sebastian Schwiddeßen - Philipp Karius, "Watch Your Loot Boxes! – Recent Developments and Legal Assessment in Selected Key Jurisdictions from a Gambling Law Perspective", *Interactive Entertainment Law Review* 1/1 (Haziran 2018), 18.

<sup>17</sup> Farklı sınıflandırmalar için bkz. Juho Hamari vd., "Why Do Players Buy In-Game Content? An Empirical Study on Concrete Purchase Motivations", *Computers in Human Behavior* 68 (Mart 2017), 540; Elena Petrovskaya - David Zendle, "Predatory Monetisation? A Categorisation of Unfair, Misleading and Aggressive Monetisation Techniques in Digital Games from the Player Perspective", *Journal of Business Ethics* 181/4 (Aralık 2022), 1069; Erin Gibson vd., "The Relationship between Videogame Micro-Transactions and Problem Gaming and Gambling: A Systematic Review", *Computers in Human Behavior* 131 (Haziran 2022), 2; Antonius J. Van Rooij vd., "Behavioral Design in Video Games: A Roadmap for Ethical and Responsible Games That Contribute to Long-Term Consumer Health and Well-Being", *Trimbos Institute, Eindhoven University of Technology & Leiden University for the Dutch Ministry of the Interior and Kingdom Relations* 2/2 (Haziran 2024), 9.

(Lootbox), ii) Oyun içi paralar (in-game currency), iii) Oyun içi öğeler (items), iv) Battle pass, battle season modeli, v) Oyun içi ek paketler (DLC) ve vi) Öde Kazan (Pay to win) – öde atla (pay to skip) şeklinde incelemek mümkündür<sup>18</sup>.

## 2. Ganimet kutuları (loot boxes)

Oyun içi mikro ödeme yöntemlerinden en çok karşımıza çıkan kanımızca ganimet kutularıdır. Ülkemizde ganimet kutuları şans paketleri şeklinde de adlandırılmaktadır<sup>19</sup>. Örneğin, eski ismi “FIFA” olan “EA Sports FC” oyununda ganimet kutuları kart paketleri şeklinde adlandırılmaktadır. Farklı isimlere sahip olsa da ganimet kutularının temel dinamiği oyun içi silah, binek, “skin” (kullanılan öğenin görselinin ve şeklinin değiştirilmesi), yeni oynanabilir karakterler, ek özellikler (skiller) ya da oyun içi para gibi temel öğeleri şansa dayalı olarak sunmasıdır<sup>20</sup>. Bu açıdan ganimet kutularını “her ne isimle adlandırılmış olursa olsun arkasında rastgele bir algoritma ya da çark olan, oyun içi kozmetik ya da yeni oynanabilir öğeler gibi oyundaki temel dinamikleri bulunduran, içinde ne olduğunun yalnızca kutu açılınca öğrenilebileceği oyun içi dinamikler” şeklinde tanımlayabiliriz<sup>21</sup>.

Ganimet kutularının temel dinamiği sadece oyunlara özgü olmayıp bunlar daha önce futbol kartları, koleksiyon kartları gibi farklı şekillerde kullanılmaktaydı<sup>22</sup>. Doktrinde, şansa dayalı bu yaklaşımların kullanımının bazı tehlikeler barındırdığı ifade edilmektedir<sup>23</sup>. Bu tehlikelerden ilki ganimet kutularında kullanılan şansa dayalı temel dinamik istediği öğeyi elde etmek isteyen oyuncunun fahiş harcamalar yapması riskidir. Diğer tehlike çocuklar ve savunmasız grupların bağımlılık riskidir. Son risk ise ganimet kutularının kumar ve şans oyunları ile olan yakın ilişkisidir. Ganimet oyunlarının kumar ve şans oyunu olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği; eğer değerlendirilebilirse lisanslamanın nasıl yapılacağı sorunu da söz konusudur. Konu hakkında öncelikle çözüme kavuşturulması gereken sorun ganimet kutularının kumar ve şans oyunu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Eğer ganimet kutuları bu kapsamda değerlendirilirse oyun yapımcılarına yönelik cezai müeyyide tehdidi söz konusudur<sup>24</sup>. Oynayanlar için ise hukuki anlamda bir kabahat söz konusu olup oyuncular Kabahatler Kanunu m. 34 hükümleri çerçevesinde para cezası ile karşılaşabileceklerdir. Bu açıdan, ganimet

<sup>18</sup> Gibson vd., “Micro-Transactions and Gambling”, 2; Doktrinde Van Rooij vd. ise mikro ödeme yöntemlerini, “i) Öde oyna (Pay-to-Play), ii) Perakende/Kutulu satış(Retail/Box Revenue), iii) Abonelik ve oyun hizmet modeli (Subscription models, games as a service), ve son olarak iv) Oynaması ücretsiz oyunlar (Free-to-Play)”. Oynaması ücretsiz oyunlar ise kendi içinde “a) mikro ödemeler (microtransactions), b) Kazanmak için öde (Pay-to-win), c) Season pass modeli, d) Veriye dayalı model-Veri erişim modeli (Data-driven/data-for-access revenue models), e) Oyun içi video reklamlar (in-game video advertisements) ve son olarak f) oyun içi reklam ve ürün yerleştirme” modelleri şeklinde bir ayrıma da tabi tutmuştur. (Van Rooij vd., “Behavioral Design in Video Games”, 9); Öde oyna modeli ve perakende/kutulu satış modelleri ise oyunların oynanmasından önceki aşamayı ifade etmektedir. Bu modellerde oyuncuların, oyunu oynamak için mutlaka oyunu satın almış olmaları gerekir ve dolayısıyla oyun içi ödeme yapmazlar. Bu nedenle bu modeller, oyun içi ödeme konusunu inceleyen çalışmamız kapsamı dışında kalmaktadır.

<sup>19</sup> Mahmut Enes Ağca, “Y ve Z Kuşağına Ait Oyuncuların Dijital Oyunlardaki Şans Paketlerine İlişkin (Loot Box) Değerlendirmelerini Tespit Etmeye Yönelik Bir Araştırma: FIFA Ultimate Team Örneği”, *TRT Akademi* 7/16 (Eylül 2022), 1006; Serra Sezgin - Sarphan Uzunoğlu, “Loot Box Ekonomisi ve Dijital Karaborsalar: Fifa Örneği”, *The Journal of Social Science* 6/11 (Şubat 2022), 125.

<sup>20</sup> Schwidessen - Karius, “Gambling”, 18.

<sup>21</sup> Aynı yönde tanımlarlar için bkz. Schwidessen - Karius, “Gambling”, 18; Sworup Behuria, “Microtransactions as a Business Model in Video Gaming Industry: Its Comparison with Traditional Model and Effect on Other Industries”, *SSRN Electronic Journal*, (Nisan 2023), 13; Sezgin - Uzunoğlu, “Loot Box Ekonomisi”, 130; Mark D. Griffiths, “Is The Buying of Loot Boxes in Video Games a Form of Gambling or Gaming?”, *Gaming Law Review* 22/1 (Şubat 2018), 52; Vladimir Kovšca vd., “The Impact of Microtransactions on the Development of Computer Game Business Models”, *EMC Review - Časopis Za Ekonomiju - APEIRON* 26/2 (Ekim 2023), 463; Ahmet Abut, “Haksız Ticari Uygulama Kavramı Perspektifinden ‘Loot Box’” (22 Ekim 2021).

<sup>22</sup> Mete Tevetoglu, “Eski ama Eskimeyen Bir Tartışma ‘Loot Box’”, *Tevetoglu Legal* (Erişim 25 Ağustos 2024).

<sup>23</sup> Federal Trade Commission FTC, “FTC Video Game Loot Box Workshop”, (Ağustos 2020), 3-4; Abut, “Loot Box” (Erişim 25 Ağustos 2024); Sezgin - Uzunoğlu, “Loot Box Ekonomisi”, 125.

<sup>24</sup> TCK madde 228’de kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu düzenlenmiştir. Madde hükmü “(1) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi halinde üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden onbin güne kadar adli para cezasına hükmolünür.” şeklindedir. Kumar ve bahis hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Eren Erkin, *Türk Kumar, Bahis ve Şans Oyunları Mevzuatı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 23 vd.

kutularının kumar ve şans oyunu olarak değerlendirilmesi hem oynayan hem de oynatanlar açısından bazı hukuki müeyyideleri beraberinde getirecektir.

Ganimet kutularının kumar ve şans oyunu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda dünyada başlıca üç ana görüş mevcuttur<sup>25</sup>. Bunlar, ganimet kutularının kumar olarak değerlendirilemeyeceği görüşü, ganimet kutularının kumar olduğu görüşü ile bu kutuların belli bir yaş sınırlamasına tabi olması gerektiği görüşüdür. Kabul edilen görüşe göre ganimet kutuları üzerinde farklı hukuki hükümler ve sonuçlar doğacaktır.

İlk görüşü kabul eden ülkelerin başında İngiltere gelmektedir. İngiltere Kumar Komisyonu (*UK Gambling Commission*) ganimet kutularının kumar olarak kabul edilemeyeceğini çünkü bu dinamiklerin oyun içi değer ifade ettiğini ve oyun dışında gerçek hayatta bir değerinin olmadığını belirtmiştir<sup>26</sup>. Fakat, Komisyon bu ögelerin ya da ganimet kutularının para ya da parasal değerlerle oyun dışı bir pazar üzerinden takas edilebileceğini, bu durumda parasal değere sahip olduğunu böyle bir durumun ise İngiliz tüketicilere sunulması için mutlaka lisanslı şekilde yapılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>27</sup>. Danimarka, Finlandiya, Fransa ve İsveç’de benzer şekilde ganimet kutularını kumar olarak değerlendirmemektedir. Buna karşılık, bu ülkelerde sözleşmeler hukuku ve tüketicinin korunması hukuku çerçevesinde değerlendirme yapılmaktadır<sup>28</sup>.

Oyunlarda kullanılan ganimet kutularının kumar olarak değerlendirilmesi gerektiğini görüşünü kabul eden başlıca ülkeler ise Avustralya, Belçika, Hollanda ve Amerika Birleşik Devletleri (Hawaii Eyaleti)’dir. Avustralya Victoria Eyaletinde yasadışı bahis hükümleri çerçevesinde değerlendirilen ganimet kutuları yasaklanmıştır<sup>29</sup>. Belçika ise ganimet kutularının oyunlarda kullanılmasının bırakılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>30</sup>. Bu çerçevede, *Electronic Arts*, *Blizzard* ve *Valve*’den *CS: Go*, *Overwatch* ve *FIFA* gibi oyunlarda ganimet kutuları sistemlerinin kaldırılmasını aksi halde yasadışı bahis nedeniyle beş yıla kadar hapis ve 800 bin euro tazminat ödemesiyle karşı karşıya kalacakları bildirilmiştir<sup>31</sup>. Japonya Tüketici İşleri Ajansı (*The Consumer Affairs Agency in Japan (CAA)*) ise ganimet kutularının bir türü olan “*kompu gacha*” modeline odaklanmıştır. Model, belirli bir büyük ödüle erişebilmek için birden çok farklı ögenin toplanması sistemine dayanmaktadır<sup>32</sup>. CAA, konuyu “*Haksız Primlere ve Yanıltıcı Beyanlara Karşı Mücadele Yasası*” kapsamında ele almış ve yasaklamıştır<sup>33</sup>.

Çin ve Güney Kore gibi ülkeler ise daha çok savunmasız grupların ve küçüklerin korunmasına odaklanmıştır. Bu durum ganimet kutularının kumar olup olmadığı değerlendirmesinden ziyade ganimet kutularının zararlı yönlerini sınırlamaya çalışmaktadır. Anılan ülkeler ganimet kutuları içindeki

<sup>25</sup> Dünya ganimet kutularına yönelik ülkelerin yaklaşımlarının tamamına ilişkin genel bir değerlendirme için bkz. Marco Josef Koeder vd., “*Lootboxes*” in *Digital Games - A Gamble with Consumers in Need of Regulation? An Evaluation Based on Learnings from Japan*, 22nd ITS Biennial Conference, Seoul 2018. Beyond the boundaries: Challenges for business, policy and society (International Telecommunications Society (ITS), 2018) (International Telecommunications Society (ITS), RePEc - Econpapers), 21.

<sup>26</sup> Griffiths, “*Gambling or Gaming*”, 53; Koeder vd., “*Lootboxes*” in *Digital Games*, 17; Schwidessen - Karius, “*Gambling*”, 24; Tevetoğlu, “*Eski ama Eskimeyen Bir Tartışma ‘Loot Box’*”; Abut, “*Loot Box*”.

<sup>27</sup> Koeder vd., “*Lootboxes*” in *Digital Games*, 7, 16 ve 19; Tevetoğlu, “*Eski ama Eskimeyen Bir Tartışma ‘Loot Box’*”; Alexander Mann, “*Pseudo-Gambling and Whaling: How Loot Boxes Pray on Vulnerable Populations and How to Curtail Future Predatory Behavior*”, *Washington Journal of Law, Technology & Arts* 15/3 (2020), 234; Schwidessen - Karius, “*Gambling*”, 23; detaylı bilgi için bkz. Daniel Cermak, “*Micro-Transactions, Massive Headaches: International Regulation of Video Game Loot Boxes*”, *Michigan State International Law Review* 273 (2020), 291-295.

<sup>28</sup> Annette Cerulli-Harms vd., *Loot Boxes in Online Games and Their Effect on Consumers, in Particular Young Consumers* (Luxembourg: Internal Market and Consumer Protection (IMCO), 16 Temmuz 2020), 36.

<sup>29</sup> Alex Walker, “*Victoria’s Gambling Regulator: Loot Boxes ‘Constitute Gambling’*”, *Kotaku Australia* (blog), 22 Kasım 2017.

<sup>30</sup> Koeder vd., “*Lootboxes*” in *Digital Games*, 16; Cermak, “*Micro Transaction*”, 283-291.

<sup>31</sup> Koeder vd., “*Lootboxes*” in *Digital Games*, 17; aynı yönde Tevetoğlu, “*Eski ama Eskimeyen Bir Tartışma ‘Loot Box’*”.

<sup>32</sup> Kiara Hildeman, “*Glorified Gambling: Moral and Legal Issues Within the Gacha Gaming Industry*”, *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, (Ekim 2022); Cermak, “*Micro Transaction*”, 301.

<sup>33</sup> Koeder vd., “*Lootboxes*” in *Digital Games*, 15; Hildeman, “*Glorified Gambling: Moral and Legal Issues Within the Gacha Gaming Industry*”.

belirli bir ödülün kazanılma olasılığının açıklanmasını istemiştir<sup>34</sup>. Somutlaştırmak gerekirse, ganimet kutuları içinde nadir bir ödül olan kılıç ögesinin kazanma olasılığı %1'den daha düşük olabilir. Bu durumun farkında olmayan oyuncular ise ödüle ulaşmak için çok ciddi harcamalar yapabilir. Fakat, ögelerin kazanma olasılıklarının gösterilmesi harcamaları azaltmamıştır. Çin hükümeti ise bu durumu önleyebilmek için günlük oynanabilir oyun sürelerini sınırlamış ve ganimet kutularına yapılacak aylık harcamalara bir kısıtlama getirmiştir<sup>35</sup>. Ayrıca, Çin yayımcılardan doksan gün boyunca kazanma olasılıklarının kaydının tutulmasını istemiştir<sup>36</sup>.

Konunun ülkemiz açısından nasıl değerlendirileceği de önemlidir. TCK kapsamında bir kumardan bahsedebilmek için iki şartın mevcut olması gerekir. Bunlardan ilki kazanç sağlama amacı, diğeri ise kar veya zararın şansa dayalı olmasıdır<sup>37</sup>. Kazanç sağlama amacı maddi bir kazanç yöneldir; manevi kazanç sağlama amacı söz konusu ise kumarın varlığından söz edilememektedir<sup>38</sup>. Ganimet kutularında kar veya zararın şansa dayalı olması unsuru mevcuttur. Asıl incelenmesi gereken ganimet kutularından kazanılan ödüllerin maddi bir kazanç olup olmadığıdır. İngiltere Kumar Komisyonu raporunda maddi kazanç sağlanıp sağlanmayacağı unsurunu oyun içi ögelerin oyun dışında paraya ya da parasal değere sahip unsurlara çevrilip çevrilmeyeceği noktasında değerlendirmiştir<sup>39</sup>. Bu değerlendirme, ülkemiz açısından da uygulanabilir<sup>40</sup>. Konuyu şans oyunları açısından değerlendiren bir görüş, ganimet kutularını "*Milli Piyango Mevzuatı ve Karşılığı Nakit Olmayan Çekilişler Hakkındaki Yönetmelik*" açısından da değerlendirmiş ve ganimet kutularının bu kapsamda değerlendirilmesinin güç görüldüğü sonucuna ulaşmıştır<sup>41</sup>. Bu görüşün dayanağı, yönetmelikte ilan edilen şartların mevcut olması halinde, katılan herkese ikramiye verilmesinin yönetmelik kapsamı dışında değerlendirilmesidir. Ganimet kutularında da böyle bir durum söz konusu olduğu için, ganimet kutularının yönetmelik kapsamı dışında olduğu ifade edilmiştir.<sup>42</sup> Sonuç olarak, ülkemiz açısından ganimet kutularının paraya veya parasal değere dönüştürülme imkanı söz konusu değilse bunları kumar ve şans oyunu olarak değerlendirme imkanı bulunmamaktadır.

Ganimet kutularının kumar ve şans oyunu olarak değerlendirilmemesi, bazı riskler barındırdığı gerçeğini değiştirmemektedir. En başat tehlike, ganimet kutularının beraberinde getirdiği bağımlılık riskidir. Oyuncular arasında bazı nadir ögeler statü göstergesi olarak görülebilmektedir<sup>43</sup>. Oyuncular bu ögeleri elde etmek amacıyla sürekli ve fahiş harcamalar yapabilir. Özellikle, "*kompu gacha*" gibi sistemler oyuncuları sürekli harcama yapmaya yöneltebilir. Bu model, kumar gibi bağımlılık yaratan bir yapıda olup, saldırgan ve sömürücü niteliği haizdir<sup>44</sup>. Bu niteliği hem yetişkin oyuncular hem de savunmasız gruplar ve çocuklar açısından sorunlar doğurmaktadır.

### 3. Oyun içi paralar (*in-game currency*), oyun içi ögeler (*items*), battle pass ve dlc'ler

Oyun içi paralar mevcut oyun dünyasında bir değer ifade eden, kullanılmasıyla oyun içi ögeler alınabilen, fakat oyun dışında herhangi bir değeri olmayan oyun içi değişim araçlarını ifade eder. Uygulamaya bakıldığında *coin*, *altın*, *çip*, *berries*, *şeker*, *kredi puanı* gibi çeşitli isimlerin kullanıldığı

<sup>34</sup> Mann, "Loot Boxes and Vulnerable Population", 235; Cermak, "Micro Transaction", 296.

<sup>35</sup> Mann, "Loot Boxes and Vulnerable Population", 235; Ayrıca, Çin 16 yaş altındaki kişiler için ganimet kutularını yasaklamıştır. (Tevetoğlu, "Eski ama Eskimeyen Bir Tartışma 'Loot Box'").

<sup>36</sup> Koeder vd., "*Lootboxes*" in *Digital Games*, 16.

<sup>37</sup> Hakan Karakehya, "Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan* 19/2 (Aralık 2013), 700; Beşir Babayiğit, "Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 34 (Nisan 2018), 285.

<sup>38</sup> Karakehya, "Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan", 701; Babayiğit, "Kumar Oynama", 286.

<sup>39</sup> Gambling Commission, *Virtual Currencies, Esports and Social Casino Gaming - Position Paper* (Birleşik Krallık: Gambling Commission, 2017), 5.

<sup>40</sup> Abut, "Loot Box".

<sup>41</sup> Tevetoğlu, "Eski ama Eskimeyen Bir Tartışma 'Loot Box'".

<sup>42</sup> Tevetoğlu, "Eski ama Eskimeyen Bir Tartışma 'Loot Box'".

<sup>43</sup> Schwidessen - Karius, "Gambling", 19.

<sup>44</sup> Hildeman, "Glorified Gambling: Moral and Legal Issues Within the Gacha Gaming Industry".

görülmektedir<sup>45</sup>. Oyun içi paraların başlıca tehlikesi, tüketicinin harcadığı miktarın gerçek hayattaki karşılığının farkında olmamasıdır<sup>46</sup>. Bunun dışında, oyunlarda birden farklı oyun içi paranın bulunması da söz konusu olabilir. Örneğin, gümüş parayla farklı oyun içi öğeler alınabilirken, altın para ile farklı oyun içi öğelerin alınabilmesi mümkündür. Böylesi bir durum oyuncularda kafa karışıklığına sebep olabilir ve gerçek işlemin değerini gizleyebilir<sup>47</sup>. Dikkat edilmesi gereken diğer nokta ise oyun yapımcılarının kullandığı aldatıcı yöntemlerdir. Somutlaştırmak gerekirse, oyun içi satın alınabilecek en düşük miktar 200 altın olsun. Oyuncunun almak istediği öğe ise çoğu kez bu miktara çok yakın şekilde seçilmektedir. Satın alma işleminden sonra oyuncunun bakiyesinde bir miktar oyun içi öğe kalmakta, oyuncu bu miktarın israf olmaması için başka harcamalar yapmak zorunda kalmaktadır. Bu durum, oyun yapımcıları tarafından karı maksimize etmek amacıyla, oyuncuları harcama yapmaya teşvik edecek şekilde kurgulanmıştır<sup>48</sup>.

Oyun içi öğeler ise oyun içi para ya da gerçek para ile satın alınabilen oyun içi mağaza ya da entegre platformlardan temin edilen, oyundaki karakterin görünüşünü değiştiren ya da oyun içi dinamiklerde oyuncuya ek avantajlar sağlayan sanal öğelerdir<sup>49</sup>. Oyun içi öğeler günümüzde çoğu kez oyunun kendisinden daha fazla para kazandırmaktadır. Örneğin, 2010 yılında *World of Warcraft* oyununda 25 dolardan satılan bir at kozmetiği 3,5 milyon dolardan fazla gelir getirmiştir<sup>50</sup>. *Crash Team Racing* oyununda ise daha hızlı gidebilmek için kullanılan öğeler 25 dolardan satılmıştır. Oyunculara ücretsiz şekilde sunulan *Fortnite* oyununda ise sadece görünümü değiştiren öğeler (*skinler*) 40 ila 60 dolardan satılmaktadır<sup>51</sup>. Oyun içi öğeler oyuncuların aşırı fiyatlar ve sömürücü uygulamalarla karşı karşıya kalmasına neden olabilir. Oyun yapımcılarının bunları aciliyet ve kaçırma korkusu uyandırmak amacıyla belirli saatler ve günler için satışa sunması da konu kapsamında karşımıza çıkabilecek sorunlarda bazılarıdır<sup>52</sup>. Bu ödeme yöntemlerinde oyuncular tam olarak ne aldıklarını bilmektedir. Oyuncuların yaptıkları ödemenin karşılığı bellidir. Bu yönüyle, oyun içi öğeler ve oyun içi paralar ganimet kutularından ayrılır<sup>53</sup>. Oyun içi öğelerin toplu olarak satılması olarak ifade edilen *bundle* kavramı ise oyun içi öğelerin gerçek değerinin anlaşılmasını zorlaştırabilir<sup>54</sup>. Oyuncular, bu durumda bir paket halinde birden çok ürünü satın almaktadır. Örneğin, bir silah kozmetiği, beş yüz oyun içi ve yetmiş silver coin dokuz yüz lira yerine üç yüz liradan satıldığı durumlarda bundle satış söz konusudur. Bu durumun olumsuz yönü, tüketicilerin paket içindeki bir öğeye ne kadar verdiğinin tam olarak tespit edilememesidir. Bu durum, bundle içinde yer alan öğelerin bazılarının değersiz gibi görülmesi illüzyonuna sebep olabilir.<sup>55</sup>

Uygulamada battle pass olarak ifade edilen savaş bileti sistemi ise genellikle belirli bir zaman dilimini kapsayan (sezonlar) sürelerde, oyuncuların belirli etapları ve mücadeleleri tamamlayarak oyun içi öğeler kazandığı ya da bazı deneyim puanları kazandığı sistemleri ifade eder. DLC'ler ise oyunlara yeni seviyeler, karakterler ya da keşfedilebilir alanlar getiren oyun içi içerikleri ifade eder<sup>56</sup>.

#### 4. Oyunlarda kara tasarım (*dark pattern*) ve özellikle öde kazan (*pay-to-win*) modeli

Oyunlar bazen manipülatif şekilde dizayn edilebilir. Oyunlarda kullanılan yöntemler oyuncuları daha fazla para harcamaya sevk edebilir. Bu yöntem, *dark pattern* (kara tasarım, manipülatif dizayn) olarak

<sup>45</sup> Cerulli-Harms vd., *Loot Box in Online Games*, 24.

<sup>46</sup> Cerulli-Harms vd., *Loot Box in Online Games*, 24; Petrovskaya - Zendle, "Predatory Monetisation", 1072-1073.

<sup>47</sup> Petrovskaya - Zendle, "Predatory Monetisation", 1072.

<sup>48</sup> Petrovskaya - Zendle, "Predatory Monetisation", 1072-1073; Cerulli-Harms vd., *Loot Box in Online Games*, 24.

<sup>49</sup> Gibson vd., "Micro-Transactions and Gambling", 2; Van Rooij vd., "Behavioral Design in Video Games", 17.

<sup>50</sup> Oli Welsh, "\$25 WOW Horse Makes Millions", *Eurogamer.Net* (22 Nisan 2010) (Erişim 25 Ağustos 2024).

<sup>51</sup> Petrovskaya - Zendle, "Predatory Monetisation", 1074.

<sup>52</sup> Cerulli-Harms vd., *Loot Box in Online Games*, 24.

<sup>53</sup> Cerulli-Harms vd., *Loot Box in Online Games*, 8; Sezgin - Uzunoğlu, "Loot Box Ekonomisi", 129.

<sup>54</sup> Cerulli-Harms vd., *Loot Box in Online Games*, 24.

<sup>55</sup> Cerulli-Harms vd., *Loot Box in Online Games*, 24.

<sup>56</sup> Gibson vd., "Micro-Transactions and Gambling", 2.

adlandırılmaktadır<sup>57</sup>. Manipülatif dizaynlar, tüketiciyi istemediği halde satın almaya yönlendiren ya da yapmak istedikleri bir şeyi yapmalarını zorlaştıran kullanıcı arayüzleri olarak karşımıza çıkar. Uygulamada çok sık karşımıza çıkan örnekleri *öde atla modeli, öde eriş modeli ve öde kazan modelidir*<sup>58</sup>.

Öde atla (*pay-to-skip*) modeli ile kullanıcılar erişmek istediği, fakat bekleme süresi olan bir ögeye erişim için para ödemek zorundadır. Modelde, oyuncular ya uzun süreler beklemeli ya da para vererek bu süreyi atlmalıdır<sup>59</sup>. Böylece oyuncular, oyun içi karakterlerini ve seviyelerini çok hızlı şekilde geliştirebilmektedir<sup>60</sup>. Örneğin, *Angry Birds* oyunundaki "*mighty eagle*" ögesi kullanıcıların zorlandıkları seviyeleri geçmelerini sağlamak ve bu sayede gelişmelerini kolaylaştırmaktadır. Oyuncu her kaybettiğinde bölümü geçmesi için ögenin alınması yönünde uyarılar çıkmaktadır<sup>61</sup>. *Clash of Clans* oyununda ise *dark elixir* adı verilen ögeyle bekleme zamanı atlanmaktadır. Baskı altında kalan veya oyunda çok zorlanan oyuncular, normal koşullarda almayacağı kararı almak durumunda kalabilir.

Öde kazan (*Pay-to-win*) modeli, oyundaki özelliklere ödeme yaparak daha kolay ulaşıldığı, bu sayede oyuncuların diğer oyunculara üstünlük sağladığı modeli ifade etmektedir. Bu durum, ek ödemelerle oyunun temel fiyatından daha fazla harcama yapmaya yönlendirebilir. Kaldı ki, bu ödemeler devasa boyutlara erişebilir ve oyunun temel fiyatını aşabilir<sup>62</sup>. Model, oyun yapımcıları tarafından öyle bir şekilde dizayn edilebilir ki oyuncuların ödeme yapmadan oyunda ilerlemesi mümkün olmayabilir.

Oyun içi rekabetin ön planda olduğu öde kazan modelinde ise oyuncular diğer oyuncularla rekabet edebilmek için mutlaka ödeme yapmak zorundadırlar. Oyunlarda kullanılan en yüksek puana ulaşanlar listesi (*high score*) gibi yöntemlerle oyuncuların kazandığı puanların diğer oyuncular tarafından görülmesi sağlanır. Yüksek puanlara ulaşmak isteyen oyuncunun mutlaka ödeme yapması gerekir. Böylece yüksek skorlara ulaşmak isteyen oyuncu sürekli bir ödeme yapma zorunluluğu hissedebilir<sup>63</sup>.

Bazen oyuncular, oyunun ilk aşamalarında sürekli ödüllendirilmektedir. Bu sayede oyunda hızlı bir gelişim göstermekte ve ilerleme sağlamaktadır. Bu ödüllendirmeler, oyuncunun artık oyuna bağımlı/tutkun hale gelmeye başladığı durumlarda kesilmektedir. Oyuncu, böylesi bir durumda hayal kırıklığı yaşayabilir. Hatta oyun yapımcıları, oyuncuları daha zorlu bölümler, daha kısa can puanı vermek gibi cezalandırma yoluna başvurabilir. Bu durumda oyuncu mecburen harcama yapması gerektiğini düşünebilir ve almayacağı bir satın alma kararını almak zorunda hissedebilir<sup>64</sup>.

## II. Oyun İçi Ödeme Yöntemleri Karşısında Sağlanacak Hukuki Korumanın Sınırları

### A. Haksız ticari uygulamalar ve haksız ticari uygulamaların görünüşleri

Tüketicilerin satıcı veya sağlayıcılara karşı güçsüz doğası ya da satıcı veya sağlayıcıların tüketicilere yönelik satış faaliyetlerinde aşırıya kaçması halinde tüketicilerin bu eylemlere karşı korunması gerekir. TKHK m. 62 hükmü, tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamaları yasaklamıştır<sup>65</sup>. Bu uygulamaların

<sup>57</sup> José Pablo Zagal vd., "Dark Patterns in the Design of Games", *International Conference on Foundations of Digital Games*, 2013, 4.

<sup>58</sup> Zagal vd., "Dark Patterns in the Design of Games", 4; Van Rooij vd., "Behavioral Design in Video Games", 8.

<sup>59</sup> Van Rooij vd., "Behavioral Design in Video Games", 8; Doktrinde Shardelow, pay-to-win modelini iki kısımda değerlendirmiş ve bu modelleri zaman avantajı sağlayan modeller ile oyun içi ayrıcalık tanıyan modeller olarak ifade etmiştir. (Cole Sharledow, "Gamble-to-Win: Regulating Video Game Loot Boxes Under the FTC's Unfair and Deceptive Practices Doctrines", *J. Bus. & Tech. L.* 18/2 (2023), 336).

<sup>60</sup> Sharledow, "Gamble-to-Win: Regulating Video Game Loot Boxes Under the FTC's Unfair and Deceptive Practices Doctrines", 336.

<sup>61</sup> Zagal vd., "Dark Patterns in the Design of Games", 4 Doktrinde "*grinding*" olarak ifade edilen bu yöntem Türkçeye "*dürtmek*" şeklinde çevrilebilir.

<sup>62</sup> Zagal vd., "Dark Patterns in the Design of Games", 5.

<sup>63</sup> Zagal vd., "Dark Patterns in the Design of Games", 5.

<sup>64</sup> Van Rooij vd., "Behavioral Design in Video Games", 44.

<sup>65</sup> Rauf Karasu - Ayça Zorluoğlu Yılmaz, "Fahiş Fiyatın Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27/4 (2023), 89; TKHK m. 62 hükmü "*Bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini*



denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar da “*Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (HTUY)*” ile düzenlenmektedir. (TKHK m. 62/4). Bu hükümler, Avrupa Birliğinin tüketicileri korumak için kabul ettiği 2005/29/AT Direktifinin (Direktif) hukukumuzda aktarılmış halidir. Getirilen bu hükümlerin temel amacı, tüketicilerin serbest iradeleriyle karar almalarını sağlamaktır<sup>66</sup>. Serbest iradenin bozulması karar alma iradesini ortadan kaldırıp, rekabetin bozulmasına neden olur<sup>67</sup>.

Ülkemizde, Avrupa Birliği hükümleriyle paralel şekilde haksız ticari uygulamalar yasaktır. Bunun sebebi, tüketicinin güçlü olan satıcı veya sağlayıcı karşısında korunabilmesi ve piyasadaki rekabetin doğru şekilde sağlanabilmesidir (TKHK m. 62/1). Haksız ticari uygulamaların ne olduğu ve bu uygulamaların şartları hem TKHK m. 62’de hem de HTUY m. 28’de gösterilmiştir. Bu unsurlar 2005/29/AT Direktifi ile aynıdır. Bu kapsamda, haksız ticari uygulamadan bahsedebilmek için mesleki özenin gereklerine uymaması ve ortalama tüketicinin ya da yönelmiş olduğu tüketici grubunun ortalama üyesine yönelik ekonomik davranışı önemli ölçüde bozmayı/bozma ihtimali olması unsurlarının bulunması gerekir<sup>68</sup>. Aldatıcı ve saldırgan uygulamalar, haksızlığından kuşku duyulmaksızın re’sen haksız ticari uygulama olarak kabul edilmektedir<sup>69</sup>. Bununla birlikte 2005/29/AT Direktifinde kara liste olarak adlandırılan bazı aldatıcı veya saldırgan yöntemler sayılmış; bunların her halükarda yasak olduğu kabul edilmiş, aksini ispat yolu kapatılmıştır<sup>70</sup>.

Haksız ticari uygulamadan bahsedebilmek için ilk şart mesleki özen kurallarına aykırılıktır. Tacirler, tüketicilere yönelik ticari uygulamada bulunurken kötüniyetli davranmamalı aksine dürüst davranarak tüketicinin korunmasını sağlamalıdır. Tacirler, faaliyet gösterdikleri alanın gerektirdiği dikkat ve özeni göstermeli, basiretli bir tacirin tutumunu benimsemelidir<sup>71</sup>. Mesleki özen, tacirin ilgili faaliyeti içindeki tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen özendir<sup>72</sup>. Mesleki özen kurallarının dürüstlük kuralından daha geniş bir içeriğe sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>73</sup>.

Haksız ticari uygulamanın ikinci şartı bu uygulamanın tüketicinin kararını etkilemesi ya da etkileme ihtimali olmasıdır. Tüketicinin durumu bilseydi taraf olmayacağı bir uygulama neticesinde sözleşmeye taraf olması ya da olma ihtimalinin doğması durumunda tüketicinin kararının etkilendiği söylenebilir<sup>74</sup>. Tüketiciyi etkileme ihtimali ortalama bir tüketici göz önünde bulundurularak belirlenir<sup>75</sup>. Mal veya hizmet farklı bir gruba yöneliyorsa, diğer bir deyişle grup niş bir yapıdaysa, yöneldiği grubun ortalama

---

*önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Tüketiciyeye yönelik haksız ticari uygulamalar yasaktır” şeklindedir.*

<sup>66</sup> Ebru Ceylan, “Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar ve Uygulama Örnekleri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 15 (Haziran 2020), 124; Neval Okan, “Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicilerin Korunması”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/4 (Ekim 2016), 79; Asena Sinanoğlu, “Saldırgan Ticari Uygulamaların Tüketici Hukukunda İncelenmesi ve Konunun Haksız Rekabet Boyutu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/1 (Haziran 2022), 10; Karasu - Zorluoğlu Yılmaz, “Fahiş Fiyat”, 90.

<sup>67</sup> Firdevs Savaş, “Reklam Vasıtasıyla Ortaya Çıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar”, *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 18/2 (Kasım 2017), 232.

<sup>68</sup> Ceylan, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 132-133; Mehmet Ali Aksoy, “2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 73/1 (Kasım 2016), 287; Karasu - Zorluoğlu Yılmaz, “Fahiş Fiyat”, 89; Metin Topçuoğlu, “Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7/24 (Ocak 2016), 28.

<sup>69</sup> Topçuoğlu, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 28; Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında 11.6.2005 tarihli 2005/29/AT sayılı Avrupa Birliği Direktifi (2005/29/AT Direktifi), (11 Haziran 2005), Article 5(4); Ali Bozer - Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2023), 239; Hüseyin Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2015), 523.

<sup>70</sup> Topçuoğlu, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 37; 2005/29/AT Direktifi, Ek-1.

<sup>71</sup> Ceylan, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 132; Topçuoğlu, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 29.

<sup>72</sup> Topçuoğlu, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 30; aynı yönde Aksoy, “Haksız Ticari Uygulama”, 296.

<sup>73</sup> Aksoy, “Haksız Ticari Uygulama”, 296; Ceylan, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 132; Topçuoğlu, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 29; Aksoy, “Haksız Ticari Uygulama”, 161.

<sup>74</sup> Topçuoğlu, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 31; Ceylan, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 132.

<sup>75</sup> Almila Kepenek, “Türk Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/2 (Temmuz 2021), 400; Topçuoğlu, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 31; Ceylan, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 133; Aksoy, “Haksız Ticari Uygulama”, 288.

üyeyi haksızlık belirlenirken dikkate alınır<sup>76</sup>. Kural ortalama tüketici iken bu kuralın istisnasını savunmasız kişiler ve çocuklar oluşturur. Bu açıdan ana ilkenin istisnası zayıf tüketicinin korunması ilkesidir<sup>77</sup>. Dolayısıyla, oyunlar söz konusu iken dikkate alınacak tüketici grubu oyunun yöneldiği oyuncu grubudur. Video oyunlarının çocuk ve gençler arasında popüler olması<sup>78</sup>, oyun yapımcıları ve dağıtıcılarının daha dikkatli ve ihtimamli yaklaşmasını zorunlu kılar<sup>79</sup>.

Haksız ticari uygulamadan bahsedebilmek için son şart tüketiciyi etkilemiş olan bu davranışların önemli olmasıdır<sup>80</sup>. Davranış olmasaydı da tüketicinin malı alacağı durumlarda ya da davranışın pekiştirici ya da cesaretlendirici aşamada kalması durumunda haksız ticari uygulamadan bahsedilemez<sup>81</sup>. Bu üç şartın bulunması halinde ticari uygulamanın haksız olduğu sonucuna ulaşılır. Böylece yasak kapsamında değerlendirilir. Aldatıcı ve saldırgan ticari uygulamalar ile HTUY ekinde örnek olarak sayılan durumlar her halükarda haksız kabul edilecek, ayrıca haksız ticari uygulamanın şartlarını taşıyıp taşımadığı incelenmeyecektir<sup>82</sup>.

Oyunlarda mikro ödeme yöntemlerinin sunulması da bir ticari uygulamadır<sup>83</sup>. Bu açıdan kullanılan mikro ödeme yöntemlerinin haksız ticari uygulama olmaması gerekir. Haksız ticari uygulama değerlendirmesinde izlenecek metot öncelikle HTUY'da sayılan örnek ticari uygulamaların olup olmadığını değerlendirmektir<sup>84</sup>. Burada, konuya ilişkin bir düzenleme olmaması halinde aldatıcı veya saldırgan ticari uygulamalar bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Son olarak, genel hüküm niteliğinde olan haksız ticari uygulamanın şartlarının olup olmadığı incelenmelidir<sup>85</sup>.

### **1. Aldatıcı ticari uygulamalar (aldatıcı eylemler ve aldatıcı ihmaller) açısından oyun içi mikro ödeme yöntemleri**

Aldatıcı ticari uygulamaları ekonomik davranışları bozması, özellikle zayıf tüketicinin korunmasını gerekli kılmaktadır. Bu davranışların önüne geçmek isteyen kanun koyucu HTUY'da bazı davranışları *per se* (kendiliğinden, her halükarda) yasak kapsamına almıştır. Sayılan 26 örnek *per se* yasak olup bunlara karşı kurtuluş kanıtı getirilememektedir (TKHK m. 62/4)<sup>86</sup>. Bu durumda, aldatıcı bir ticari uygulamanın söz konusu olup olmadığı değerlendirmesinde sayılan örneklerden birinin mevcut olup olmadığı incelenmeli daha sonra aldatıcı ticari uygulamalara yönelik genel hükümlere göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Aldatıcı ticari uygulamalar hakkında TKHK'de bir hüküm bulunmayıp konu HTUY kapsamında düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 29'uncu maddesi aldatıcı eylemleri düzenlemekte, 30'uncu maddesi ise aldatıcı ihmellere yönelik bir hüküm getirmektedir<sup>87</sup>.

Aldatıcı eylem kavramı hem HTUY 29 hem de Direktif Article 6'da düzenlenmiştir. Bir ticari uygulamanın yanlış bilgi içeren yahut bilgiler doğru olsa bile sunulduğundaki koşulların tümü değerlendirildiğinde ortalama tüketiciyi aldatıcı ya da aldatma ihtimali olan eylemler aldatıcı eylemdir. Bu eylemin, tüketicinin taraf olmayacağı bir işleme taraf olmasını ya da taraf olma ihtimalini artırması

<sup>76</sup> Topçuoğlu, "Haksız Ticari Uygulamalar", 31.

<sup>77</sup> Aksoy, "Haksız Ticari Uygulama", 295.

<sup>78</sup> Fahriye Koral - Kamil Alptekin, "Dijital Oyun Bağımlılığı: Bir Derleme Çalışması", *Karatay Sosyal Araştırmalar Dergisi* 11 (Ekim 2023), 293.

<sup>79</sup> Peter Cartwright - Richard Hyde, "Virtual Coercion and the Vulnerable Consumer: 'Loot Boxes' as Aggressive Commercial Practices", *Legal Studies Cambridge* 42/4 (Mart 2022), 569 vd.

<sup>80</sup> Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 133; Topçuoğlu, "Haksız Ticari Uygulamalar", 32; Kepenek, "Saldırgan Satış Yöntemleri", 400; Aksoy, "Haksız Ticari Uygulama", 288.

<sup>81</sup> Topçuoğlu, "Haksız Ticari Uygulamalar", 32.

<sup>82</sup> Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 130.

<sup>83</sup> Cartwright - Hyde, "Loot Boxes", 558; George Spence-Jones - Leon Y Xiao, "Loot Boxes – Video Gaming Industry's Hidden Treasure or a Pandora's Box That Misleads Consumers?", (Ekim 2020), 4.

<sup>84</sup> Bu durum 2005/29/AT'de Ek-1'de sayılan "*Her halükarda yasak ticari uygulamaların*" karşılığıdır. Öncelikle, bu liste incelenmelidir. Aksoy, "Haksız Ticari Uygulama", 287.

<sup>85</sup> aynı yönde Cartwright - Hyde, "Loot Boxes", 558.

<sup>86</sup> Topçuoğlu, "Haksız Ticari Uygulamalar", 37; 2005/29/AT Direktifi, Article 5 (5).

<sup>87</sup> Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (HTUY), (10 Ocak 2015), Kanun No. Resmi Gazete 29232.

gerekir<sup>88</sup>. Aldatıcı eylem değerlendirmesinde malın veya hizmetin mahiyeti, faydası, fiyatı, fiyatının hesaplanma yöntemi, yedek parça ve tamir hizmetleri unsurlar da dikkate alınabilir<sup>89</sup>.

Aldatıcı ihmal kavramı ise HTUY m.30 hem de Direktif Article 7'de düzenlenmiştir. Ticari uygulamanın önemli bir bilgi gizlenerek ya da önerinin anlaşılmaz şekilde sunulması veya uygun olmayan bir zamanda sunulmuş olması veyahut amacı açıkça belli olan uygulamanın amacının tüketiciye bildirilmemesi şartlarından birinin gerçekleşmesi ve bu durumun ortalama tüketicinin normal şartlarda taraf olmayacağı bir işleme taraf olması ya da olma ihtimaline neden olması halinde aldatıcı ihmal söz konusudur<sup>90</sup>.

Oyunlarda kullanılan bazı mikro ödeme yöntemleri aldatıcı ticari uygulama kapsamında değerlendirilebilecektir. Oyun yapımcılarının ya da dağıtıcılarının, aldatıcı eylem kullanması tüketicilerin finansal zarara uğrama riskini ortaya çıkarabilir<sup>91</sup>. Bu risklerden başlıcaları oyunların ücretsiz olarak tanıtılmasına karşın beklenmedik ödemeler çıkarması, oyun içi paraların tüketiciyi aldatıcı şekilde sunulması, oyunlarda alınan öğelerin sonradan haksız şekilde güçlerinin düşürülmesi (*nerflemek*), erken erişim oyunlardaki özel durum ve ganimet kutularının aldatıcı yapısının durumudur. Oyunlarda karşılaşılabilecek aldatıcı ticari uygulamalar sadece bunlarla sınırlı değildir. Ayrıca, anılan durumlar her halükarda yasak olarak değerlendirilemez. Fakat, bu örnekler genel olarak aldatıcı bir doğaya sahiptir. Oyunlardaki mikro ödeme yöntemleri kapsamında her somut olay özelinde bir değerlendirme yapılmalıdır<sup>92</sup>.

Karşımıza çıkabilecek ilk aldatıcı doğaya sahip örnek, oyunların *ücretsiz* olarak oyunculara sunulmasına rağmen, oyunlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde beklenmedik ödemeler ya da farklı yöntemlerle oyuncuları ödeme yapmaya yöneltmesidir. Oyuncunun makul beklentisinin aksine oyun ücretsiz olarak oynanamayacak bir durumdaysa *ücretsiz* ibaresinin kullanılmaması gerekir<sup>93</sup>. 2015 yılında İngiltere Rekabet Kurumu (*Competition and Markets Authority (CMA)*) tarafından konuya ilişkin yapılan basın bülteni de bu duruma dikkat çekmektedir<sup>94</sup>. Bültende, çevrimiçi ekstra özellikler getiren satın alma teşviklerinin ya da ebeveynleri satın almaya zorlayan reklamların tüketicinin korunması hükümlerini ihlal edebileceği endişesi duyulmaktadır. Ayrıca bülten, *Google* ve *Apple* gibi platformlardan, platformda yayınlanan oyunlarda satın alım mevcutsa ücretsiz olarak kullanılmasının bırakılması gerektiğini ifade

<sup>88</sup> Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 135; Topçuoğlu, "Haksız Ticari Uygulamalar", 33; Aksoy, "Haksız Ticari Uygulama", 297. Madde hükmü aldatıcı eylemi "yanlış bilgi içeren veya verilen bilgiler doğru olsa bile sunulmasına dair bütün koşullar değerlendirildiğinde, ortalama tüketicii aldatan ya da aldatmaya elverişli olan ve bu suretle tüketicinin normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmasına yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan ticari uygulamalar" şeklinde tanımlamıştır. (HTUY m. 29/1)

<sup>89</sup> HTUY m. 29/2'de sayılan hususlarda aldatıcı ya da aldatma ihtimali olan hususlar aldatıcı kabul edilmektedir. "(2) Aşağıda belirtilen hususlarda tüketicileri aldatan ya da aldatma ihtimali olan eylemler aldatıcı eylem olarak değerlendirilir:

a) Bir mal ya da hizmetin varlığı, mahiyeti, tedariki, faydası, riski, uygulaması, içeriği, aksesuarları, satış sonrası hizmetleri, üretim yöntemi ve tarihi, ifası, amaca uygunluğu, miktarı, teknik özellikleri, menşei, kullanımından beklenen sonuçları, üzerlerinde yapılan test ve kontrollerin sonuçları, çevreye olan etkileri ve diğer önemli özellikleri,

b) Ticari uygulamada bulunanın taahhütlerinin kapsamı, pazarlama sürecinin mahiyeti, sponsor desteği, yetkili otoriteler tarafından mal veya hizmetin onaylandığına ilişkin ifade veya sembolleri,

c) Bir mal veya hizmetin fiyatı, fiyatının hesaplanma yöntemi, ödeme koşulları ya da belirli bir fiyat avantajı,

ç) Tüketicinin sahip olduğu yasal haklar veya karşılaşılabileceği riskler,

d) Bir mal veya hizmete ilişkin servis, yedek parça, değiştirme veya tamir hizmetleri,

e) Ticari uygulamada bulunanın veya temsilcisinin; kimliği, mal varlığı, yetenekleri, statüsü, kurum veya kuruluşlara üyelik bilgileri, sahip olduğu ticari haklar, fikri ve sınai mülkiyet hakları, yetkili otoritelerden ödül ve nişan kazanmış olması gibi nitelikleri, sıfatları, unvanları ve diğer hakları"

<sup>90</sup> Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 135; Topçuoğlu, "Haksız Ticari Uygulamalar", 34-35; Aksoy, "Haksız Ticari Uygulama", 301; Spence-Jones - Xiao, "Loot Boxes", 2.

<sup>91</sup> Spence-Jones - Xiao, "Loot Boxes", 2.

<sup>92</sup> Abut, "Loot Box".

<sup>93</sup> European Commission, "Guidance on the Interpretation and Application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council Concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market" (Brüksel, 29 Aralık 2021); Erik Allison, "The High Cost of Free-To-Play Games: Consumer Protection in the New Digital Playground", *SMU Law Review* 70/2 (Ocak 2017), 469.

<sup>94</sup> Competition and Markets Authority CMA, "CMA Refers Three Children's Online Games to the ASA", 04 Haziran 2015, 2.

etmektedir.<sup>95</sup> oyun içi satın İngiltere'deki bu açıklamalar sonrasında hem *Google Play* hem de *Apple Store* oyun içi alım içeren uygulama ve oyunlarda *ücretsiz* ibaresinin kaldırılmasını istemiş ve "*oyun içi ödeme içerir*" ibaresini getirmiştir<sup>96</sup>. Daha sonra İngiltere'de *Office of Fair Trading (OFT)* tarafından video oyunlarında kullanılacak mikro ödeme yöntemlerine yönelik bazı *prensipler* getirilmiştir<sup>97</sup>. Konuya ilişkin birinci prensip oyunlarda kullanılan ödeme yöntemlerinin aldatıcı eylem teşkil etmemesi için bazı örnekler vermiştir. Konuyla ilgili verilen örnek şu şekildedir; at toplama temelinde tasarlanan oyun ücretsiz şeklinde tanıtılmakta ve oyunun ekran görüntülerinde atların tamamen at ile dolu olduğu gösterilmektedir. Fakat, oyuncu bu oyunu indirdiğinde gösterilen atların sadece gerçek parayla alınacağını görmüştür. Bu durum aldatıcı bir örnek teşkil etmektedir. Fakat, böyle bir durumda tüketiciyi yanıltmamak adına oyun geliştiricilerinin, oyundaki birçok farklı at türünün ücretsiz olduğunu belirtmesi; ancak, oyun tanıtımında gösterilen ögelerin 1 liradan 100 liraya kadar ücretli olarak satıldığını açıkça ifade etmesi ve aynı zamanda oyundaki en çok tercih edilen ya da edilecek ögelerin fiyatlarını tüketicilere bildirmesi gerektiği OFT tarafından tavsiye edilmektedir<sup>98</sup>.

Tüketiciyi aldatma ihtimali olan durumlardan bir diğeri oyun içi paraların kullanımınıdır. Bu paralar oyunlarda coin, altın, gümüş, puan, berries, kredi gibi birçok farklı isimle karşımıza çıkmaktadır<sup>99</sup>. Doktrinde belirtildiği gibi ödemeler ne kadar şeffaf olursa, kişinin para harcama olasılığı da o kadar düşük olmaktadır. Bu, kredi kartı gibi şeffaflığın az olduğu durumlarda satın alma olasılığının daha yüksek olduğu anlamına gelmektedir<sup>100</sup>. Oyunlarda kullanılan sanal paralarda benzer şekilde aradaki şeffaflığı ortadan kaldırmaktadır. Bu durum, oyuncuların aldıkları ürünün fiyatını tam olarak kavrayamamasına neden olabilir. Oyuncular, yaptıkları harcamanın tam karşılığını kavrayamayabilir. Bu durum, oyuncuların daha fazla harcama yapmasına ve farkında olmadan zarara uğramalarına neden olur. Değerleme yanlılığı (*valuation bias*) olarak adlandırılan bu durum oyuncuların aşırı harcama yapmasına neden olur<sup>101</sup>. Oyun yapımcılarının ögeleri yalnızca oyun içi parayla sunmalarının tüketiciler açısından getireceği olumsuzlukları önlemek gerekir. Olumsuzlukları gidermek amacıyla doktrinde oyun içi paranın yanında sanal ögenin ayrıca gerçek para değerinin gösterilmesi gerektiği de ifade edilmektedir<sup>102</sup>. Oyunlarda karşılaşılabilecek diğer yanıltıcı olma ihtimali bulunan durum birden çok oyun içi paranın kullanılmasıdır. Örneğin, oyun içinde silah gibi ögelerin satın alınması için altın para, zırh setlerinin satın alınması için gümüş para, oyun içi basit eşyaları almak için bronz para gibi kullanımlar tüketicinin kafasını karıştırmaktadır. Bu durumda tüketici tam olarak aydınlatılmak zorundadır. Aldatıcı eylemin şartları söz konusu ise oyuncuları aldatan şekilde farklı oyun içi para kullanımı haksız ticari uygulama teşkil edebilir<sup>103</sup>.

Oyuncular arasında *nerflemek* olarak tabir edilen, alınan ürünün sonradan gücünün ve özelliklerinin düşürülmesi de aldatıcı ticari uygulamalar açısından incelenmesi gereken bir diğer konudur<sup>104</sup>. Bu, oyun yapımcıları tarafından haksız avantaj sağladığı ya da güç dengesini bozduğu düşünülen ögelerin özelliklerinin düşürülerek oyunu daha rekabetçi kılmayı amaçlamaktadır. Böylece oyun içi denge sağlanmaya çalışılır. Fakat, oyuncular açısından bu durumun nasıl ele alınması gerektiği önemli bir konudur. Tüketicilerin bir ürünü alırken dikkat ettiği temel nokta o ögenin sahip olduğu özellikleridir. Ne var ki, oyuncular bu ögeyi aldıktan sonra ögenin özellikleri düşürüldüğünde, başlangıçtaki iradeye aykırı bir durum ortaya çıkar. Oyun yapımcılarının ögenin özelliklerini düşürmesi yahut

<sup>95</sup> CMA, "Three Children's Online Games".

<sup>96</sup> Lorraine Conway vd., "Consumer Protection for Online Gaming", (Ağustos 2024).

<sup>97</sup> Competition and Markets Authority CMA, "The OFT's Principles for Online and App-Based Games", 30 Ocak 2014.

<sup>98</sup> Prensip 1 CMA, "OFT İlkeleri", s. 2-3.

<sup>99</sup> Cerulli-Harms vd., *Loot Box in Online Games*, 24.

<sup>100</sup> Jeffrey Lapuz - Mark D. Griffiths, "The Role of Chips in Poker Gambling: An Empirical Pilot Study", *Gambling Research: Journal of the National Association for Gambling Studies* 22/1 (Haziran 2010), 35.

<sup>101</sup> Cerulli-Harms vd., *Loot Box in Online Games*, 24.

<sup>102</sup> European Commission, "2005/29/AT Kılavuzu", 104; Petrovskaya - Zendle, "Predatory Monetisation", 1076.

<sup>103</sup> Petrovskaya - Zendle, "Predatory Monetisation", 1076.

<sup>104</sup> Petrovskaya - Zendle, "Predatory Monetisation", 1069.

güçsüzleştirilmesi uzun vadede oyunun rekabetçi doğasını koruyup, oyunun oynanabilirliğine katkı sağlar. Lakin, bu durum tüketiciyi aldatıcı bir etkiye de sebep olabilir. Böyle bir halde hukuki açıdan planlı eskitmeye yönelik unsurlar açısından bir inceleme yapılabilir.<sup>105</sup> Durum karşısında nasıl bir yol izleneceği kanımızca ortalama bir oyuncunun iradesine göre çözümlenmelidir. Eğer, ortalama tüketici ürünün güçsüzleşen halini satın alma işlemi esnasında bilseydi bu ögeyi almayacak idiyse aldatıcı ticari eylemden bahsedilmelidir. Bu durumda, oyun yapımcıları, ürün güçsüzleştirildiği zaman iadesine olanak sunulması konusunda kolaylık sağlayarak arada bir denge sağlanması yoluna gidebilirler. Kaldı ki, TKHK m. 8 hükmü, “Ambalajında, etiketinde, tanıtma veya kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarda yer alan özelliklerden bir veya birden fazlasını taşımayan” ürünlerin satın alma kararında etkili olması halinde TBK 219 hükümleri gereği satıcının ayıptan sorumlu tutulması gerekir.<sup>106</sup> hükümlerine başvurulması gerektiğini ifade etmektedir. Böyle bir uygulamanın menfaatler dengesi açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Erken erişim oyunlarında konu açısından incelenmesi gerekir. Erken erişim oyunlar henüz tam olarak bitmemiş, geliştirme aşamasında olan oyunları ifade eder<sup>107</sup>. Oyun yapımcıları çeşitli nedenlerden ötürü tamamlanmamış bir oyunu erkenden piyasaya sunma yoluna gidebilirler. Bu nedenler mevcut trendleri kaçırmamak, oyunun geliştirilmesi için gereken bütçeyi toplamak vb. gibi sebeplerdir. Oyunun tamamlanmış hali, tüketicilerin beklentisinden farklı bir şekilde çıkabilir. Böylesi durumlarda oyun yapımcıları tüketicinin tam olarak ne bekleyeceğini açıkça ortaya koymalı ve tüketicileri bilgilendirmelidir<sup>108</sup>.

Konuyla bağlantılı bir diğer nokta oyun çıkmadan önce makul beklenti yaratılmasıdır. Bu ortalama bir oyuncunun oyun öncesinde yapılan pazarlama kampanyaları ile de yakından bağlantılıdır. Pazarlama kampanyaları kapsamında oyuncularda oyuna dair bir beklenti oluşur. Bu beklentinin aldatıcı reklamlarla yapılması halinde konuya ilişkin TKHK m. 61 hükmü uygulanabilir<sup>109</sup>. Konuyu bir örnekle netleştirmek gerekirse, 2017 yılında piyasaya sunulan *Star Wars Battlefront II* oyununun çıkmasından önce oyuncuların makul beklentisi hayran oldukları hayali dünyada vakit geçirmek ve sevdikleri karakterleri oynayabilmektir. Fakat, oyuncuların hayal ettiği ikonik karakterler *credit* adı verilen oyun içi parayla açılabilir vaziyetteydi. Bu *credit* oyun içinde kazanılabilmekteydi. Lakin, oyuncuların bu karakterleri açabilmeleri için gerekli *credit* miktarı çok fazlaydı ve bu durum oyuncuları gerçek parayla satın almaya itmekteydi<sup>110</sup>. Oyuncular, bu duruma tepki göstermek amacıyla çeşitli mecralarda oyuna düşük puan vermişlerdir<sup>111</sup>. Olayda, oyun yapımcılarının oyun çıkmadan yapmış olduğu tanıtım ve reklamlar tüketicinin makul beklentisinin aksine bir durum teşkil etmiştir. Bu durum tüketicileri yanıltmıştır. Oyun yapımcıları, tüketicilerin oyundan ne beklemesi gerektiğine yönelik durumları açıkça ifade etmeyerek tüketicinin makul beklentisinin aksine bir satış yöntemi izlemiştir. Bu olaydan çıkarılacak sonuç, oyun yapımcılarının böyle bir durumda gerekli şeffaflık ve açıklığa riayet ederek oyunları hakkında bilgilendirmeleridir. Aksi halde, konu aldatıcı reklam ya da aldatıcı ticari uygulama teşkil edebilir.

Ganimet kutuları, son zamanlarda en fazla üzerinde durulan mikro ödeme yöntemlerinin başında gelmektedir. Ganimet kutusu satışlarında oyun yapımcılarının fiyatlandırma ve ürünün temel

<sup>105</sup> Merve Ayşegül Kulular İbrahim, *Teknolojik Gelişmelerin Negatif Yönü: Hukuki Açıdan Planlı Eskitme* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 143 vd.

<sup>106</sup> Kulular İbrahim, *Hukuki Açıdan Planlı Eskitme*, 143-145.

<sup>107</sup> Petrovskaya - Zendle, “Predatory Monetisation”, 1070.

<sup>108</sup> European Commission, “2005/29/AT Kılavuzu”, 104.

<sup>109</sup> Ticari reklamlar TKHK m. 61’de düzenlenmiştir. Madde hükmü ticari reklamları, “Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralınmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır” şeklinde tanımlanmaktadır.

<sup>110</sup> Mann, “Loot Boxes and Vulnerable Population”, 229.

<sup>111</sup> “Star Wars Battlefront II” (Erişim 24 Ağustos 2024).

karakteristik özelliği hakkında bilgilendirme yükümlülüklerine uyması gerekir<sup>112</sup>. Temel karakteristik özelliğinin rastgelelik ve şans olduğu oyun içi unsurlarda oyun yapımcıları netlik ve şeffaflığa uygun bir yapı sunmalıdır<sup>113</sup>. Ganimet kutularının ardındaki algoritma öyle karmaşıktır ki bu durum tüketicilerin anlayamamasına sebep olur<sup>114</sup>. Bu durumun risklerini dikkate alan Çin gibi bazı ülkeler ganimet kutularının içeriğinin ve içinden çıkacak öğelerin oranlarının gösterilmesini zorunlu kılmıştır<sup>115</sup>. Benzer şekilde 2017 yılında *Apple*, *Apple Store* üzerinde yer alacak ganimet kutularında yer alan öğelerin çıkma olasılıklarının açıklanması kuralını getirmiştir<sup>116</sup>. Avrupa'da 2020 yılı sonrasında çıkacak olan oyunlarda (özellikle *Xbox*, *Nintendo* ve *Playstation* gibi oyun yapımcılarından) ve oyun güncellemelerinde ücretli rastgele (*random*) ürünler veren ganimet kutuları ya da kart paketleri gibi öğelerin olasılıklarının açıklanmasını zorunlu tutulmuştur<sup>117</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nde ganimet kutularının şans içeren ögesi ve çocuk ve savunmasız durumdaki grupları korumak amacıyla ganimet kutularının yasaklanmasını öngören bir tasarı senatoya sunulmuş, lakin süreç olumlu sonuçlanmamıştır<sup>118</sup>. Eyaletler düzeyinde<sup>119</sup> ise kanunlaştırma çalışmaları söz konusu olsa da federal düzeyde bir tasarı olmaması Amerika Birleşik Devletleri doktrininde eleştirilmiş, bu düzenlemenin kritik ve hayati olduğu ifade edilmiştir<sup>120</sup>. Ülkemiz açısından da *kompu gacha* (*complete gacha*) gibi modellerin saldırgan ve sömürücü nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle, bu tip sömürücü uygulamaların kullanılması TKHK m. 62 kapsamında yasaktır. Aynı zamanda, yukarıda detaylıca incelendiği gibi Avustralya veya İngiltere'de yapılan değerlendirmeler gibi ülkemiz açısından da ganimet kutuları sonuçta parasal ya da maddi bir ödül olması halinde kumar ve bahis kapsamında değerlendirilebilecektir<sup>121</sup>. Kumar dışında kalan durumlarda ise aldatıcı bir eylem olup olmadığı değerlendirilmelidir<sup>122</sup>. Burada değerlendirilen husus oyunlardaki ganimet kutularının parayla satın alınan bir ticari uygulama teşkil etmesidir. Ticari uygulama teşkil etmeyen, oyun mekaniği olarak eklenmiş ve parayla satılmayan ganimet kutuları ya da benzer mekanikler haksız ticari uygulama kapsamında değerlendirilemez. Meğer ki, oyun içi mekaniklerle elde edilen kutuların gerçek hayatta parayla satın alınan öğelerle ilişkisi olsun. Bu duruma bir örnek vermek gerekirse, oyun içinde bulunan ganimet kutularının key, anahtar vb. şeklinde sadece parayla satın alınan bir öğeyle açılması durumunda yine bir ticari uygulamadan bahsetmek gerektiğini düşünmekteyiz. Bu halde, elde edilecek öğenin tüm parçalarının bir bütün halinde değerlendirilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla, oyun üreticilerinin ganimet kutusunun kendisini ücretsiz bir şekilde sunması ve fakat ganimet kutularını açmak veya bir ürün elde etmek için gerekli olan olmazsa olmaz bir öğenin parayla satılması halinde, ganimet kutuları için gereken bilgilendirme yükümlülüklerinden kurtulmasının mümkün olmaması gerekir.

<sup>112</sup> European Commission, "2005/29/AT Kılavuzu", 105.

<sup>113</sup> European Commission, "2005/29/AT Kılavuzu", 105; Video Games Europe, "Public Consultation for the Fitness Check of EU Consumer Law on Digital Fairness", Şubat 2023, 12 parag. 38.

<sup>114</sup> Cartwright - Hyde, "Loot Boxes", 560.

<sup>115</sup> Daniel L. King vd., "Unfair Play? Video Games as Exploitative Monetized Services: An Examination of Game Patents from a Consumer Protection Perspective", *Computers in Human Behavior* 101 (Aralık 2019), 132; Nathan Grayson, "Blizzard Reveals Overwatch Loot Box Odds In China", *Kotaku Australia* (blog), Erişim 25 Ağustos 2024; Cartwright - Hyde, "Loot Boxes", 560.

<sup>116</sup> Ben Kuchera, "Apple Adds New Rules for Loot Boxes, Requires Disclosure of Probabilities", *Polygon* (blog), 21 Aralık 2017.

<sup>117</sup> Video Games Europe, "Digital Fairness", 12 parag. 38.

<sup>118</sup> Josh Hawley, A bill to regulate certain pay-to-win microtransactions and sales of loot boxes in interactive digital entertainment products, and for other purposes (ABD Kongre Teklifi), S. 1629, Kanun No. 116th Congress (2019-2020) (Erişim 24 Ağustos 2024).

<sup>119</sup> Hawaii senatörü Chris Lee, sosyal medya üzerinden yapmış olduğu bir paylaşımda "küçükler için yapılmış olan oyunlarda bu tarz aldatıcı ve saldırgan pazarlama mekanizmalarının (özellikle kumara yönelik) olmasının küçüklere yönelik tasarlanan oyunlarda yeri olmadığını ve hatta oyunlarda hiç yerinin olmadığını" ifade etmiştir "Highlights of the Predatory Gaming Announcement", haz. Chris Lee ([https://www.youtube.com/watch?v=\\_akwFRuL4os](https://www.youtube.com/watch?v=_akwFRuL4os)); California Eyaleti için öngörülen bir inceleme için bkz Allison, "The High Cost of Free-To-Play Games", 468-472.

<sup>120</sup> Alan Gonzalez, "The Growing Issue of Unregulated Gambling: Loot Boxes", *Florida State University* (Erişim 25 Ağustos 2024).

<sup>121</sup> Aynı yönde Abut, "Loot Box".

<sup>122</sup> Spence-Jones - Xiao, "Loot Boxes", 4; Cartwright - Hyde, "Loot Boxes", 560.

## 2. Saldırgan satış yöntemleri açısından oyun içi mikro ödeme yöntemleri

Saldırgan ticari uygulamalar tüketicinin özgürce karar almasını engeller. Tüketici üzerinde olumsuz etkileri olan bu durum saldırgan ticari uygulamaların yasaklanmasının ana sebebidir. Tüketici bir mal ya da hizmeti özgür iradesi ile seçmelidir. Tüketicinin acıma, korku, telaş, dini duygular vb. gibi hislerle kendi iradesi dışındaki nedenlere dayalı hareket etmemesi ve seçim yapmaması gerekir<sup>123</sup>. Tüketicinin özgür iradesini ortadan kaldıran bu yöntemler hem TTK m. 55/1-a/8'de hem TKHK m. 62'de hem HTUY m. 31'de hem de AB Direktifi Art. 8'de yasaklanmıştır. HTUY ve Direktif hükümleri birlikte incelendiğinde tacizle, baskıyla, fiziksel güçle ya da aşırı bir etkiyle tüketicinin seçim özgürlüğünü kısıtlayan ya da gerçekte almayacağı bir kararı almasına yol açan yahut aldatma olasılığı bulunan uygulamalar saldırgan ticari uygulamalar kapsamında kalmaktadır<sup>124</sup>. Bu açıdan saldırgan satış yöntemlerinin şartlarını bir satış yönteminin varlığı ve bu yöntemin müşterinin karar verme özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlaması, aksi halde almayacağı bir kararı almasında etkili olması şeklinde sayabiliriz.

Saldırgan satış yönteminden bahsedebilmek için karar verme özgürlüğünü kısıtlayan her durum değil bu özgürlüğü kısıtlayan saldırgan bir yöntem ya da uygulamanın varlığı aranır<sup>125</sup>. HTUY ve Direktif hükümleri kapsamında bu davranışlar zorlama (*coercion*), taciz (*harassment*) ve aşırı etki (*undue influence*) şeklinde ortaya çıkar ve bu durum tüketicinin karar verme iradesini bozar<sup>126</sup>. Bu davranışlar tüketiciyi köşeye sıkıştırır<sup>127</sup>.

Zorlama, taciz veya aşırı etki unsurları incelenirken göz önünde bulundurulması gereken unsurlar Direktif m. 9 ile HTUY m. 31'de belirtilmiştir. Saldırgan ticari uygulamadan bahsedebilmek için göz önünde bulundurulması gereken unsurlar, "*ticari uygulamanın yeri, zamanı, mahiyeti yahut devamlılığı, hakaret veya tehdit içeren bir davranış olup olmadığı, muhakeme yeteneğini bozucu doğal afet gibi durumları kötüye kullanılıp kullanılmadığı, sözleşmeyi feshetme yada başka haklarını kullanmak isterken sözleşme dışı ağır veya orantısız bir engel çıkartılması ve nihayet hukuka aykırı bir eylem bulunup bulunmadığı*" gibi unsurlardır<sup>128</sup>.

Taciz kavramı, daha çok müşterinin özel hayatına veya alanına yapılan müdahaleyi ifade etmektedir<sup>129</sup>. Başka bir deyişle, tüketicinin malı satın alana kadar rahat bırakılmaması, sözlü ya da fiili şekilde ısrarcı davranılması taciz olarak değerlendirilir<sup>130</sup>. Taciz unsuru değerlendirilirken benzer şekilde saldırgan nitelikte bulunması gereken unsurlar dikkate alınmalıdır. Özellikle geç saatlerde yapılan telefon aramaları ve satım ısrarları bu duruma örnek verilebilir<sup>131</sup>. Taciz fiilini müşterinin iç dünyasında olması

<sup>123</sup> Okan, "Saldırgan Satış Yöntemleri", 79; Savaş, "Reklam Vasıtasıyla Ortaya Çıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar", 233; Sinanoğlu, "Saldırgan Ticari Uygulamalar", 10.

<sup>124</sup> Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 139; Firdevs Savaş, *Haksız Rekabet Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri* (Ankara: Gazi Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2018), 46.

<sup>125</sup> Savaş, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, 45; Müşteriyi ikna etme seviyesinde kalan yöntemlerin tüketicinin karar alma mekanizmasını kullanılamaz hale getirecek seviyede olmadıkça kullanılabilirliği doktrinde ifade edilmektedir. Kepenek, "Saldırgan Satış Yöntemleri", 400.

<sup>126</sup> Allison, "The High Cost of Free-To-Play Games", 460; Cartwright - Hyde, "Loot Boxes", 562; Petrovskaya - Zendle, "Predatory Monetisation", 1067; Savaş, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, 46; Okan, "Saldırgan Satış Yöntemleri", 82; Kepenek, "Saldırgan Satış Yöntemleri", 400-401; Aksoy, "Haksız Ticari Uygulama", 311; Topçuoğlu, "Haksız Ticari Uygulamalar", 36; Alper Çağlar Koyuncu, *Tüketici Hukuku Çerçevesinde Haksız Ticari Uygulamalar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 59; Geraint Howells vd., *European Fair Trading Law* (Londra: Routledge, 2016), 170; Sinanoğlu, "Saldırgan Ticari Uygulamalar", 11; Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 139; Abut, "Loot Box".

<sup>127</sup> Okan, "Saldırgan Satış Yöntemleri", 81; Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 552; Miyale Tanla Özen, *Haksız Rekabetin Elektronik Ortamda Görünüm Biçimleri* (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2023), 39.

<sup>128</sup> Okan, "Saldırgan Satış Yöntemleri", 82; Savaş, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, 50; Howells vd., *Fair Trading*, 171; Chris Willett, "Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive", *Journal of Consumer Policy* 33/3 (Eylül 2010), 259; Cartwright - Hyde, "Loot Boxes", 565.

<sup>129</sup> Savaş, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, 51; Kepenek, "Saldırgan Satış Yöntemleri", 401; Sinanoğlu, "Saldırgan Ticari Uygulamalar", 11; Howells vd., *Fair Trading*, 178.

<sup>130</sup> Koyuncu, *Haksız Ticari Uygulamalar*, 59.

<sup>131</sup> Savaş, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, 51.

ve değişen ve zor şartlara dayanması nedeniyle belirlemek kolay değildir. Anılan durum karşısında, Direktif Ek 1'de (Kara Liste) belirtilen durumlar kolaylık sağlamaktadır. Bu kapsamda, özellikle satış baskısı, taciz boyutuna varan uygulamalar, çocukları direkt teşvik gibi durumlar liste kapsamında doğrudan yasaklanmaktadır.

Zorlama kavramı, taciz niteliğine girmeyen ve aşırı etki kapsamında kalmayan ve fakat, fiziksel yolla yapılan baskı da dahil olmak üzere geri kalan tüm saldırgan uygulamaları içerir<sup>132</sup>. Ürüne ilişkin kampanyanın bu gece sona ereceği ya da ürünün tükeneceği veya elimizde az kaldı vb. gibi ifadeler kullanılması da saldırgan satış yöntemi olarak değerlendirilmektedir<sup>133</sup>.

Aşırı etki ya da haksız tesir ise tüketiciye karşı bir fiziksel güç kullanmadan ya da bu tehditte bulunmadan bile, tüketicinin karar almasını önemli şekilde sınırlayacak düzeyde baskı uygulamak ve bu şekilde güçlü konumun istismar edilmesi anlamına gelmektedir<sup>134</sup>. Burada müşteriye karşı güçlü konum yeterli olmamakta, ayrıca bu konumun karar verme özgürlüğünü etkilemesi de gerekmektedir<sup>135</sup>. Doktrinde, oyunlarda kullanılan bağımlılık yapıcı unsurların ve oyuna odaklanmasını gerektiren oyun tasarımlarının oyuncular üzerinde güçlü bir etki meydana getirdiği ifade edilmektedir<sup>136</sup>.

Oyun sektöründeki büyümeler ve sektördeki aşırı gelişmeler, oyun yapımcılarının daha çok kar edebilmek için çeşitli ticari uygulamalar ve satış yöntemleri kullanmasını da beraberinde getirmiştir. Bu yöntemlerin bazıları da biraz önce açıkladığımız saldırgan ticari uygulamalarla yakından ilişkilidir. Bu yöntemlerden başlıcaları, oyun içi öğelerin kritik zaman algısı, saldırgan ifadelerin kullanılması, harcama yapmadan oyunda ilerlemenin mümkün olmaması şeklinde ifade edilebilir.

Oyun yapımcıları oyuncuları daha çok oyunda tutmak amacıyla birçok yöntem denemektedirler. Oyuncular, ne kadar çok oyuna bağlı olursa o kadar çok oyunda zaman geçirmekte ve oyunda harcama yapmaktadırlar. Oyuncuları oyunda tutmak amacıyla sunulan ganimet kutuları ve oyun içi mikro ödeme tekliflerinin algoritmalar tarafından teklifin zamanlaması da dahil olmak üzere kişiselleştirilmesi bir saldırgan uygulama teşkil edebilir<sup>137</sup>. Teklifin zamanlaması bu durumda önem teşkil edilmektedir. Zamanlamanın niteliği somut olaydaki duruma göre incelenmelidir. Bazı zamanlar saldırgan olarak değerlendirilebilecek teklif, diğer zamanlarda saldırgan olarak değerlendirilemeyebilir<sup>138</sup>. Aynı şekilde, oyun dizaynının görsel efektlerle ve ses unsurlarıyla desteklenmesi önyargı ve manipülatif unsurları içermesi de durumun niteliğine göre saldırgan satış olarak değerlendirilebilir<sup>139</sup>.

Diğer karşılaşılabilecek durum saldırgan ifadelerin kullanılmasıdır. Saldırgan ifadeler, savunmasız tüketiciler veya çocuklar için olumsuz etkiye sebep olabilir. Bu durum çocuklar için satın alma baskısı doğurabilir ve oyun yapımcılarının aşırı etki meydana getirmesine neden olabilir. Dizayn, kullanılan dil veya sunuş özellikleri bu değerlendirmede dikkate alınmalıdır. Örneğin, "*Oyun karakteriniz acıktı! Şimdi ona dondurma verin yoksa mutsuz olacak ya da ölecek*" gibi ifadeler çocuklara yönelik potansiyel kötüye kullanım oluşturabilir<sup>140</sup>. Aynı şekilde, kullanılan dilde bir baskı oluşturacak şekilde kullanılmamalıdır.

<sup>132</sup> Savaş, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, 53; Kepenek, "Saldırgan Satış Yöntemleri", 401; Aksoy, "Haksız Ticari Uygulama", 313; Sinanoğlu, "Saldırgan Ticari Uygulamalar", 11; Howells vd., *Fair Trading*, 184-186.

<sup>133</sup> Savaş, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, 55; örneğin, kişinin zaaflarından yararlanarak kişiye satış vb. yapılması da buna bir örnektir. Saticıların, öğrenciler, sokak hayvanları vb. sebepleri ısrarla vurgulayarak ürünlerini satmaları da saldırgan bir yöntemdir. Bu halde, tüketici kendi iradesinden ziyade utanma yahut acıma gibi duygularla hareket etmektedir Sinanoğlu, "Saldırgan Ticari Uygulamalar", 11.

<sup>134</sup> 2005/29/AT Direktifi, Article 2 (j); HTUY, m. 4.

<sup>135</sup> Savaş, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, 61; Kepenek, "Saldırgan Satış Yöntemleri", 402; Koyuncu, *Haksız Ticari Uygulamalar*, 62; Howells vd., *Fair Trading*, 187; Cartwright - Hyde, "Loot Boxes", 563.

<sup>136</sup> Cartwright - Hyde, "Loot Boxes", 563.

<sup>137</sup> European Commission, "2005/29/AT Kılavuzu", 104; Kim Schuurman, *Game Design: No Child's Play* (Utrecht, Hollanda: Utrecht University, Yüksek Lisans Tezi, 2023), 46; kritik zamanlamaya yönelik olarak aynı yönde Cartwright - Hyde, "Loot Boxes", 566.

<sup>138</sup> Cartwright - Hyde, "Loot Boxes", 565.

<sup>139</sup> European Commission, "2005/29/AT Kılavuzu", 104; Schuurman, *Game Design: No Child's Play*, 46.

<sup>140</sup> CMA, "OFT İlkeleri", Prencip 6.



Örneğin, premium hesap almak için kullanılan “Şimdi Katılın!” ifadesi bir baskı yaratmaktadır. Bu durum, İngiltere’de ASA (İngiltere Reklam Standartları Kurumu)’nın *Moshi Monsters* değerlendirmesinde de dikkate alınmıştır. Anılan oyunun “Süper Moshilerin sana ihtiyacı var” ve “Üyeler süper popüler oluyor” ifadelerinin özellikle çocuklar açısından olumsuz etki yaratabileceği ifade edilmiştir<sup>141</sup>. Ayrıca, zaman sınırı olarak kullanılan ifadelerin de saldırgan olmaması gerekir. Örneğin, “Sınırlı sayıda ürün teklifi ya da öge, sadece kısa bir zaman için, hemen mağaza gidin ve alın” gibi ifadeler aslında tüm ay boyunca geçerli olmasına rağmen tüketicilere yönelik böyle bir ifadenin kullanılmaması gerekir. Bunun yerine, “sınırlı sayıda öge, bu teklif 25 Aralık tarihine kadar geçerli” şekilde ifadelerin kullanılması gerekir<sup>142</sup>.

Oyunlarda bağımlılık yaratılmasına karşılık, oyunun giderek zorlaşması neticesinde artık oyunda para ödemedi ilerlemenin mümkün olmaması da diğer bir saldırgan satış yöntemi olabilir<sup>143</sup>. *Pay-or-wait* (öde ya da bekle) olarak ifade edilen yöntemde oyuncular ödeme yapmadıkları zaman beklemek zorundadırlar<sup>144</sup>. Bu bekleme süresi çoğu zaman o kadar fazla olmaktadır ki, ödeme yapmadan bu süreyi beklemek neredeyse imkansızdır. Örneğin, bir binanın tamamlanması için başlangıçta 10 saniye gibi süreler söz konusu iken ilerleyen aşamalarda bu süre 2 güne 3 güne kadar çıkabilmektedir. *Pay or grind* (öde ya da eziyet çek) modelinde ise oyuncular öde ya da bekle modelinden ziyade bir hedefe ulaşabilmek için aşırı zaman ya da efor harcamak zorunda kalmaktadırlar. Yapılan bir çalışmada bu durumda oyuncuların, oyunun sanki sadece para ödetmek için bu şekilde dizayn edildiği izlenimine kapıldıkları belirtilmiştir<sup>145</sup>. Bu durum, her somut olay açısından incelenmeli ve saldırgan ticari uygulamaların şartlarının mevcudiyeti değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak, saldırgan bir ticari uygulamanın mevcut olması ve bu uygulamanın satın alma kararında etkili olması halinde bir saldırgan ticari uygulamadan bahsedilecektir. Bu durum, günlük hayatta birçok farklı şekilde karşımıza çıkabilecek ve değişen pazarlama stratejileri sayesinde de farklı birçok şekilde meydana gelebilecektir. Oyunlarda kullanılan başlıca saldırgan yöntemler haricinde birçok farklı yöntem de ilerleyen süreçlerde söz konusu olabilecektir. Bu nedenle *per se* bir yasaktan söz edebilmek mümkün olmamakta bunun yerine her somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>146</sup>.

## **B. Haksız rekabet hükümleri (TTK m. 54 vd.) kapsamında mikro ödeme yöntemleri ve haksız ticari uygulamalar ile ilişkisi**

Serbest piyasa ekonomisinin bir gereği olan rekabet, piyasanın sağlıklı işleyebilmesi için gerekli unsurlardan biridir. Diğer bir deyişle, serbest piyasa ekonomisi ise rekabetin varlığını zorunlu kılar<sup>147</sup>. Rekabetin varlığını korumak için TTK m. 54 ve devamı ile TBK m. 57’de haksız rekabete ilişkin hükümler getirilmiştir. TBK m. 57’de gerçek olmayan haberleri yayma ve ilanlar ile dürüstlük kuralına uymayan diğer davranışlar yüzünden müşterileri azalan ya da bu tehlikeye giren kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı halinde zararın giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ilişkin TTK hükümleri saklı tutulmuştur. Fakat, TTK’de düzenlenen m. 54 ve devamı hükümlerinin hem ticari hem de ticari olmayan rekabeti kapsamaması ve daha geniş bir uygulama alanı olması karşısında TBK m. 57

<sup>141</sup> Advertising Standards Authority ASA, “ASA Ruling on Mind Candy Ltd Kararı” (Erişim 25 Ağustos 2024); aynı yönde Cartwright - Hyde, “Loot Boxes”, 566.

<sup>142</sup> CMA, “OFT İlkeleri”, Prensipl 6.

<sup>143</sup> Cartwright - Hyde, “Loot Boxes”, 564; Petrovskaya - Zendle, “Predatory Monetisation”, 1076; ayrıca bkz. Zagal vd., “Dark Patterns in the Design of Games”, 4.

<sup>144</sup> Detaylı bilgi için bkz. Petrovskaya - Zendle, “Predatory Monetisation”, 1069; Schuurman, *Game Design: No Child’s Play*, 13; Van Rooij vd., “Behavioral Design in Video Games”, 2; Zagal vd., “Dark Patterns in the Design of Games”, 4.

<sup>145</sup> Petrovskaya - Zendle, “Predatory Monetisation”, 1068-1069.

<sup>146</sup> Aynı yönde, Abut, “Loot Box”.

<sup>147</sup> Sinanoğlu, “Saldırgan Ticari Uygulamalar”.

hükümünün uygulama alanı kalmadığı doktrinde kabul edilmektedir<sup>148</sup>. Buna karşılık, bir görüş ise ekonomik kullanımın tüm kötüye kullanım hallerinin önüne geçmek amacıyla farklı bir kanun hazırlanması ve haksız rekabet hükümlerinin bu kanuna konularak, TBK hükümlerinin yürürlükten kaldırılmasının en doğru çözüm olduğunu ifade etmektedir.<sup>149</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 2017/11-117 esas ve 1883 karar sayılı 11.12.2018 tarihinde vermiş olduğu kararda, ticari olsun olmasın tüm haksız rekabet hallerinde TTK hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir. TTK m. 54 vd.'nda düzenlenen haksız rekabet hükümlerinin temel amacı “tüm katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış” rekabetin sağlanmasıdır<sup>150</sup>. Ayrıca, hüküm yalnızca rakipleri koruyan bir kapsama sahip değildir. Kaldı ki, haksız rekabetin varlığı için rekabet ilişkisi olması da gerekmez<sup>151</sup>. TTK m. 54 ve devamında ile düzenlenen korumanın TKHK ve HTUY'da düzenlenen durumlardan daha geniş bir koruma sağladığı kabul edilir<sup>152</sup>.

Haksız rekabeti genel olarak düzenleyen TTK m. 54/2'de genel bir hüküm ortaya konulmuş ve haksız rekabetin, “rakipler arasında veya tedarik edenle müşteriler arasında” meydana gelecek aldatici ya da dürüstlük kuralına aykırı davranışları ve ticari uygulamaları kapsadığı ifade edilmiştir. TTK m. 55'te ise örnek olarak toplam altı bent halinde haksız rekabet oluşturabilecek durumlar sayılmıştır. Bu kapsama giren davranışlar ya da ticari uygulamalar ayrıca genel hükümlere bakılmaksızın haksız rekabet hali oluşturacaktır. Fakat, burada sayılmayan durumlar için genel hüküm kapsamında olan TTK m. 54/2 hükümlerine göre sonuca varılmalıdır<sup>153</sup>.

Çalışmamızla bağlantılı olan nokta TTK m. 55/1/a/8'de düzenlenen saldırgan satış yöntemlerinin varlığıdır. Hüküm, “Müşterinin karar verme özgürlüğünün özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlandırılması” önlemeyi amaçlamaktadır. Bu hüküm, TKHK'nda düzenlenen haksız ticari uygulamalardan daha geniş bir kapsama sahiptir. Hükümde, müşteriler kavramı tercih edilmiştir. Bu kavram tüketici kavramından daha geniş bir ifade olup tüketici kavramını da içine alan bir anlam içermektedir<sup>154</sup>. Doktrinde, TKHK ve HTUY'un tüketicileri haksız ticari uygulamalara karşı koruma amacı güderken TTK m. 54 ve devamı hükümlerinin amacının hukuka ve dürüstlük kuralına aykırı rekabeti önlemek olduğu ifade edilmektedir. Her ne kadar menfaatler farklı olsa da amacın gerçekleşmesi tüketicilerin menfaatini korur<sup>155</sup>. Tüketicilere karşı yapılacak olan haksız rekabet hallerini düzenleyen TKHK m. 62 hükümleri ile TTK m. 54 ve devamında düzenlenen haksız rekabet hükümlerinin paralel hükümler olduğu söylenebilir<sup>156</sup>. Bu açıdan TTK m. 54 ve devamındaki hükümlerinin TKHK m. 62 ve HTUY'dan daha geniş bir koruma sağladığı söylenebilir<sup>157</sup>.

Bu kapsamda, oyunlarda karşımıza çıkacak olan saldırgan satış yöntemlerine yönelik olarak hem TTK 54 ve devamı hem de TKHK ve HTUY hükümleri bir koruma sağlamaktadır. Fakat, TKHK hükümlerinin hem sonraki kanun hem de özel kanun olması neticesinde kapsamı içindeki durumlara öncelikli olarak uygulanması gerekir<sup>158</sup>.

<sup>148</sup> Bozer - Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 234; Bu tarz bir düzenlemenin uygun olmadığı ve eleştiriye açık olduğu yönünde Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 387; Ceylan, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 131; Topçuoğlu, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 21; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2023), 354.

<sup>149</sup> Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 354.

<sup>150</sup> Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, 381; Rıza Ayhan - Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku: Genel Esaslar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 381; Bozer - Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 242.

<sup>151</sup> Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, 382; Bozer - Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 243.

<sup>152</sup> Topçuoğlu, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 29.

<sup>153</sup> Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, 394; Sinanoğlu, “Saldırgan Ticari Uygulamalar”, 6.

<sup>154</sup> Sinanoğlu, “Saldırgan Ticari Uygulamalar”, 6.

<sup>155</sup> Topçuoğlu, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 19-21; Ceylan, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 130.

<sup>156</sup> Ceylan, “Haksız Ticari Uygulamalar”, 130.

<sup>157</sup> Doktrinde Ülgen vd. TKHK 62 hükümlerinin madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde “haksız rekabet” hükümlerinin özel bir hali olduğunu ifade etmektedir. Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 523.

<sup>158</sup> Kepenek, “Saldırgan Satış Yöntemleri”, 405.

### III. Haksız Oyun İçi Mikro Ödeme Yöntemlerine Karşı Yaptırım ve İspat Yükü

Ticari uygulamanın haksız olduğu iddiasında ispat yükü büyük önem taşır. Haksız bir ticari uygulama söz konusu ise bu durumu iddia eden kişi ispat etmek zorunda kalmayacak, ticari uygulamada bulunan taraf uygulamanın haksız olmadığını ispat edecektir (TKHK m. 62/2)<sup>159</sup>. Bu durumun tüketici lehine bir düzenleme olduğu kabul edilmektedir<sup>160</sup>. Ayrıca, satıcı veya sağlayıcı (oyun yapımcısı veya dağıtıcı) TKHK m. 62/4 hükmünde ve THUY m. 29, 30 ve 31 hükümlerinde haksız kabul edilen uygulamaların aksini ispat etse de sorumluluktan kurtulamaz<sup>161</sup>.

TKHK m. 62 hükmü aynı zamanda TTK m. 54/2'nin özel bir görünümüdür. Dolayısıyla HTUY, TTK m. 55'te belirtilen hallerden oluşur<sup>162</sup>. Bu açıdan kabul edilen görüş, TKHK kapsamında haksız ticari uygulamalara yönelik olarak da TTK m. 56'de düzenlenen yaptırımların uygulanacağı yönündedir<sup>163</sup>. TTK m. 56 ve devamı hükümlerinde mağdurun açabileceği davalar, TTK m. 61'de dava harici ihtiyati tedbirler düzenlenmiştir. Mağdur açısından açılacak tespit, men ve iade davalarında failin kusuru önemli değilken, tazminat davasında failin kusurlu olması aranır<sup>164</sup>. Tespit davası yalnızca rekabetin varlığını tespit edecektir. Zararın giderilmesi veya tazmini için TTK 56 ve devamında belirtilen davaların açılması gerekir.<sup>165</sup> Men davasında ise rekabetin durdurulması ya da önlenmesi amaçlanır ve rekabetin olması önemli değildir. Zira, haksız rekabet tehlikesinin olması ya da bu eylemin tekrarlanabilecek olması durumlarında da men davası açılabilir.<sup>166</sup>

Oyuncuların, haksız ticari uygulamalar kapsamında bedelin iadesini istemeleri durumu da söz konusu olabilir. Bu durumda, bedelin iadesi isteminin hukuki dayanağı önem teşkil eder. Bu hukuki dayanak iki kısımda incelenmelidir. İlk kısım, oyun yapımcılarının saldırgan satış yöntemleri gibi haksız ticari uygulamalar söz konusu olduğu durumlarda oyuncuların tazminat ve bedel iadesi istemesidir. Doktrinde Ceylan'ın<sup>167</sup> da ifade ettiği gibi, TKHK m. 62 ve HTUY' ekinde sayılan durumlar aynı zamanda TTK m. 55'te belirtilen haksız rekabet hükümlerini oluşturmaktadır ve TTK m. 56'daki hukuki korumalar kapsamında tazminat talebinde bulunmak mümkündür. Tazminat talebi için kusurun olması aranır.<sup>168</sup> *Nerflemek* gibi durumlar söz konusu olduğunda ise ortada TKHK m. 8 kapsamında bir ayıptan söz edilir. Hukuki açıdan ayıp olarak nitelendirilebilecek böyle durumlarda oyuncular TKHK m. 11 ve m. 15 hükümleri uyarınca ücretsiz onarım, ayıp oranında bedelden indirim ve sözleşmeden dönme haklarını haizdir. Ayrıca TKHK m. 15 gereğince oyuncular bu maddedeki seçimlik haklarının yanı sıra TBK hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir. Oyuncular tarafından hem tazminat hem de seçimlik haklar sağlayıcıya yöneltilecek; ancak tüketici hizmeti kabul ederse sağlayıcı sorumluluktan kurtulacaktır.<sup>169</sup>

TKHK m. 77'de ise başvurulabilecek idari yollar düzenlenmiştir<sup>170</sup>. Maddenin 13'üncü fıkrası, TKHK m. 62 hükümlerine aykırı bir haksız ticari uygulamanın varlığı halinde bu uygulamanın 3 aya kadar ya da tamamen durdurulmasına veya beş bin Türk lirasına kadar idari para cezasına karar verilebilir. Haksız ticari uygulamanın ülke genelinde yapılması halinde bu ceza elli bin Türk lirasıdır. Aykırılık reklam yoluyla işlendiyse maddenin 12'nci fıkrası uygulama alanı bulacaktır. (TKHK m. 77/13). Bu açıdan

<sup>159</sup> Bozer - Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 239; Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 142; Topçuoğlu, "Haksız Ticari Uygulamalar", 32.

<sup>160</sup> Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 142; Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 523.

<sup>161</sup> Topçuoğlu, "Haksız Ticari Uygulamalar", 40; Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 142.

<sup>162</sup> Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 143.

<sup>163</sup> Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 143; Abut, "Loot Box"; Topçuoğlu, "Haksız Ticari Uygulamalar", 44.

<sup>164</sup> Savaş, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, 98; Bozer - Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 266-268; Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, 407-409; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 357.

<sup>165</sup> Kulular İbrahim, *Hukuki Açından Planlı Eskitme*, 134.

<sup>166</sup> Kulular İbrahim, *Hukuki Açından Planlı Eskitme*, 135.

<sup>167</sup> Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 143.

<sup>168</sup> Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 143; Kulular İbrahim, *Hukuki Açından Planlı Eskitme*, 132 vd.

<sup>169</sup> Kulular İbrahim, *Hukuki Açından Planlı Eskitme*, 165.

<sup>170</sup> Abut, "Loot Box"; Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 523.

yetkili mercii Reklam Kurulu olup, bu görevini re'sen ya da tüketicilerin başvurusu üzerine yerine getirir. Kurul tarafından verilen bu karar ise Ticaret Bakanlığınca yerine getirilir<sup>171</sup>.

## Sonuç

Oyun sektörünün giderek büyümesi ve oyun yapımcılarının bu alana yaptığı devasa yatırımlar, oyun yapımcılarının bir oyundan maksimum kar almak istemesine yol açmaktadır. Bu nedenle birçok pazarlama stratejisi ve para kazanma yöntemi oyunlarda kullanılmaya başlanmıştır. Mikro ödeme olarak ifade edilen bu yöntemlerin günümüzde belki de en çok kullanılanı ganimet kutuları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanı sıra diğer başka mikro ödeme yöntemleri de söz konusudur. Bu yöntemlerin sık kullanılmaya başlanması beraberinde güçsüz olan tüketiciyi koruma endişesini de getirmiştir. Zira, güçlü konumda olan oyun yapımcıları tüketicileri kolaylıkla sömürücü uygulamaları meydana getirebilir. Bu durum, özellikle zayıf ve korumaya muhtaç tüketiciler ve çocuklar açısından önem arz etmektedir. Zayıf olan tüketicinin nasıl korunması gerektiği ise bu noktada önem kazanmaktadır. Bu noktada, 2005/29/EC Avrupa Birliği Direktifinde çeşitli hükümler getirilmiş, ülkemizde ise bu Direktif doğrultusunda TKHK m. 62 ve HTUY hükümleri yürürlüğe girmiştir. Bu hükümler doğrultusunda zayıf olan oyunculara hem bu hükümler çerçevesinde hem de TTK m. 54 ve devamında düzenlenen haksız rekabet hükümleri çerçevesinde bir koruma sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu koruma kapsamında oyuncular, TTK m. 56'da düzenlenen davaları açma hakkına sahiptir. Bu davalar hukuka aykırılığın belirlenmesi için tespit davası, bu aykırılığın önlenmesi için haksız rekabetin men'i davası ve ortaya çıkan zararın ortadan kaldırılması amacıyla tazminat davası şeklinde sayılabilir.

Haksız ticari uygulamalar kapsamında kalan aldatıcı ve saldırgan uygulamaların bulunduğu mikro ödeme yöntemleri yasaktır. Aldatıcı kapsamda kalan, aldatıcı eylemler ve aldatıcı ihmaller hem direktif hem de HTUY kapsamında yasaklanmıştır. Bu açıdan, bir ürünün özellikle ücretsiz olarak sunulmasına karşılık, oyunun oynanışının mikro ödemelere bağlı olması durumunda aldatıcı olacağı ifade edilmektedir. Aynı şekilde oyun içi paralarında tüketiciyi yanıltmaması gerekir. Ganimet kutularının riskli yapısı ve kumarla bağlantılı yapısı da tüketicileri yanıltıcı ve aldatıcı şekilde kullanmamayı gerektirir. Bu nedenle, ganimet kutuları bazı ülkelerde kumar ve bahis olarak değerlendirilmesine rağmen ülkemiz açısından bu durumun söz konusu olmayacağı ve fakat haksız ticari uygulamalar kapsamında kalacağı ifade edilmelidir. Ayrıca, oyunlarda kullanılan mikro ödeme yöntemleri aldatıcı eylem ve ihmal teşkil etmemelidir.

Diğer bir husus ise oyunlarda kullanılan mikro ödeme yöntemlerinin saldırgan ticari uygulama teşkil etmesidir. Zorlama, taciz veya aşırı etki hem direktif hem de HTUY kapsamında karşımıza çıkan saldırgan ticari uygulamalardır. Oyunlardaki mikro ödeme yöntemlerinin saldırgan ticari uygulama teşkil edebilecek başlıcaları kritik zaman algısı, saldırgan ifadelerin kullanılması, harcama yapmadan oyunda ilerlemenin mümkün olmaması şeklinde karşımıza gelebilir. Fakat, bunların her somut olay neticesinde ayrı ayrı ele alınması gerekli olup per se bir yasaktan söz etmek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, kullanılan her mikro ödeme yönteminin nitelikleri dikkate alınarak etki temelli bir inceleme yapılması gerektiğini söylemek mümkündür.

Haksız rekabet hükümleri de oyunculara yönelik diğer bir hukuki korumadır. Haksız rekabet hükümleri, haksız ticari uygulamalardan daha geniş bir koruma sağlamaktadır. Bu kapsamda, TKHK korumasından yararlanamayan oyuncuların şartları varsa TTK m. 54 ve devamındaki haksız rekabet hükümlerine göre hareket etmeleri mümkündür. Burada açılan davanın niteliğine göre taraflar belirlenir. Bu taraflar haksız rekabeti işleyenler ile tüketiciler ya da zarar görenler veya zarar görme tehlikesi olan rakipler ve tüketiciler olarak sayılabilir. Lakin, tüketiciler TTK m. 56/2 hükümleri gereği men davası açamayacaktır. Ayrıca tespit, men veya düzeltme davası söz konusu ise ticaret ve sanayi odaları, mesleki örgütler, sivil

<sup>171</sup> Ceylan, "Haksız Ticari Uygulamalar", 144; Topçuoğlu, "Haksız Ticari Uygulamalar", 52; Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 523.

toplum kuruluşları veya kamu kurumları da davacı taraf olabilecek; ama TTK m. 56/3 gereği tazminat davasının tarafı olamayacaktır. Fakat, aynı olayda hem haksız ticari uygulama hem de haksız rekabet söz konusu ise TKHK hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması gerekecektir. Rakip oyun üreticileri dava açması isterse TKHK hükümlerinden yararlanamayacaktır. Bu kapsamda, aynı olayda tüketici niteliğini haiz olmayan tacirlerin haksız ticari uygulamalara karşı TTK hükümlerine göre, tüketici niteliğini haiz oyuncuların ise TKHK hükümlerine başvurması gerekir.

Son olarak, tüketiciler (oyuncular) haksız ticari uygulamalara söz konusu olduğunda, haksız rekabete ilişkin TTK .56 hükmüne göre men, tespit, iade ve kusur varsa tazminat davası açabilecekleri doktrinde kabul edilmektedir. Ayrıca, oyuncular karşılaştıkları *nerfleme* eylemi gibi THKH m. 8 uyarınca ayıp teşkil eden durumlarda TKHK m. 11 ve m. 15 hükümleri gereğince ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilecektir. Oyuncular, idari cezalar için reklam kuruluna da başvurabilirler. Reklam kurulu re'sen ya da talep üzerine inceleme yapabilir. Haksız şartın meydana gelmediğinin ispat yükü ticari uygulamayı uygulayan satıcı ya da sağlayıcıdadır. Satıcılar, HTUY m. 29,30 ve 31 hükümleri söz konusu ise aksini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Ayrıca, TTK m. 62 hükümleri gereğince özellikle yanıltıcı bilgi verme neticesinde bir haksız rekabet suçu söz konusu ise dava açma hakkı olanların şikayeti üzerine iki yıla kadar hapis ve adli para cezası da söz konusu olabilir.

## Kaynakça

- Abut, Ahmet. "Haksız Ticari Uygulama Kavramı Perspektifinden 'Loot Box'". Erişim 25 Ağustos 2024. <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/54>.
- Ağca, Mahmut Enes. "Y ve Z Kuşağına Ait Oyuncuların Dijital Oyunlardaki Şans Paketlerine İlişkin (Loot Box) Değerlendirmelerini Tespit Etmeye Yönelik Bir Araştırma: FIFA Ultimate Team Örneği". *TRT Akademi* 7/16 (Eylül 2022), 1006-1031.
- Aksoy, Mehmet Ali. "2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 73/1 (Kasım 2016), 279-318.
- Allison, Erik. "The High Cost of Free-To-Play Games: Consumer Protection in the New Digital Playground". *SMU Law Review* 70/2 (Ocak 2017), 449-473. [https://scholar.smu.edu/smulr/vol70/iss2/7/?utm\\_source=scholar.smu.edu%2Fsmulr%2Fvol70%2Fiss2%2F7&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](https://scholar.smu.edu/smulr/vol70/iss2/7/?utm_source=scholar.smu.edu%2Fsmulr%2Fvol70%2Fiss2%2F7&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages).
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 29. Baskı., 2023.
- ASA, Advertising Standards Authority. "ASA Ruling on Mind Candy Ltd Kararı". Erişim 25 Ağustos 2024. <https://www.asa.org.uk/rulings/mind-candy-ltd-a15-305018.html>.
- Ayhan, Rıza - Çağlar, Hayrettin. *Ticari İşletme Hukuku: Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Babayiğit, Beşir. "Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 34 (Nisan 2018), 283-315.
- Behuria, Sworup. "Microtransactions as a Business Model in Video Gaming Industry: Its Comparison with Traditional Model and Effect on Other Industries". *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4418003>.
- Bozer, Ali - Göle, Celal. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8. Baskı., 2023.
- Bozkurt, Tamer. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 5. Baskı., 2022.
- Cartwright, Peter - Hyde, Richard. "Virtual Coercion and the Vulnerable Consumer: 'Loot Boxes' as Aggressive Commercial Practices". *Legal Studies Cambridge* 42/4 (Mart 2022), 555-575. <https://doi.org/10.1017/lst.2022.7>.
- Cermak, Daniel. "Micro-Transactions, Massive Headaches: International Regulation of Video Game Loot Boxes". *Michigan State International Law Review* 28/2 (Ocak 2020), 273-322.
- Cerulli-Harms, Annette vd. *Loot Boxes in Online Games and Their Effect on Consumers, in Particular Young Consumers*. Luxembourg: Internal Market and Consumer Protection (IMCO), 16 Temmuz 2020. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652727/IPOL\\_STU\(2020\)652727\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652727/IPOL_STU(2020)652727_EN.pdf).
- Ceylan, Ebru. "Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar ve Uygulama Örnekleri". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 15 (Haziran 2020), 123-147. <https://doi.org/10.18771/mdergi.757341>.
- Clement, Jessica. "Online Gaming". *Statista*. 2024. Erişim 24 Ağustos 2024. <https://www.statista.com/topics/1551/online-gaming/>.

- CMA, Competition and Markets Authority. "CMA Refers Three Children's Online Games to the ASA", 04 Haziran 2015. <https://www.gov.uk/government/news/cma-refers-three-childrens-online-games-to-the-asa>.
- CMA, Competition and Markets Authority. "The OFT's Principles for Online and App-Based Games", 30 Ocak 2014. <https://www.gov.uk/government/publications/principles-for-online-and-app-based-games>.
- Conway, Lorraine vd. "Consumer Protection for Online Gaming". <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CDP-2016-0163/CDP-2016-0163.pdf>.
- Crawford, Chris. *The Art of Computer Game Design*. Berkeley, California: Osborne/McGraw-Hill, 1984.
- Çelik, Emin. "Mobil Oyunların Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/1 (Ocak 2023), 139-152. <https://doi.org/10.54699/andhd.1218431>.
- Doğan, Derya - Özocak, Gürkan. "Dijital Oyunlar, Multimedya Yaratımlar ve Güncel Hukuki Problemler". <https://www.ozocak.com/Dosyalar/b2f71e.pdf>.
- Durmuş, Enes. *Bilgisayar Oyunlarının Türk Hukukunda Korunması*. İstanbul: İstanbul Şehir Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Erkin, Eren. *Türk Kumar, Bahis ve Şans Oyunları Mevzuatı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı., 2022.
- European Commission. "Guidance on the Interpretation and Application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council Concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market". Brüksel, 29 Aralık 2021. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(05\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(05)).
- FTC, Federal Trade Commission. "FTC Video Game Loot Box Workshop". [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/staff-perspective-paper-loot-box-workshop/loot\\_box\\_workshop\\_staff\\_perspective.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/staff-perspective-paper-loot-box-workshop/loot_box_workshop_staff_perspective.pdf).
- Gainsbury, Sally vd. "Who Pays to Play Freemium Games? The Profiles and Motivations of Players Who Make Purchases Within Social Casino Games". *Journal of Behavioral Addictions* 5/2 (Haziran 2016), 221-230. <https://doi.org/10.1556/2006.5.2016.031>.
- Gambling Commission. *Virtual Currencies, Esports and Social Casino Gaming - Position Paper*. Birleşik Krallık: Gambling Commission, 2017. <https://assets.ctfassets.net/j16ev64qyf6l/4A644HlpG1g2ymq11HdPOT/ca6272c45f1b2874d09eabe39515a527/Virtual-currencies-eSports-and-social-casino-gaming.pdf>.
- Gibson, Erin vd. "The Relationship between Videogame Micro-Transactions and Problem Gaming and Gambling: A Systematic Review". *Computers in Human Behavior* 131 (Haziran 2022), 107219. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2022.107219>.
- Gonzalez, Alan. "The Growing Issue of Unregulated Gambling: Loot Boxes". *Florida State University*. Erişim 25 Ağustos 2024. <https://law.fsu.edu/growing-issue-unregulated-gambling-loot-boxes>.
- Grayson, Nathan. "Blizzard Reveals Overwatch Loot Box Odds In China". *Kotaku Australia* (blog), 05 Mayıs 2017. <https://www.kotaku.com.au/2017/05/blizzard-reveals-overwatch-loot-box-odds-in-china/>.
- Greenspan, David vd. "Video Games and IP: A Global Perspective". Erişim 24 Ağustos 2024. [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2014/02/article\\_0002.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2014/02/article_0002.html).

- Griffiths, Mark D. "Is The Buying of Loot Boxes in Video Games a Form of Gambling or Gaming?" *Gaming Law Review* 22/1 (Şubat 2018), 52-54. <https://doi.org/10.1089/blr.2018.2216>.
- Hamari, Juho vd. "Why Do Players Buy In-Game Content? An Empirical Study on Concrete Purchase Motivations". *Computers in Human Behavior* 68 (Mart 2017), 538-564. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2016.11.045>.
- Hawley, Josh. ABD Kongre Teklifi, A bill to regulate certain pay-to-win microtransactions and sales of loot boxes in interactive digital entertainment products, and for other purposes (Kanun No. 116th Congress (2019-2020)). S. 1629. Erişim 24 Ağustos 2024. <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1629>.
- Hildeman, Kiara. "Glorified Gambling: Moral and Legal Issues Within the Gacha Gaming Industry". *Washington Journal of Law, Technology & Arts*. <https://wjla.com/2022/12/07/glorified-gambling-moral-and-legal-issues-within-the-gacha-gaming-industry/>.
- Howells, Geraint vd. *European Fair Trading Law*. Londra: Routledge, 1st Edition., 2016. <https://doi.org/10.4324/9781315580890>.
- Karakehya, Hakan. "Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan* 19/2 (Aralık 2013), 699-713.
- Karasu, Rauf vd. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 7 Baskı., 2023.
- Karasu, Rauf - Zorluoğlu Yılmaz, Ayça. "Fahiş Fiyatın Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27/4 (Ekim 2023), 65-99. <https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1310689>.
- Karimov, Elanur. "Bilgisayar (Video) Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Korunmasında Uygun Eser Kategorisi Sorunu". *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 7/1 (Haziran 2021), 93-110.
- Kaya, Muhammed Afif. *Video Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Korunması*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Kaynak Koç, Selva - Tevetoğlu, Mete. "Bilgisayar Oyunlarının Telif Hakkı Korumasından Yararlanması". *Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 8/30 (Temmuz 2012), 55-91.
- Kepek, Almıla. "Türk Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/2 (Temmuz 2021), 395-410.
- King, Daniel L. vd. "Unfair Play? Video Games as Exploitative Monetized Services: An Examination of Game Patents from a Consumer Protection Perspective". *Computers in Human Behavior* 101 (Aralık 2019), 131-143. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2019.07.017>.
- Koeder, Marco Josef vd. "Lootboxes" in Digital Games - A Gamble with Consumers in Need of Regulation? *An Evaluation Based on Learnings from Japan*. 22nd ITS Biennial Conference, Seoul 2018. Beyond The Boundaries: Challenges For Business, Policy And Society. International Telecommunications Society (ITS), 2018. International Telecommunications Society (ITS), RePEc - Econpapers. <https://econpapers.repec.org/paper/zbwitsb18/190385.htm>.
- Koral, Fahriye - Alptekin, Kamil. "Dijital Oyun Bağımlılığı: Bir Derleme Çalışması". *Karatay Sosyal Araştırmalar Dergisi* 11 (Ekim 2023), 283-308. <https://doi.org/10.54557/karataysad.1237807>.



- Kovšca, Vladimir vd. "The Impact of Microtransactions on the Development of Computer Game Business Models". *EMC Review - Časopis Za Ekonomiju - APEIRON* 26/2 (Ekim 2023). <https://doi.org/10.7251/EMC2302462K>.
- Koyuncu, Alper Çağlar. *Tüketici Hukuku Çerçevesinde Haksız Ticari Uygulamalar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2022.
- Kuchera, Ben. "Apple Adds New Rules for Loot Boxes, Requires Disclosure of Probabilities". *Polygon* (blog), 21 Aralık 2017. <https://www.polygon.com/2017/12/21/16805392/loot-box-odds-rules-apple-app-store>.
- Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. *Teknolojik Gelişmelerin Negatif Yönü: Hukuki Açıdan Planlı Eskitme*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2021.
- Lapuz, Jeffrey - Griffiths, Mark D. "The Role of Chips in Poker Gambling: An Empirical Pilot Study". *Gambling Research: Journal of the National Association for Gambling Studies* 22/1 (Haziran 2010), 34-39. <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:167457869>.
- Mann, Alexander. "Pseudo-Gambling and Whaling: How Loot Boxes Pray on Vulnerable Populations and How to Curtail Future Predatory Behavior". *Washington Journal of Law, Technology & Arts* 15/3 (Haziran 2020), 200-246. [https://digitalcommons.law.uw.edu/wjlta/vol15/iss3/4/?utm\\_source=digitalcommons.law.uw.edu%2Fwjta%2Fvol15%2Fiss3%2F4&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](https://digitalcommons.law.uw.edu/wjlta/vol15/iss3/4/?utm_source=digitalcommons.law.uw.edu%2Fwjta%2Fvol15%2Fiss3%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages).
- Okan, Neval. "Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicilerin Korunması". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/4 (Ekim 2016), 73-85.
- Özen, Miyale Tanla. *Haksız Rekabetin Elektronik Ortamda Görünüm Biçimleri*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2023.
- Petrovskaya, Elena - Zendle, David. "Predatory Monetisation? A Categorisation of Unfair, Misleading and Aggressive Monetisation Techniques in Digital Games from the Player Perspective". *Journal of Business Ethics* 181/4 (Aralık 2022), 1065-1081. <https://doi.org/10.1007/s10551-021-04970-6>.
- Ramos, Andy vd. *The Legal Status of Video Games : Comparative Analysis in National Approaches*. İsviçre: World Intellectual Property Organization (WIPO), 2013. <http://tind.wipo.int/record/28964>.
- Savaş, Firdevs. *Haksız Rekabet Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri*. Ankara: Gazi Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Savaş, Firdevs. "Reklam Vasıtasıyla Ortaya Çıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar". *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 18/2 (Kasım 2017), 227-248.
- Schuurman, Kim. *Game Design: No Child's Play*. Utrecht, Hollanda: Utrecht University, Yüksek Lisans Tezi, 2023. [https://defenceforchildren.nl/media/6897/msc-thesis-game-design\\_k-schuurman-utrecht-university-2023.pdf](https://defenceforchildren.nl/media/6897/msc-thesis-game-design_k-schuurman-utrecht-university-2023.pdf).
- Schwiddessen, Sebastian - Karius, Philipp. "Watch Your Loot Boxes! – Recent Developments and Legal Assessment in Selected Key Jurisdictions from a Gambling Law Perspective". *Interactive Entertainment Law Review* 1/1 (Haziran 2018), 17-43. <https://doi.org/10.4337/ielr.2018.01.02>.
- Sezgin, Serra - Uzunoglu, Sarphan. "Loot Box Ekonomisi ve Dijital Karaborsalar: Fifa Örneği". *The Journal of Social Science* 6/11 (Şubat 2022), 125-138. <https://doi.org/10.30520/tjsosci.1059661>.

- Sharledow, Cole. "Gamble-to-Win: Regulating Video Game Loot Boxes Under the FTC's Unfair and Deceptive Practices Doctrines". *J. Bus. & Tech. L.* 18/2 (Mayıs 2023), 331-352. <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/jbtl/vol18/iss2/7/>.
- Sinanoglu, Asena. "Saldırgan Ticari Uygulamaların Tüketici Hukukunda İncelenmesi ve Konunun Haksız Rekabet Boyutu". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/1 (Haziran 2022), 1-15. <https://doi.org/10.21492/inuhfd.981631>.
- Spence-Jones, George - Xiao, Leon Y. "Loot Boxes – Video Gaming Industry's Hidden Treasure or a Pandora's Box That Misleads Consumers?", 1-8. <https://goughsq.co.uk/wp-content/uploads/2020/11/Article-Loot-Boxes-November-2020.pdf>.
- Tevetoğlu, Mete. "Eski ama Eskimeyen Bir Tartışma 'Loot Box'". *Tevetoglu Legal*. 10 Ekim 2019. Erişim 24 Ağustos 2024. <https://www.tevetoglu.av.tr/tr/yayinlar/eski-ama-eskimeyen-bir-tartisma-loot-box-2022-05-22-105824>.
- Topçuoğlu, Metin. "Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7/24 (Ocak 2016), 15-57. <https://www.jurix.com.tr/article/23538?u=0&c=0>.
- Uysal, Emin Hamdi. *Fikri Mülkiyet Hukukunda Bilgisayar Oyunlarının Korunması*. Ankara: Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Ülgen, Hüseyin vd. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: XII Levha Yayınları, 5. Baskı., 2015.
- Van Rooij, Antonius J. vd. "Behavioral Design in Video Games: A Roadmap for Ethical and Responsible Games That Contribute to Long-Term Consumer Health and Well-Being". *Trimbos Institute, Eindhoven University of Technology & Leiden University for the Dutch Ministry of the Interior and Kingdom Relations* 2/2 (Haziran 2024), 1-3. <https://doi.org/10.1145/3672088>.
- Video Games Europe. "Public Consultation for the Fitness Check of EU Consumer Law on Digital Fairness", Şubat 2023. <https://www.videogameseurope.eu/wp-content/uploads/2023/10/Video-Games-Europe-reply-to-the-Digital-Fairness-REFIT-consultation-policy-paper-FINAL.pdf>.
- Walker, Alex. "Victoria's Gambling Regulator: Loot Boxes 'Constitute Gambling'". *Kotaku Australia* (blog), 22 Kasım 2017. <https://www.kotaku.com.au/2017/11/victorias-gambling-regulator-loot-boxes-constitute-gambling/>.
- Welsh, Oli. "\$25 WOW Horse Makes Millions". *Eurogamer.net*. 22 Nisan 2010. Erişim 24 Ağustos 2024. <https://www.eurogamer.net/usd25-wow-horse-makes-millions>.
- Willett, Chris. "Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive". *Journal of Consumer Policy* 33/3 (Eylül 2010), 247-273. <https://doi.org/10.1007/s10603-010-9128-3>.
- Yetiş, Hakan. *Video Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi*. İzmir: İzmir Ekonomi Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Zagal, José Pablo vd. "Dark Patterns in the Design of Games". *International Conference on Foundations of Digital Games*, 2013. <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:17683705>.
- FSEK, Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu (Kanun No. 5846). Resmi Gazete 7981. (05 Aralık 1951). Erişim 24 Ağustos 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.5846.pdf>.

2005/29/AT Direktifi, Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında 11.6.2005 tarihli 2005/29/AT sayılı Avrupa Birliği Direktifi. (11 Haziran 2005). Erişim 24 Ağustos 2024. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>.

“Highlights of the Predatory Gaming Announcement”. haz. Chris Lee. Yayın Tarihi 21 Kasım 2017. [https://www.youtube.com/watch?v=\\_akwfRuL4os](https://www.youtube.com/watch?v=_akwfRuL4os).

“Oyun Sektörü Raporu 2023”. Gaming In Turkey, 2023. <https://www.turkiyeoyunsektoruraporu.com/tr#raporuindir>.

“Star Wars Battlefront II”. Erişim 24 Ağustos 2024. <https://www.metacritic.com/game/star-wars-battlefront-ii/>.

HTUY, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (Kanun No. Resmi Gazete 29232). (10 Ocak 2015).

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü İlkesi Çerçevesinde Taksirli İflâs Suçuna (TCK m. 162) İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme

*Within the Framework of the Principle of the Obligation to Act Like a Prudent Businessman Relating to the Crime of Negligent Bankruptcy ((Art. 162 of the TCC) a Legal Assessment*

Fatih Yurtbaşı 

Beykent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,  
Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye,  
fatihyurtbasi@gmail.com



Geliş Tarihi/Received: 06.09.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 21.10.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
12.11.2024

**Öz:** Taksirli iflâs suçunun hareket unsurunun, TCK m. 162'nin gerekçesinde belirtildiği gibi, "basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü" ilkesine aykırılık olarak ifade edilmesi, söz konusu ilkenin genel ve soyut niteliği göz önünde bulundurulduğunda, suçun failinin tespitinden hareketlerin belirlenmesine kadar birçok konunun tekrardan bu ilke çerçevesinde incelenmesini gerektirmektedir.

Suçun failine, tacir ve/veya iflâsa tâbi olan kişiler olarak yaklaşmaktan ziyade, basiretli iş adamı gibi davranmayan kişiler olarak daha geniş açıdan bakılmalıdır.

TCK m. 162, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özeni göstermeyerek basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne aykırılık kriteri öngörerek, sadece objektif özen ölçütü getirmemiş ayrıca suçun kapsamını da oldukça genişleterek, adi iflâs ile taksirli iflâs suçları arasındaki ayrımı silikleştirmiştir. Düzenleme bu haliyle kanunilik ilkesinin bir sonucu olan belirlilik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bu geniş ve belirsiz düzenleme, suçun oluşumunun tespitini yapmak zorunda kalan ceza mahkemesi hâkiminin de işini güçleştirmiştir ve hükmün yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır.

TCK m. 162'nin yürürlüğe girmesiyle taksiratlı iflâs sebeplerinin düzenlendiği İİK m. 310 ve 337a'nın ilga olduğu kabul edilmelidir. İİK'da sayılan iflâs sebepleri sadece örnek teşkil edebilir ki, TCK m. 162 karşısında bunlardan bazıları iflâs sebebi olmazken, TCK kapsamında suç olabilecek çoğu hareket de İİK düzenlemelerinde yer almaz.

**Anahtar Kelimeler:** Tacir, Taksirli İflâs, Basiretli İş Adamı, Hareket, Netice

**Abstract:** The fact that the action element of the crime of negligent bankruptcy is stated as the violation of the principle of "the obligation to act as a prudent businessman" as stated in the justification of Article 162 of the Turkish Penal Code, considering the general and abstract nature of the principle in question, requires many issues from the determination of the perpetrator of the offence to the determination of the actions should be examined within the framework of this principle.

Rather than approaching the perpetrator of the crime as merchants and/or a persons subject to bankruptcy, they should be viewed from a broader perspective that the perpetrator of the crime should be considered as a person who does not act as a prudent businessman.

Article 162 of the TPC not only introduces an objective criterion of care with the criterion of violating the obligation to act as a prudent businessman by failing to show the care and diligence required by being a merchant, but also considerably expanded the scope of the offence and blurred the distinction between ordinary bankruptcy and negligent bankruptcy. As such, the regulation also contradicts the principle of certainty, which is a consequence of the principle of legality. This broad and vague regulation has also made it difficult for the criminal court judge to determine the occurrence of the offence and would be appropriate to rearrange Article 162 of the TPC.

With the entry into force of Article 162 of the TPC, it should be accepted that Articles 310 and 337a of the Execution and Bankruptcy Law, which regulate the reasons for negligent bankruptcy, are also within this scope.

**Keywords:** Merchant, Negligent Bankruptcy, Prudent Businessman, Action, Result

### Extended Abstract

With the entry into force of the Turkish Penal Code No. 5237, both the elements of crimes and their sanctions were regulated in the Turkish Penal Code. On the other hand, since it was not clearly stated that the Enforcement and Bankruptcy Law regulation was repealed, the dual regulation brought about

**Cite as (ISNAD):** Yurtbaşı, Fatih. "Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü İlkesi Çerçevesinde Taksirli İflâs Suçuna (TCK m. 162) İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2) (2024), 964-991. <https://doi.org/10.56701/shd.1544833>

some discussions ranging from which norms would be applied to the determination of the elements of crimes. These discussions are more evident in terms of the crime of negligence bankruptcy. As a matter of fact, although the reasons for negligence bankruptcy are specified as a limitation in Articles 310 and 337a of the Enforcement and Bankruptcy Law, the regulation of negligence bankruptcy with a general definition as “causing bankruptcy due to failure to show the care and attention required by being a merchant” in Article 162 of the TCK brought about discussions in doctrine and some hesitations in practice. The purpose of writing this study is to touch upon these controversial points and to try to explain the crime of negligence bankruptcy in particular in terms of these points that may cause problems. Particularly in terms of the element of action of the crime, while the reasons for bankruptcy are specified by enumeration in Article 310 of the Enforcement and Bankruptcy Law, the discussions and hesitations resulting from the general expression of “not showing the care and attention required by being a merchant” in Article 162 of the Turkish Penal Code have been tried to be put under the spotlight. Therefore, the effort to explain the crime of negligence bankruptcy has been limited only to uncertain and controversial issues.

As stated in the justification of Article 162 of the TCK, the element of action of the crime of negligence bankruptcy points to the “principle of acting as a prudent merchant” (Article 18/2 of the TCC). When the generality of the principle in question is taken into consideration, from the problem of violation of the principle of certainty, one of the basic principles of criminal law, to the relationship between the element of action of the crime and the result, the difficulty of determining the causal link between them and the various possibilities in determining the perpetrator; Some important issues, from the ambiguity between ordinary bankruptcy and negligent bankruptcy to the difficulty that the criminal court judge will encounter when determining the elements of the crime, have been examined. In addition, a brief assessment has been made on how the crime of negligent bankruptcy should be regulated in terms of the law that should exist.

We thought that with the entry into force of the Turkish Penal Code No. 5237, Article 310 of the Enforcement and Bankruptcy Law has been implicitly repealed. Therefore, the reasons for negligent bankruptcy listed as restrictive in the Enforcement and Bankruptcy Law should not be directly taken into account in terms of the occurrence of the crime. However, the reasons listed can be evaluated by considering the action element of “not showing the care and attention required by being a merchant” in Article 162 of the Turkish Penal Code and can be evaluated as an example. In this sense, while some acts of negligent bankruptcy in the Enforcement and Bankruptcy Law may constitute a violation of the principle of acting as a prudent merchant and cause the occurrence of the crime, some acts of negligent bankruptcy listed will not have any effect in terms of the occurrence of the crime.

The uncertainty of acts contrary to the principle of acting as a prudent merchant, which constitute the action element of the crime, and the difficulty of determining the causal link between the act and the result, make it difficult to determine both the perpetrator and the elements of the crime. This situation blurs the boundary between ordinary bankruptcy, which is not considered a crime, and negligent bankruptcy, which is regulated as a crime, and therefore makes the job of the criminal court judge who has to make this distinction quite difficult.

Contrary to the views that the crime of negligent bankruptcy is a crime of danger and that there is no need to seek the result, we conclude that the crime is a crime with a free movement but a result, considering the regulation of Article 162 of the Turkish Penal Code that “bankruptcy was caused due to the failure to show the care and attention required by being a merchant”. Therefore, the crime is completed not with every act contrary to the principle of acting as a prudent merchant, but if the act in question will cause bankruptcy, in other words, if the causal link between the act and the result is determined. The person should not be convicted of the crime of negligent bankruptcy without a clear

causal link between the act and the result. In addition, for this reason, the crime of negligent bankruptcy, unlike fraudulent bankruptcy, cannot be committed after the bankruptcy decision.

The perpetrator of the crime should be considered in a broader sense than merchants or persons subject to bankruptcy. Although the obligation to act as a prudent merchant is a result of being a merchant, persons whose merchant status has ended or who are not considered merchants may be the perpetrators of the crime as a result of special regulations.

Completion of the crime is not sufficient to impose a penalty on the perpetrator. The bankruptcy decision is an objective condition for sentencing the crime of negligent bankruptcy. Although this condition, which should be considered outside the elements of the crime, may occur before the crime is met, the perpetrator cannot be punished. For that reason, the bankruptcy decision will be given by the public prosecutor during the investigation phase and by the criminal court judge and the commercial court of first instance during the prosecution phase.

## Giriş

Ticari ve ekonomik hayata ilişkin belirsizlikler ve riskler iflâs olgusunu ticari bir gerçek olarak karşımıza çıkarır. İflâsın bizzat kendisi, yol açtığı sonuçlar bakımından iflâsa tâbi kişi için bir yaptırımdır. Nakit akışını iyi yönetememe, maliyetlerin hızlı yükselişindeki hesaplama hataları ve ödemeler dengesindeki bozukluklar sonucunda ticari hayatın gereği olarak kişinin iflâs etmesi adi iflâs olarak nitelendirilir ve bu durumda kişinin cezai sorumluluğu gündeme gelmez. Ancak hem cebri icranın etkinliğini sağlamak ve alacaklıları korumak hem de ticari hayata olan güveni muhafaza etmek amacıyla icra ve iflâs suçları düzenlenmiştir. Bu kapsamda taksirli ve hileli iflâs da birer iflâs suçudur.

765 sayılı (mülga) Türk Ceza Kanunu'nun (eTCK)<sup>1</sup> yürürlükte olduğu dönemde taksirli ve hileli iflâs suçlarının sadece yaptırımları kanunda yer almakta, söz konusu suçların hareket unsurları ise İcra ve İflâs Kanunu'nda (İİK)<sup>2</sup> düzenlenmekte idi. Böylelikle İİK hükümleri dikkate alınarak suçların unsurları tespit edildikten sonra, eTCK ile cezaları belirlenmekte idi.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK)<sup>3</sup> yürürlüğe girmesiyle, hem suçların unsurları hem de yaptırımları TCK'da hüküm altına alınmıştır. Buna karşın, İİK'daki ilgili hükümlerin açıkça yürürlükten kalktığı belirtilmemesi karşısında ikili düzenleme, hangi normların uygulanacağından, suçların unsurlarının tespitine kadar bazı tartışmaları beraberinde getirmiştir. Taksirli iflâs suçu bakımından bu tartışmalar daha belirgindir. Nitekim İİK m. 310 ve 337a'da taksirli iflâs sebepleri tahdidi olarak belirtilmesine karşın, TCK m. 162'de taksirli iflâsın, "*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi sebebiyle iflâsa sebebiyet verme*" şeklinde genel bir tanımlamayla düzenlenmesi doktrinde tartışmaları ve uygulamada birtakım tereddütleri beraberinde getirmiştir. Bu çalışmanın kaleme alınış amacı, söz konusu tartışmalı noktalara değinmek ve sorun oluşturabilecek bu noktalar özelinde taksirli iflâs suçunu açıklamaya çalışmaktır. Özellikle suçun hareket unsuru bakımından, İİK m. 310'da, iflâs sebepleri sayma yoluyla belirtilmişken, TCK m. 162'de "*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi*" gibi genel bir ifadeyle düzenleme yoluna gidilmesi sonucundaki tartışmalar ve tereddütler mercek altına alınmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla taksirli iflâs suçunu açıklama çabası, sadece belirsizlik içeren ve tartışmalı olan konularla sınırlandırılmıştır.

TCK m. 162'nin gerekçesinde<sup>4</sup> de belirtildiği üzere, taksirli iflâs suçunun hareket unsuru, "*basiretli tacir gibi hareket etme ilkesi*" ne [Türk Ticaret Kanunu (TTK)<sup>5</sup> m. 18/2] işaret etmektedir. Söz konusu ilkenin

<sup>1</sup> RG, T. 13.03.1926, S. 320.

<sup>2</sup> RG, T. 19.06.1932, S. 2128.

<sup>3</sup> RG, T. 26.09.2004, S. 25611.

<sup>4</sup> <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>.

<sup>5</sup> RG, T. 14.02.2011, S. 27846.

genelliği göz önünde bulundurulduğunda, ceza hukukunun temel ilkelerinden belirlilik ilkesinin ihlâli sorunundan suçun hareket unsuru ile netice arasındaki ilişkiye, aradaki nedensellik bağının tespitinin zorluğuna ve failin tespitindeki çeşitlilik arz eden olasılıklara; adi iflâs ile taksirli iflâs arasındaki belirsizlik sorunundan ceza mahkemesi hâkiminin suçun unsurlarını tespit ederken karşılaşacağı güçlüğü kadar önemli görülen bazı konular incelenmiştir. Ayrıca olması gereken hukuk bakımından taksirli iflâs suçunun nasıl düzenlenmesi gerektiğine ilişkin kısa bir değerlendirmede bulunulmuştur.

## I. Suçun Düzenlenme Şekli

Taksirli iflâs suçuna ilişkin ilk düzenleme 01.03.1926 T. ve 765 sayılı mülga eTCK'da yer almaktaydı. Kanununun 507'nci maddesi, "*Taksiratlı müflisler bir aydan iki seneye kadar hapsolunur.*" hükmünü haizdi. Görüldüğü üzere, eTCK'da taksirli iflâs suçunun sadece cezası düzenlenmiş olup, ne taksiratlı müflis tanımlanmış ne de taksirli suça ilişkin hareketler belirtilmişti<sup>6</sup>. Suçun oluşabilmesi için gerekli hareketlerin neler olduğu ise halen yürürlükte olan 09.06.1932 tarih ve 2004 sayılı İİK m. 310'a bırakılmıştı<sup>7</sup>. "*Taksiratlı iflâs hâlleri*" kenar başlığını taşıyan İİK m. 310'da on bent hâlinde taksirli iflâs hâllerini sayan kanun koyucu, hükümde ayrıca "*Aşağıdaki hâllerden biri kendisinde bulunan müflis taksiratlı sayılır ve Türk Ceza Kanuna göre cezalandırılır*" diyerek açıkça, suça ilişkin hareketlerin İİK'da fakat cezai yaptırımın eTCK'da olması şeklinde bir tercihte bulunmuştu<sup>8</sup>.

5237 sayılı TCK 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe girdiğinde ise taksirli iflâs suçunu düzenleyen ceza kanununun 162. maddesi suçun hem unsurlarını hem de cezasını hüküm altına almıştır<sup>9</sup>. Ancak TCK'da, İİK m. 310'un yürürlükten kaldırıldığına ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bazı yazarlar, İİK m. 310'un yürürlükten kaldırılmaması gerekçesiyle, taksirli iflâs suçunun unsurlarının hem TCK m. 162 hem de İİK m. 310'un göz önüne alınarak belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>10</sup>. Buna karşılık bazı yazarlar ise, TCK m.

<sup>6</sup> "*Taksiratlı*" ve "*taksirli*" terimlerinin eş anlamlı olmadığı, manevi unsurun temel şekli olan kastla işlenebilen "*taksiratlı iflâs*" ile taksirle işlenen "*taksirli iflâs*" suçlarının aynı nitelikte olmadığı, dolayısıyla mülga TCK döneminde taksirli iflâs suçuna ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı yönünde bkz. Ali Hakan Evik, *Türk Ceza Hukuku'nda Hileli ve Taksirli İflâs Suçları* (İstanbul: On İki Levha, 2005), 308; Ali Hakan Evik, "*Taksirli İflas Suçu*", *Özel Ceza Hukuku C. IV, ed. Köksal Bayraktar vd.* (İstanbul: On İki Levha, 2018), 360.

<sup>7</sup> 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, Cumhuriyet dönemindeki ilk icra iflâs kanunumuz değildir. Ondak önce 18.04.1929 tarih ve 1424 sayılı ilk İcra ve İflâs Kanunu yürürlüğe girmişti. Bu kanunun 301'nci maddesi, yürürlükte olan 2004 s. İcra ve İflâs Kanunu'nun 310'uncu maddesine benzer şekilde taksiratlı iflâs hallerini bentler halinde saymış, açık atıfla suçun cezası için eTCK'yı işaret etmişti. Sadece üç sene yürürlükte kalan ve uygulamada başarısız olan ilk icra ve iflâs kanunumuz ile tüm icra ve iflâs kanunlarının tarihi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, "Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz", *SÜHFD* 11/3-4, (2003), 9-45.

<sup>8</sup> İİK m. 310'da sayılan taksiratlı iflâs hallerine ilaveten, İİK m. 337a'da özel bir taksirli iflâs sebebi daha düzenlemiştir. Adı geçen hükmün ilk fıkrasına göre, "*44 üncü maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflâs sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu, bundan zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*". İİK m. 337a'nın son fıkrasında ise, "*Borçlunun iflâsı halinde, birinci fıkradaki durum ayrıca taksiratlı iflâs sayılır*" denilmektedir.

<sup>9</sup> Taksirli iflâs suçu mülga 765 sayılı eTCK'da "*Mal Aleyhine Cürümler*" başlıklı onuncu babın "*Dolandırıcılık ve İflâs*" başlıklı üçüncü faslında düzenlenmiş iken; 5237 sayılı TCK'da suça "*Malvarlığına Karşı Suçlar*" başlıklı onuncu bölümünde yer verilmiştir.

<sup>10</sup> Saim Üstündağ, "Hileli İflâs Suçları Ne Zaman Tamamlanmış Olur ve Böylece Bu Suçlarda Zamanaşımı Süresi Ne Zaman İşlemeye Başlar?", *Yargı Dünyası* 118, (Ekim 2005), 18, dn. 1; Üstündağ, İİK hükümlerinin açıkça yürürlükten kaldırılmadığı için ceza hâkiminin hileli ve taksirli iflâs oluşturan hareketleri belirlerken İİK m. 310 ve 311'deki düzenlemelerden hareket etmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Benzer yönde bkz. Abdurrahim Karlı, *İcra Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: Alternatif), 262 vd; Hakan Kızılarşlan, *Hileli ve Taksiratlı İflâs Suçları* (Ankara: Seçkin, 2006), 27. Ayrıca bkz. Uğur Ersoy, "Hileli ve Taksirli İflâs Suçları", *CHD* 33, (Nisan 2017), 100. Ersoy, TCK'nın 161. maddesinde hileli iflâs suçunun unsurlarının teker teker sayılması karşısında, İİK'nın 311. maddesinin zımnen ilga olduğunun, buna karşılık TCK m. 162. maddesinde herhangi bir sayıma gidilmemiş olması dolayısıyla, İİK'nın 310. maddesinden TCK m. 162'ye yollama yapıldığının kabul edilmesi [5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 3 (RG, T. 13.11.2004, S. 25642)] gerektiğini aksi sonucun belirlilik ilkesine aykırılık oluşturarak ticari hayatta iş yapmayı imkânsız kılacağını belirtmiştir. *Karlı*, taksirli iflâsın manevi unsurunun TCK m. 162'de belirtildiğini, maddi unsurunun ise İİK m. 310'da düzenlendiğini ileri sürmüştür (Abdurrahim Karlı, *İcra ve İflas Hukuku Esasları* (İstanbul: Filiz, 2022), 934-935.

162'nin İİK m. 310'u zımnen ilga ettiğini belirtmişlerdir<sup>11</sup>. Bir başka görüş ise, TCK m. 162'nin yürürlüğe girmesiyle İİK m. 310'un konusuz kaldığı şeklinde öne sürülmüştür<sup>12</sup>.

TCK m. 162'de taksirli iflâs suçunun tanımının ve cezasının birlikte gösterilmesine rağmen, İİK m. 310'nun yürürlükte olup olmadığı tartışması sadece TCK'da İİK m. 310'u yürürlükten kaldıran açık atfın bulunmaması sebebiyle değildir. Aynı zamanda bu iki hükmün farklı şekillerde düzenlenmeleri de tartışmanın yoğunluğunu ve önemini arttırmıştır. Şöyle ki, İİK m. 310'da tahdidi olarak açıkça taksirli iflâs hâlleri on bent hâlinde sayılırken, TCK m. 162'de kanun koyucu sayma yoluna gitmeyerek suçu serbest hareketli bir suç olarak genel bir ifade ile düzenlemiştir. Nitekim TCK m. 162, "*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflâsa sebebiyet veren kişi, iflâsa karar verilmiş olması hâlinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" hükmüne haizdir. Kanaatimizce sonraki düzenleme olduğu, suçu ve cezayı birlikte hüküm altına aldığı için TCK m. 162'nin yürürlüğe girmesiyle İİK m. 310'un zımnen ilga olduğunu kabul etmek gerekir.

## II. Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü İlkesi<sup>13</sup>

### A. Taksirli iflâs suçunun hareket unsuru olarak ilke

TCK m. 162'de yer alan taksirli iflâs suçunun maddi unsurlarından hareket unsurunu, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmediği işlemler, fiiller ve tasarruflar oluşturur. Yani tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özeni göstermeyen tacir iflâsa sebebiyet verdiğinde ve hakkında iflâs kararı varsa taksirli iflâs suçundan ceza alır.

Hükmün gerekçesinde, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özen ile açıkça TTK m. 18/2'ye işaret edilmiştir. Tacir olmanın bazı hüküm ve sonuçları vardır. Bunlar arasında tacirin tâbi olduğu yükümlülük olarak belirtilebileceklerden biri de her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekliliğidir.

Taksirli iflâs suçunun hareket unsuru bakımından oldukça problemliler olarak gördüğümüz basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ilkesine aşağıda ana hatlarıyla değindikten sonra, hareket unsuru başta olmak üzere, suçun unsurları bakımından değerlendirmelerde bulunacağız.

### B. İlkenin kapsamı

Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü tacirin, ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde söz konusudur. Dolayısıyla tacirin ticari işletmesini ilgilendirmeyen faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğu yoktur<sup>14</sup>. Zira basiretli iş adamı gibi hareket etme ilkesi, tacirin ancak faaliyet

<sup>11</sup> Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (Ankara: Yetkin, 2013), 1392; İzzet Özgenç, "İflâs Suçları", *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. 2, Ankara (2009), 333 vd.; Evik, "Taksirli İflas", 357; Talih Uyar, "Taksiratlı (Taksirli) ve Hileli İflâs", *DEÜHFD* 11/Özel Sayı (2009), 945. Uyar, İİK m. 310 ve 311'in zımnen ilga olduğunu ifade etmemekte, suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, TCK'da suç olduğu belirtilmemiş bir eylemden dolayı sanığı cezalandırmanın mümkün olmadığını İİK m. 310 ve 311'de suç olduğu öngörülen eylemlerden dolayı TCK m. 163 ve 161'e göre ceza verilmesini yerinde bulmadığını ileri sürmektedir. *Yazar*, bu konudaki yasal boşluğun giderilmesi ve Yargıtay'ın içtihatında bulunması gerektiğini belirterek, bunlar yapıncaya kadar adı geçen eserde hem İİK hem TCK açısından değerlendirmelerde bulunmuştur. *Sungurtekin Özkan* ise, İİK hükümlerinin, sonraki Kanun olan TCK hükümleri dikkate alındığında yürürlükten kaldırıldığı gerekçesiyle uygulanmayacağını, ancak söz konusu İİK hükümlerinden ve bu hükümlere ilişkin zengin yargı kararlarından TCK'nın bu konudaki hükümlerinin anlamlandırılmasında yararlanılabileceğini ifade etmiştir (Hakan Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: On İki Levha, 2023), 454-455).

<sup>12</sup> İbrahim Ermenek, "İcra ve İflâs Kanunu'nda Öngörülen Cezaî Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulama Alanı", *TAAD* 5/19 (Ekim 2014), 293-294. *Yazar*, TCK ile İİK'da yer alan hileli ve taksiratlı iflâs suçlarının bütün sonuçları ile birlikte zımnen ilga edildiği sonucuna varılmasının İİK m. 314'de öngörülen adi müflisin itibarının iade edilmesine ilişkin hükmün uygulanması bağlamında birtakım adil olmayan sorunlara yol açabileceğini belirtmiştir. Bkz. Ermenek, "Ne Bis İn İdem", 294-296. Aynı yönde bkz. Murat Atalı vd., *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2023), 761.

<sup>13</sup> "İlke" ifadesi için ayrıca bkz. Bölüm II, C.

<sup>14</sup> Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021) 155; N. Füsün Nomer Ertan (Hüseyin Ülgen vd.), *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Vedat, 2019), 269; Rıza Ayhan vd., *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*



gösterdiği alana ilişkin bilgi ve tecrübeye sahip olabileceği varsayımına dayanarak bir ölçüt öngörmüş ve buna bağlı bazı sonuçlar getirmiştir. Dolayısıyla, tacir hangi alanda faaliyet gösteriyorsa, ilke, o alan için geçerlidir. Nitekim örneğin, otel işleten tacirin demir çelik ticaretine ilişkin incelikleri bilmesi beklenemeyeceğinden<sup>15</sup>, bu alanda basiretli iş adamı gibi davranması da beklenmemelidir.

İlkenin kapsamı ayrıca adi iş – ticari iş ayırımı bakımından da değerlendirilmelidir. TTK m.19'da tacirler bakımından ticari iş karinesi öngörülmüş olup, tacirin borçlarının ticari olmasının asıl olduğu ifade edilmiştir. Ancak kural olarak yalnız gerçek kişi tacirler bakımından adi iş – ticari iş ayırımı yapılabilir. Nitekim TTK m. 19/1 cüm.2'de, gerçek kişi tacirlerin işlemi yaptığı sırada bunun ticari işletmesiyle bağlantılı olmadığını karşı tarafa açıkça bildirmesi ya da işlemin ticari sayılmasına durumun elverişli olmaması durumlarında borcun adi sayılacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple gerçek kişi tacirin, ticari olmayan işleri için basiretli hareket etmesi kendisinden beklenmezken; tüzel kişi tacirlerin<sup>16</sup> yaptıkları işlerin tamamının ticari nitelikte olduğu kabul edildiğinden, tüzel kişi tacirler için böyle bir ayırım bulunmamaktadır. Tüzel kişi tacirler ise kural olarak faaliyet alanları kapsamındaki tüm işlerinde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altındadırlar<sup>17</sup>.

Sonuç olarak basiretli<sup>18</sup> tacir gibi davranma, tacirin ticari iş niteliğindeki ve ticari işletme faaliyetleri kapsamındaki işlem, tasarruf ve eylemlerinde tedbirli, tecrübeli, sağduyulu, ileri görüşlü ve yaptığı işin inceliklerini bilen bir iş adamı gibi hareket etmesi anlamına gelir<sup>19</sup>.

### C. İlkenin amacı ve hukuki niteliği

Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olmanın sonuçları genel ve özel olarak iki kategoride hüküm altına alınmıştır. TTK m. 18/2'de yer alan tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme gerekliliği kanunda genel hüküm olarak yer almıştır<sup>20</sup>. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün hem kanun sistematigindeki yeri hem de onun diğer özel hükümlerle ilişkisi<sup>21</sup> göz önüne alındığında, bu gerekliliği bir ilke olarak ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira bazı hâllerde doğrudan özel bir düzenleme yoksa da ilkenin amacı ve ruhu yargı kararlarına yansiyarak bazı kabulleri beraberinde getirmiştir<sup>22</sup>. Buradan

(Ankara: Yetkin, 2021), 230; Ömer Korkut vd., *Şematik Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2023), 53; Şaban Kayıhan, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2021), 142-143.

<sup>15</sup> Arkan, *Ticari İşletme*, 153.

<sup>16</sup> TTK m.16'da tüzel kişi tacirler şu şekilde ifade edilmiştir: "(1) Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.(2) Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar."

<sup>17</sup> Ali Bozer - Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2020), 106. Tacir sıfatı ticari işletme işletmesine bağlı olan tüzel kişi tacirler için adi sahanın olmadığı şeklinde bir kabulün yerinde olmadığı, bunların ticari işletmeyle ilgili olmayan iş sahalarını koruduğu, amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıfların sadece ticari işletmeye ilişkin faaliyetleri bakımından tacir sıfatını haiz olduğu, dolayısıyla bu kişilerde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün ticari işletmenin faaliyet alanıyla bağlantılı olduğu yönünde bkz. Gamze Çakı Çıfci, *Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü* (Ankara: Seçkin, 2024), 119.

<sup>18</sup> Arapça "bşr" kökünden gelen başıra(t) (kavrayış, sezgi) sözcüğünden alıntı olan (Nişanyan Sözlük, nisanyansozluk.com) basiret, sözlük anlamı olarak, gerçekleri yanılmadan görebilme yeteneği, uzağı görüş, sağgörü, vizyon anlamlarına gelmektedir (TDK Güncel Türkçe Sözlük, sozluk.gov.tr).

<sup>19</sup> İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2022), 156; Fatih Bilgili vd., *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Dora, 2022), 221; Nomer Ertan (Hüseyin Ülgen vd.), *Ticari İşletme*, 149.

<sup>20</sup> Özel olarak ise, ticari iş karinesi (m. 19), ücret isteme hakkı (m. 20), fatura ve teyit mektubu (m. 21), ücret ve sözleşme cezasının indirilmesi (m. 22) ve ticari satış ve mal değişimi (m. 23) hükümleri vardır.

<sup>21</sup> TTK m. 22/1'den hareketle, Türk Borçlar Kanunu [ RG. 04.02.2011, S. 27836 (TBK)] m. 121/2 gereği temerrüt faizinin aşırı yüksek meblağlara ulaşması halinde dahi tacirin indirim isteyememesi; TBK m. 182/3 uyarınca hâkimin aşırı gördüğü cezai şartın resen indirme yetkisinin tacirler hakkında uygulanmaması; TBK m. 525 ile simsarlık sözleşmesinde kararlaştırılan ücretin aşırı olması durumunda borçlunun talebi üzerine hâkim tarafından yapılan hakkaniyet indiriminin tacirler için söz konusu olmaması düzenlemeleri esasen tacirin basiretli iş adamı gibi davranma gerekliliğinin bir sonucudur.

<sup>22</sup> Örneğin, TTK'da açıkça yasaklanmasa bile, aşırı ifa güçlüğü yaşayan borçlunun tacir olması durumunda TBK m. 138'de yer alan uyarılma davası açamaması yani hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını talep edememesi; TBK m. 28'de düzenlenen aşırı yararlanmaya ilişkin kuraldan ve TBK m. 30 ilâ 39'da yer alan irade bozuklukları hallerinden ancak sınırlı

hareketle ilkenin oldukça genel olduğunu; özel düzenlemelerin olmadığı hâllerde ise soyut kaldığını, somut olay adaleti bakımından her olay bağlamında ayrıca dikkate alınması gerektiğini söyleyebiliriz<sup>23</sup>.

TTK m. 18/2'nin bir objektif özen ölçüt getirdiği, tacirin ticari faaliyetlerinde göstereceği özen ölçütünü objektifleştirdiği şüphesizdir<sup>24</sup>. İlke, tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğunu zorunlu kılar<sup>25</sup>.

Basiretli iş adamı gibi hareket etme ilkesi doktrinde bir yüküm<sup>26</sup> (kulfet) ya da yükümlülük<sup>27</sup> olarak ifade edilmiş ve nitelendirilmiştir. Yükümlülük, zorunluluk olarak da anılabilir<sup>28</sup> ve yerine getirilmemesi hâlinde çoğu hâlde ifaya zorlama dâhil çeşitli yaptırımları beraberinde getirir. Yükümün ihlâli hâlinde ise bir hak kaybı ortaya çıkmaz; sadece yüküm sorumlusu kişi, lehine olabilecek bazı haklardan faydalanma imkânını elde edemez ya da bazı hakları yitirir. TTK m. 18/2'nin lafzında, her iki kavram da tercih edilmeyerek "gereklilik" ifadesi kullanılmıştır<sup>29</sup>.

### III. Taksirli İflâs Suçunun Unsurları Bakımından Değerlendirme

#### A. Fail

Taksirli iflâs suçunun faili kural olarak tacirdir. Sadece tacirlerin iflâs etmesi ve TCK m. 162'nin lafzındaki "Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi" ifadesi, açıkça suçun bir özgü suç olarak düzenlendiğini ve failinin tacir ve iflâsa tâbi kişilerden olacağını göstermektedir. Failin tacir olması ve/veya iflâsa tâbi kişilerden olması gerektiği ifadesi doğrudur; ancak yanıltıcı olabilir. Daha doğru ifadeyle, basiretli tacir gibi hareket etme yükümlülüğü altındaki kişiler bu suçun faili olurlar<sup>30</sup>. Söz konusu ifade, iflâsa tâbi kişi kavramından kapsam bakımından farklıdır. Şöyle ki, taksirli iflâs suçu için iflâs kararı objektif cezalandırma şartı olduğundan, fail iflâsa tâbi kişilerden olmalıdır. Buna karşın, iflâsa tâbi olmasına rağmen suçun faili olamayacak kişiler vardır. İflâsa tâbi kişilerin tespiti suçun failinin belirlenmesi için önemlidir; fakat bu belirleme ayrıca basiretli tacir gibi davranma yükümlüsü kişiler özelinde de yapılmalıdır. Ayrıca iflâsa tâbi kişi tespitinde İİK m. 43 hükmü yol gösterici olacaktır. Hükme göre, iflâs yolu ile takip sadece tacirler için değil tacir sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tâbi olanlar için de yapılır. Hatta özel kanunlarına göre tacir olmadıkları hâlde iflâsa tâbi oldukları bildirilen şahıslar hakkında da iflâsa karar verilebilir. Dolayısıyla tüm bu kişiler kural olarak taksirli

---

olarak faydalanabilmesi; tacirin genel anlamda iyi niyet iddiasının birçok halde dinlenmemesi gibi durumların tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ilkesinin birer yansımaları olduğu söylenebilir.

<sup>23</sup> Basiretli iş adamı gibi davranma ilkesinin değişken ve soyut bir kavram olduğu, basiretli davranışın her somut olay bakımından farklılık arz edebileceği ve basiretli davranılıp davranılmadığının her somut olay bakımından ayrı olarak değerlendirilebileceği şeklindeki açıklamalar için ayrıca bkz. Çakı Çiftci, *Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü*, 32-33.

<sup>24</sup> Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku I, Giriş - Ticari İşletme* (İstanbul: Güzel, 1968), 125; Hayri Domanıç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. I* (İstanbul: Temel, 1988), 218; Oğuz İmregün, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri* (İstanbul: Filiz, 1996), 37; Kayhan, *Ticari İşletme*, 143; İsmail Özgün Karaahmetoğlu, "Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve Yargıtay Uygulamasındaki Yeri". *Legal Hukuk Dergisi* 116 (2012), 89 vd.

<sup>25</sup> Arkan, *Ticari İşletme*, 153.

<sup>26</sup> Reha Poroy - Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2022), 179; Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku* (Konya: Mimoza, 2012), 104-106; Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2020), 188-193; Arkan, *Ticari İşletme*, 153-156; Karaahmetoğlu, *Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme*, 89.

<sup>27</sup> Ayhan vd., *Ticari İşletme*, 230; Bozer - Göle, *Ticari İşletme*, 105-106; Mustafa İsmail Kaya - Burçak Tatlı, *Ticaret Hukuku I (Ticari İşletme ve Ortaklıklar Hukuku)* (Ankara: Seçkin, 2023), 104; Korkut vd., *Ticari İşletme*, 53; Kayhan, *Ticari İşletme*, 143.

<sup>28</sup> Basiretli iş adamı gibi hareket etme "zorunluluğu" ifadesi için bkz. Selma Çetiner - Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2023), 129-130.

<sup>29</sup> *Karayalçın M.*, sözleşmelerin tamamlanması işleviyle, basiretli tacir gibi davranma gerekliliğinin ödev (yükümlülük) olarak kabul edilebileceğini, iyi niyetin belirlenmesi işlevinde, kulfet niteliğinin ön plana çıkacağını, kusurun belirlenmesinde ise hem ödev hem kulfet işlevinin bulunduğunu ifade etmiştir [Mine Karayalçın, *Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliği* (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021), 123-124].

<sup>30</sup> Doktrinde *Özgenç*, 5237 s. TCK sistemi ile hileli iflâs ve taksirli iflâs suçlarının faillerinin tacir sıfatını taşıyan kişiler olmak zorunda olmadığını, iflâs yolu ile takip edilebilecek iflâsa tâbi kişi ile hileli ve taksirli iflâs suçunun failinin ayrı olduğunu belirtmiştir. *Yazar* böylelikle her iki suçun da özgü suç olmadığını, bu sebeple faillerin herkes olabileceğini ileri sürmüştür (Özgenç, "İflâs Suçları", 351, 352 ve 365).

iflâsın faili olabilirler<sup>31</sup>. Nitekim TCK m. 162'de "*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflâsa sebebiyet veren kişi*" ibaresi kullanılmak suretiyle iflâs eden tacir ile basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüsünün farklı kişileri ifade edebileceği anlaşılmaktadır.

Bir yandan İİK m. 43 veya özel düzenlemeler sebebiyle iflâsa tâbi olup diğer yandan TTK m. 18/2 uyarınca basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne tâbi olan kişilerin tespiti<sup>32</sup>, taksirli iflâs suçunun failinin belirlenmesi bakımından önem arz edeceğinden, aşağıda iflâsa tâbi kişiler özelinde değerlendirme yapılacaktır.

## 1. Tacirler ve tacir sayılan<sup>33</sup> kişiler

### a. Gerçek kişi tacirler

Gerçek kişi tacirler bakımından, bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kişinin tacir sıfatını haiz olarak (TTK m. 12/1) bu sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler tâbi olması gerekçesiyle, hem iflâs müeyyidesine (TTK m. 18/1) hem de basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne (TTK m. 18/2) tâbi olduğu açıktır.

Bir ticari işletmeyi kurup açtığını çeşitli şekillerde halka bildirmiş veya ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimseler, o ticari işletmeyi fiilen işletmeye başlamamış olsalar bile TTK m. 12/2 gereği tacir sayılacaklarından basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne<sup>34</sup> ve iflâsa tâbi olarak suçun faili olabilirler.

Ticaretten men edilmesine karşı ticari işletme işleten kişi de tacir sayılır (TTK m. 14) ve tacir sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler tâbi olur<sup>35</sup>. Dolayısıyla bu kişilerin de suçun faili olabilmeleri mümkündür.

Bir özel durum da TTK m. 13'de adına ticari işletme işletilen küçük ve kısıtlılar için düzenlenmiştir. Hükme göre bunlar adına yasal temsilcileri tacir sayılmayıp, bu sıfat temsil edilen küçük ya da kısıtlıya ait olacaktır. Ancak cezai hükümlerin uygulanması bakımından yasal temsilci tacir gibi sorumlu olur (TTK m. 13, cüm. 3)<sup>36</sup>. Bu durumda tacir sıfatından kaynaklanan iflâsa tâbi olma yükümlülüğü küçük ve kısıtlı hakkında sonuç doğururken, taksirli iflâs suçunun faizi özel düzenleme sebebiyle yasal

<sup>31</sup> Hukuki sorumlulukla cezai sorumluluğunun farklı dinamiklerle farklı sebep ve sonuçları olduğundan hareketle, hukuki sorumluluktan kurtulan biri, cezai sorumlulukla karşılaşabilir. Örneğin, genel kurulun ibrasına rağmen, her ortak yönetim kurulunun suç teşkil eden fiillerinden dolayı savcılığa suç duyurusunda bulunabilir (Muşul, *İflas Suçları*, 11). Nitekim ibra kuralı olarak yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan kurtarsa da, ceza hukuku anlamında bu kişilerin sorumlulukları devam edebilir.

<sup>32</sup> Bu konuda ayrıca bkz. Gamze Çakı Çifci, "Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliğinin Kişi Bakımından Uygulanması", *SHD* 11/2 (2023), 882 vd.

<sup>33</sup> Tacir olmanın bütün hükümlerine tâbi olduktan sonra "*tacir olmak*" ile "*tacir sayılmak*" arasında fark gözetmenin faydası bulunmadığı yönünde bkz. Poroy - Yasaman, *Ticari İşletme*, 156. Özel hukuk ilişkileri bakımından "*tacir olmak*" ile "*tacir sayılmak*" arasındaki farkın ancak üçüncü kişilere ileri sürülmesi bakımından ortaya çıkacağı, kanunilik ilkesinin geçerli olduğu ve maddi gerçeğin arandığı ceza hukuku bakımından ise, örneğin ceza hukuku normunun tacir sıfatına ve dolayısıyla ticari işletmenin varlığı ve fiilen işletilmesi şartına bağlandığı hallerde "*tacir sayılma*"nın hüküm ifade etmeyeceği yönünde bkz. Halit Aker, "Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: "Hâkim Teşebbüs"", *BATİDER* 25/2 (2009), 274.

<sup>34</sup> Tacir ile tacir sayılan kişiler arasında bir fark bulunmadığı, bu kişilerin tacir olmanın hem nimetlerinden faydalanacağı hem de külfetlerine katlanacağı yönüne ayrıca bkz. Kayıhan, *Ticari İşletme*, 135; Poroy - Yasaman, *Ticari İşletme*, 155.

<sup>35</sup> Poroy/Yasaman, Kanun'un sistematığının bazı kişilerin, unsur eksikliğinden faydalanarak tacir sıfatı ve bu sıfatın getirdiği sorumluluğu bertaraf etmelerini önlemek amacı ile kabul edildiğini, ancak hukuk siyaseti bakımından kanuna aykırı hiçbir davranışa olumlu sonuç bağlanmaması gerektiğini, aksi takdirde yasağın ciddiyetinin ortadan kalkacağını, burada da ticaret yapmaktan yasaklılar için bu kişilere tacir sıfatı vermek yerine, tacir gibi sorumlu olacaklarının kabul edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir (Poroy - Yasaman, *Ticari İşletme*, 158).

<sup>36</sup> Hükümün hakkaniyete uygun olarak bir fark gözettilmesi yönünde bkz. Poroy - Yasaman, *Ticari İşletme*, 157.

temsilcilerde olacaktır<sup>37</sup>. İlgili kanuni düzenleme ticari işletmenin aslında yasal temsilci tarafından işletilmesi dolayısıyla aynı zamanda cezaların şahsiliği ilkesinin de bir gereğidir<sup>38</sup>.

## b. Tüzel kişi tacirler

### aa. Genel olarak

Tüzel kişi tacirler TTK m. 16'da şu şekilde belirtilmiştir: "(1) Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar. (2) Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar." Tüzel kişi tacirler bakımından, bir yandan tüzel kişilik yapıları sebebiyle tacir sıfatının bizzat kendilerinde olması ve bu sebeple ortakların ya da yöneticilerin tacir olmaması, diğer yandan tüzel kişilerin suç faili sayılmaması (TCK m. 20), sadece TCK'da belirtilen bazı suçlar bakımından güvenlik tedbiri uygulanabilmesi<sup>39</sup> (TCK m. 60) karşısında, taksirli iflâs suçunun failinin kim olacağına belirlenmesi önem arz eder. Zira tüzel kişiler insana özgü nitelikler dışındaki bütün hak ve borçlara ehil olup [Türk Medeni Kanunu (TMK)<sup>40</sup> m. 48], kanuna ve kuruluş belgelerine göre organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanırlar (TMK m. 49). Tüzel kişiler iradelerini organları aracılığıyla açıklayıp; organların hukuki işlem ve filleri tüzel kişiyi borç altına sokar (TMK m. 50). Tüzel kişi tacirler bakımından da her ne kadar tacir sıfatı tüzel kişiliğe ait olup, iflâs müeyyidesi tüzel kişilik nezdinde gerçekleşecekse de, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne tâbi olan kişiler tüzel kişi tacir adına işlemlerde bulunan tüzel kişilik organlarıdır. Bu noktada İİK m. 345 hükmü<sup>41</sup> de göz önünde bulundurularak, tüzel kişi tacir adına hareket edenler tacir sıfatına sahip olmasa ve iflâs etmese dahi taksirli iflâs suçunun faili olabilirler.

### bb. Ticaret şirketleri

TTK m. 124/1 gereği kollektif şirket, komandit şirket, anonim şirket, limited şirket ve kooperatifin ticaret şirketi olduğu açıktır. Bu kapsamda her bir şirket özelinde tüzel kişi tacir adına basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne haiz ve dolayısıyla taksirli iflâs suçunun faili olabilecek kişilerin tespiti gerekmektedir.

Kollektif şirketler için TTK m. 218/1'de şirket sözleşmesinde veya ortaklık kararıyla yönetim işlerinin ortaklardan biri, birkaçı ya da tümüne verilmemesi hâlinde ortaklardan her birinin ayrı ayrı şirketi yönetme hakkı ve görevi olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda kollektif şirketi yönetme yetkisini haiz ortaklar veya diğer üçüncü kişiler basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüsü olarak taksirli iflâs suçunun faili olabilirler. Ancak şirketi yönetme yetkisi bulunmayan ortakların basiretli iş adamı gibi

<sup>37</sup> Bkz. Kayar, *Ticari İşletme*, 141.

<sup>38</sup> Ayrıca bkz. İrfan Baştuğ, "Küçük ve Kısıtlıların Tacir Sıfatı", *BATİDER* 5/4 (1969), 809; Çetiner - Bozkurt Yüksel, *Ticari İşletme*, 100.

<sup>39</sup> Tüzel kişi hakkında uygulanacak güvenlik tedbirine, her suç bakımından değil, kanunda özel olarak düzenlenen hallerde hükmedilebilir (TCK m. 60/4). Taksirli iflâs suçu bakımından özel bir düzenleme olmadığından özel hukuk tüzel kişileri için öngörülen faaliyet izninin iptal ya da müsadere gibi güvenlik tedbirlerine de hükmedilemez. Öte yandan, şirketler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması için kasıtlı bir suçun varlığı karşısında (Nur Centel, "Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması-", *AÜHF* 4/65 (2016), 3317) böyle bir güvenlik tedbirine karar verilemezdi.

<sup>40</sup> RG, T. 08.12.2001, S. 24607.

<sup>41</sup> Hükme göre; "Bu kanunda yazılı suçlar, hükmi bir şahsın idare veya muamelelerini ifa sırasında işlenmiş ise ceza o hükmi şahsın müdürlerinden, mümessil ve vekillerinden, tasfiye memurlarından, idare meclisi reis ve azasından veya murakıp ve müfettişlerinden fiili yapmış olan hakkında hükmolunur".

hareket etme yükümlülüğüne tâbi olmamaları gerekçesiyle, ilgili kişilerin hileli iflâs suçunun faili olması mümkün değildir.

Komandit şirketlerde TTK m. 309/2 ile şirketin yönetimi komandite ortaklara bırakılmıştır. Bu sebeple şirket adına basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlüsü komandite ortaklardır. Hâliyle komandite ortaklar taksirli iflâs suçunun faili olabilirken, komanditer ortaklar ise kural olarak<sup>42</sup> bu suçun faili olamazlar.

Anonim şirketlerde şirketi yönetim ve temsil yetkisi TTK m. 365 gereği yönetim kuruluna aittir. Dolayısıyla kural olarak anonim şirketlerde şirket adına basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlüsü yönetim kurulu üyeleri olup<sup>43</sup>, taksirli iflâs suçunun faili de bu kişiler olabilir. Ayrıca yönetim kurulu, şartların varlığı hâlinde TTK m. 367 ile yönetim yetkisini, TTK m. 370/2 ile de temsil yetkisini yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçına ya da üçüncü kişilere devredebilir. Eğer yönetim kurulu yönetim ve temsil yetkisini devretmişse, şirketi yönetim ve temsil yetkisini haiz olmayan üyelerin şirket adına basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülükleri de sona ereceğinden, bu kişiler taksirli iflâs suçunun faili de olamazlar. Bu durumda kendisine yönetim ve/veya temsil yetkisi devredilen yönetim kurulu üyeleri ya da üçüncü kişilerin şirket adına basiretli iş adamı gibi davranması gerekeceğinden, şirketin iflâsı hâlinde, bu kişilerin taksirli iflâs suçunun faili olması gündeme gelecektir. Ayrıca TTK m. 368 uyarınca şirkete ticari temsilci ve ticari vekil ile TTK m 371/7 gereği sınırlı yetkili ticari vekil atanması mümkün olduğundan, kanaatimizce şirket adına üçüncü kişilerle işlemde bulunabilecek bu kişilerin de basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne haiz oldukları ve dolayısıyla taksirli iflâs suçunun faili olabileceklerinin kabulü gerekir<sup>44</sup>.

Limited şirketlerde ise, şirket temsil ve yönetiminin şirket sözleşmesi ile düzenleneceği, bunun müdür sıfatını taşıyan bir ya da daha fazla ortağa veya üçüncü kişilere verilebileceği, en azından bir ortağın şirketi yönetim ve temsil yetkisinin bulunması gerektiği kanun hükmü gereğidir (TTK m. 623/1). Dolayısıyla limited şirketlerde şirket sözleşmesine göre basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne tâbi kişiler değişkenlik gösterebileceği ve şirketi yönetim ile temsil yetkisini haiz bu kişilerin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne tâbi olarak taksirli iflâs suçunun faili olabilecekleri ifade edilebilir. Ayrıca şirkete ticari temsilci ve/veya ticari vekil atanabilmesi (TTK m. 631) ve sınırlı yetkili ticari vekil tayini mümkün olduğundan (TTK m. 629/3'ün atfıyla TTK m. 371/7 ) bu kişiler de duruma göre basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne tâbi olup taksirli iflâs suçunun faili olabilirler.

Kooperatifler bakımından, kooperatifin yönetim ve temsil organı yönetim kurulu olup, kooperatif ortağı sıfatını haiz en az üç üyeden oluşur (Kooperatifler Kanunu<sup>45</sup> m. 55) ve bu üyeler suçun faili olabilirler. Anasözleşmeyle, genel kurul ya da yönetim kuruluna, kooperatifin yönetim ve temsili kısmen ya da

<sup>42</sup> TTK m. 318/2 gereği, komanditer ortaklar, ortak sıfatıyla şirketi temsile yetkili olamazlar, ancak şirket sözleşmesinde aksine düzenleme bulunmadıkça, ticari temsilci, ticari vekil veya seyyar tacir memuru olarak atanabilirler. Eğer komanditer ortaklar şirket yönetimine ticari temsilci, ticari vekil gibi sıfatlarla veya bu sıfatları haiz olmaksızın fiili organ olarak karışmışsa, kanaatimizce basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altında olacaklarından suçun faili olabilirler. Fiili organın şirketi temsil yetkisini haiz olmaması gerekçesiyle hukuki işlemlerinde basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsünün aranmayacağı yönünde bkz. Çakı Çifci, *Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü*, 71, dn. 244. Ayrıca fiili organ kavramı için bkz. Cafer Eminoğlu, *Anonim Şirket Özelinde Fiili Yönetim Organı* (Ankara: Adalet, 2023), 96 vd.; Ömer Korkut, "Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği", *Prof. Dr. Firat Öztan'a Armağan C. 1* (2010), 1368 vd.

<sup>43</sup> TTK m. 369/1'de, yönetim kurulu üyelerinin ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin görevlerini "tedbirl bir yöneticinin özeniyle" yerine getirmek ve şirket menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetme yükümlülüğü altında oldukları belirtilmiştir.

<sup>44</sup> Bu durum sadece anonim şirketler özelinde olmayıp, diğer ticaret şirketleri bakımından da ticari temsilci veya ticari vekillerin taksirli iflâs suçunun faili konumunda bulunmaları gündeme gelebilir. Anonim şirketi temsil yetkisini haiz olan kişilerden biri de şartların varlığı ve istisnai hallerde kayyım olup, kayyımın da tüzel kişiliği temsilen yaptığı işlemlerde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. Çakı Çifci, *Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü*, 72, dn. 246.

<sup>45</sup> RG, T. 10.05.1969, S. 13195.

tamamen kooperatif ortağı sıfatını haiz olması gerekmeyen bir ya da birkaç müdür veya yönetim kurulu üyesine tevdi etme yetkisinin verilebileceğinden (m. 58), kooperatifi yönetim ve temsil yetkisini haiz olan bu kişiler basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne tâbi şekilde taksirli iflâs suçunun faili olabilirler.

Son olarak ticaret şirketleri bakımından tasfiye memurlarının da taksirli iflâs suçunun faili olabilecekleri belirtilmelidir. Zira bu kişiler de tasfiye sürecinde şirket adına işlem yapma yetkisini haiz olduklarından basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü altındadırlar<sup>46</sup>. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus ise hileli iflâs suçunun aksine taksirli iflâs suçu, iflâs kararı verilmeden önce yapılan eylemler neticesinde oluşabilir. Şirket tasfiyeye iflâs dışı bir sebepten dolayı girmişse, tasfiye memurlarının taksirli iflâs suçunun faili olabilmesi mümkündür. Yeter ki, bunlar şirketin idaresini ve işlemlerini şirket adına yapmaya yetkili olsun ve taksirli iflâs suçu bu işlemlerin neticesinde ortaya çıkmış olsun<sup>47</sup>.

### **ccc. Amacına ulaşmak için bir ticari işletme işleten dernek ve vakıflar**

TTK m. 16/1'de amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıfların tacir sayılacağı hüküm altına alınmıştır<sup>48</sup>. Ancak hükmün ikinci fıkrasında, kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar<sup>49</sup> için, bir ticari işletmeyi ister doğrudan isterse kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen tüzel kişi eliyle işletmeleri hâlinde kendilerinin tacir sayılmadığı ifade edilmiştir<sup>50</sup>. Yönetim kurulu derneğin yönetim ve temsil organı olup (TMK m. 85), temsil görevini üyelerden birine veya üçüncü kişiye verilebilir. Vakıflar bakımından ise, TMK m. 109'da vakfın bir yönetim organının bulunmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Bu kapsamda iflâsa tâbi olan gerek dernekler gerekse vakıflar özelinde ilgili dernek veya vakfı yönetmeye yetkili söz konusu kişilerin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüsü olduğu ve dolayısıyla taksirli iflâs suçunun faili olabilecekleri kabul edilmelidir.

### **dd. Kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek ve ticari şekilde işletilmek üzere devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar**

<sup>46</sup> Öyle ki kolektif şirketler bakımından tasfiye memurlarının, tasfiye işlerini yerine getirirken basiretli iş adamı gibi davranma zorunlulukları TTK m. 286'da açıkça şöyle düzenlenmiştir: "*Tasfiye memurları, tasfiye halinde bulunan şirketin bütün mal ve haklarının korunması için basiretli bir iş adamı gibi gerekli önlemleri almakla ve tasfiye olabildiğince en kısa zamanda bitirmekle yükümlüdür*".

<sup>47</sup> Örneğin, denetçiler ise şirketi temsil ve icrai yetkileri olmadığından suçun faili olamayacaklardır.

<sup>48</sup> Amaçlarına ulaşmak için ticari işletme işleten vakıfların, sadece ticari işletme faaliyetinden dolayı tüzel kişi tacir sayılacakları, vakfın ticari işletmeyle ilgili olmayan faaliyetlerinde tacir sayılmasının söz konusu olmadığı yönünde bkz. Ayhan vd., *Ticari İşletme*, 218. Dernekler için aynı yönde bkz. Ayhan vd., *Ticari İşletme*, 219.

<sup>49</sup> Dernekler ve vakıflar bakımından farklı ibarelere yer verilmesinin sebebinin anlaşılacağı, bu konuda kanun koyucunun dernek ve vakıflar arasında farklılık yaratmak istediği yönünde izlenim uyandırdığı, yine de "*gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar*" ibaresiyle "*kamu yararına çalışan vakıflar*"ın kastedildiği yönünde bkz. Celal Göle - Hakan Bilgeç, "Ticari İşletme İşlettikleri Halde Tacir Sayılmayan Dernek ve Vakıflara İlişkin Düzenlemenin (TTK m. 16/2) Değerlendirilmesi", *BATİDER* 32/4 (2016), 13 ve 17.

<sup>50</sup> Kanun koyucunun "*gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların*" işlettikleri ticari işletme sebebiyle tacir sayılmayacağını hükme bağlamasını, bu vakıfların tacir sıfatının reddi olarak değil, sadece tacir olmanın bazı hüküm ve sonuçlarına özellikle de iflâsa tâbi olmadığı şeklinde kabul edileceği yönünde bkz. Ayhan vd., *Ticari İşletme*, 218. Dernekler için aynı yönde bkz. Ayhan vd., *Ticari İşletme*, 219-220. Hükmün amacının bunları tacir olmanın olumsuz sonuçlarından korumak olduğu yönünde ayrıca bkz. Kayar, *Ticari İşletme*, 144. TTK m. 19/5 uyarınca şirketler topluluğunda hâkim teşebbüs konumundaki kamu yararına çalışan derneklerin dahi TTK m. 16/2 uyarınca tacir sayılmayacağı, bir diğer ifadeyle tacir olmanın sonuçlarına özellikle de iflâsa tâbi olmayacağı yönünde ayrıca bkz. Ayhan vd., *Ticari İşletme*, 220. Hâkim teşebbüsün kamu hukuku hükümlerine bağlı kurum ve kuruluş ya da kamu yararına çalışan bir dernek bir diğer ifadeyle tacir sayılmayan bir kişi veya kuruluş olabileceği, hükme göre tacir sayılan teşebbüsün tacir olmanın doğurduğu her türlü sonuca tâbi olacağı yönünde bkz. Kaya - Tatlı, *Ticari İşletme*, 100. Devlet, il özel idaresi, belediye ve diğer kamu tüzel kişileriyle kamuya yararlı dernek ve her türlü vakfın hâkim teşebbüs konumunda oldukları sürece, tacir sayılacağı, TTK m. 195/5'in TTK m. 16/2'ye oranla daha özel bir hüküm olduğu, bu sebeple de TTK m.16/2'nin hâkim teşebbüs bakımından uygulanamayacağı yönünde bkz. Kayihan, *Ticari İşletme*, 140.

Kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek ve ticari şekilde işletilmek üzere devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşların da tacir sayılırlar (TTK m. 16/1). Ancak TTK m. 16/2 uyarınca, Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin, bir ticari işletmeyi ister doğrudan isterse kamu hükümlerine göre yönetilen ve işletilen tüzel kişi eliyle işletmeler dahi kendilerinin tacir sayılmazlar<sup>51</sup>. Dolayısıyla tacir sıfatını ilgili kamu kurum ve kuruluşlarında değil kuruluş belgelerinde ve sözleşmelerinde özel hukuk hükümlerine göre yönetilen ve ticari şekilde işletilen yapılar da olduğundan bunların organ, yönetici ya da temsilcileri basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğün muhatabı ve taksirli iflâs suçunu faili olacaklardır.

## 2. Tacirlere ilişkin hükümlere tâbi olanlar

Bir ticari işletme olmamasına rağmen ticari işletme açmış gibi işlemlerde bulunan kimseler, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olacaklarından (TTK m. 12/3), bu kişiler de tacir sıfatına bağlanan külfetlere katlanmak durumundadırlar. Dolayısıyla hem iflâsa hem de basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne tâbi olacaklarından taksirli iflâs suçunun faili olabilirler.

TTK m. 17'de tacirlere ilişkin hükümlerin donatma iştirakine de aynen uygulanacağı düzenlenmiştir. TTK m. 1061/1 gereği, "*Birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları hâlinde donatma iştiraki vardır.*" Bu kapsamda donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmayıp<sup>52</sup>, tacir sıfatını da haiz değildir<sup>53</sup>. Ancak TTK m. 17 düzenlemesi sebebiyle donatma iştiraki de iflâsa tâbidir<sup>54</sup>. TTK m. 1066'de donatma iştirakinin temsilinin paydaş donatanlar arasındaki sözleşme hükümlerine tâbi olduğu, sözleşmede bulunmayan hâllerde TTK m. 1067-1087'nin uygulanacağı belirtilmiş, TTK m. 1067/1'de donatma iştirakinin paydaş donatanların oy çoğunluğuyla alacakları kararla yürütüleceği, yine TTK m. 1068/1'de donatma iştirakinin işlemlerin görülmesi için oy çoğunluğu ile gemi müdürü atayabileceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda donatma iştiraki bakımından basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlüsü ve dolayısıyla taksirli iflâs suçunun faili paydaş donatanlar arasındaki sözleşme hükümlerine göre belirlenecektir. Sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde fail paydaş donatanlar olacak, hatta donatma iştirakine gemi müdürü atanmışsa bu kişinin de fail olması gündeme gelebilecektir.

## 3. Özel kanun hükümleri gereği iflâsa tâbi kişiler

Özel kanun hükümleri gereği tacir olmadıkları hâlde iflâsa tâbi kişiler için de basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüyle ilgili aynı titizlikte inceleme yapılmalıdır.

<sup>51</sup> Kamu hukuku tüzel kişisi tarafından özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek ya da ticari şekilde işletilmek üzere kurulan, bu kurum ve kuruluşların tüzel kişiliği yoksa, bu kurum ve kuruluşların hukuk süjesi olmaması gerekçesiyle, tacir olamayacakları, bu durumda tacir sıfatının ilgili ticari işletmeyi işleten kamu hukuku tüzel kişisine ait olduğu, kanun koyucunun TTK m. 16/2 ile amacının bu kurum ve kuruluşta tacir sıfatı vermeyi amaçlamadığı, kamu hukuku tüzel kişisinin tacir olmanın bazı sonuçlarına, özellikle de iflâsa tâbi olmaması gerektiğini ifade ettiği yönünde bkz. Ayhan vd., *Ticari İşletme*, 221-222.

<sup>52</sup> Donatma iştirakinin tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığının tartışmalı olduğu yönünde bkz. Poroy - Yasaman, *Ticari İşletme*, 161.

<sup>53</sup> Donatma iştirakinin TTK m. 11 bağlamında bir ticari işletme olduğu, paydaş donatanların da bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işlettikleri (TTK m. 12/1) gerekçesiyle tacir sayılacağı, adi şirkete ilişkin hükümlerin kıyasen donatma iştirakine de uygulanacağı ve bazı istisnai durumlar dışında ticari işletmeyi müştereken işleten adi şirket ortakları gibi tacir olmanın hukuki sonuçlarına tâbi olacağı yönünde bkz. Ayhan vd., *Ticari İşletme*, 226. Donatma iştirakinde tacir sıfatının, ticari işletme işleten adi şirkettekinin aksine müşterek donatanlarda olmadığı, donatma iştirakinde olduğu, tacir olmanın hüküm ve sonuçlarıyla müşterek donatanların ayrı ayrı muhatap olmayacağı, örneğin donatma iştirakinin iflâsa tâbi olduğu ancak müşterek donatanların iflâsa tâbi olmadığı, dolayısıyla müşterek donatanların bütün malvarlığının değil sadece donatma iştirakine ait gemi ve tefferruatının iflâs masasına dâhil olduğu yönünde bkz. Kayar, *Ticari İşletme*, 148. Aynı yönde bkz. Korkut vd., *Ticari İşletme*, 47.

<sup>54</sup> Aynı zamanda bkz. TTK m. 1084.

### a. Ticareti terk eden tacirler

Gerçek kişi tacirlerin, ticari işletme işletmeyi bırakması, bir diğer ifadeyle ticareti terk etmesiyle tacir sıfatı sona erer. Tacirler ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmekle yükümlü oldukları gibi (TTK m. 18/1; Ticaret Sicil Yönetmeliği<sup>55</sup> m. 49-50), ticari terk ettiklerinde de bu durumu ticaret siciline tescil ve ilan ettirmelidirler (TTK m. 31/1-2; Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 51; İİK m. 44) Tıpkı tacir sıfatının kazanılmasında olduğu gibi, gerçek kişilerde tacir sıfatının kaybı bakımından da ticaret siciline tescil ve ilan açıklayıcı etkiyi haizdir<sup>56,57</sup>. Dolayısıyla tacir sıfatının kaybıyla birlikte tacir sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler de sona erer. Ancak İİK m. 44'de ticareti terk eden tacirin bu durumu 15 gün içerisinde ticaret siciline tescil ve ilan ettirmesi gerektiği, bu ilandan itibaren bir sene içerisinde iflâs yoluyla takip edilebileceği düzenlenmiştir. Ticareti terk eden tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü sona ermesine rağmen kanundaki özel düzenleme sebebiyle iflâs yoluyla takibi mümkündür. Bu sebeple ticareti terk eden tacir bu bir yıllık zaman zarfı içinde taksirli iflâs suçunun faili olmayacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, tacir ticareti terk ettikten sonra iflâs yoluyla takip edilmesine rağmen, iflâs eski tacirin ticareti terk etmeden önceki basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne aykırı davranışlarından kaynaklanmışsa taksirli iflâs suçunun faili olabilir. Dolayısıyla ticareti terk eden tacirler bakımından yapılması gereken bir incelemede iflâs olgusunun gerçekleşmesine sebep olan fiil ve eylemlerin failin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne tâbi olduğu ticareti terk etmesinden önce mi yoksa sonra mı kaynaklandığının belirlenmesidir. İlk hâlde bu kişi taksirli iflâs suçunun faili olabilirken, ikinci durumda taksirli iflâs suçunun faili olamaz<sup>58</sup>.

### b. Kollektif ve komandit şirket ortakları

Belirli şartların varlığı hâlinde kollektif şirketlerde ortakların, komandit şirketlerde ise komandite ortakların iflâsı mümkündür. Ancak bu durum tüzel kişilik yapısı gereği tacir sıfatının bizzat ticaret şirketine ait olduğu gerçeğini değiştirmez. Ortakların tacir sıfatına sahip olmamasına rağmen belli şartlar dâhilinde şirket borçlarından dolayı iflâs yolu ile takip edilebilmesi özel hüküm gereğidir (TTK m. 238, 240 ve 317). Tacir sıfatını haiz olmayan bu kişiler salt iflâsa tâbi olmaları sebebiyle taksirli iflâs suçunun faili olamazlar. Bu kişilerin suçun faili olabilmesi için, şirket adına basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne tâbi olabilmeleri gerekeceğinden ortakların yönetime katılma yetkilerinin bulunması veya fiili olarak yönetime katılmaları gerekmektedir.

### c. Karar ve işlemleriyle bankanın iflasına sebep olanlar

5411 sayılı Bankacılık Kanunu<sup>59</sup> m. 110/1 uyarınca *"Bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında 71 inci madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti hâlinde, bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak bunların şahsi sorumlulukları yoluna gidilerek, Fon Kurulu kararına istinaden ve Fonun talebi üzerine doğrudan şahsen iflâslarına mahkemece karar verilebilir. Bu karar ve işlemler bankanın hâkim ortaklarına menfaat temini amacıyla yapıldığı takdirde, menfaat temin eden ortaklar hakkında da temin ettikleri menfaat üzerinden uygulanır."* Bankalar ancak anonim şirket şeklinde kurulabilirler (Bankacılık Kanunu m. 7/1-a). Bu kapsamda

<sup>55</sup> RG, T. 27 01.2013, S. 28541.

<sup>56</sup> Tescil ve ilanın tacir sıfatının ortadan kalkması için şart olmadığı gibi bu sıfatın ortadan kalkması için de yeterli olmayabileceği, tescilin alacaklıların korunması bakımından yerine getirilmesi gereken bir işlem olduğu, TTK m. 36/3'e istinaden tescil kaydını terkin ettirmeyen kişinin, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir olmadığını ileri süremeyeceği yönünde bkz. Kayar, *Ticari İşletme*, 150.

<sup>57</sup> Ancak tüzel kişi tacirler bakımından tüzel kişiliğin ortadan kalkması için ticaret siciline tescil işleminin gerçekleşmesi gerekeceğinden, bu kişiler bakımından ticaret siciline tescil kurucudur.

<sup>58</sup> Kişi, ticari işletmesi olmamasına rağmen ticari işletmesi varmış gibi davranıyorsa, TTK m. 12/3 uyarınca tacir gibi sorumlu olacağından ve basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü devam edeceğinden, bu sebeple taksirli iflâs suçunun faili olabilir. Ayrıca İİK m. 337a'da, ticareti terk eden tacirin gerekli yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde taksirli iflâs suçunun oluşacağı şeklinde özel bir taksirli iflâs sebebi öngörülmesi önemle belirtilmelidir.

<sup>59</sup> RG, T. 01.11.2005, S. 25983.



yukarıda ticaret şirketleri başlığı altında anonim şirketler özelinde belirtilen tacir şirket adına basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne tâbi ve dolayısıyla taksirli iflâs suçunun faili olabilecekler kişiler hakkında söylediklerimiz bu başlık için de geçerlidir. Dolayısıyla Bankacılık Kanunu m. 110'da bu kişilerin iflâsa tâbi olarak düzenlenmiş olması onları doğrudan taksirli iflâs suçunun faili yapmaz. Ancak burada belirtilmesi gereken bir durum *"tanımlar"* başlığıyla Bankacılık Kanunu m. 3'de *"Yönetici"* kavramına TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden daha geniş olarak yer verilmesidir. Hükme göre, *"Yöneticiler, bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imza yetkisine sahip mensuplarından; bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticilerini"* ifade eder. Nihayet bu kişiler de tacir anonim şirket adına basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne tâbi olup, taksirli iflâs suçunun faili olabilirler.

#### **d. Sermaye piyasası kurum ortak ve yöneticileri**

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu<sup>60</sup> m. 98/1 gereği, *"Kurul, sermaye piyasası kurumlarının iflâsı veya 86 ncı madde uyarınca tedricî tasfiyeye girmesi durumlarında, 97 nci madde uyarınca sorumlulukları tespit edilmiş bulunmak kaydıyla; doğrudan veya dolaylı yüzde onundan fazla paya sahip ortaklarının, görevden ayrılmış olan veya görevde bulunan, yönetim kurulu üyelerinin ve imzaya yetkili yöneticilerinin, portföy yönetim şirketi yöneticilerinin ve konut finansmanı fonları ile varlık finansmanı fonlarının fon kurulu üyelerinin şahsen iflâslarını istemeye yetkilidir."* Hükümle birlikte sermaye piyasası kurum ortak ve yöneticilerinin iflâsı düzenlenmiş olup, her ne kadar yöneticiler tacir sıfatını haiz kurum adına basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüsü olarak taksirli iflâs suçunun faili olabilecekse de ortaklar ancak yönetim yetkisine sahip olmaları ya da fiili organ sıfatı gibi yönetime etki edebilmeleri şartıyla basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüsü olabilecek ve böylelikle suçun faili konumunda bulunabileceklerdir.

#### **B. Hareket ve Netice**

Taksirli iflâs suçunun maddi unsurlarından hareket unsurunu, *"tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi"* oluşturduğunu, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin ise TTK m. 18/2 gereği basiretli iş adamı gibi hareket etme ilkesine aykırı fiillerden ibaret olduğunu belirtmiştik. Bununla birlikte, yukarıda<sup>61</sup> ifade ettiğimiz gibi bazı yazarlar, TCK'nın yürürlüğe girmesiyle taksirli iflâs hâllerini on bent hâlinde düzenleyen İİK m. 310 hükmünün ilga olduğunu belirtirken, bazıları İİK m. 310'un halen yürürlükte olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş yanlılarına göre, suçun hareket unsuru İİK m. 310'da sayılan fiillerden oluşacaktır. Hem kanaatimizin ilk görüş yönünde, yani İİK m. 310'nun zımnen ilga olduğu şeklinde olması hem de uygulamada soruşturma ve kovuşturmanın hukuki dayanağının TCK m. 162 olduğu belirtilerek yapılmasını göz önünde bulundurarak açıklamalarımızı genel anlamda TCK hükmünü esas alarak yapacağız. Ancak yeri geldiğinde örnek teşkil edebilme ihtimalini değerlendirerek İİK m. 310 hükmüne de başvurmayı tercih etmekteyiz. Zira İİK m. 310'da belirtilen iflâs sebepleri basiretli iş adamı gibi hareket etme ilkesi ve taksirli iflâs suçu bağlantısını kurma açısından oldukça yardımcı olacak niteliktedir.

Suçun netice unsuru ise tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla *"iflâsa sebebiyet vermek"* tir. İflâsa tâbi kişi, basiretli tacir gibi davranmadığı her durumda değil; bu davranışları iflâsa sebebiyet verdiğinde, hakkında iflâs kararı da varsa taksirli iflâs suçu oluşur. Failin hareketi ancak iflâsa sebebiyet verecek derecede olursa, suçun netice unsuru gerçekleşir. Buna karşın, failin taksirli

<sup>60</sup> RG, T. 30.12.2012, S. 28513.

<sup>61</sup> Bkz. Bölüm I.

İflâs suçundan cezalandırılması için hakkında iflâs kararı verilmelidir. Dolayısıyla iflâsa sebebiyet vermek suçun bir unsuru ise de iflâs kararı objektif cezalandırma şartıdır<sup>62</sup>.

### 1. Belirlilik ilkesinin ihlali sorunu

Mülga TCK döneminde, taksirli iflâs suçunun hareket unsuruna ilişkin iflâs sebepleri İİK m. 310'da on bent hâlinde açıkça ve tahdidi olarak belirtildiğinden, bu bentler dışında kalan fiillerin taksirli iflâs suçunu oluşturmayacağı tartışmasızdı. Fiiller belliydi ancak o dönemde taksirli iflâs fiillerinin kanunda sayılarak belirtilmiş olması doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmişti<sup>63</sup>. Doktrinde Erem, "taksirin cezalandırılması kişilerin düzene ve disipline uygun hareket etme iradesini takviye etmek içindir; ancak önemli olan suçların taksire dayanılarak cezalandırılabilmesi kabul edilmelidir" dedikten sonra hükmün kapsamının genişletilerek yeniden düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>64</sup>. Dönmezer de benzer şekilde, "piyasadaki güven ve itimadı tesis edebilmek için taksirli iflâs hâllerini genişletmek gerekir. Bugünkü hâl tacirleri yeteri dikkat ve itinaya yöneltebilecek durumda değil" şeklinde görüş bildirmiştir<sup>65</sup>.

Buna karşın TCK m. 162 hareket unsuru olarak "tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi" yani "basiretli iş adamı gibi davranılmayarak" iflâsa sebebiyet verebilecek her fiili kapsamına aldığından, hükmün uygulama alanını genişletmiştir. Nitekim İİK m. 310'da tahdidi olarak sayılan hâllerden bazıları, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemiş olması ifadesi içerisine dâhil edilebilecekken; TCK m. 162 kapsamında taksirli iflâs suçunun oluşabilmesi için failin davranışının İİK m. 310'da sayılan hâllerden birisine girmesine gerek yoktur<sup>66</sup>. Nitekim öğretilerde de TCK m. 162'nin bu genel düzenleniş şekli, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesinin bir sonucu olan belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğu için eleştirilmektedir<sup>67</sup>. Hâlbuki hükme ilişkin adalet komisyonu raporu<sup>68</sup> incelendiğinde, aslında TCK m. 162 ile kanunilik ve belirlilik ilkesini sağlamak üzere bir düzenleme yapılmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Raporda mülga TCK'da hileli ve taksirli iflâs suçlarının sadece yaptırımının belirlenmesi, suç sayılacak fiillerin belirlenmemesi, bunlar için İİK hükümlerine (m. 310 ve 311) yollamada bulunulmasının belirlilik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiş; hileli ve taksirli iflâs suçlarını hangi fiil ve davranışların oluşturduğunun açıkça belirlendiği ifade edilmiştir.

Kanun koyucunun taksirli iflâsa ilişkin hem suçun unsurlarını hem de yaptırımını TCK'da düzenlemesi yerindedir. Buna karşın, adalet komisyonu raporunda geçen "hileli ve taksirli iflâs suçlarını hangi fiil ve davranışların oluşturduğu açık ve seçik olarak belirlenmiştir" ifadesine katılmak mümkün değildir. En azından komisyon raporuna yansıyan niyetin kanunda yer almadığı açıktır. Hileli iflâs suçu bakımından hangi fiil ve tasarrufların gerçekleşmesi hâlinde suçun oluşacağı açık bir şekilde sayılarak düzenlenmesine karşın, taksirli iflâs suçu için böyle bir sayma yönteminin benimsenmemesi ve üstelik genel bir taksir ölçüsü ile suçun hareket unsurunun belirtilmesi, suçun kapsamını sadece genişletmemiş aynı zamanda belirsiz kılmıştır. Bu ise ceza hukukunun güvencesini oluşturan temel ilkelerden biri olan belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

<sup>62</sup> Hükmün gerekçesinde, "... İflâs olgusunun gerçekleşmesi, bu suç açısından objektif cezalandırılma şartı niteliği taşımaktadır" denilerek bu duruma açıkça işaret edilmektedir.

<sup>63</sup> Faruk Erem, *Türk Ceza Hukuku C. I Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 1954), 314; Faruk Erem, "Taksirath ve Hileli İflâs", *Adalet Dergisi* 47/10 (1956), 1063; Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (İstanbul: Beta, 2001), 498; Uğur Alacakaptan: "İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısının Cezai Hükümleri", *İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Bildiri Yayını*, (Y. 1963), 180.

<sup>64</sup> Erem, *Ceza Genel*, 314; Erem, "Taksirath ve Hileli İflâs", 1063.

<sup>65</sup> Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 498.

<sup>66</sup> Ermenek, "Ne Bis İn İdem", 293.

<sup>67</sup> Koca, "Malvarlığına Karşı Suçlar", 88; Uyar, "Taksirath ve Hileli İflâs", 945; Evik, "Taksirli İflâs", 359; Bacaksız, *İflâs Suçları*, 156.

<sup>68</sup> Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593) <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D22/Y1/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/08f04456-d914-428b-8ee5-49694952fd88.htm>.

“*Tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özen*” kavramının kapsamının tespiti ve onun işaret ettiği basiretli iş adamı gibi hareket etme ilkesinin içeriğinin belirlenmesi oldukça güçtür. Her somut olay bakımından bu belirleme için ticaret hukuku mevzuatına, bazen adi ve ticari örf ve âdet ile bilimsel ve yargısal içtihadı başvurmak gerekecektir<sup>69</sup>. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, tacirin ticari işlerinde göstermesi gereken özene objektif bir ölçüt getiren basiretli iş adamı gibi hareket etme ilkesinin genel ve soyut niteliğinin somutlaşması ve belirgin hâle gelmesi için böyle bir çaba şarttır. Her somut olay bakımından böyle bir çabanın içine girilmesi suçun hareket unsurunun belirsiz olarak düzenlendiğini gösterir. Üstelik böyle bir uğraşa ceza hukuku hâkiminin girecek olması uygulama açısından oldukça sorunlu durumlara yol açabilecektir<sup>70</sup>.

## 2. Hareket ile iflâs arasında nedensellik bağının aranıp aranmayacağı sorunu

Taksirli iflâs suçunun maddi unsurlarından hareket unsurunu, “*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi*” oluşturduğunu, netice unsurunun ise tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla “*iflâsa sebebiyet vermek*” olduğunu belirtmiştik. Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmediği her fiil ve işlemde, kişi iflâs etmişse taksirli iflâs suçu oluşmuştur denilebilecek midir yoksa bu fiil ve işlemlerin iflâsa sebebiyet vermesinin gerekip gerekmediği aranmalı mıdır sorusu önem arz eder. Bir başka ifadeyle, basiretli iş adamı gibi davranılmayan eylem ve tasarruflar ile iflâs olgusu arasında bir nedensellik bağı aranmalı mıdır yoksa bu eylem ve tasarruflar tek başına suçun oluşumuna yeter denilerek, kişi iflâs etmişse taksir iflâstan ceza alabilir mi sorusunun cevabı aranmalıdır. Bu cevabın suçun hukuki niteliği ve netice ile objektif cezalandırma şartı ilişkisine yakından bakılarak bulunabileceği kanaatinde olduğumuzdan aşağıda ilgili hususları kısaca inceleyeceğiz.

### a. Taksirli iflâs suçunun hukuki niteliği

Ceza hukuku doktrinde suçlara ilişkin yapılan ayırımlardan biri de suçların neticeleri bakımından sınıflandırılmasıdır. Buna göre neticeli suçlar, suç tipinde dış dünyada hareketten zaman ve yer bakımından ayrılabilir bir neticenin varlığını şart kılmaz<sup>71</sup>. Oysaki salt hareket suçları, dış dünyada bir değişiklik yaratmazlar. Dolayısıyla ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz. Bu suçlarda tipiklik, kanundan tanımlanan hareketin yapılmasıyla gerçekleşir. Bu ayırım tehlike suçu ve zarar suçu olarak da adlandırılmaktadır. Salt hareket suçları tehlike suçu olarak adlandırılırken, neticeli suçlar zarar suçu olarak belirtilir<sup>72</sup>.

Doktrinde hareket ile netice arasında bir nedensellik bağlantısı aranmasını gerekli göyerek taksirli iflâs suçunu neticeli suç olarak değerlendiren yazarlar olduğu gibi, taksirli iflâsı salt hareket suçu olarak tanımlayan ve neticenin gerçekleşmesini, dolayısıyla nedensellik bağını aramayan görüş sahipleri de bulunmaktadır. *Özen*, taksirli iflâs suçunun sırf hareket suçu olduğunu, bu sebeple nedensellik bağının tespitine gerek olmadığını ileri sürmüştür<sup>73</sup>. *Uyar*, taksiratlı iflâs suçlarının tehlike suçlarından ve

<sup>69</sup> Koca da, benzer şekilde, tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özen kavramından ne anlaşılması gerektiğinin tespiti için, TTK ve ilgili mevzuata, hatta örf ve âdete bakmak gerektiğini, bunun ise kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak belirlilik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Mahmut Koca, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar”, *İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi* 5 (Ocak 2005), 88.

<sup>70</sup> Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda: Bölüm V.

<sup>71</sup> Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2021), 261-262; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2021), 220-221; Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2021), 229-231.

<sup>72</sup> Bahri Öztürk - Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2021), 211-212; Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 261-262; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 220-221; Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 229-231.

<sup>73</sup> Mustafa Özen, “Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Hileli ve Taksirli İflâs Suçları (TCK m. 161, 162)”, *AÜHFĐ* 4/65 (2016), 3577. Her ne kadar *Yazar*, madde gerekçesine göre de taksirli iflâs suçunun sırf hareket suçu olduğunu ve suçun tamamlanabilmesi için alacaklının zarar görmüş olmasının gerekmediğini belirtmişse de, biz doğrudan ya da dolaylı olarak bu anlama gelebilecek bir ifadeye gerekçede rastlamadık. Benzer şekilde, taksirli iflâs suçunun şekli bir suç ve soyut tehlike suçu olduğu şeklindeki görüş için bkz. Ersoy, “Hileli ve Taksirli İflâs”, 106.

neticesi harekete bitişik suçlardan olduğunu, suçun oluşması için kanunda sayılan hâllerin meydana gelmesinin yeterli olduğunu, zararın varlığı ve miktarının suçun oluşumunda rol oynamadığını ifade etmiştir<sup>74</sup>. *Muşul* da suçun icrai veya ihmali hareketle işlenebileceğini, taksiratlı (ve hileli) iflâs suçunun tehlike suçlarından olduğunu, bu sebeple de neticesi harekete bitişik suçlar kategorisine dâhil olduğunu ve illiyet bağının tespitine gerek olmadığını öne sürmüştür<sup>75</sup>. *Evik* ise, taksirli iflâs suçunun bir tehlike suçu olduğunu fakat neticesi harekete bitişik suç olmadığını, somut tehlike – soyut tehlike suçu ayırımında taksirli iflâs suçunun somut tehlike suçu kapsamında değerlendirilerek nedensellik bağının aranması gerektiğini belirtmiştir<sup>76</sup>.

Kanaatimizce tacirin basiretli iş adamı gibi davranmadığı hareket, işlem ve tasarruflarda hakkında iflâs kararı da verilmişse, bu durum, o kişi hakkında doğrudan taksirli iflâs suçunu oluşturmaya yetmez. Diğer bir ifadeyle, suçun gerçekleşmesi için sadece tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemiş olması yeterli değildir. İflâsa sebebiyet verecek şekilde taksirli hareket veya hareketler gerçekleşmelidir. Yani iflâsa sebebiyet veren taksirli eylem ile iflâs neticesi arasında nedensellik bağının da bulunması gerekmektedir<sup>77</sup>. Dolayısıyla söz konusu hareketler kişinin iflâsına sebebiyet vermiş olmalıdır. TCK m. 162'nin lafzı da, "*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflâsa sebebiyet veren*" kişiyi suçun faili olarak belirterek, bu duruma açıkça işaret etmektedir. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır<sup>78</sup>. Sonuç olarak taksirli iflâs suçunu salt hareket suçu olarak değil; neticeli suç olarak nitelendirmek, taksirli eylem ya da eylemlerle iflâs olgusu arasında nedensellik bağını aramak uygun olacaktır.

## b. Objektif cezalandırılma şartı olarak iflâs kararı

Taksirli iflâs suçunun neticeli bir suç olduğunu ve neticenin ise TCK m. 162'nin lafzı karşısında, failin iflâsa sebebiyet vermesi olduğunu kabul etmek uygun olur. Suçun hareket unsuru olan tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmediği her hâlde değil, bu hâllerin iflâsa sebebiyet vermesi durumunda suç oluşur.

İflâsa sebebiyet vermek ile iflâs kararı birbirine karıştırılmamalıdır. İflâsa sebebiyet vermek suçun unsurlarından "*netice*" iken, iflâs kararı suçun unsurlarının dışında kabul edilir; objektif cezalandırma şartıdır. Nitekim hükmün gerekçesinde de, "*Hileli iflâs suçunda olduğu gibi, kişinin taksirli iflâs dolayısıyla cezalandırılabilmesi için, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflâsa karar verilmiş olması gerekir. Bu nedenle, iflâs olgusunun gerçekleşmesi, bu suç açısından da bir objektif cezalandırma şartı niteliği taşımaktadır.*" ifadesiyle bu husus açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, TCK m. 162'ye göre, suçun tamamlanması için iflâsa tâbi şahsın, tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özenin yükümlülüğüne aykırı davranması sebebi ile hakkında iflâs kararının alınmasına neden olacak derecede durumunun kötüleşmesi yetmekte, şahsın cezalandırılması için ise asliye ticaret mahkemesi tarafından objektif cezalandırılma şartı niteliği taşıyan iflâs kararının verilmesi gerekmektedir<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> Talih Uyar, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* (Ankara: Bilge, 2004), 20841; Uyar, "Taksiratlı ve Hileli İflâs", 949-950.

<sup>75</sup> Timuçin Muşul, *İflâs Suçları* (İstanbul: Filiz, 1998), 63. *Yazar*, adı geçen eserinin bir başka yerinde, kanunda sayılan taksiratlı (ve hileli) iflâs halleri ile iflâsın açılması arasında illiyet bağının varlığının gerekmediğini ifade etmesine rağmen devamında, illiyet bağı olmasa da bu haller ile iflâs olgusu arasında fiili bir bağ ve zaman bakımından bir ilişkinin gerekli olduğunu belirtmiştir (Muşul, *İflâs Suçları*, 45-46).

<sup>76</sup> Evik, *Hileli ve Taksirli İflâs*, 320-321; Evik, "Taksirli İflâs", 378.

<sup>77</sup> Evik, *Hileli ve Taksirli İflâs*, 312.

<sup>78</sup> (...) taksirli suçların unsurlarından olan bu eylemlerin sanıkların yetkilisi bulunduğu şirketin iflâsına sebebiyet verip vermediği, başka bir deyişle taksirli iflâs suçunda iflâs olgusu ile sanıkların tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin göstermemesi şeklindeki eylemleri arasında uygun bir illiyet bağının olup olmadığı duraksamaya yer vermeyecek şekilde saptanmadan, sanıkların taksirli iflâs suçundan yazılı gerekçe ile mahkumiyetlerine hükmedilmesi yasaya aykırı (...) dır" Yargıtay 8. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2018/12828 (15 Kasım 2018).

<sup>79</sup> Mehmet Gürler, *Hileli ve Taksirli İflâs Suçları (TCK m. 161 ve TCK m. 162)* (İstanbul, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015), 179. "*İflas kararı objektif bir cezalandırılabilme şartı olup, sanığın taksirli iflas suçundan cezalandırılabilmesi için mutlaka kesinleşmiş iflas kararının bulunması ve denetime imkân verecek şekilde kesinleşme şerhi içeren onaylı suretinin dosya içerisine alınması gerekmekte olup taksirli iflas suçu açısından suç tarihinin iflas kararının kesinleşme tarihi*

İflâs kararının özel hukuka ilişkin etkilerini doğurması ve tasfiye işlemlerinin başlaması için kesinleşmesi gerekmezken, objektif dava şartı niteliği bakımından failin cezalandırılması için iflâs kararının kesinleşmesi beklenmelidir<sup>80</sup>.

Objektif dava şartı, suçun unsurlarından hareket ve neticeden bağımsızdır. Yani tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi ile iflâsa sebebiyet verilmesi durumu arasında nedensellik bağı aranır ve bu bağ kurulursa suç oluşur. Ancak faile ceza verilebilmesi için iflâs kararının verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi beklenir. Dolayısıyla objektif cezalandırma şartı, suçun oluşumu ya da tamamlanması için bir etki unsuru değildir<sup>81</sup>. Buna karşın, doktrinde iflâsın bir objektif cezalandırılma şartı olmadığı yönünde görüşlere rastlandığı<sup>82</sup> gibi, iflâs kararının bir ön şart niteliğinde olduğu da ileri sürülmüştür<sup>83</sup>. TCK m. 162 yürürlüğe girdiğinden beri, bu şartın, bir ön şart ya da suçun unsuru olduğu şeklindeki görüşlere katılmamaktayız.

### 3. İİK m. 310 ve 337a'da sayılan hareketlerin TCK m. 162 bağlamında uygulanabilirliği sorunu

TCK m. 162'nin yürürlüğe girmesiyle taksirli iflâsı düzenleyen İİK hükümlerinin zımnen ilga olduğuna dair görüşümüzü belirtmiştik. Ancak TCK m. 162'nin genel düzenlemesi karşısında, hem hükmün kapsamını belirlemek hem de İİK m. 310'a atıf yaparak ortaya çıkan ilmî ve kazaî içtihatları gözetmek ve böylelikle TCK m. 162'nin uygulanma şekli hakkında daha somut ifadeler kullanabilmek için, esas olarak İİK m. 310'da on bent hâlinde sayılan taksirli iflâs sebeplerini ve ek olarak İİK m. 337a'daki özel taksirli iflâs sebebinin TCK m. 162 temelinde değerlendirmek uygun olacaktır<sup>84</sup>.

Müflisin “ziyanları için makul sebep gösterememesi” ilk taksirli iflâs sebebi olarak düzenlenmiştir (İİK m. 310/1, b. 1). Müflisin her zararda olma hâli değil, ticari hayatın gerekleriyle bağdaşmayan, makul olmayan<sup>85</sup>, gerekçelendirilemeyen zararları taksirli iflâs suçunu oluşturabilecektir. Bu durum aynı zamanda TCK m. 162 anlamında da basiretli tacir gibi davranma ilkesine de aykırı olabileceğinden suç teşkil edebilecektir.

Müflisin “evinin masraflarının haddinden fazla olması” bir başka taksirli iflâs hâlidir (İİK m. 310/1, b. 2). Kanaatimizce hükümdeki ev kelimesi sınırlayıcı olup, bunun yerine tacirin sadece ev masraflarını değil ev dışı, kişisel ya da özel masraflarını da kapsayacak bir ifade daha yerinde olabilirdi. Ancak ilgili taksirli iflâs sebebinin TCK m. 162 anlamında suç oluşturup oluşturmayacağı dikkatle incelenmelidir. Basiretli

---

olduğu, dosyanın incelenmesinde Ankara 11. Asliye Ticaret Mahkemesinin 24.12.2013 tarihli ve 2012/302 Esas, 2013/375 Karar sayılı kararıyla iflas kararı verildiği, iddianamenin düzenlendiği 28.09.2015 tarihinde iflas kararının henüz kesinleşmediği anlaşılmakla, Ankara 11. Asliye Ticaret Mahkemesinin 24.12.2013 tarihli ve 2012/302 Esas, 2013/375 Karar sayılı kararının kesinleşip kesinleşmediği araştırılıp iflas kararının ve kesinleşme şerhinin denetime imkân verecek şekilde dosya içerisine alınması gerektiğinden sanığın temyiz sebebi yerinde görülmüştür.” Yargıtay 2. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2023/1499 (27 Mart 2023).

<sup>80</sup> Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcılarını, kovuşturma aşamasına geçilmişse ceza mahkemesi hâkimleri, önce iflâs kararını ve ardından bu kararın kesinleşmesini beklemelidir. İflâs kararı bakımından kanun yollarına başvurulduysa, kararın kesinleşmesi için bekletilmesi mesele yapılması uygun olacaktır. Aksi durumda, sanığa ilişkin mahkûmiyet kararı verilmesinden sonra iflâs kararının kaldırılması ya da bozulması her ne kadar yargılamanın iadesi sebebi sayılabilecekse de bu durum telafisi zor ya da mümkün olmayan hallere yol açabilecektir. Bu konuda bkz. Muşul, *İflâs Suçları*, 47-48.

<sup>81</sup> Türk ve Alman doktrinindeki hâkim görüşün bu yönde olduğu, objektif cezalandırılma şartlarının, gerek suçun işlendiği zamanın belirlenmesi, gerek suçun tamamlanma anı bakımından hiçbir etki doğurmadığı yönündeki detaylı açıklamalar için bkz. Uğur Ersoy, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırma Şartları* (Ankara: Adalet, 2015), 181-205.

<sup>82</sup> Pinar Bacaksız, *TCK'da Yer Alan İflâs Suçları* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011), 162.

<sup>83</sup> Kızıllarslan, *Hileli ve Taksiratlı İflâs*, 121. Uyar, hem kaleme aldığı makalesinde hem de “*İcra ve İflas Kanunu Şerhi*” adlı eserinde taksirli iflâsı İİK ve TCK bakımından ayrı ayrı incelemiştir. İki eserinde de İİK'ya göre yaptığı açıklamalarda iflâs kararının bir ön şart olduğunu (Uyar, *Şerh*, 20840; Uyar, *Şerh*, 20845; Uyar, “Taksiratlı ve Hileli İflâs”, 947), TCK'ya göre yaptığı değerlendirmelerde ise objektif dava şartı olduğunu (Uyar, *Şerh*, 20845; Uyar, “Taksiratlı ve Hileli İflas”, 955) ifade etmiştir.

<sup>84</sup> Belirtilmelidir ki, bu çabanın maksadı taksirli iflâsa ilişkin İcra ve İflâs hükümlerinin yürürlükte olduğunu ya da TCK m. 162 ile birlikte uygulanması gerektiğini dolaylı olarak ifade etmek değildir. Esas olan ve yürürlükte olan TCK m. 162'dir. Maksat, TCK m. 162'yi iyi açıklayabilmektir. İİK'da bir taksirli iflâs sebebi TCK'ya göre suç oluşturamayabilecekken, TCK m. 162'nin geniş düzenlemesi karşısında bazı iflâs sebepleri de İİK m. 310'da ya da m. 337a'da düzenlenmediğinden bu kanuna göre suç teşkil etmeyebilecektir.

<sup>85</sup> “Makul” sebeplerle kastedilenin, gösterilen sebeplerle zarar arasındaki illiyet bağlantısını ifade ettiği yönünde bkz. Özgenç, “İflâs Suçları”, 341, dn. 45.

tacir gibi hareket etme ilkesi kural olarak tacirin ticari işleri kapsamında ticari faaliyetlerine ilişkin objektif bir özen ölçütü getirmektedir. Buna karşın, özellikle gerçek kişi tacirler bakımından alacaklılar açısından salt ticari işletmeye özgülenmiş malvarlığı unsuru bulunmaz, tacirin kişisel ya da ticari tüm malvarlığı bir bütün teşkil eder. Buradan hareketle, tacirin mali gücüyle orantılı olmayan, haddinden fazla lüks ev harcamaları ya da kişisel harcamaları, kasit unsuru da gözetilerek tacirin malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflar olarak değerlendirilebilir ve hileli iflâs suçunu (TCK m. 161) gündeme getirebilir. Taksirli iflâs bakımından ise, söz konusu iflâs sebebinin failin basiretli iş adamı gibi ilkesini ihlâl edip etmediği somut olayın özellikleri çerçevesinde titizlikle incelenmelidir.

Diğer bir iflâs sebebi, *“kumar veya talih oyunlarında ve borsa işlemlerinde büyük miktarda para harcanması”*dir (İİK m. 310/1, b. 3). Bu sebep de tacirin, ticari iş ve ticari işletme faaliyeti dışı özensiz harcamasıdır ve basiretli tacir gibi hareket etme yükümlülüğü ilkesi düşünüldüğünde, TCK m. 162 anlamında taksirli iflâs suçunu oluşturmayabilir. Nitekim kumar, bahis ya da şans oyunları oynanarak kaybedilen para ile iflâs olgusu arasındaki nedensellik bağına kurmak oldukça güçtür.

*“Borcunun, mevcudu ile alacağından daha çok olduğunu bildiği hâlde, bu durumdan haberi olmayan kimselerden önemli miktarda veresiye mal satın veya borç para almak”* da taksirli iflâs hâli olarak sayılmıştır (İİK m. 310/1, b. 4). Sadece bu sebebe dayanarak tacirin TCK m. 162 anlamında taksirli iflâs suçu işlediği sonucuna varılamaz. Zira bu hâlde tacirin mevcut pasifi daha da artarken, malvarlığının aktif kısmı da fazlaşmaktadır. Kaldı ki, veresiye borçlanarak mal satın alma veya düşük faizli ucuz kredi alarak borçlanma, ticari hayatın dinamikleri düşünüldüğünde olumlu yönde atılmış bir adım da olabilir. Sorun, tacirin borçlarını çeviremeyerek ödeyemez duruma düşmesi hâlinde iflâs etmesinde ortaya çıkabilir. Tacirin çok yüksek faizle borç altına girmesi veya veresiye mal satın aldığı için çok yüksek faizle borcunu ötelemesi böyle bu duruma yol açabilir. Bu ve benzeri ayrımları hâkim titizlikle yapmalıdır. Yoksa İİK’da belirtilen böyle bir iflâs sebebi tek başına TCK m. 162 anlamında taksirli iflâs suçunu oluşturmaz.

Bir diğer iflâs hâli, uygulamada oldukça başvuru müflisin, *“Türk Ticaret Kanunu gereğince tutulması gerekli olan defterleri<sup>86</sup>, hiç veya kanunun emrettiği şekilde tutmamış olması”*dir (İİK m. 310/1, b. 5). Ticari defterlerin hiç veya kanuna uygun tutulmamış olması zaten TTK’da cezai yaptırıma bağlanmıştır<sup>87</sup>. Burada düzenlenen, tacirin ticari defterleri hiç veya kanuna uygun tutmamasından dolayı iflâsa sebebiyet vermesi ve hakkında iflâs kararı alınmasıdır. Bu gerçekleştiğinde fail taksirli iflâs suçundan ceza alır. Ticari defterleri Kanuna ve usule uygun, tam ve doğru olarak tutmak basiretli iş adamı gibi hareket etme ilkesinin bir gereği olduğu gibi aynı zamanda tacir sıfatına bağlanan ve TTK m. 18/1’de açıkça düzenlenen bir yükümlülüktür<sup>88</sup>. Ancak iflâsa tâbi kişinin, sırf TTK’daki defterleri hiç veya gereği gibi tutmaması ve iflâs etmesi hâlinde taksirli iflâs suçunun oluştuğu söylenemez<sup>89</sup>. İflâs olgusunun tacirin hiç veya gereği gibi defter tutmamasının bir sonucu olduğu, bir diğer ifadeyle aradaki

<sup>86</sup> Türk Ticaret Kanunu m. 64/2 gereği tutulması gereken defterler, yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteridir. Ayrıca TTK’nın yürürlüğe girmesiyle pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterler de açıkça ticari defter olarak sayılmıştır (TTK m. 64/4).

<sup>87</sup> Açılış ve kapanış onayına tâbi ticari defterlerde gerekli onayları yaptırmayanlar (TTK m. 64/3) ile ticari defterleri TTK m. 65’deki usule uygun tutmayanlar için idari para cezası öngörülmüştür (TTK m. 562/1, bent c ve d). Buna karşın, TTK’da, ticari defterleri mevcut dahi olmayanlar, defterlerde hiçbir kayıt bulunmayanlar ve defterleri Kanuna uygun saklayamayanlar için ayrıca adli para cezası düzenlenmiştir (TTK m. 562/6).

<sup>88</sup> *“ (...) Şirkete ait defterlerin tutulmasında basiretli bir tacir gibi davranmayarak gerekli özen, dikkat ve tertibin gösterilmediği kanısı oluşturulmasından ötürü iflâsa sebebiyet verildiği, bu nedenle müflisin taksirli sayılacağı görüş ve kanaatine ulaşıldığı, bilirkişi raporlarında da açıkça belirtildiği üzere, sanığın yetkilisi olduğu şirketin, kanunen tutması gereken defterleri ve belgeleri tutmadığı, iflâs aşamasında bu belgelerin olmaması nedeniyle şirketin alacaklılarının ve borçlularının tespit edilemediği, dolayısıyla bu defterlerin tutulmamış olmasının basiretli bir şirket yetkilisi açısından taksirli davranış sayılacağı anlaşılmıştır.”* Yargıtay 2. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2023/1500 (27 Mart 2023).

<sup>89</sup> Defterlerdeki usulsüzlük, hileli maksatlardan, alacaklılara zarar verme kastından ileri geliyorsa, müflis hileli iflâstan dolayı cezalandırılabilir (Nazif Koçak, *İcra-İflâs Suçları ve Yargılama Usulü* (Ankara: Seçkin, 2015) 169). Nitekim TCK m. 161’de, *“malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarrufların ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi”* açıkça hileli iflâs sebebi olarak düzenlenmiştir.

nedensellik bağı ortaya konulmalıdır<sup>90</sup>. Yargıtay'ın ticari defterlerin usulüne uygun tutulmamasının borçlunun iflâsına neden olması hâlinde önem arz edeceği, ticari defter, kayıt ve belgelerin açılış ve kapanış tasdiklerinin yapılmamış veya usulüne uygun tutulmamış olmasının taksirli iflâs suçunu gerçekleştirmek için başlı başına yeterli olmayacağı, sanığın bu eyleminin şirketin iflâsına sebebiyet verecek şekilde illiyet bağının kurulmasına yönelik yapılmış olmasının gerektiği yönündeki kararları istikrar kazanmıştır<sup>91</sup>. Öyle ki, ilk derece mahkemesi tarafından görevlendirilen bilirkişilerin bu nedensellik bağını duraksamaya yer bırakmayacak şekilde kurmamaları neticesinde oluşturulan bilirkişi raporlarına dayanılarak verilen hükümler, Yargıtay tarafından eksik inceleme ile hüküm tesisi sayılarak bozma sebebi sayılmaktadır<sup>92</sup>.

*“Mevcudu ile alacağından çok fazla meblağ için senetlerin imzalanmış olması”* (İİK m. 310/1, b. 6) İcra ve İflâs Kanunu'ndaki başka bir taksirli iflâs sebebidir. İİK m. 310/1, b. 4'te yer alan iflâs sebebinde belirttiğimiz üzere, söz konusu iflas sebebi ancak *“iflasa sebebiyet verme”* ağırlığında ve neticesinde olduğunda taksirli iflas suçu gündeme gelebilir. Yoksa uygun bir faizle tacirin aktifinden daha fazla borçlanması kadar ticari hayatın gereği bir durum yoktur<sup>93</sup>.

*“İflâs takibi sırasında mahkeme, iflâs idaresi veya iflâsa dairesi tarafından çağrıldığı hâlde, makbul bir mazereti olmaksızın gelmemiş olmak”* bir diğer taksirli iflâs sebebidir (İİK m. 310/1, b. 7). Bu bendin uygulama alanı bulması için, öncelikle çağrılan kişinin müflis olması, yani hakkında iflâs kararının verilmiş olması gerekir. Buna göre kişi çağrıldığında henüz müflis sıfatını taşııyorsa bu şart sağlanmaz. İkinci olarak, müflisi çağırılan mercinin iflâs idaresi, iflâs dairesi veya mahkeme olması gerekir. Üçüncü olarak, merci müflisi usule uygun çağırılmalı, müflis bu çağrıya rağmen yetkili merciye geçerli bir mazereti olmaksızın gitmemiş olmalıdır. TCK m. 162 hükmü ile mevcut iflâs sebebinin değerlendirdiğimizde, *“tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflâsa sebebiyet verme”* hâlinde taksirli iflâs suçu oluşabileceğinden, öncelikle taksirli iflâs suçunun, iflâs kararı verildikten sonra işlemeyeceği ifade edilmelidir. Bu sebeple örneğin, iflâsın açıldığı tarihten sonra yetkili mercinin usulüne uygun davet ederek istediği ticari defterleri ibraz etmeyen kişi için taksirli iflâs suçu meydana gelmez. İflâsın açılmasından önce ise, çağrıldığı hâlde yetkili merciye mazeretsiz gitmeme eylemi ile iflâs olgusu arasında nedensellik bağını kurmak mümkün olmayacağından, kanaatimizce İİK m. 310'da sayılan bu taksirli iflâs sebebi, TCK m. 162 yürürlüğü sebebiyle taksirli iflâs sebebi olarak uygulanamaz.

*“İşlerini terk ederek kaçma”* bir diğer taksirli iflâs sebebi olarak belirtilmiştir (İİK m. 310/1, b. 8). Söz konusu hareketin basiretli iş adamı gibi davranmama ilkesine aykırılık teşkil edeceği açıktır. Kaçma

<sup>90</sup> Aynı yönde bkz. Özgenç, “İflâs Suçları”, 363. İflâs olgusunun gerçekleşmiş olması durumunda, bu irtibatı aramayan görüş için bkz. Abuzer Kendigelen, *Hukuki Mütalaalar C. II* (İstanbul: On İki Levha, 2001), 128-133. *Yazar*, mülga TCK döneminde kaleme aldığı ve ilk derece mahkemesine bilirkişi raporu olarak sunduğu hukukî mütalaasında, iflâs eden bir anonim şirket tarafından tutulan yevmiye defteri, envanter defteri ve defteri kebirin kanunun emrettiği şekilde tutulmadığı gerekçesiyle, İİK m. 310/1, b. 5'teki taksirli iflâs halinin somut uyumsuzluk bakımından gerçekleşmiş olduğuna kanaat getirmiştir.

<sup>91</sup> Bu yöndeki kararların bazıları için bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2017/14626 (20 Aralık 2017); Yargıtay 8. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2018/12828 (15 Kasım 2018); Yargıtay 8. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2018/13206 (22 Kasım 2018); Yargıtay 8. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2020/36 (6 Ocak 2020).

<sup>92</sup> Uygulamada mahkemeler tarafından faile ait ticari defterler ve belgelerin teminin belirtildiği ve bunlar üzerinde Ticaret, İcra ve İflâs Hukuku Öğretim Üyesi ile Mali Müşavirden oluşan bilirkişi kuruluna dosyaların tevdi edildiği ve söz konusu nedensellik bağının kuşkuya yer bırakmayacak şekilde tespitinin arandığı, aksi halin bozma sebebi sayıldığı kararlardan bazıları için bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2017/14624 (20 Aralık 2017); Yargıtay 2. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2021/6685 (29 Mart 2021); Yargıtay 2. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2022/5181 (21 Mart 2022).

<sup>93</sup> Her ne kadar *Uyar*, borçlunun bu şekilde hareketinin amacının önemli olmadığı, iflâsı önlemek için para tedarik etmek amacıyla bu şekilde hareket edilmiş olsa da taksirli iflâs suçunun oluşacağı şeklinde bir görüş bildirmişse de, somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapılmalıdır (*Uyar*, “Taksiratlı ve Hileli İflâs”, 951-952). Ayrıca *Yazar*'ın borçlunun imzaladığı senetlerin, hatır senedi de olsa yine taksirli iflâs suçu oluşacağı görüşüne bir çekince koymak uygun olacaktır. Nitekim bu halde taksirli iflâstan ziyade hileli iflâs suçunu düşünmek daha uygun olabilir. Gerçekten borç altına girilmeksizin, sadece alacaklıları zarara sokmak amacıyla muvazaalı bir biçimde bazı borç senetlerinin imzalanmış olması hileli iflâs suçunu oluşturabilir (Özgenç, “İflâs Suçları”, 363; Gürler, *Hileli ve Taksirli İflâs Suçları*, 174).

eylemi neticesinde iflâs olgusu gerçekleştiğinde TCK m. 162 hükmüne göre taksirli iflâs suçu oluşabilir. Ancak bu sebep bakımından hileli iflâs suçu da düşünülmelidir.

“*Evvelki bir konkordato şartlarını ifa etmeden tekrar iflâsına hükmolunma*” olarak düzenlenen iflâs sebebi (İİK m. 310/1, b. 9), iflâstan önce konkordato talep edilip, daha sonra bu konkordato şartlarına uymamak şeklinde gerçekleştirilebilir. Bu durum da TCK m. 162 bağlamında basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne aykırıdır. Dolayısıyla konkordato şartlarına aykırı davranarak iflâsa sebebiyet veren kişi, iflâs ederse, TCK m. 162 gereği taksirli iflâs suçundan cezalandırılabilir.

İİK m. 310’da düzenlenen son taksirli iflâs sebebi, müflisin, “*zorunlu olduğu hâlde iflâs için mahkemeye başvurmamış olması*”dır (m. 310/1, b. 10). Bu sebebin TCK m. 162 anlamında suç oluşturabilmesi için basiretli tacir gibi hareket etme yükümlülüğüne aykırı davranarak zorunlu iflâs hâlinde mahkemeye başvurmamış olma durumu ile iflâs olgusu arasındaki bağlantıyı kurmak gerekir.

TTK m. 310’da on bent hâlinde yukarıda kısaca belirtilen taksirli iflâs hâllerine ek olarak bir iflâs sebebi de İİK m. 337a’da düzenlenmiştir. Buna göre ticareti terk eden tacir, ticaret siciline bildirimde bulunma, bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunma gibi yükümlülüklerle aykırı davranmak suretiyle İİK m. 44 hükmü gereklerini yerine getirmeyerek iflâs ederse, taksiratlı müflis sayılacaktır. Kanuna aykırı davranış basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ilkesini ihlâl edebilir ancak bu hareket ile iflâs olgusu arasında nedensellik bağlantısını kurmak güç olacağından, TCK m. 162’ye göre taksirli iflâs suçu oluşmaz. Ancak bu iflâs sebebi TCK m. 161/1-bent a kapsamında hileli iflâs suçu için değerlendirilebilir<sup>94</sup>.

#### IV. Adi İflâs ile Taksirli İflâs Arasındaki Belirsizlik Sorunu

Türk Hukuku’nda doğurduğu kamu hukuku sonuçları bakımından iflâs, adi, taksirli ve hileli olmak üzere üçe ayrılmaktadır<sup>95</sup>. Adi iflâs ticari hayatın gereklerine göre bir iflâs hâli ve suç değilken, taksirli iflâs ve hileli iflâs suç olarak düzenlenmiştir.

İflâs eden kişi zaten iflâsın sonuçları bakımından oldukça zorluk yaşamaktadır. İflâs müflis için başlı başına bir yaptırımdır. Bunun üzerine bir de müflise cezai müeyyide uygulanması istisnai bir yol olmalıdır. Dolayısıyla bu istisnai durumdan kaynaklı düzenlemeler oldukça dikkatli bir şekilde düzenlenmelidir. Bu noktada hileli iflâs hâli düzenlemelerini anlamak kolaydır. Nitekim iflâs eden kişi iflâstan önce veya sonra hileli birtakım tasarruflarda bulunarak kasten alacaklıları zarara uğratmakta, ekonomik ve ticari hayata olan güveni sarsmaktadır. Ayrıca hareketi ve neticeyi bilerek ve isteyerek ortaya çıkma hâli olan kastı belirlemek taksiri belirlemeye göre kolaydır. TCK m. 161’de hangi suçların hileli iflâs suçunu oluşturacağını sayılarak belirtilmesi yerinde bir düzenlemedir.

Taksirli iflâs bakımından ise, aynı doğrultuda görüş bildirmek güçtür. Zira ilk olarak iflâs suçu düzenlemeleri birer istisna olarak öngörülür. İkincisi, bir suç kural olarak kasten işlenir yani taksirli suç düzenlemesi bir istisnadır. Taksirli suçtan dolayı birinin cezalandırılması için o suçun taksirle işleneceği açıkça düzenlenmelidir. Bu sebeple oldukça dikkatle ve titizlikle kaleme alınması gereken taksirli iflâs suçunun, “*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi*” yani genel ve soyut bir ilke olan ve haliyle her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi zorunlu olan “*basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ilkesi*” ne aykırı her hareketin müflisi potansiyel taksirli iflâs suçu faili durumuna sokacak şekilde düzenlenmesi yerinde değildir. Dolayısıyla bir kişi iflâs ettiğinde şayet hakkında hileli iflâs suçu

<sup>94</sup> Ticareti terk eden tacirin ticareti terk ettikten sonra iflâsa tâbi olsa da suçun faili olamayacağı yönünde açıklamalar için ayrıca bkz. Bölüm III, A, 3. a.

<sup>95</sup> Baki Kuru - Burak Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin, 2023), 512-514; Ramazan Arslan vd., *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2023), 679-680; Yakup Oruç (İbrahim Aşık vd.), *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2023), 679-683; Atalı vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 760-762; L. Şanal Görgün vd., *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2023), 600-603; Sungurtekin Özkan (Pekcanitez vd.), *İcra ve İflâs Hukuku*, 454-457; Mehmet Kâmil Yıldırım - Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku* (İstanbul: Beta, 2021), 586-591.



unsurları oluşmuyorsa, müflisi, oldukça genel düzenlenen taksirli iflâs suçunun faili durumuna sokabilecektir<sup>96</sup>.

Taksirli iflâs sebepleri en genel anlamda iki kategoride toplanabilir. Birincisi, ticari ve ekonomik hayatın getirdiği riskler konusunda dikkatsiz ve özensiz davranışlardır. Bu kategoriye, pasifi aktifinden çok fazla olmasına rağmen kişinin yüksek faizle borçlanmaya devam etmesi, pasifini yönetemeyen kişinin kişisel hayattaki harcamalarının oldukça fazlalığı, kendi faaliyet alanı dışındaki sektörlerle oldukça fazla meblağ ile risk oluşturan yatırımlar yapması gibi örnekler verilebilir. İkinci kategori ise iflâsa tâbi ve/veya tacir olmanın gereği olarak mevzuattan kaynaklanan birtakım ödevlerdir. Bu kapsamda örneğin, ticari defterleri usule uygun ve doğru tutmak, zorunlu hâllerde iflâsını isteme, iflâs takibi sırasında yetkili mercilerin çağrılarına mazeretsiz gitmeme ifade edilebilir.

TCK m. 162, basiretli iş adamı ilkesine aykırılığı ve bunun neticesinde iflâsı aradığından daha çok ilk kategorideki eylemlere yönelmiştir. Ancak bu kategorideki eylemlerde adi iflâsın nerede biteceğini ve taksirli iflâsın nerede başlayacağını belirlemek hiç kolay değildir. Taksirli iflâsın bir ceza hukuku normu olduğu düşünüldüğünde bu belirsizlik uygun olmamıştır.

## V. Ceza Mahkemesi Hâkiminin Karar Verirken Yapacağı Değerlendirmenin Zorluğu Sorunu

Neticenin suçun bir unsuru, objektif cezalandırma şartının ise bir cezalandırma şartı olduğunu ifade etmiştik. Bir uyumsuzluğun çözümünde, ceza mahkemesi hâkimi öncelikle suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmelidir. Bu değerlendirme sürecinde hâkim öncelikle, faili doğru bir şekilde tespit etmelidir. Açıklamaya çalıştığımız üzere, taksirli iflâs suçunun faili sadece tacir, tacir sayılan veya tacir gibi sorumlu olan kavramlarıyla belirlenebilen biri değildir. Bu belirlemeye ceza mahkemesi hâkimi bizzat yapmalıdır. Nasılsa asliye ticaret mahkemesi iflâs kararı vermek durumundadır, iflâsa tâbi kişiler ticaret mahkemesi kararıyla zaten tespit ediliyor dememelidir. Yani ceza mahkemesi hâkimi sadece asliye ticaret mahkemesi kararı ile yetinmemelidir<sup>97</sup>. Nitekim yukarıda da açıklamaya çalıştığımız üzere<sup>98</sup>, taksirli iflâs suçunun faili, basiretli iş adamı gibi hareket etmeyenlerdir. Bu kişiler ise bazı hâllerde, iflâsa tâbi olan kişilerden ya da tacir sıfatını haiz kişilerden daha farklıdır. Bazen de fail birden fazla kişi olabilir ve bu kişilerden bazıları hakkında iflâs kararı olmadığı gibi söz konusu kişiler kâğıt üzerinde görünür de olmazlar. Örneğin bir anonim şirket iflâs ettiğinde, birden fazla yönetim kurulu üyesi ile fiili organ taksirli iflâs suçunun faili olabilecektir. Ceza mahkemesi hâkimi bu kişileri ve bu kişilerin iflâsa olan etkilerini ticaret hukuku bilgisine göre değerlendirmek zorundadır.

Faili ya da faileri tespit eden hâkim ardından suçun hareket unsurunu belirlemeye çalışacaktır. Bu kapsamda TCK m. 162 gereği failin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ilkesine aykırı hareketlerde bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Her ne kadar İİK m. 310 ve 337a zımnen ilga da olsa, uygulamada da görüldüğü üzere, hâkim burada sayılı sebepleri de dikkate alabilir fakat bunları olduğu gibi iflâs sebebi olarak kabul etmemelidir. İzah etmeye çalıştığımız üzere bu sebepler basiretli iş adamı

<sup>96</sup> Evik de benzer şekilde, iflâs türlerine yönelik ayırımın fiili ikiye böldüğünü, adi iflâs dâhil her türlü iflâsın suç kabul edilerek yaptırım altına alındığını, uygulamada bir tacirin, işletmesiyle ilgili olarak aldığı herhangi bir kararın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı kabul edilebileceğini, hileli iflâs suçunda sayılan hileli işlem şekillerinin yapılması ile gerçekleşenler dışındaki her türlü iflâsın taksirli iflâs suçunu oluşturabileceğini isabetli biçimde ifade etmiştir (Evik, *Hileli ve Taksirli İflâs*, 322).

<sup>97</sup> Ceza mahkemesi, asliye ticaret mahkemesinin vermiş olduğu iflâs kararıyla ve bu kararın sonucu olarak kişinin iflâsa tâbi olduğunun tespitiyle bağlıdır. Dolayısıyla, iflâs kararına rağmen, failin iflâsa tâbi kişilerden olup olmadığı ve bu durumun TTK m. 14-16'ya uygunluğunun ceza mahkemesince serbestçe tayin edileceği şeklindeki görüşe (Haluk Çolak, *İcra-İflâs Suçları ve Yargılama Usulü*, (Ankara: Bilge, 2005) 165) katılmamaktayız. Buna karşın, ceza mahkemesi hâkimi daha geniş açıdan somut olayı tahlil etmeli, failin tespitinden suçun unsurlarının belirlenmesine kadar taksirli iflâs suçunun suçun oluşup oluşmadığına serbestçe karar vermelidir. Benzer şekilde, iflâs kararı verme yetki ve görevinin münhasıran ticaret mahkemesine ait olduğu ve aksinin kararlaştırılmayacağı, ceza mahkemesinin de taksiratlı iflâs suçunun işlenip işlenmediğinin tespitine yetkili olduğu görüşü için bkz. Muşul, *İflâs Suçları*, 48.

<sup>98</sup> Bkz. Bölüm III, A.

gibi hareket etme yükümlülüğü ilkesi doğrultusunda TCK m. 162'yi esas alarak değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Kuşkusuz, bu değerlendirmede de adi iflâs-taksirli iflâs ayrımını yapmak hiç kolay değildir. Biri suç, diğeri suç olmayan bu iki iflâs hâlini basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ilkesini gözeterek ayırmaya çalışmak bir ceza mahkemesi hâkimi için hiç kolay değildir.

Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün objektif özen ölçütü getirdiği açıktır. Buna göre failin subjektif durumları, tecrübesizliği, yoğunluğu vb. hâller özen ölçütünün belirlenmesinde dikkate alınmaz<sup>99</sup>. Ancak somut olayın şartları her bir fail bakımından özel olarak değerlendirilmelidir. Nitekim TTK m. 18/2'de yer alan basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün gereği olarak, bu özenli davranış, somut olayın şartlarına sahip hipotetik bir kişi olan basiretli iş adamına göre belirlenecektir. Dolayısıyla, sadece özen ölçütü objektif hâle gelmiştir; ancak somut olayın tüm şartlarıyla bir değerlendirme yapmak şarttır. Ceza mahkemesi hâkimi somut olay adaletini taksirli iflâs suçunun oluşup oluşmadığı noktasında dikkatlice değerlendirmelidir.

Hâkim kararını verirken hareket unsuru ile beraber neticeyi de gözetmelidir. Yani basiretli iş adamı gibi davranılmayan her hâli değil ayrıca bunların iflâsa sebebiyet vermiş olmasını dikkate almalıdır. Hareket ile netice arasındaki nedensellik bağına aramalıdır ki, yukarıda belirtmeye çalıştığımız üzere, bu, bir ceza mahkemesi hâkimi için kolay değildir. Bu noktada özensiz bir çaba, fail her iflâs ettiğinde, hâkimi, taksirli iflâs suçunun meydana geldiği kanaatine ulaştırabilir.

Taksir, failinin neticeyi istememiş hatta öngörmemiş olmasına rağmen neticenin gerçekleşmesi hâlidir<sup>100</sup>. Ceza mahkemesi hâkimi bunu da gözeterek, öngörülmesi mümkün olmayan, ülke yaptırımları, doğal afetler, savaş gibi durumlarda taksirli iflâs suçunun oluşmayacağına dikkat etmelidir.

Son olarak hâkim, fail hakkında asliye ticaret mahkemesi tarafından verilmiş bir iflâs kararının olup olmadığını beklemelidir. İflâs kararı yoksa soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı da bekletici mesele yapabilir. Kovuşturmaya geçilmişse, hâkim, objektif cezalandırma şartının gerçekleşmesini beklemeli; asliye ticaret mahkemesinin iflâs kararını bekletici mesele yapmalıdır.

Taksirli iflâs suçunda objektif dava şartı olarak asliye ticaret mahkemesinin iflâs kararı öngörülmesine rağmen, ceza mahkemesi hâkimi tüm bu değerlendirmeleri yapmak zorundadır. Nitekim objektif cezalandırma şartı, suçun unsurlarının dışındadır ve suçun unsurlarını belirleyecek olan ceza mahkemesi hâkimidir. Ceza mahkemesi hâkimi sadece objektif dava şartı bakımından iflâs kararıyla bağlıdır. Bunun dışında failin tespiti, hareket ve netice unsurlarının belirlenmesi ve aralarındaki nedensellik bağının ortaya konulması gibi TCK m. 162'den kaynaklı zorlu uğraş bizzat ceza mahkemesi hâkiminin görevidir. Ceza mahkemesi hâkimine bu kadar yük getiren TCK m. 162 düzenlemesi bu bağlamda da uygun değildir.

## VI. Taksirli İflâs Düzenlemesi İçin Bir Öneri

Olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bakımından önerimiz, TCK m. 162'nin baştan kaleme alınarak tahdidi olarak taksirli iflâs sebeplerinin açıkça sayılarak belirtilmesidir. Bu sebepler sayılırken, ticari ve ekonomik hayat bakımından fazla risk taşıyan sebeplere düzenlemede yer verilmemeli, sadece ödev olarak yüklenen hususlar açıkça belirtilmelidir.

Ticari hayat bakımından risk taşıyan hareket, işlem ve tasarrufların taksirli iflâs suçu kapsamında sayma yoluyla olsa dahi düzenlenmemesi kanaatindeyiz. Ancak söz konusu hareketlerden bazıları, tahdidi olarak hileli iflâs suçu içinde düşünülerek bu suçun kapsamı (TCK m. 161) genişletilebilir. Nitekim esasen taksirli iflâs sebeplerinin çoğu bilinçli taksirle veya kasten işlenen hareketlerle ortaya çıkar<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Bu konuda ayrıca bkz. Çakı Çifci, *Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü*, 171 vd.

<sup>100</sup> Özbek vd., *Ceza Genel*, 484; Öztürk - Erdem, *Ceza Hukuku*, 453; Demirbaş, *Ceza Genel*, 411.

<sup>101</sup> Ersoy, "Hileli ve Taksirli İflâs", 100.

Hileli iflâstan farklı olarak taksirli iflâsta bilme ve isteme değil, ortaya çıkan öngörülebilir neticeye karşı dikkatsizlik ve özensizlik vardır<sup>102</sup>. Bir eylemin alacaklılara bilerek ve isteyerek zarar vermesi hâli olarak kasıt unsurunu belirlemek, dikkat ve özensiz davranışı belirlemeye göre daha kolaydır.

Söz konusu hareketler özelinde, taksirli iflâs suçu düzenlemesi için diğer bir öneri, Alman Ceza Kanunu 283, 283b'de olduğu gibi<sup>103</sup>, “*ekonomik ve/veya ticari hayatın gerekliliklerine aykırılık*” veya “*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özene aykırılık*” gibi genel bir ölçüt getirmek fakat bu durumda, iflâs sebebi oluşturan hareket, işlem ve tasarrufların açıkça sayılması ve bu hareketlerle iflâs olgusu arasında nedensellik bağıını kuran ifadelere yer vermektan kaçınılması olabilir. Bu durumda ceza mahkemesi hâkimi sadece objektif özen ölçütü olarak basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünü dikkate alacak, kanun maddesinde tahdidi olarak yer alan iflâs sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti ile yetinecek, hareket ile iflâs olgusu arasında nedensellik bağıını kurmayacaktır. Hakkında iflâs kararı da varsa, faile ceza verecektir.

İflâsın kendisi zaten müflis bakımından bir yaptırımken, bir de aslında ticari saiklerle ortaya çıkmış bir iflâs olgusuna rağmen, müflisin soruşturma ve kovuşturmayaya maruz bırakılması uygun olmaz. Taksirli iflâs suçunun şikâyete bağı olmayan özelliği de ekonomik yıkım yaşayan çoğu dürüst müflisi söz konusu cezai müeyyidelerle baş başa bırakabilir. Her ne kadar taksirli iflâs suçunun cezası çok ağır olmasa da, taksirli iflâs suçundan mahkûm olan birinin itibarın iadesi kararı da alsa (İİK m. 312-316) avukatlık (Avukatlık Kanunu<sup>104</sup> m. 5/f) ve noterlik (Noterlik Kanunu<sup>105</sup> m. 7/10) yapamaması gibi hususlar da birer yaptırım sayılabilir. Bu anlamda bir mahkûmiyet kararı, sadece TCK m. 162'de yer alan cezai yaptırımdan daha büyük sonuçlara yol açabilecektir.

## Sonuç

TCK m. 162'de taksirli iflâs suçunun hem tanımının yapılmaması ve unsurlarının belirtilmemesi hem de İİK'da yer alan taksirli iflâs düzenlemelerinin (İİK m. 310 ve 337a) açıkça yürürlükten kaldırıldığı ifade edilmemesi yerinde olmamıştır. İkili düzenleme bazı yazarlarca iki hükmün birlikte uygulanması gerektiği, suçun unsurlarının her iki kanunda düzenlendiği görüşünü ortaya çıkarmış; başka yazarlarca ise ilgili İcra ve İflâs hükümlerinin zımnen ilga edildiği görüşünün doğmasına sebep olmuştur. Sonraki düzenleme olan ve suçu ve cezayı hüküm altına alan TCK m. 162'nin yürürlüğe girmesiyle İcra ve İflâs Kanunu m. 310'nun zımnen ilga edildiği söylenebilir.

TCK m. 162'de suçun hareket unsuru, fail için objektif özen ölçütü getiren “*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi*” hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere “*basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ilkesine*” aykırı hareketlerdir. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ilkesi oldukça genel ve soyut bir ilkedir. Söz konusu ilkenin kapsamının belirlenmesi için her somut olay bakımından hâkim tarafından dikkatli ve titiz bir inceleme yapılmalıdır.

Her ne kadar hükme ilişkin adalet komisyonu raporunda, “*(...) Ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesinin gereği olarak, hileli ve taksirli iflâs suçlarını hangi fiil ve davranışların oluşturduğu açık ve seçik bir şekilde belirlenmiştir (...)*” denilse de, hileli iflâs suçunun aksine, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün genel ve geniş tanımı dikkate alındığında taksirli iflâs suçunu oluşturan hareketler açık ve seçik bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu ise, belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

<sup>102</sup> Özbek vd., *Ceza Genel*, 86; Öztürk - Erdem, *Ceza Hukuku*, 459-460; Demirbaş, *Ceza Genel*, 409; Özgenç, *Ceza Hukuku*, 269-270.

<sup>103</sup> [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_283.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_283.html) (E.T: 23.07.2024). Ayrıca bkz. Feridun Yenisey - Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*. İstanbul: Beta (2015), 402-409.

<sup>104</sup> RG, T. 07.04.1969, S. 13168.

<sup>105</sup> RG, T. 05.02.1972, S. 14090.

Taksirli iflâs suçunun failinin iflâsa tâbi olan ve/veya tacir olan kişiler olduğunu söylemek tam anlamıyla uygun olmayıp, eksik bir ifadedir. Her ne kadar basiretli iş adamı gibi davranmak tacir olmaya bağlanan bir sonuç olsa ve objektif dava şartı için kişinin iflâsı gerekse de, hem özel düzenlemelerin varlığı hem de fiili organ gibi kişilerin de suçun faili olabilmesi, ceza mahkemesi hâkiminin basiretli iş adamı gibi hareket etmeyerek iflâsa sebebiyet veren herkesi suçun potansiyel faili olarak görmesine yol açabilir.

Öğretide taksirli iflâs suçunun bir tehlike suçu olduğu, neticenin aranmasına gerek olmadığı yönünde görüşler vardır. TCK m. 162'nin "*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflâsa sebebiyet verilmiş*" olmasını suç olarak düzenlemesi, bizi suçun serbest hareketli fakat neticeli bir suç olduğu sonucuna götürmektedir. Dolayısıyla sırf hareketin gerçekleşmesi suçun oluşması için yeterli olmamalı; netice olan "*iflâsa sebebiyet verme*" bu hareketler neticesinde ortaya çıkmalıdır. Bir başka ifadeyle, hareket ile netice arasında nedensellik bağı açıkça tespit edilmeden kişi taksirli iflâs suçundan mahkûm edilmemelidir. Ayrıca, bu sebeptir ki, taksirli iflâs suçu, hileli iflâsın aksine, iflâs kararından sonra işlenemez.

Iflâs kararı, taksirli iflâs suçu bakımından bir objektif cezalandırma şartıdır. Suçun unsurlarının dışında düşünülmesi gereken bu şart gerçekleşmeden suç oluşabilirse de, faile ceza verilemez. O sebeple soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının ve kovuşturma aşamasında ceza mahkemesi hâkiminin asliye ticaret mahkemesinin vereceği iflâs kararını bekletici mesele yapması uygun olur. TCK m. 162 yürürlüğe girdiğinden beri, bu şartın bir ön şart ya da suçun unsuru olduğu şeklindeki görüşlere katılmamaktayız. Hükmün gerekçesi de iflâs kararının açıkça objektif dava şartı olduğunu belirtmektedir.

Taksirli iflâsa ilişkin m. 310 hükmü, TCK m. 162 hükmü karşısında zımnen ilga olmuştur. Buna karşın, uygulamada hukuki nitelendirme TCK m. 162'den yapılırsa da İİK m. 310'da on bent hâlinde tahdidi olarak sayılan sebeplerin irdelendiği görülmektedir. Bu irdeleme TCK m. 162 hükmü esas olarak yapılıyorsa herhangi bir sorun yoktur ancak TCK esas alınmadan sırf İİK hükümlerine göre suçun oluştuğunu söylemek mümkün değildir. İİK'da yer alan iflâs sebepleri hükümleri incelendiğinde, TCK m. 162 bağlamında bazılarının taksirli iflâs sebebi olamayacağına dikkat çekmek gerekir.

Çalışmanın tamamına yansıyan kanaat, "*basiretli tacir gibi hareket etme*" gibi genel bir düzenleme karşısında suç oluşturmeyen adi iflâs ile suç olarak düzenlenen taksirli iflâs arasındaki sınırların belirsizleştiği, bunun ceza mahkemesi hâkiminin işini çok zorlaştırdığı ve taksirli iflâs suçunun kapsamının adi iflâs lehine oldukça genişlediği yönündedir. Belirlilik ilkesini de ihlâl ettiğini belirttiğimiz bu düzenleme, ticari hayattaki risk ve ticaretin dinamikleri gereği iflâs eden müflisi cezai yaptırımla karşı karşıya bırakabilecektir. Hileli iflâs suçuna girmeyen birtakım eylemler, pekâlâ taksirli iflâs suçu kapsamında değerlendirilme riski taşımaktadır. Kimseye zarar verme kastı olmayan, dikkatli ve özenli olmasına, iflâs etmemek için uğraş vermesine rağmen iflâstan kaçamayan müflis ceza tehdidiyle karşılaşabilmektedir. Bu ve benzeri kişiler için iflâsın kendisi sonuçları bakımından bizzat yaptırım iken, bir de müflis soruşturmalara ve kovuşturmalara maruz kalabilecektir.

Olması gereken hukuk bakımından, taksirli iflâs suçunu oluşturan hareketler açıkça sayılmak suretiyle yeniden düzenlenmelidir. Bu düzenleme esnasında sadece tacire ya da iflâsa tâbi kişiye ödev olarak yüklenen hususlar iflâs sebebi olmalı, ticari hayata özgü sebepler düzenlemede yer almamalıdır. Nitekim bunların sınırını çizmek bir ceza mahkemesi hâkimi için oldukça güçtür. Ticari hayata özgü sebepler sıralanmak istenirse, suçun salt hareket (tehlike) suçu olarak açıkça düzenlenmesi, yani hareket ile iflâs olgusu arasındaki nedensellik bağının aranmadığı, sadece objektif cezalandırma şartı olan iflâs kararı ile yetinildiği bir düzenleme uygun olacaktır.

## Kaynakça

- Aker, Halit. "Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: "Hakim Teşebbüs". *BATİDER* 25/2 (2009), 229-298.
- Alacakaptan, Uğur. "İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısının Cezai Hükümleri". *İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Bildiri Yayını*, (Y. 1963), 180-183.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Arslan, Ramazan vd. *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2023.
- Aşık, İbrahim vd. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Atalı, Murat vd. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Ayhan, Rıza vd. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Bacaksız, Pınar. *TCK'da Yer Alan İflâs Suçları*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011.
- Baştuğ, İrfan. "Küçük ve Kısıtlıların Tacir Sıfatı". *BATİDER* 5/4 (1969), 805-813.
- Bilgili, Fatih vd. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Dora, 2022.
- Bozer, Ali – Göle, Celal. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2020.
- Centel, Nur. "Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması-", *AÜHFĐ* 4/65 (2016), 3313-3326.
- Çakı Çifci, Gamze. *Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü*. Ankara: Seçkin, 2024.
- Çakı Çifci, Gamze. "Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliğinin Kişi Bakımından Uygulanması", *SHD* 11/2 (2023), 879-908.
- Çetiner, Selma - Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Çolak, Haluk. *İcra-İflâs Suçları ve Yargılama Usulü*. Ankara: Bilge, 2005.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Domaniç, Hayri. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. I*. İstanbul: Temel, 1988.
- Dönmezer, Sulhi. *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. İstanbul: Beta, 2001.
- Eminoğlu, Cafer. *Anonim Şirket Özelinde Fiili Yönetim Organı*. Ankara: Adalet, 2023.
- Erem, Faruk. *Türk Ceza Hukuku C. I Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 1954.
- Erem, Faruk. "Taksiratlı ve Hileli İflâs", *Adalet Dergisi* 47/10 (1956), 1063-1071.
- Ermenek, İbrahim. "İcra ve İflâs Kanunu'nda Öngörülen Cezaî Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulama Alanı". *TAAD* 5/19 (Ekim 2014), 279-320.
- Ersoy, Uğur. *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırma Şartları*. Ankara: Adalet, 2015.
- Ersoy, Uğur. "Hileli ve Taksirli İflâs Suçları", *CHD* 33, (Nisan 2017), 67-114.
- Evik, Ali Hakan. *Türk Ceza Hukuku'nda Hileli ve Taksirli İflâs Suçları*. İstanbul: On İki Levha, 2005.
- Evik, Ali Hakan. "Taksirli İflas Suçu". *Özel Ceza Hukuku C. IV*. ed. Köksal Bayraktar vd. İstanbul: On İki Levha, 2018.

- Göle, Celal- Bilgeç, Hakan. "Ticari İşletme İşlettikleri Halde Tacir Sayılmayan Dernek ve Vakıflara İlişkin Düzenlemenin (TTK m. 16/2) Değerlendirilmesi". *BATİDER* 32/4 (2016), 5-22.
- Görgün, L. Şanal vd. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Gürler, Mehmet. *Hileli ve Taksirli İflâs Suçları (TCK m. 161 ve TCK m. 162)*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- İmregün, Oğuz. *Kara Ticaret Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz, 1996.
- Karaahmetoğlu, İsmail Özgün. "Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve Yargıtay Uygulamasındaki Yeri". *Legal Hukuk Dergisi* 116 (2012), 85-119.
- Karahan, Sami. *Ticari İşletme Hukuku*. Konya: Mimoza, 2012.
- Karayalçın, Mine. *Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliği*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku I, Giriş – Ticari İşletme*. İstanbul: Güzel, 1968.
- Karslı, Abdurrahim. *İcra Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Alternatif, 2010.
- Karslı, Abdurrahim. *İcra ve İflas Hukuku Esasları*. İstanbul: Filiz, 2022.
- Kaya, Mustafa İsmail – Tatlı, Burçak. *Ticaret Hukuku I (Ticari İşletme ve Ortaklıklar Hukuku)*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Kayar, İsmail. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Kayıhan, Şaban. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Kendigelen, Abuzer. *Hukuki Mütalaalar, C. II*. İstanbul: On İki Levha, (2001), 128-133.
- Kızıllarlan, Hakan. *Hileli ve Taksirli İflâs Suçları*. Ankara: Seçkin, 2006.
- Koca, Mahmut. "5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar". *İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi* 5 (Ocak 2005), 67-92.
- Koçak, Nazif. *İcra-İflâs Suçları ve Yargılama Usulü*. Ankara: Seçkin, 2015.
- Korkut, Ömer. "Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği". *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan C. 1*. (2010), 1367-1386.
- Korkut, Ömer vd. *Şematik Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Kuru, Baki - Aydın, Burak. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Muşul, Timuçin. *İflâs Suçları*. İstanbul: Filiz, 1998.
- Özbek, Veli Özer vd. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Özen, Mustafa. "Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Hileli ve Taksirli İflâs Suçları (TCK m. 161, 162)". *AÜHFD* 4/65 (2016), 3567-3584.
- Özgenç, İzzet. "İflâs Suçları", *Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2*, Ankara (2009), 333-367.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Öztürk, Bahri – Erdem, Mustafa Ruhan. *Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Pekcanitez, Hakan vd. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha, 2023.

Poroy, Reha – Yasaman, Hamdi. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.

Şener, Oruç Hami. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2020.

Uyar, Talih. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*. Ankara: Bilge, 2004.

Uyar, Talih. “Taksiratlı (Taksirli) ve Hileli İflâs”. *DEÜHFD* 11/Özel Sayı (2009), 941-972.

Ülgen, Hüseyin vd. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat, 2019.

Üstündağ, Saim. “Hileli İflâs Suçları Ne Zaman Tamamlanmış Olur ve Böylece Bu Suçlarda Zamanaşımı Süresi Ne Zaman İşlemeye Başlar?”. *Yargı Dünyası* 118, (Ekim 2005), 17-23.

Yenisey, Feridun - Plagemann, Gottfried. *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*. İstanbul: Beta (2015), 402-409.

Yıldırım, Mehmet Kâmil - Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: Beta, 2021.

Yılmaz, Ejder. “Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz”. *SÜHFD* 11/3-4, (2003), 9-45.

### **Elektronik Kaynaklar**

[https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_283.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_283.html)

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://www.nisanyansozluk.com/>

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazar(lar)ın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Mart 2022 Tarihli Fransız Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu Tasarısının Genel Hükümlerine Dair Bazı Tespitler

*Some Remarks on the General Provisions of the Draft French Code of Private International Law of March 2022*

Can Yöney 

Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,  
Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim  
Dalı, İstanbul, Türkiye,  
can.yoney@marmara.edu.tr



**Öz:** Türk hukukuna bugüne değin örnek teşkil etmiş hukuk düzenlerinden olan Fransız hukukunda 2024 yılı itibariyle halen bağımsız bir milletlerarası özel hukuk kanunu bulunmamaktadır. 20. yüzyılda başarısızlıkla sonuçlanan çalışmalar sonrası, 2018 yılında dönemin Fransız Adalet Bakan'ının daveti üzerine bir kez daha bu alanda kodifikasyon gerçekleştirilmesi hedefiyle bir çalışma grubu oluşturulmuş ve bu grupça bir kanun tasarısı hazırlanarak Mart 2022'de kamuoyuyla paylaşılmıştır. Bu tasarıda yer alan çeşitli düzenlemelerin Türk hukuku açısından da örnek teşkil edebileceğine inanarak, biz de bu çalışmamızda tasarının "Genel Hükümler" başlıklı ilk kitabında yer alan kanunlar ihtilafı ve milletlerarası yetkiye ilişkin dikkat çekici bulduğumuz bazı düzenlemeleri ele almaya çalışmış bulunmaktayız. Kanunlar ihtilafı açısından bakıldığında, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması bakımından sistem değişikliği öngörülen tasarıda yabancı hukukun içeriğinin tespitinde yabancı kurumlardan da görüş talep edilebileceğine yer verilmesi ve görüş beyan eden uzmanların çapraz sorguya tâbi tutulabilmesinin açıkça öngörülmesi gibi noktalar ilk bakışta dikkat çekmektedir. Milletlerarası yetki açısından ise *forum necessitatis* esasına somut bir düzenlemeyle yer verilmesi ve Fransız vatandaşlığı temelli tamamlayıcı milletlerarası yetkiden vazgeçilmemesi önemli noktalar olarak görülmektedir. Bu çerçevede, çalışmamızda öncelikle Fransız hukukunda milletlerarası özel hukuk alanında kodifikasyon ihtiyacına dair tartışmalara ana hatlarıyla değinecek, sonrasında ise tasarıda yer alan dikkat çekici düzenlemeleri Fransız hukukunda uygulanagelen mevcut sistemle karşılaştırarak açıklayacak, doktrinde bunlara dair dile getirilen görüşlere değinecek ve en nihayetinde Türk hukuku perspektifinden kendi değerlendirmelerimizi ortaya koymaya çalışacağız.

**Anahtar Kelimeler:** Fransız Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu Tasarısı, Milletlerarası Özel Hukuk, Kodifikasyon, Kanunlar İhtilafı, Milletlerarası Yetki

Geliş Tarihi/Received: 20.09.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 06.11.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
12.11.2024

**Abstract:** As of 2024, in French law, which has long served as a model for Turkish law, there is still no private international law code. After unsuccessful codification efforts in the 20th century, a draft law was finally prepared by a working group established in 2018 upon the invitation of the then French Minister of Justice and was shared with the public in March 2022. Believing that several provisions of this draft could also serve as examples for Turkish law, we have tried in this study to address some of the key aspects of its first book, titled "General Provisions", with a focus on conflict of laws and international jurisdiction. Regarding conflict of laws, the draft includes certain significant provisions, such as a change of system in the application of conflict of laws rules, an explicit allowance for requesting opinions from foreign institutions in ascertaining foreign law, and the possibility for judges to organize cross-examination of experts. In terms of international jurisdiction, the codification of the *forum necessitatis* rule and the continuation of the jurisdiction based on French citizenship are among the most noteworthy provisions. In this context, in our study, we will first outline the discussions in French law on the need for codification in private international law. Afterwards, we will try to explain some of the key provisions in the draft by comparing them with the current French system, address the opinions expressed in the doctrine on these issues, and finally present our views from the perspective of Turkish law.

**Keywords:** Draft French Code of Private International Law, Private International Law, Codification, Conflict of Laws, International Jurisdiction



## Extended Abstract

French law, a legal system that has also influenced Turkish law in various fields, is known for its tendency to favor codification; however, private international law remains outside this trend. As of 2024, French private international law is still uncodified, with the field primarily covered by the *Cour de Cassation's* jurisprudence and uniform EU law. To address this gap, a draft law was prepared by a working group established upon the invitation of the French Minister of Justice and was shared with the public in March 2022. In this study, we address some of the main provisions regarding conflict of laws and international jurisdiction in the first book of this draft, titled "General Rules".

Regarding conflict of laws, we examine the provisions on qualification, application of conflict of laws rules, ascertainment of foreign law and *renvoi*. With regard to the first, we note that the *lex fori* method, dominant in doctrine and comparative law, is adopted. Yet, the draft also provides that the *lex causae* will also be taken into consideration in terms of legal institutions unknown to the *lex fori*. We believe that this is a useful addition that can also serve as a good example for comparative law.

As for the application of conflict of laws rules, the draft introduces an important change of system. The current French system provides for a distinction according to the nature of the dispute, a hallmark of French private international law. The draft abandons this system and adopts the mainstream approach among continental European systems, the *ex officio* application (Art. 9/1). In our opinion, this change should be seen as a step taken toward clarity and legal certainty, as stated in the explanatory report. Despite this novelty, the continuation of the possibility of making a procedural agreement (Art. 9/2) serves as a balancing factor against the possible increase in the judge's workload. On the other hand, the draft also includes a useful guarantee in Art. 9/4, requiring the parties' will to be clear for the judge to conclude that they implicitly intend to apply the *lex fori*.

Concerning the ascertainment of foreign law, the working group seems to have focused on providing concrete examples for the sake of clarity, rather than coming up with novel solutions (Art. 14). In particular, Art. 14/2 provides that expert opinions can be issued by French or foreign institutions. In our opinion, this provision is a useful addition, creating awareness among practitioners about the possibility of such an opportunity. Although we believe this regulation also sets a good example for Turkish law, we are also aware that it is not very reasonable to expect this method to be used in practice due to economic reasons. There is, however, one fundamental change foreseen in this article. In order to ensure the accuracy of the submitted opinions, Art. 14/4 allows the judges to organize a cross-examination of the experts. We believe that it would be highly appropriate to use this method in Turkish law as well, which does not currently benefit from this in practice, despite its availability under our civil procedure law.

The final point in our study regarding conflict of laws was the provision on *renvoi*. The draft accepts *renvoi* on theory but makes it conditional on the parties' request (Art. 8). We find this approach problematic from a legal certainty point of view, and we believe that it would be preferable to clearly specify in advance when and in which cases *renvoi* will be applied.

The second part of our study focuses on the provisions regarding international jurisdiction. The main preference of the working group that stands out is the continuation of the mixed system, where the double functionality of internal jurisdiction rules is accepted, but also supplemented by rules adopted purely for international jurisdiction matters. The first book gives two examples of the latter. The first, Art. 18 regarding *forum necessitatis*, aligns with other examples from comparative law and French judicial practice. In our opinion, this approach constitutes a good example for Turkish law, which would also benefit from such a provision. The second, Art. 17/1, which foresees the establishment of jurisdiction based on French citizenship, is a continuation of the current system, drawn up under Art. 14-15 of the French Civil Code. Although two main mechanisms have been included to narrow the scope

of application of this provision and mitigate its disadvantages (Art. 17/5 and 21), we opine that it would be better to simply abandon this system and expect the *forum necessitatis* principle to cover its scope of application.

As a result, we believe that codification will be a useful development for French private international law, which would serve as a primary reference for the field. Despite its various shortcomings, we think that the draft contains sound provisions that could also serve as examples for Turkish law. However, given the previous unsuccessful codification attempts, it is difficult to predict whether the draft will ultimately be adopted.

## Giriş

Günümüzde uluslararası ticaretin her geçen gün gelişmesiyle yabancılık unsuru içeren hayat ilişkilerinin sayısının artması, özel hukukun bir alanı olarak milletlerarası özel hukukun önemini artırmaktadır. Alanın artan önemine rağmen halen bazı hukuk düzenlerinde doğrudan milletlerarası özel hukuk alanını düzenleyen bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu hukuk düzenleri arasında Fransız hukuku da bulunmaktadır. Gerçekten de Fransız hukukunda bugüne değin üç kez kanunlaştırma faaliyetine girişilmesine karşın, bu çabalar hep sonuçsuz kalmıştır<sup>1</sup>. Yeknesak Avrupa Birliği (AB) milletlerarası özel hukuk kurallarının alanı önemli ölçüde düzenlemesine karşın, gerek bu enstrümanların bıraktığı boşluklarda uygulanacak kuralların ortaya konması gerekse de milletlerarası özel hukuk alanında başvurulacak asli bir hukuk kaynağının kabulünün faydalı olacağı düşüncesiyle yakın tarihte bir kez daha Fransız Adalet Bakanlığı tarafından kanunlaştırma faaliyetlerinin başlamasına karar verilmiştir.

24 Temmuz 2018’de Fransız Adalet Bakanı, Fransız Yargıtayı (*Cour de Cassation*) Birinci Dairesi Onursal Başkanı Jean-Pierre Ancel’e bir mektup yazarak kendisini Fransız hukukunda bir milletlerarası özel hukuk kanunu hazırlanması amacıyla faaliyet gösterecek bir çalışma grubu hazırlamakla görevlendirmiştir. Altı daimî üyeden oluşan grup, yüz yüze ve çevrimiçi toplantılarda bir araya gelmiş ve akademisyen ve uygulamacılardan oluşan çeşitli uzmanların görüşlerine başvurarak<sup>2</sup> çalışmalarını tamamlamış ve hazırladıkları kanun tasarısını 31 Mart 2022 tarihinde Fransız Adalet Bakanlığı’na sunmuştur<sup>3</sup>. Tasarı, 8 Haziran 2022 tarihinde Bakanlık tarafından kamuoyuyla paylaşılmış ve ilgililerden 30 Kasım 2022 tarihine kadar görüşlerini bildirmeleri istenmiştir<sup>4</sup>. Tasarıyla beraber, çalışma grubunca hazırlanan açıklayıcı rapor da Bakanlıkça kamuoyuyla paylaşılmıştır<sup>5</sup>. Akabinde, 21 Ekim 2022 tarihinde tasarının tanıtımı amacıyla bir konferans düzenlenmiştir<sup>6</sup>.

Kanun tasarısı, kanunlaşması hâlinde hâlihazırda bir milletlerarası özel hukuk kanunu olmayan Fransız hukukundaki bu boşluğu dolduracaktır. Tasarı; uygulanacak hukuk, milletlerarası yetki, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ile yurtdışında tebligat, milletlerarası derdestlik, bekletici mesele gibi milletlerarası usul hukukuna ilişkin konular hakkında düzenlemeler içeren ve toplam 207

<sup>1</sup> Paul Lagarde, “Sur la non-codification du droit international privé français”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 25/1 (Ocak 1998), 46-52.

<sup>2</sup> Cyril Nourissat, “The Draft Code of French Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, Cilt: 24 (Beltz: Otto Schmidt, 2022-2023), 238.

<sup>3</sup> Projet de code de droit international privé, [http://www.cfdip.fr/offres/file\\_inline\\_src/717/717\\_pj\\_120422\\_114420.pdf](http://www.cfdip.fr/offres/file_inline_src/717/717_pj_120422_114420.pdf) (Erişim 21 Mayıs 2024).

<sup>4</sup> <https://www.justice.gouv.fr/actualites/actualite/consultation-projet-code-droit-international-prive> (Erişim 21 Mayıs 2024).

<sup>5</sup> Projet de code de droit international privé: Rapport du groupe de travail présidé par Jean-Pierre Ancel, [https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art\\_pix/rapport\\_code\\_DIP\\_mars\\_2022%20.pdf](https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/rapport_code_DIP_mars_2022%20.pdf) (Erişim 6 Eylül 2024).

<sup>6</sup> Konferans programı için bkz. [http://www.cfdip.fr/offres/file\\_inline\\_src/717/717\\_pj\\_120922\\_094940.pdf](http://www.cfdip.fr/offres/file_inline_src/717/717_pj_120922_094940.pdf) (Erişim 21 Mayıs 2024). Tebliğ metinleri için bkz. [http://www.cfdip.fr/offres/doc\\_inline\\_src/717/Communciations+Codifications+pour+le+site.pdf](http://www.cfdip.fr/offres/doc_inline_src/717/Communciations+Codifications+pour+le+site.pdf) (Erişim 6 Eylül 2024). Konferansın soru-cevap kısmı için bkz. [http://www.cfdip.fr/offres/doc\\_inline\\_src/717/21+octobre+2022+Codification+de26237693Bbats.pdf](http://www.cfdip.fr/offres/doc_inline_src/717/21+octobre+2022+Codification+de26237693Bbats.pdf) (Erişim 6 Eylül 2024).

maddeden oluşan kapsamlı bir düzenlemedir. Tasarıda bu 207 madde, altı farklı kitapta ele alınmıştır. İlk kitap, “Genel Hükümler” başlığını taşımakta ve uygulanacak hukuk ile milletlerarası yetkiye dair temel esasları ortaya koymaktadır. İkinci kitap ise “Özel Hükümler” başlığını taşımakta ve tasarıda yer alan en kapsamlı kitabı oluşturmaktadır. Bu kitap, kanunlar ihtilafı ve milletlerarası yetkiye dair özel düzenlemeleri ihtiva etmektedir. Üçüncü kitap milletlerarası usul hukukunu, dördüncü kitap yabancı adli ve idari kararların tanınması ve tenfizini, beşinci kitap geçici hukuki koruma önlemlerini, altıncı ve son kitap ise geçiş hükümlerini düzenlemektedir<sup>7</sup>.

AB'nin kurucu ülkelerinden ve Türk hukukunu etkileyen hukuk düzenlerinden olması itibariyle Fransız hukukunda milletlerarası özel hukuka ilişkin yaşanan bu gelişmenin Türk hukuku açısından da önem taşıdığı ve Türk doktrininde bu tasarinin getirdiği esasların değerlendirilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz<sup>8</sup>. Bununla beraber, bu denli kapsamlı bir kanun tasarısının tek bir makalede ele alınmasının imkânsızlığı karşısında, çalışmamızda temel olarak “Genel Hükümler” başlıklı ilk kitabında yer alan kanunlar ihtilafı ve milletlerarası yetkiye ilişkin düzenlemelerden dikkat çekici bulduğumuz bazılarını incelemeye çalışacağız. Bu bağlamda, ilk olarak Fransız hukukunda milletlerarası özel hukuk alanında kodifikasyon yapılmasına ilişkin doktrinindeki tartışmalara ana hatlarıyla değinecek, akabinde kanun tasarısında yer alan dikkat çekici olduğuna inandığımız düzenlemelerin neler öngördüğüne değinecek, bunları Fransız hukukunda uygulanagelen mevcut sistemle karşılaştıracak, bu düzenlemelere dair doktrinde ifade edilen görüşlere yer verecek ve bunlara dair Türk hukuku perspektifinden kendi değerlendirmelerimizi ortaya koymaya çalışacağız.

## **I. Fransız Hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Kodifikasyon Yapılmasına İlişkin Tartışmalar**

Mart 2022 tarihli tasarıda yer alan başlıca düzenlemeleri ele almadan önce, Fransız hukukunda milletlerarası özel hukuk alanının mevcut durumuna ve Fransız doktrininde milletlerarası özel hukuk özelinde bir kodifikasyon ihtiyacı olup olmadığı konusundaki tartışmalara değinmekte fayda görüyoruz.

Fransa'nın bir kodifikasyon diyarı olduğu ileri sürülmüşse de<sup>9</sup>, bu sevgi milletlerarası özel hukuk alanını pas geçmiştir. Gerçekten de 2024 yılı itibariyle Fransız hukukunda salt milletlerarası özel hukuk alanını düzenleyen müstakil bir kanun bulunmamaktadır. Bu durum temel olarak tarihi gerekçelere dayandırılmaktadır. Fransız özel hukukunun başlıca düzenlemesi olan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun (*Code civil*)<sup>10</sup> kabul edildiği dönemde milletlerarası özel hukukun halen olgunlaşma döneminde olması, alanın Medeni Kanun dahilinde düzenlenememesi sonucunu doğurmuştur<sup>11</sup>. Dahası, 20. yüzyılda doğrudan milletlerarası özel hukuk alanında bir kanun kabul edilmesi için üç farklı dönemde kanunlaştırma çalışması yürütüldüyse de bunlar da başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Doktrinde bu durumun sebepleri arasında, bağımsız bir milletlerarası özel hukuk kanunun içeriğinin ne şekilde oluşturulacağı ve milletlerarası özel hukuk alanında özel bir önem taşıyan milletlerarası sözleşmelerle iç hukuk arasındaki uyumun nasıl sağlanacağı konularındaki soru işaretleri ile müstakil bir kanun kabulünün alanın dinamikliğini olumsuz etkileyeceği yönündeki çekinceler gösterilmektedir<sup>12</sup>. Ayrıca,

<sup>7</sup> Fransız hukukunda vatandaşlık hukuku ve yabancılar hukuku, geniş anlamda milletlerarası özel hukukun kapsamı içerisinde görülmektedir. Türk hukukunu da etkileyen bu anlayış, kanun tasarısında ise kendisine bir yer edinememiş görünmektedir; zira bu iki alana tasarıda yer verilmemiştir. Bu tercihin eleştirisi için bkz. Dominique Bureau - Horatia Muir Watt, “Codifying against the Clock... - On a French Project for the Codification of Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, Cilt: 24 (Beltz: Otto Schmidt, 2022-2023), 256-257.

<sup>8</sup> Türk hukuku perspektifinden başka bir inceleme için bkz. M. Ece Uyanık, “Fransa’da Yürütülen Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu Çalışmalarına Türkiye’den Bir Bakış”, *KHAS Hukuk Bülteni* (Erişim 8 Eylül 2024).

<sup>9</sup> Dominique Foussard vd., “Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé”, *Revue critique de droit international privé* 3 (Temmuz-Eylül 2022), 479.

<sup>10</sup> Kanunun Fransızca tam metni için bkz. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721) (Erişim 30 Ekim 2024).

<sup>11</sup> Dominique Bureau - Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Cilt: 1 (Paris: PUF, 4. Bası, 2017), 44.

<sup>12</sup> Bureau - Muir Watt, *DIP*, 45.

bu çalışmaların yürütüldüğü dönemden kaynaklanan birtakım konjonktürel sebeplerin de doğan başarısızlık üzerinde etkisi olduğu düşünülmektedir. Öyle ki ilk iki çalışmanın, aynı süreçte yürütülmekte olan Fransız Medeni Kanunu'nun revizyon çalışmalarının rafa kaldırılmasından; üçüncü çalışmanın ise dönemin Adalet Bakanı'nın görevden ayrılmasından olumsuz etkilendiği değerlendirilmektedir<sup>13</sup>. Bu tarihi süreçte alanı düzenleyen bir kanunun kabul edilememesi nedeniyle de Fransız hukukunda milletlerarası özel hukuk önemli ölçüde Fransız Yargıtayı'nın içtihatları ışığında gelişim göstermiştir<sup>14</sup>.

Bununla beraber, bugüne kadar kodifikasyon gerçekleştirilmemesinin önemli sorunlar yaratmamış olmasının önemli bir gerekçesi ise hiç şüphesiz yeknesak AB hukukunun milletlerarası özel hukuk alanını kapsamlı şekilde düzenlemesi olmalıdır. Zira AB hukukunda yeknesaklaştırma faaliyetlerinin yoğun şekilde kendisini gösterdiği alanların başında milletlerarası özel hukuk gelmektedir. Öyle ki Roma I Tüzüğü<sup>15</sup>, Roma II Tüzüğü<sup>16</sup>, Roma III Tüzüğü<sup>17</sup>, Brüksel I bis Tüzüğü<sup>18</sup>, Brüksel Iib Tüzüğü<sup>19</sup>, Miras Tüzüğü<sup>20</sup>, Nafaka Tüzüğü<sup>21</sup>, Mal Rejimi Tüzüğü<sup>22</sup> ve Tescilli Hayat Ortaklıkları Tüzüğü<sup>23</sup> vb. düzenlemeler; uygulanacak hukuk, milletlerarası yetki ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konularında ihtiva ettiği hükümlerle üye devletlerin milletlerarası özel hukukunu önemli ölçüde düzenlemektedir. Üstelik bu düzenlemeler tüzükler aracılığıyla sevk edildiğinden, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma<sup>24</sup> m. 288/2 uyarınca herhangi bir iç hukuka aktarma işlemine de gerek kalmaksızın üye ülkelerde doğrudan uygulanma kapasitesini de haizdir.

Bununla beraber, bahsi geçen AB hukuku enstrümanlarının varlığı, AB üyesi devletlerin milli hukuklarında yer alan düzenlemelerin artık hiçbir uygulama alanı olmadığı anlamına da gelmemektedir. Zira bu enstrümanlarda yer alan yeknesak kurallar, yabancılık unsuru içeren her türlü uyumsuzluk bakımından uygulanma imkânına sahip değildir. Örneğin, nişanlanma, evlenme gibi aile hukuku meseleleri, kişinin statüsüne ilişkin meseleler ve aynı haklara ilişkin uyumsuzluklara uygulanacak hukuk AB hukuku enstrümanlarının kapsamına girmemektedir. Roma II Tüzüğü'nün m. 1/2(g) uyarınca kişilik haklarının ihlâline uygulanacak hukuk da yeknesak AB hukuku tarafından düzenlenmemiştir. Benzer şekilde, Brüksel I bis Tüzüğü m. 6/1 uyarınca Türkiye gibi AB üyesi olmayan ülkelerde yerleşik davalılara karşı açılacak davalarda AB milletlerarası yetki kuralları kural olarak uygulama alanı bulmamaktadır. Üçüncü devletlerden verilen mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusu da yine

<sup>13</sup> Bureau - Muir Watt, *DIP*, 44-45; Lagarde, "Non-codification", 47-52; Bernard Audit - Louis D'Avout, *Droit international privé* (Issy-les-Moulineaux: LGD), 8. Bası, 2018), 28-29.

<sup>14</sup> Bureau - Muir Watt, *DIP*, 46-47; Audit - D'Avout, *DIP*, 28; Lagarde, "Non-codification", 45.

<sup>15</sup> Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair 593/2008 sayılı ve 17 Haziran 2008 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi (Roma I) Tüzüğü, OJ L 177, 04.07.2008, 6-16.

<sup>16</sup> Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair 864/2007 sayılı ve 11 Temmuz 2007 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi (Roma I) Tüzüğü, OJ L 199, 31.07.2007, 40-49.

<sup>17</sup> Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında İşbirliğinin Geliştirilmesine Dair 1259/2010 sayılı ve 20 Aralık 2010 tarihli Konsey Tüzüğü, OJ L 343, 29.12.2010, 10-16.

<sup>18</sup> Hukuki ve Ticari Konularda Milletlerarası Yetki ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1215/2012 sayılı ve 12 Aralık 2012 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü, OJ L 351, 20.12.2012, 1-32.

<sup>19</sup> Evlilik, Velayet Sorumluluğu ve Uluslararası Çocuk Kaçırma Konularında Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 25 Haziran 2019 Tarihli ve 2019/1111 Sayılı Konsey (Brüksel Iib) Tüzüğü, OJ L 178, 02.07.2018, 1-115.

<sup>20</sup> Miras Meselelerinde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ile Tenfizi, Mirasa İlişkin Resmî Belgelerin Kabulü ile İcrası ve Avrupa Mirasçılık Belgesinin İhdasına Dair 650/2012 sayılı ve 4 Temmuz 2012 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü, OJ L 201, 27.07.2012, 107-134.

<sup>21</sup> Nafaka Yükümlülükleri Konusunda Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ve İşbirliğine Dair 4/2009 sayılı ve 18 Aralık 2008 tarihli Konsey Tüzüğü, OJ L 7, 10.01.2009, 1-79.

<sup>22</sup> Mal Rejimi Alanında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde İşbirliğinin Geliştirilmesine Dair 24 Haziran 2016 Tarihli ve 2016/1103 Sayılı Konsey Tüzüğü, OJ L 183, 08.07.2016, 1-29.

<sup>23</sup> Tescilli Hayat Ortaklıklarının Malvarlığına İlişkin Sonuçları Alanında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde İşbirliğinin Geliştirilmesine Dair 24 Haziran 2016 Tarihli ve 2016/1104 Sayılı Konsey Tüzüğü, OJ L 183, 08.07.2016, 30-56.

<sup>24</sup> OJ C 202, 07.06.2016, 1-388. Antlaşma'nın resmî Türkçe çevirisi için bkz. <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (Erişim 09.07.2024).

AB hukuku enstrümanlarının kapsamına dahil değildir. Bu bakımdan, yeknesak AB hukukunda düzenlenmeyen söz konusu alanlarda ulusal hukuklarda yer alan kurallar uygulanmaktadır.

AB hukukunda milletlerarası özel hukuka ilişkin çok sayıda yeknesak kural bulunması ve bu kuralların ulusal düzenlemelere nazaran öncelikli konumda olması, Fransız doktrininde 2020'li yıllarda ilk kez ulusal bir milletlerarası özel hukuk kanununun kabul edilmesi yönünde bir ihtiyaç olup olmadığı bakımından tartışmalara sebep olmuştur<sup>25</sup>. Doktrinde bir görüş, AB hukuku nezdinde milletlerarası özel hukuk önemli ölçüde yeknesaklaştırılmışken<sup>26</sup>, bugüne kadar kanunlaşmamış bir ulusal milletlerarası özel hukuk kanununu şu aşamada tartışmanın isabetsiz olduğu kanaatindedir<sup>27</sup>. Bu görüşe göre, bugüne kadar böyle bir kanun olmaksızın sorunsuz şekilde ilerleyen milletlerarası özel hukuk pratiğinin böyle bir gelişmeye ihtiyacı bulunmamaktadır. Yeknesak AB hukuku enstrümanlarının bıraktığı boşluklar oldukça sınırlı alanlara ilişkindir ve buna rağmen iki yüzü aşkın maddelik bir kanun kabul edilmesi, uygulamacılar nezdinde bu boşlukların çok daha geniş bir alanı ilgilendirdiği şeklinde bir illüzyon yaratacaktır. Böyle bir illüzyon da faydadan ziyade, yanlış kuralların uygulanması sonucunu doğurmak suretiyle zarar doğuracaktır. Dahası, AB nezdinde iş birliği ve koordinasyonun önemli ölçüde geliştiği dönemde bunun tam aksine milli bir kanun çalışması yürütmek, sembolik anlamda da sakıncalıdır<sup>28</sup>. Bu nedenle müstakil bir kanun kabul edilmesi yerine mevcut sistem sürdürülerek, Fransız Medeni Kanunu ve Fransız Medeni Usul Kanunu'na (*Code de procédure civile*)<sup>29</sup> yabancılik unsuru barındıran uyumsuzluklar bakımından özel hükümler eklenmekle yetinilmesi daha uygun olacaktır<sup>30</sup>.

Diğer bir görüş ise AB hukukunun gördüğü işleve karşın iç hukukta bu alanda bir kanun kabul edilmesinin faydalı olacağı kanaatindedir<sup>31</sup>. Bu görüşe göre, milletlerarası özel hukuk alanında bağımsız bir kanunun kabul edilmesi bu alana dair birincil bir başvuru kaynağı ortaya çıkmasını sağlayacağından hukuki belirlilik ilkesi açısından faydalı olacaktır. Bu durum özellikle de Fransız hukuku gibi milletlerarası özel hukukun ağırlıklı olarak yargı kararları ışığında şekillendiği, ancak Kıta Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olduğundan yargı kararlarının esasen aslî hukuk kaynağı olmadığı bir hukuk düzeninde daha da önem kazanmaktadır ve bir yasal düzenlemenin varlığı bu açıdan daha da yararlı olacaktır<sup>32</sup>. Ayrıca, birincil başvuru kaynağı olarak bir kanunun varlığı, milletlerarası özel hukuk alanında uzmanlığı bulunmayan uygulamacılar bakımından da kolaylık sağlayacaktır<sup>33</sup>. Yeknesak AB hukuku kurallarının uygulanacağı hâllerde dahi öncelikle tek bir kanuni düzenlemeden hareket ederek hangi enstrümanın uygulanacağını tespit etmek, alanın uzmanı olmayan kişiler açısından daha kolay ve pratik bir yaklaşım olacaktır. Doktrindeki bu görüşe çalışma grubunca açıklayıcı raporda da iştirak edilmiştir. Rapora göre, yeknesak AB hukuku düzenlemelerine ve milletlerarası sözleşmelere atıflar da içerecek şekilde bir milletlerarası özel hukuk kanunu kabul edilmesi "kullanıcı dostu" bir yaklaşım olarak değerlendirilmiş; bir başka ifadeyle tüm hukuk uygulamacıları açısından milletlerarası özel hukuka dair bir sorunla karşılaşıldığında başvurulabilecek tek bir düzenlemenin varlığının,

<sup>25</sup> 1990'lı yıllarda kaleme alınan makalelerde ise bağımsız bir ulusal kanunun kabulü yönündeki görüşlerin daha güçlü olduğu görülmektedir. Bu dönemde ortaya konan kodifikasyon yanlısı görüşler için bkz. Lagarde, "Non-codification", 55 vd.; Bruno Oppetit, "Le droit international privé, droit savant", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, C. 234 (Lahey Nijhoff: 1992), 191.

<sup>26</sup> Öyle ki kanunlaşmamış olsa dahi Avrupa Parlamentosu nezdinde "Avrupa Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu" konulu bir çalışma dahi hazırlanmıştır, bkz. Blanca Ballester, *Cost of Non-Europe Report: European Code on Private International Law*, ed. European Added Value Unit of the General Secretariat of the European Parliament, PE 504.468, CONE 3/2013 (Brüksel: 2013), Erişim 13.09.2024.

<sup>27</sup> Bureau - Muir Watt, "French Project", 249-252; Paul Lagarde, "Quelques remarques sur le projet de code de droit international privé français", *Revue critique de droit international privé* 3 (Temmuz-Eylül 2022), 515, 517.

<sup>28</sup> Bureau - Muir Watt, "French Project", 251-252.

<sup>29</sup> Kanunun Fransızca tam metni için bkz. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070716](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716) (Erişim 30 Ekim 2024).

<sup>30</sup> Bureau - Muir Watt, "French Project", 260.

<sup>31</sup> Stefan Leible - Felix M. Wilke, "Le projet de code de droit international privé. Une vue d'Allemagne", *Revue critique de droit international privé* 3 (Temmuz-Eylül 2022), 506.

<sup>32</sup> Leible - Wilke, "Projet de Code de DIP", 506-507.

<sup>33</sup> Leible - Wilke, "Projet de Code de DIP", 507.

anlaşılabilirlik ve erişim açısından kolaylık sağlayacağını düşünülüyor ifade edilmiştir<sup>34</sup>. Raporla ayrıca bu sayede Fransız hukukuna yabancılar nezdinde duyulan ilginin de artacağı öngörüsünde bulunulmuştur<sup>35</sup>.

Kanuna gerçekten ihtiyaç olup olmadığına ilişkin tartışmalar yanında, tasarı hazırlanırken göz önünde bulundurulmuş bir diğer nokta ise Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihatları çerçevesinde tasarımın AB hukukunun üstünlüğü ve AB tüzüklerinin doğrudan uygulanabilirliği ilkesiyle uyumu olmuştur. Öyle ki AB tüzükleri herhangi bir iç hukuka aktarma işlemine tâbi değildir ve üye devletler de bu enstrümanların doğrudan uygulanabilirliğine hâlel getirecek herhangi bir eylemde bulunmama yükümlülüğü altında bulunmaktadır<sup>36</sup>. Bu durumda tüzüklerde yer alan düzenlemelerin üye devletlerin iç hukuklarına aktarılması, ancak doğrudan uygulanabilirliklerine hâlel getirmeyecek ve AB hukuku kaynaklı oldukları ortaya konacak şekilde gerçekleştirilirse mümkün olabilecektir<sup>37</sup>. Bu durumda bu kurallara AB hukuku kaynaklı olduklarına her bir hükümde atıf yapılmaksızın ulusal kanunlar içerisinde diğer iç hukuk kökenli hükümlerle birlikte yer verilmesi, ABAD'ın koyduğu bu kriterlerle çelişecektir<sup>38</sup>. Nitekim çalışma grubu da milletlerarası özel hukuka ilişkin yeknesak AB hukuku düzenlemelerinde yer alan her hüküm kanuna aktarmak gibi bir yönteme başvurmamış<sup>39</sup>, bunun yerine kanun tasarısının yalnızca yeknesak AB hukuku enstrümanlarının uygulama alanı bulmadığı hâllerde uygulanacağını öngörmeyi tercih etmiştir. Öte yandan, bu yaklaşım<sup>40</sup> hem m. 1/3 hükmünde genel bir atıfla hem de tasarımın çeşitli noktalarında farklı konular özelinde karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki kanunun uygulama alanını ortaya koyan m. 1 hükmünün 3. fıkrası, kanunun yeknesak AB hukuku düzenlemelerinin uygulanmadığı hâllerde uygulama alanı bulacağını ortaya koyarak genel kaideyi tespit ettiği gibi, örneğin tasarımın 2. kitabındaki özel düzenlemeler arasında yer alan m. 89/1 hükmü sözleşmesel borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından kural olarak Roma I Tüzüğü'nün, m. 94/1 hükmü ise sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından kural olarak Roma II Tüzüğü'nün uygulama alanı bulacağını ortaya koymaktadır. Görülebileceği üzere, hem doğrudan daha tasarımın ilk başında uygulama alanının belirtildiği m. 1 hükmünde hem de özel düzenlemeler arasında kanunun uygulama alanını açık bir şekilde gözler önüne seren hükümler yer almaktadır. Tasarıda 1. maddede yer alan genel hükme rağmen bu tür özel düzenlemelere de yer verilmesi uygulamacılar açısından hatırlatıcı bir rol üstlenmesi amacını taşımakta ve bu düzenlemeler bir nevi "koordinasyon hükümleri" görevi görmektedirler<sup>41</sup>.

## II. Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu Tasarısının Öngördüğü Sistem

Ana hatlarıyla bağımsız bir kanuna ihtiyaç olup olmadığına dair tartışmalara, kanun tasarısının hazırlık sürecine ve genel yapısına değindikten sonra çalışmamızın bu bölümünde tasarımın "Genel Hükümler"

<sup>34</sup> Rapor, 11-12.

<sup>35</sup> Rapor, 8.

<sup>36</sup> ABAD, C-34/73, Fratelli Variola Spa v Amministrazione delle finanze dello Stato (10 Ekim 1973), para. 10.

<sup>37</sup> ABAD 8. Dairesi, C-372/20, Finanzamt Österreich (25 Kasım 2021), para. 46-48.

<sup>38</sup> Leible - Wilke, "Projet de Code de DIP", 507.

<sup>39</sup> Bu yaklaşımın kabul edilmemesinin bilinçli bir tercih olduğu doğrudan çalışma grubunun üyelerince kaleme alınan çalışmada da ifade edilmiştir, bkz. Foussard vd., "Projet de Code de DIP", 481.

<sup>40</sup> Benzer bir anlayış, Belçika hukukunda da karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun "Amaç" başlıklı 2. maddesinde kanunun AB düzenlemeleri, Belçika'nın taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ve özel kanunların uygulama alanı bulmadığı hâllerde uygulama alanı bulacağı özel olarak belirtilmiştir. Ancak kanun koyucu bu genel kuralla yetinmemiş ve kanunun çeşitli noktalarında yer alan özel düzenlemelerde milletlerarası sözleşme ve AB hukuku enstrümanlarına atıf yapma yoluna başvurmuştur. Örneğin, m. 78 hükmü miras hukuku uyumsuzluklarında uygulanacak hukukun Miras Tüzüğüne, m. 98/1 hükmü sözleşmesel borç ilişkilerinden doğan uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun Roma I Tüzüğüne, m. 98/4 hükmü sözleşme dışı borç ilişkilerinden doğan uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun Roma II Tüzüğüne göre tespit edileceğini düzenlemektedir.

<sup>41</sup> Rapor, 12.

Bu hükümlerin faydalı olduğu yönünde bkz. Leible - Wilke, "Projet de Code de DIP", 508. İç hukuk, AB enstrümanları ve milletlerarası sözleşmeler arasında kurulan bu bağlantıların alanın uzmanı olmayan uygulamacılar bakımından konuyu daha karmaşık hâle getireceği yönündeki eleştiri için bkz. Bureau - Muir Watt, "French Project", 254.

başlığını taşıyan ilk kitabında yer alan ve dikkat çekici olduğunu düşündüğümüz kanunlar ihtilafı ve milletlerarası yetkiye dair belli başlı düzenlemelere değineceğiz.

## A. Kanunlar ihtilafı

Çalışmamızın bu başlığında Fransız tasarısının “Genel Hükümler” başlığında bulunan kanunlar ihtilafına ilişkin başlıca meselelere değineceğiz. Bu kapsamda sırasıyla; vasıflandırma, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, yabancı hukukun içeriğinin tespiti ve atıf konularında tasarıda yer alan düzenlemeleri ele alacağız.

### 1. Vasıflandırma

Kanun tasarısında yer alan kanunlar ihtilafına ilişkin dikkat çekici düzenlemelerin başında kanımızca vasıflandırmaya ilişkin açık bir hükme yer verilmesi gelmektedir. Tasarının m. 6/1 hükmü, bağlama kurallarının vasıflandırmasının Fransız hukukuna göre yapılacağını hükme bağlamıştır. Vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılması yönündeki bu tercih, aralarında Türk hukukunun da bulunduğu pek çok hukuk düzeninde yaygın şekilde kabul gören anlayıştır<sup>42</sup>. Nitekim hâlihazırda Fransız hukukunda uygulanagelen yaklaşım da aynı yöndedir<sup>43</sup>. Bu bakımdan tek başına bu tercihin farklı bir yaklaşım olduğunu söylemek mümkün olmasa da çalışma grubunun karşılaştırmalı hukukta pek de yaygın tercih edilmeyen bir yaklaşımla bu konuyu açık bir düzenlemeye bağlamayı uygun görmesi kanımızca ilginçtir.

Düzenleme ilk fıkrasında Fransız hukukunda zaten uygulanagelen bu anlayışı tekrar etmiş, ancak hüküm bununla yetinmeyerek ikinci fıkrasında Fransız hukukunda düzenlenmeyen konulara ilişkin uyuşmazlıklarla karşılaşıldığında mahkemelerce ne şekilde hareket edilmesi gerektiği konusuna da yer vermiştir. Tasarıda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesinin faydalı olduğu kanaatindeyiz; zira gerçekten de vasıflandırma konusunda *lex fori* yaklaşımının temel eksiği, *lex fori*'ye yabancı bir hukuki kurumla karşılaşıldığında ortaya çıkmaktadır<sup>44</sup>. Tasarının m. 6/2 hükmü tam da bu eksiği gidermek amacıyla düzenlenmiştir. Hükme göre, Fransız hâkiminin karşısına Fransız hukukunda düzenlenmeyen bir konuya ilişkin bir uyuşmazlık geldiğinde, uyuşmazlığın tâbi olduğu hukuk düzeni dikkate alınacaktır. Dolayısıyla, bu hâllerde *lex fori* vasıflandırmanın yetersiz kalması riski, *lex causae* vasıflandırmadan da faydalanılması suretiyle aşılabilecektir.

Dahası, tasarı m. 6/2 hükmünde koyduğu genel kuralın yanı sıra *trust* kurumu özelinde başka bir adım daha atmıştır. Öyle ki tasarının özel hükümleri arasında Anglosakson hukuk sistemine ilişkin bir kurum olan *trust*'a dair özel düzenlemeler yer almaktadır (m. 107-114). Çalışma grubu Fransız maddi hukukunda düzenlenmeyen bu kuruma ilişkin uyuşmazlıklarda ne şekilde hareket edilmesi gerektiği konusunda açık düzenlemelere yer vermiştir<sup>45</sup>. *Trust* kurumunu düzenleyen özel kanunlar ihtilafı kurallarının varlığı sayesinde, Fransız hâkimleri bu konuda bir uyuşmazlıkla karşılaştıklarında *lex fori* vasıflandırmanın yaratabileceği sorunları bertaraf edebileceklerdir<sup>46</sup>. Zira bu kuralların varlığı,

<sup>42</sup> Sibel Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: On İki Levha, 3. Bası, 2024), 93; Cemal Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta, 10. Bası, 2023), 58; Aysel Çelikel - B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta, 17. Bası, 2021), 79-80; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (İstanbul: Vedat, 13. Bası, 2020), 37; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (İstanbul: Beta, 23. Bası, 2021), 100; Vahit Doğan vd., *Milletlerarası Özel Hukuk* (Ankara: Savaş, 10. Bası, 2024), 226.

<sup>43</sup> Audit - D'Avout, *DIP*, 249; Bureau - Muir Watt, *DIP*, 464; Pierre Mayer - Vincent Heuzé, *Droit international privé* (Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 11. Bası, 2014), 128.

<sup>44</sup> Tekinalp, *MÖH*, 37-38; Özel vd., *MÖH*, 95; Çelikel - Erdem, *MÖH*, 80; Doğan vd., *MÖH*, 226; Bureau - Muir Watt, *DIP*, 460.

<sup>45</sup> Fransız mahkemelerinde *trust* kurumuna ilişkin uyuşmazlıklarla belirli aralıklarla karşılaşılabilmesi bakımından konunun Fransız hukuku bakımından önemli olduğu yönünde bkz. Marie Goré, “Rules on Trust in the French Draft Code of Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, Cilt: 24 (Beltz: Otto Schmidt, 2022-2023), 264.

<sup>46</sup> Bunun isabetli bir yaklaşım olduğu yönünde bkz. Leible - Wilke, “Projet de Code de DIP”, 510.

*trust*'ların yapısını tam olarak yansıtmayan Kıta Avrupası kategorileri kapsamına sokulmak zorunda kalmamalarını ve fonksiyonlarına uygun şekilde vasıflandırılmalarını temin edecektir<sup>47</sup>.

## 2. Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması

Tasarının birinci kitabının kanımızca dikkat çekici bir diğer noktası, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına ilişkin m. 9 hükmüdür. Hükmün ilk fıkrasına göre, kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukukun uygulanması hâkim bakımından zorunludur. Kanunlar ihtilafı kurallarının tarafların bu yönde bir talebi olmasına bakılmaksızın hâkim tarafından re'sen uygulanması, Türk hukukunun da aralarında bulunduğu Kıta Avrupası hukuk sistemindeki devletlerin çoğunda tercih edilen bir anlayış olmakla beraber, Fransız hukuku açısından bir değişiklik arz etmektedir. Zira Fransız hukukunda hâlihazırda uygulanan sistemde kanunlar ihtilafı kurallarının ne şekilde uygulanacağına uyumsuzluğun niteliğine göre karar verilmektedir. Eğer dava konusu uyumsuzluk, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilecek bir hakka (*droit disponible*) ilişkinse kanunlar ihtilafı kuralları kural olarak ancak tarafların bu yönde bir talebi varsa uygulanmakta<sup>48</sup>; uyumsuzluk konusunun üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen bir hakka (*droit indisponible*) ilişkin olduğu hâllerde ise tarafların talebi olup olmadığına bakılmaksızın hâkimce re'sen uygulanmaktadır<sup>49</sup>. Dolayısıyla tasarıda yer alan düzenleme kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında karma sistemden re'sen uygulama sistemine geçişin öngörüldüğü anlamına gelmektedir<sup>50</sup>.

Bu değişikime açıklayıcı raporda da özel olarak yer ayrılmış ve uyumsuzluk türüne göre ayırım yapılmasına dayanan eski sisteme kanunda yer verilmesinin uygun görülmediği belirtilmiştir. Rapora göre eski sistem uygulamada soru işaretleri yarattığından, kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanması yönündeki çözümün hukuki belirlilik açısından daha uygun olacağı sonucuna varılmıştır<sup>51</sup>. Gerçekten de raporda ifade edildiği üzere, mevcut sistemin temelini oluşturan üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen ve edilemeyen haklar arasındaki ayrımı yapmanın uygulamada zorluklar yaratabildiği dile getirilmekteydi. Doktrinde bu durumun bir yandan yargı kararlarının konuya dair yaklaşımının sıkça değişebilmesinden, bir yandan ise hukuk anlayışındaki değişikliklerin bu iki kavram arasındaki sınırı çizmeyi zorlaştırmasından kaynaklandığı savunulmaktaydı<sup>52</sup>.

Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama sıklığını artıracak bu değişikliğin hâkimlerin iş yükünü artıracak tahmin etmek zor değildir<sup>53</sup>. Çalışma grubunun üyeleri arasında yer alan

<sup>47</sup> Goré, "Trust", 265. Nitekim Türk hukukunda da *trust*'lar bakımından *lex causae* vasıflandırma yöntemine başvurulabileceği doktrinde savunulmuştur, bkz. Özel vd., *MÖH*, 95.

<sup>48</sup> Kural bu yönde olmakla beraber, hâkimlerin gerekli gördükleri hâllerde takdir yetkisini kullanarak kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygulamaları da mümkündür, bkz. Mayer - Heuzé, *DIP*, 123; Bureau - Muir Watt, *DIP*, 441; Özel vd., *MÖH*, 152; Sabine Corneloup, "France - The Evolving Balance Between the Judge and the Parties in France", *Treatment of Foreign Law - Dynamics towards Convergence*, ed. Yuko Nishitani (Springer, 2017), 162; Yuko Nishitani, "Treatment of Foreign Law: Dynamics Towards Convergence? - General Report", *Treatment of Foreign Law - Dynamics towards Convergence*, ed. Yuko Nishitani (Springer, 2017), 13; Can Yöney, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (İstanbul: On İki Levha, 2018), 32; Nur Bolayır, *Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 184-185.

<sup>49</sup> Bureau - Muir Watt, *DIP*, 436; Audit & D'Avout, *DIP*, 299-300; Corneloup, "France", 159; Nishitani, "General Report", 13; Mayer - Heuzé, *DIP*, 121; Bolayır, *Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması*, 181-184; Özel vd., *MÖH*, 152; Yöney, *Yabancı Hukuk*, 31-33; Swiss Institute of Comparative Law, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4, Synthesis Report with Recommendations, Avis 09-184 (Lozan, 2011), 16-17; Rainer Hausmann, "Pleading and Proof of Foreign Law - a Comparative Analysis", *The European Legal Forum* 1 (Ocak-Şubat 2008), 4-5; Mustafa Erkan - Can Yöney, "MÖHUK: Hayatta mı, Can mı Çekişiyor?", *MÖHUK'ta Reform*, ed. Sibel Özel vd. (İstanbul: On İki Levha, 2023) 53-54.

<sup>50</sup> Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına ilişkin farklı sistemler hakkında bkz. Nishitani, "General Report", 12-15; Swiss Institute of Comparative Law, *Application of Foreign Law*, 15-16; Yöney, *Yabancı Hukuk*, 24-36; Özel vd., *MÖH*, 150-153.

<sup>51</sup> Rapor, 25.

<sup>52</sup> Swiss Institute of Comparative Law, *Application of Foreign Law*, 17; Corneloup, "France", 167-168; Audit - D'Avout, *DIP*, 299-300.

<sup>53</sup> Yabancılık unsuru barındıran ve özellikle de yabancı hukukun uygulandığı uyumsuzlukların mahkemeler üzerindeki iş yükünü tamamen yerel nitelikte uyumsuzluklara nazaran çok daha fazla arttırdığı yönünde bkz. Mustafa Erkan, "Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken", *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*, ed. Bilgin Tiryakioğlu vd. (Ankara: Yetkin, 2016) 550.



*Foussard/Niboyet/Nourissat*, kanun tasarısının kamuoyuyla paylaşılması sonrası kaleme aldıkları çalışmalarında bu durumun farkında olduklarını, ancak bu durumun kanunlar ihtilafı hukukunun verimliliğini sağlamak açısından ödenmesi gereken bir bedel olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir<sup>54</sup>. O hâlde çalışma grubunun usul ekonomisi ile milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin çatıştığı bu örnekte tercihini milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine üstünlük tanımak yönünde kullandığı anlaşılmaktadır. Hâkimin iş yükü ile yargılama maliyetini artırmak ve yargılama süresini uzatmak pahasına tercih edilen bu çözümün, uygulanacak hukukun tespitinde öngörülebilirlik sağlamak adına faydalı olduğu kanaatindeyiz.

Öte yandan, 9. maddenin ilk fıkrasının öngördüğü bu sistem değişikliğine karşın, maddenin tamamının yenilik getirmediği görülmektedir. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları, tarafların aralarındaki uyuşmazlığa kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmaması ve uyuşmazlığın yerel nitelikte bir uyuşmazlığa dönüştürülmesi yönünde anlaşabilmelerine imkân tanıyan usul anlaşmalarını (*accord procédural*) düzenlemekte ve bu tür anlaşmaların yapılmasına imkân tanıyan mevcut anlayışın devamı yönünde bir tercihte bulunmaktadır<sup>55</sup>. Öyle ki ikinci fıkra uyarınca, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hakları ilgilendiren uyuşmazlıklarda tarafların usul anlaşması akdederek uyuşmazlıklarını Fransız hukukuna tâbi kılmaları mümkündür. Hüküm, bu yöndeki anlaşmaların taşınması gereken şartları da özel olarak düzenlemekte ve bunların tarafların bu yöndeki açık iradeleri sonucu kurulabileceği gibi, uyumlu ve şüpheye mahal vermeyecek yazılı beyanlarının sonucu da kurulabileceğini ifade etmektedir (m. 9/2). Hükümde yer alan ve ilk bakışta ne anlama geldiği çok açık olmayan “uyumlu ve şüpheye mahal vermeyecek yazılı beyan” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, açıklayıcı raporda özel olarak açıklanmıştır. Rapora göre burada kastedilen husus, tarafların dilekçelerinde iddia ve savunmalarını Fransız hukukuna dayandırmalarının zımnen usul anlaşması akdedildiği şeklinde yorumlanması yönündeki mevcut uygulamadır<sup>56</sup>. Bu çerçevede, tarafların uyuşmazlığın yabancılik unsuru barındırdığının ve uyuşmazlığa yabancı bir hukukun uygulanabileceğinin bilincinde olmalarına karşın iddia ve savunmalarını kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği yabancı hukuka değil Fransız hukukuna dayandırmaları, mevcut sistemde olduğu gibi, tasarı uyarınca da geçerli bir usul anlaşması olarak yorumlanacaktır<sup>57</sup>.

Yine usul anlaşmalarına ilişkin olan üçüncü fıkra hükmü ise konuyu boşanma davaları özelinde ele almakta ve istisnai bir düzenleme sevk etmektedir. Hükme göre, boşanma davalarında tarafların Fransız hukukunun uygulanabilmesi amacıyla usul anlaşması akdedebilmesi için bu anlaşmanın açık bir şekilde yapılması gerekmektedir (m. 9/3). Dolayısıyla, tarafların dilekçelerinde iddia ve savunmalarını Fransız hukukuna dayandırmaları boşanma davaları özelinde zımnen usul anlaşması akdedildiği şeklinde yorumlanamayacaktır. Açıklayıcı rapora göre, salt boşanma davalarına özel bir düzenleme sevk edilmesinin sebebi, Roma III Tüzüğü'nün 7. maddesine uyma arzusudur<sup>58</sup>. Roma III Tüzüğü'nün bahsi geçen 7. maddesi, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun taraflarca hukuk seçimi yoluyla belirlenmesi hâlinde, bu anlaşmanın taşınması gereken şekil şartlarını düzenlemektedir. Hükme göre, söz konusu hukuk seçimi anlaşmasının yazılı şekilde yapılması, tarihinin belirtilmiş olması ve eşler

<sup>54</sup> Foussard vd., “Projet de Code de DIP”, 492.

<sup>55</sup> Fransız hukukunda uygulanagelen bu imkân, temel olarak uyuşmazlıktaki yabancılik unsurundan taraflarca feragat edilmesi ve uyuşmazlığın yerel nitelikte bir uyuşmazlığa dönüşmesi anlamına gelmektedir. Bu sözleşme sayesinde üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen hakları konu alan uyuşmazlıklar bakımından hâkimlerin uygun gördüklerinde kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama imkânları ortadan kalkmakta ve doğrudan *lex fori* olan Fransız maddi hukukunun uygulanması sağlanmaktadır (Swiss Institute of Comparative Law, *Application of Foreign Law*, 20; Bureau - Muir Watt, *DIP*, 441; Corneloup, “France”, 165-166; Nishitani, “General Report”, 14; Özel vd., *MÖH*, 153; Erkan - Yöney, “MÖHUK”, 68; Yöney, *Yabancı Hukuk*, 34).

Bu tür sözleşmelere Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, İsveç, Macaristan ve Tunus hukuklarında da yer verilmiştir, bkz. Nishitani, “General Report”, 14; Swiss Institute of Comparative Law, *Application of Foreign Law*, 19-20; Özel vd., *MÖH*, 153; Erkan - Yöney, “MÖHUK”, 68; Yöney, *Yabancı Hukuk*, 34.

<sup>56</sup> Rapor, 25.

<sup>57</sup> Rapor, 25-26.

<sup>58</sup> Rapor, 25.

tarafından imzalanması gerekmektedir. Ayrıca, kalıcı bir kayıt alınmasına imkân tanıyacak şekilde elektronik iletişim araçları kanalıyla yapılan anlaşmalar da yazılılık şartını sağlayacaktır. Söz konusu düzenlemeyle üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir bir mesele olmayan boşanma davaları bakımından da daha ağır şartlara tâbi tutulmakla beraber usul anlaşması akdedebileceği anlaşılmaktadır. Bu durum, tarafların ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hâllerde usul anlaşması akdetmelerine imkân tanıyan mevcut uygulamanın terk edildiği anlamına gelmektedir. Tasarının kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması bakımından uyuşmazlık konusu hakkın üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir olup olmadığı yönündeki ayırmadan vazgeçmesi karşısında, usul anlaşmaları bakımından da bu ayırmadan vazgeçilmesi kanımızca tutarlı bir yaklaşımdır.

Maddenin dördüncü fıkrasında ise zımnen usul anlaşması akdetme imkânını kısıtlama işlevi görecektir bir hüküm sevk edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, şayet bir uyuşmazlıkta davanın tarafları uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir beyanda bulunmamışlarsa, hâkimin bu konuya tarafların dikkatini çekmesi ve gerekirse re'sen ilgili kanunlar ihtilafı kuralını uygulaması gerekmektedir (m 9/4). Dolayısıyla, taraflar dilekçelerinde iddia ve savunmalarını Fransız hukukuna dayandırmış olsalar dahi, tarafların somut olayda uygulama alanı bulan kanunlar ihtilafı kuralının işaret ettiği hukuk yerine Fransız hukukunun uygulanmasını gerçekten isteyip istemediği konusunda hâkimde bir şüphe oluşması durumunda, hâkimin konuyu re'sen gündeme getirmesi gerekecektir<sup>59</sup>. Bu durumda hâkimin tarafların bu konuya dikkatlerini çekerek somut olayda uygulama alanı bulacak kanunlar ihtilafı kuralları gereği yabancı bir hukukun uygulanabileceğini belirtmesi ve şayet taraflar arasında kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmaması yönünde bir uzlaşma olmadığı sonucuna varırsa da ilgili kanunlar ihtilafı kuralı ve işaret ettiği yabancı hukuku re'sen uygulaması gerekecektir. Hâkimin bu konuda üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmeyerek kanunlar ihtilafı kuralını uygulamaması durumunda vereceği kararın üst yargı mercilerince bozulacağı da açıklayıcı raporda açık bir şekilde belirtilmiştir<sup>60</sup>. O hâlde, çalışma grubunun usul anlaşmalarına dair belirlilik sağlamayı amaçladığını yansıtan bu düzenleme uyarınca, hâkimlerin tarafların kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmaması yönünde bir iradeleri bulunduğundan emin olmadıkça ortada bu yönde bir anlaşma olduğu sonucuna varmamaları gerekmektedir. Kanımızca bu da yerinde bir tercihtir. Uygulamada yabancı hukukun uygulanmasının yarattığı zorlukları en azından teorik düzlemde aşabilmek için usul anlaşmalarının faydalı bir yöntem teşkil edebileceği ve bu bakımdan Türk hukukunda da bu tür anlaşmaların yapılmasına imkân tanınmasının isabetli olabileceği kanaatindeyiz<sup>61</sup>. Ancak bu imkânın tanınması durumunda tıpkı tasarıda öngörüldüğü şekilde bir denetim mekanizmasının da öngörülmesi gerektiği ve ancak bu sayede bu anlaşmalarla hedeflenen amaca ulaşılabileceği kanaatindeyiz.

### 3. Yabancı hukukun içeriğinin tespiti

Tasarının 1. kitabında yer alan düzenlemeler arasında yer alan dikkat çekici noktalardan bir diğeri de yabancı hukukun içeriğinin tespitine ilişkin 14. madde hükmüdür. Hükmün ilk fıkrası, konuya ilişkin genel kuralı ortaya koymuş ve yabancı hukukun somut olayda uygulanacak ilgili hükümlerinin araştırılması konusunda esas sorumluluğu hâkime yüklemiştir<sup>62</sup>. Tasarının bu açıdan herhangi bir yenilik öngörmediği görülmektedir. Zira zaten mevcut sistemde de kanunlar ihtilafı kurallarının gerek hâkim tarafından re'sen uygulandığı gerekse de tarafların talebi üzerine uygulandığı hâllerde yabancı hukukun içeriğini tespit konusunda esas sorumluluk yine hâkimin üzerindedir<sup>63</sup>.

Bununla beraber, yabancı hukukun içeriğinin araştırılması faaliyetinde tarafların rolüne de tasarıda yer verilerek, tarafların bu konuda hâkime yardımcı olacağı belirtilmiştir. Açıklayıcı raporda kanunlar

<sup>59</sup> Rapor, 25-26.

<sup>60</sup> Rapor, 26.

<sup>61</sup> Aynı yönde bkz. Erkan - Yöney, "MÖHUK", 68-69.

<sup>62</sup> Gilles Cuniberti, "Foreign Law under the French Draft PIL Code", *EAPIL Blog* (Erişim 13 Eylül 2024), para. 10.

<sup>63</sup> Corneloup, "France", 171; Hausmann, "Foreign Law", 10; Yöney, *Yabancı Hukuk*, 94-95.

ihtilafı kurallarının re'sen uygulanmasının doğuracağı iş yükünün tamamen hâkime yüklenmesinin ne makul ne de gerçekçi olacağı, bu nedenle de tarafların yardım ödevine kanunda açıkça yer verilmesi suretiyle taraflara daha aktif bir rol verilmesinin gerekli görüldüğü belirtilmiştir<sup>64</sup>. Açıklayıcı rapordaki bu ifadeye karşın bu düzenlemenin de mevcut sisteme nazaran bir yenilik teşkil ettiğini söylemek kanımızca mümkün görünmemektedir; zira hâlihazırda da tarafların hâkime aktif bir şekilde yardımda bulunmaları beklenmektedir<sup>65</sup>. Öyle ki, yabancı hukukların içeriğinin araştırılması konusunda en yaygın yöntem, “*certificat de coutume*” adı verilen ve ilgili yabancı hukuka dair uzmanlığı olan kişilerin görüşlerine yer verilen yazılı taraf delillerine başvurmadır<sup>66</sup>. Bununla beraber, bu düzenlemenin yabancı hukukun içeriğinin tespiti faaliyeti bakımından hâkim ile tarafların sorumluluklarını kanuni düzlemde dengelemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır<sup>67</sup>. Zira tasarıda kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında re'sen uygulama sistemine geçişin öngörülmesi karşısında, tarafların yabancı hukukun tespiti bakımından herhangi bir sorumlulukları olmayacağı yönünde bir intiba oluşmamasının hedeflendiği ve yine taraflardan hâkimlere yardımcı olmalarının beklendiği ortaya konmuş olmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrası ise yabancı hukukun içeriğinin araştırılmasında hâkimlerin geniş bir takdir yetkisi olduğunu somutlaştıran bir düzenlemedir. Yabancı hukukun içeriğinin her türlü yöntemle ortaya konabileceğini hükme bağlayan düzenleme, ayrıca sınırlı sayıda olmamak üzere bu yöntemlere birkaç örnek de vermiştir. Hükme göre, taraflarca ibraz edilen uzman görüşleri ve mahkeme tarafından atanacak bilirkişilerin görüşlerine başvurulabilecektir. Hüküm, taraflarca getirilen uzman görüşü ile mahkeme tarafından atanan bilirkişinin görüşüne atfedilecek ağırlık bakımından da herhangi bir fark gözetmemiştir<sup>68</sup>. Bu durum karşısında, az önce bahsetmiş olduğumuz “*certificat de coutume*” adı verilen uzman görüşlerine tasarının kanunlaşması hâlinde de sıklıkla başvurulmaya devam edeceğini öngörmek kanımızca hatalı bir beklenti olmayacaktır<sup>69</sup>. Hüküm, ayrıca mahkeme tarafından bilirkişi atanacağı hâlleri de özel olarak ele almış ve görüşlerine başvurulacak kuruluşların Fransa merkezli olabileceği gibi yabancı uzman kuruluşlar da olabileceğini düzenlemiştir. Bu durumda örneğin Alman mahkemelerince sıklıkla başvuru alan Almanya merkezli Max Planck Enstitülerine<sup>70</sup> Fransız mahkemelerince de başvurulması önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Tasarının kanunlaşması durumunda mahkemelerce bu imkâna hangi sıklıkla başvurulacağını tahmin etmek kolay olmasa da doğrudan kanunda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesinin faydalı olduğu kanaatindeyiz<sup>71</sup>. Zira kanımızca böyle bir düzenleme hâkimlerin yabancı hukukun içeriğinin tespiti için başvurabilecekleri yöntemlerin ne kadar geniş olduğunu daha net görmelerini sağlayabileceği gibi, yabancı hukukun içeriğinin tespit edilemediği sonucuna kolayca varmalarını da bir ölçüde engelleyebilecektir. Bu açıdan söz konusu düzenlemenin Türk hukuku açısından da iyi bir örnek teşkil ettiğini düşünüyoruz. Nitekim Türk hukukunda da hâkimlerce bu yola başvurulması önünde medeni usul hukuku kaynaklı bir engel yer almadığı kanaatindeyiz. Bununla beraber, medeni usul hukuku

<sup>64</sup> Rapor, 26.

<sup>65</sup> Düzenleme Türk hukukundaki düzenlemeye de paraleldir, bkz. MÖHUK m. 2/1: “*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.*”

<sup>66</sup> Audit - D'Avout, *DIP*, 307; Bureau - Muir Watt, *DIP*, 527; Corneloup, “France”, 171; Hausmann, “Foreign Law”, 11; Mayer - Heuzé, *DIP*, 145; Nishitani, “General Report”, 23; Yöney, *Yabancı Hukuk*, 95; Ergin Nomer, *Davada Yabancı Kanun* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972), 95.

<sup>67</sup> Rapor, 26.

<sup>68</sup> Cuniberti, “Foreign Law”, para. 15.

<sup>69</sup> Benzer yönde bkz. Cuniberti, “Foreign Law”, para. 11.

<sup>70</sup> Max Planck Enstitüleri, Alman fizikçi Max Planck'ın adıyla anılan, Almanya merkezli bağımsız bir araştırma kuruluşudur. Bünyesinde, aralarında hukukun farklı dallarına ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, seksenden fazla sayıda araştırma enstitüsü bulunmaktadır. Enstitüler hakkında genel bilgi için bkz. <https://www.mpg.de/institutes> (Erişim 8 Eylül 2024).

<sup>71</sup> Yabancı akademik kurumlara başvurulabilmesi imkânını olumlu karşılayan ve umut verici bulan görüş için bkz. Cuniberti, “Foreign Law”, para. 16-17.

uygulamamızda bilirkişilere ödenen ücretler düşünüldüğünde, ekonomik zorluklar maalesef bu konuda doğal bir engel oluşturmaktadır<sup>72</sup>.

İkinci fıkra hükmüne benzer şekilde üçüncü fıkra hükmü de yenilik getirmekten ziyade açıklayıcı nitelikte bir düzenlemedir ve hâkimlerin sahip olduğu bir diğer imkânı ortaya koymaktadır. Bu hüküm uyarınca, yabancı hukukun içeriğinin tespitinde adli yardımlaşmadan da faydalanılabilecektir. Hüküm hem uluslararası düzlemde öngörülen hem de AB nezdinde öngörülen adli yardım mekanizmalarına atıf yapmaktadır (m. 14/3). Bu çerçevede, m. 14'ün ilk üç fıkrasının Fransız hukukundaki mevcut anlayışa nazaran yenilik arz etmeyen, ancak yabancı hukukun içeriği konusunda hâkimlerin sahip olduğu imkânları örnek yoluyla sayması bakımından Türk hukukundan farklılaşan hükümler olduğu söylenebilecektir.

Maddenin Fransız hukukundaki mevcut sisteme nazaran farklılık arz eden noktası ise dördüncü fıkrasıdır. Söz konusu düzenleme, yabancı hukukun içeriğinin tespitinde taraf delillerine başvurulabileceği yönündeki ikinci fıkra düzenlemesine bir eklemeye bulunmakta ve bu delillerin değerlendirilmesi bakımından bir yenilik öngörmektedir. Tasarıdaki hükme göre, hâkim gerekli görürse taraflarca ibraz edilen yazılı delillerde görüşlerine başvuru uzmanların dinlenmesi ve sorgulanabilmesi mümkündür<sup>73</sup>. Fransız hukukunda hâlihazırda uygulanagelen sistemde bilirkişilerin mahkemede dinlenmesi ve sorgu yahut çapraz sorguya tâbi tutulması gibi bir uygulama bulunmadığından<sup>74</sup>, söz konusu düzenleme Fransız usul hukuku açısından bir değişiklik teşkil etmektedir. Bu yönde bir değişiklik öngörülmesi, "*certificat de coutume*" adı verilen taraf delillerine ilişkin uygulamada çeşitli sorunlar yaşanmasından kaynaklansa gerektir. Nitekim bu delillere sıklıkla başvurulmasına karşın bu durumun özellikle de görüş bildiren kişilerin tarafsızlığına ilişkin çeşitli soru işaretlerini beraberinde getirdiği doktrinde ifade edilmiştir<sup>75</sup>. Zira taraflarca ücreti mukabilinde temin edilen taraf delili niteliğindeki bu belgeler, çoğunlukla taraflarca kendi pozisyonlarını desteklemek amacıyla kullanılmakta ve bu durumun doğal bir sonucu olarak da her iki tarafça sunulan belgelerdeki bilgiler birbiriyle çelişebilmektedir<sup>76</sup>. Doktrinde bu çelişkiyi giderebilmek için hâkimlerin görüşlerine başvuru kişileri duruşmaya çağırması, kendilerine sorular sorması ve çapraz sorguya davet etmesi yönteminin faydalı olacağı savunulsa da Fransız usul hukukunda böyle bir uygulama yer almadığından sorun bu yöntemle de çözülememekteydi<sup>77</sup>. İşte, tasarıda yer alan düzenleme tam da bu sorunu çözmeyi hedeflemekte ve doktrinin bu yöndeki çağrılarını karşılık vermektedir. Bu değişikliği yerinde görmekte ve Türk hukukunda da medeni usul hukukumuzun imkân tanıdığı bu yöntemle yabancı hukukun içeriğinin tespiti faaliyeti esnasında başvurulabileceğini düşünmekteyiz<sup>78</sup>.

Maddenin son fıkrası ise yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi ihtimaline ilişkindir. Düzenlemede yabancı hukukun içeriğinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde *lex fori* olan Fransız hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür (m. 14/5). Bu düzenleme, günümüzde karşılaştırmalı hukukta yaygın şekilde kabul gören anlayışın tasarıda da kabul gördüğü anlamına

<sup>72</sup> Bu yönde bkz. Erkan, "Yabancı Hukuk", 549; Erkan - Yöney, "MÖHUK", 63.

<sup>73</sup> Esasen ikinci fıkra hükmünün Fransızca orijinal metninde hâkimin bir "*confrontation*" düzenleyeceğinden bahsedilmektedir. İlk bakışta ne anlama geldiği çok açık olmayan bu kelimenin, ifade ettiğimiz üzere görüşlerine başvuru uzmanların taraflar ve/veya hâkimce sorguya tâbi tutulabilmesi şeklinde yorumlanması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir (Cuniberti, "Foreign Law", para. 13).

<sup>74</sup> Cuniberti, "Foreign Law", para. 12; Corneloup, "France", 171; Mayer - Heuzé, *DIP*, 145; Nishitani, "General Report", 24.

<sup>75</sup> Audit - D'Avout, *DIP*, 307; Bureau - Muir Watt, *DIP*, 527; Corneloup, "France", 171; Mayer - Heuzé, *DIP*, 145; Nishitani, "General Report", 23-24; Nomer, *Yabancı Kanun*, 101.

<sup>76</sup> Audit - D'Avout, *DIP*, 307; Mayer - Heuzé, *DIP*, 145; Yöney, *Yabancı Hukuk*, 96.

<sup>77</sup> Corneloup, "France", 171; Mayer - Heuzé, *DIP*, 145; Nishitani, "General Report", 24; Yöney, *Yabancı Hukuk*, 96 dn. 109.

<sup>78</sup> Aynı yönde bkz. Erkan, "Yabancı Hukuk", 552; Erkan - Yöney, "MÖHUK", 72-73.

gelmektedir. Nitekim Fransız hukukundaki mevcut anlayış<sup>79</sup> da Türk hukukunda MÖHUK m. 2/2 hükmünde öngörülen çözüm<sup>80</sup> de aynı yöndedir.

Son olarak, nüfus kütüğü nezdinde yabancı hukukun içeriğinin araştırılması konusunu düzenleyen 10. madde hükmüne de değinmekte fayda bulunmaktadır. Mahkemeler nezdinde yapılacak incelemeyi ayrıntılı bir biçimde düzenleyen 14. madde hükmünden bağımsız şekilde düzenlenen bu hüküm, nüfus memurlarınca kural olarak Fransız maddi hukukunun uygulanacağını belirtmekte; yabancı bir hukukun uygulanmasının ise ancak bu durumu ileri süren tarafın ilgili yabancı hukukun içeriğini ispatlaması durumunda söz konusu olacağını düzenlemektedir (m. 10). Görülebileceği üzere, Fransız yargı makamları nezdinde yabancı hukukun içeriğinin araştırılması konusunda esas sorumluluk hâkime yüklenmiş ve taraflara yalnızca hâkime yardım yükümlülüğü yüklenmesine karşın, ilgili merci bir yargı merci olmadığı durumda bu anlayıştan ayrılmış ve yabancı bir hukuk uygulanması gerektiğini ileri süren tarafa bu hukukun içeriğini ortaya koyma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda ise Fransız maddi hukuku uygulama alanı bulacaktır. Açıklayıcı raporda söz konusu m. 10 hükmüne neden ihtiyaç duyulduğuna dair herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Kanaatimizce yabancı hukukun içeriğini tespit faaliyetinin idari makamlar için yaratacağı zorluklar nedeniyle böyle bir hüküm getirilmiş olmalıdır. Öte yandan, tek gerekçenin bu husus olamayacağı ve hükmün sevk edilme amaçları arasında yaratacağı maddi sonucun da bulunduğu kanaatindeyiz. Zira bu hüküm uyarınca en az biri yabancı olan bir çift Fransa'da evlenmek istediği durumda, Fransız makamları, tarafların aksi yönde bir talebi olmadıkça, yalnızca Fransız maddi hukukundaki evlenme şartlarını araştırarak ve bu şartlara bir aykırılık olmadığı hâllerde de çifti evlendirecektir. Bu durumda kendi milli hukukuna göre evlenmesi mümkün olmayan kişilerin Fransız hukukuna uygun olması şartıyla evlenmelerinin mümkün olduğu sonucuna varılacaktır. Böyle bir hükmün özellikle de eşcinsel evlilikler bakımından önem taşıdığı kanaatindeyiz<sup>81</sup>. Zira benzer bir anlayışı kabul eden Hollanda hukukunda<sup>82</sup> tescilli hayat ortaklığı, İsveç hukukunda<sup>83</sup> ise evlenme ehliyeti bakımından tarafların bu ülkelerle bağlantıları olmasa bile *lex fori* uygulanmakta ve bu sayede eşcinsel evliliği kabul etmeyen devlet vatandaşlarının bu ülkelerde evlenebilmeleri mümkün olmaktadır<sup>84</sup>. Fransız tasarısındaki düzenlemenin idare açısından yaratacağı kolaylığın yanında, söz konusu liberal anlayışın da bir yansıması olduğunu ve eşcinsel evliliklere izin vermeyen hukuk düzenlerindeki kuralların taraflar ileri sürmedikçe bir evlenme engeli olarak görülmemesini sağlamak amacını da taşıdığını tahmin etmekteyiz.

#### 4. Atıf

Tasarının birinci kitabında düzenlenen ve değinmekte yarar gördüğümüz kanunlar ihtilafına ilişkin son kurum, atıf (*renvoi*) teorisidir. Atıf, kanunlar ihtilafı kurallarının ne şekilde uygulanacağını ele alan 9. maddede düzenlenmemiş ve doğrudan bağımsız bir maddede ele alınmıştır. Tasarının 8. maddesi, atıf kurumunun kabulü yönünde bir düzenlemeye yer vermiştir<sup>85</sup>. Hükmün ilk cümlesine göre, kanunun özel hükümlerinde aksi yönde bir düzenlemeye yer verilmediği müddetçe, kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği yabancı hukuk içerdiği kanunlar ihtilafı kurallarını da içerecek şekilde uygulanacaktır.

<sup>79</sup> Bureau - Muir Watt, *DIP*, 526; Corneloup, "France", 173; Mayer - Heuzé, *DIP*, 151; Audit - D'Avout, *DIP*, 309.

<sup>80</sup> MÖHUK m. 2/2: "Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır."

<sup>81</sup> 19 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik sonrası Fransız Medeni Kanunu eşcinsel evliliklere izin vermektedir. Bu Kanunun 143. maddesine göre evlilik, farklı cinsiyetlerden iki kişi arasında yapılabileceği gibi, aynı cinsiyetten iki kişi arasında da yapılabilir.

<sup>82</sup> Hollanda Medeni Kanunu m. 10:60.

<sup>83</sup> İsveç Evlilik ve Vesayete İlişkin Bazı Uluslararası Hukuki İlişkiler Hakkında Kanun m. 1, 2.

<sup>84</sup> Sibel Özel, "Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun *Lex Fori* Esasına Göre Belirlenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 28/2 (Aralık 2022), 973.

<sup>85</sup> Bu tercihin AB hukuku düzenlemelerindeki güncel yaklaşım gözetildiğinde modası geçmiş bir anlayışı yansıttığı yönünde bkz. Leible - Wilke, "Projet de Code de DIP", 509. Nitekim açıklayıcı raporda da karşılaştırmalı hukukta ve başta Lahey Sözleşmeleri olmak üzere milletlerarası sözleşmelerde güncel gelişmelerin atfın kabul edilmemesi yönünde gerekçeler oluşturduğu ifade edilmiştir (Rapor, 18).

Açıklayıcı raporda atfın neden kabul edildiği konusunda açıklamalarda bulunulmuştur. Çalışma grubu, bu tercihi ikiye sebep göstermiştir<sup>86</sup>. Bunlardan ilki, Fransız Yargıtayının yakın tarihli içtihatlarında da atfın kabul görmeye devam etmesidir. Gerçekten de Fransız hukukunda meşhur *Forgo* kararından<sup>87</sup> bu yana atfın teorisi uygulanmaya devam etmektedir<sup>88</sup>. Bu bakımdan, çalışma grubunun atfın kurumu özelinde yerleşik içtihatlardan ayrılmamayı tercih ettiği anlaşılmaktadır. Gösterilen ikinci sebep ise atfın kurumu sayesinde hâkim açısından uygulanması daha kolay bir hukukun uygulanması imkânının gündeme gelebilecek olmasıdır. Raporda bu gerekçeye yeknesak AB hukukundan bir örnek de verilmiştir. Buna göre, AB Miras Tüzüğü m. 34/1(a) hükmünde uygulanması gereken üçüncü devlet hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının bir AB üyesi devlet hukukuna işaret etmesi durumunda atfın uygulanmasının öngörülmesi, aynı düşüncenin AB hukukundaki görünümüdür<sup>89</sup>.

Öte yandan, hükmün ilk cümlesi atfı kabul etmekle beraber, ikinci cümlesi atfın uygulama alanını önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Düzenleme uyarınca Fransız makamlarının yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama yükümlülüğü, ancak tarafların bu yönde bir talebi olması durumunda söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulandığı sisteme geçiş öngören kanun tasarısı, atfın konusunda bu anlayıştan ayrılmış ve Fransız kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı bir hukuka işaret etmesi durumunda hâkimin kural olarak ilgili hukukun maddi hukuk düzenlemelerini uygulayacağını, bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması içinse tarafların bu yönde bir talebi bulunması gerektiğini düzenlemiştir. Açıklayıcı raporda bu tercihe de değinilmiş ve atfın uygulanması hâkim açısından her zaman kolay olmadığından hâkimlerin bu konudaki yükünü azaltmak amacıyla bu yönde bir çözümün kabul edildiği belirtilmiştir<sup>90</sup>.

Çalışma grubunun bu tercihi doktrinde eleştirilmiştir<sup>91</sup>. Bu görüşe göre, bu tercih iki açıdan sorunludur. İlk olarak, atfın uygulanmasının tarafların talebine bağlanması hukuki belirliliğe hizmet etmeyecektir. Zira bu durumda dava açılmadan önceki aşamada taraflardan birince atfa başvurulması yönünde bir talep gelip gelmeyeceği bilinmediğinden, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun kesin olarak tespiti mümkün olmayacaktır. İkinci olarak ise bu tercih açıklayıcı raporda iddia edildiğinin aksine hâkimler açısından kolaylık değil aksine zorluk yaratacaktır. Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının Fransız hukukuna iade atfı yaptığı hâllerde, tarafların bu yönde bir talepte bulunmaması durumunda yabancı hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bu durum da hâkim açısından kolaylık değil, aksine Fransız hukuku yerine yabancı bir hukuku uygulanması sonucunu yaratacak bir zorluk teşkil edecektir<sup>92</sup>. Doktrinde dile getirilen bu eleştiriye biz de kısmen hak vermekteyiz. Gerçekten de davacının atfın kurumunun uygulanmasını istemediği ve dava dilekçesinde buna başvurmadığı, ancak davalının cevap dilekçesinde atfın uygulanmasını talep ettiği durumda, davacının ilk dilekçesinde iddialarını dayandırdığı hukuk artık uygulanmayacağından davacının taleplerini farklı bir hukuka göre baştan revize etmesi gerekecektir. Bu durumun hukuki belirliliğe hizmet edeceğini söylemek mümkün görünmemektedir. Bununla beraber, söz konusu düzenlemenin yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının Fransız hukukuna iade atfı yaptığı hâllerde hâkime kolaylık yerine zorluk yaratacağı düşüncesine ise katılmamaktayız. Zira uygulamada iade atfı sonucu *lex fori* Fransız hukukunun

<sup>86</sup> Rapor, 18.

<sup>87</sup> Kararın özeti için bkz. Süheyla Balkar Bozkurt, "Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atf (Renvoi) Teorisi, Uygulanması ve Değerlendirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2*: Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, C. 2 (Temmuz 2014), 800-801.

<sup>88</sup> Audit - D'Avout, *DIP*, 259; Bureau - Muir Watt, *DIP*, 586; Mayer - Heuzé, *DIP*, 163; Balkar Bozkurt, "Atf", 802.

Öte yandan, Fransız Yargıtayı içtihatları incelendiğinde, bazı hâllerde atfın teorisinin uygulama alanı bulmadığı görülmektedir. Örneğin, irade serbestinin hâkim olduğu ve hukuk seçimine imkân tanınan alanlarda tarafların iradelerine üstünlük tanınması arzu edildiğinden atfın uygulanmamaktadır (Audit - D'Avout, *DIP*, 264; Bureau - Muir Watt, *DIP*, 586; Mayer - Heuzé, *DIP*, 168; Balkar Bozkurt, "Atf", 816). Benzer şekilde, alternatifli bağlama kuralları içeren kanunlar ihtilafı kuralları bakımından da varılacak sonucun gözetildiği varsayıldığından atfa başvurulmamaktadır (Mayer - Heuzé, *DIP*, 168; Balkar Bozkurt, "Atf", 816).

<sup>89</sup> Rapor, 18-19.

<sup>90</sup> Rapor, 19.

<sup>91</sup> Leible - Wilke, "Projet de Code de DIP", 509.

<sup>92</sup> Leible - Wilke, "Projet de Code de DIP", 509.

uygulanacağını gören tarafların ve hele de Fransız maddi hukukunun uygulanmasının lehine bir sonuç yaratacağını gören tarafın, atfın uygulanması yönünde bir talepte bulunmaması kanımızca düşük ihtimaldir. Dahası, tasarıda yer alan düzenleme tarafların talebi olmadığında hâkimin atfa başvurmak zorunda olmadığını ortaya koymakta, ancak lafzından anlaşıldığı kadarıyla hâkimin gerekli gördüğü hâllerde atfa başvurusunu engellemektedir. Dolayısıyla, yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının Fransız hukukuna iade atıfta bulunduğunu gören bir hâkimin bu durumda kendisini bekleyen yoğun iş yükünden kurtulmak adına bu iade atfı re'sen dikkate alması kanımızca oldukça yüksek bir ihtimaldir. İkinci gerekçeye yönelik bu itirazımıza karşın bizce de düzenlemenin yarattığı hukuki belirsizlik doktrindeki bu eleştiriyi haklı çıkarmaktadır. Bu bakımdan, kanımızca çalışma grubunca esasen atif teorisine gerçek anlamda bir ihtiyaç olup olmadığının yeniden değerlendirilmesi ve bu teorisinin kabulünün gerçekten her tür uyuşmazlık bakımından kabulünde fayda görülüyorsa, bu durumda bu kararın tam olarak arkasında durulması ve tarafların bu yönde bir talebi olup olmadığına bakılmaksızın hâkimlerce, tıpkı kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanacağını öngören m. 9/1 hükmünde olduğu gibi, yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının da re'sen uygulanacağını kabul edilmesi uygun olacaktır.

Atfa ilişkin m. 8 hükmüne dair ele almak istediğimiz son nokta, düzenlemede atfın nerede kesileceği bakımından herhangi bir düzenleme yer almamasıdır<sup>93</sup>. Türk hukukunda MÖHUK m. 2/3 hükmünde<sup>94</sup> açıkça tek dereceli bir atif sistemi kabul edildiği ortaya konmasına karşın, Fransız tasarısında bu yönde bir açıklık yer almamaktadır. Benzer şekilde, açıklayıcı rapor incelendiğinde de bu konuda bir sınırlama öngörülmediği görülmektedir. Bu durumda taraflar bu yönde talepte bulunduğu sürece atfa başvurulmaya devam edileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Kanımızca hüküm bu hâliyle bu açıdan da hukuki belirlilik ilkesine hizmet etmemektedir. Bunun yerine atfın hangi derecede kesileceğinin de hükümde açıkça belirtilmesi daha isabetli bir yaklaşım olurdu.

## B. Milletlerarası yetki

Tasarının 1. kitabında yer alan kanunlar ihtilafına ilişkin başlıca düzenlemelere değindikten sonra, çalışmamızın bu bölümünde aynı kitapta yer alan milletlerarası yetkiye ilişkin ilginç bulduğumuz düzenlemeleri ana hatlarıyla ele alacağız. Milletlerarası yetki alanına dair hükümler incelendiğinde ilk olarak dikkat çeken husus, Fransız hukukunda milletlerarası yetki alanında hâlihazırda uygulanagelen karma sistemin uygulanmaya devam edeceğinin öngörülmesidir. Fransız hukukunda yeknesak AB hukukunda yer alan milletlerarası yetkiye ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı bulmadığı hâllerde uygulama alanı bulan ulusal milletlerarası yetki sisteminde kural olarak iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları Fransız mahkemelerinin milletlerarası yetkisini de tayin etmekte, ancak bu kuralların yanı sıra milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklar özelinde bazı ek düzenlemelere de yer verilmektedir<sup>95</sup>. Tasarının 15. madde hükmü de aynı anlayışın süreceğini ortaya koymaktadır. Hükme göre, kanunda aksi öngörülmediği müddetçe Fransız mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, başta davalının yerleşim yeri veya mutad meskenine ilişkin yetki kuralları olmak üzere, iç hukukun yetki kuralları ışığında tespit edilecektir. Açıklayıcı raporda bu anlayışın yetki tesisi bakımından kolaylık sağlaması nedeniyle kabul

<sup>93</sup> Gilles Cuniberti, "Renvoi under the French Draft PIL Code", *EAPIL Blog* (Erişim 13 Eylül 2024), para. 5.

<sup>94</sup> MÖHUK m. 2/3: "Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır."

<sup>95</sup> Audit - D'Avout, *DIP*, 376; Arnaud Nuyts, *Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations): General Report*, Study JLS/C4/2005/07-30-CE, 2007 (Erişim 2 Mayıs 2023), 17; Can Yöney, *Milletlerarası Usul Hukukunda Münhasır Yetki* (İstanbul: On İki Levha, 2024), 26.

edildiği belirtilmiştir<sup>96</sup>. Hüküm bu hâliyle yine karma sistemi esas alan Türk hukukuyla da uyumlu olup, MÖHUK m. 40 hükmüne<sup>97</sup> oldukça benzemektedir<sup>98</sup>.

Hâlihazırda Fransız ulusal hukukunda iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları dışında kalan ve milletlerarası yetki alanına özel yetki kuralları, *forum necessitatis* ilkesine bağlı istisnai yetki ile Fransız Medeni Kanunu m. 14 ve 15 hükümleri uyarınca Fransız vatandaşlığına bağlanan tamamlayıcı yetkidir. Tasarının 1. kitabında bu iki yetki kuralına bir kez daha yer verilmiş, 2. kitabında ise bu ikiliye ek bazı yeni milletlerarası yetki kuralları sevk edilmiştir. Biz çalışmamızı yalnızca tasarının 1. kitabıyla sınırladığımızdan, çalışmamızın bu kısmında yalnızca bu iki konuya ilişkin düzenlemeleri ele alacağız.

## 1. Forum necessitatis

Tasarının 1. kitabında iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına atıf yapılmaksızın milletlerarası yetki alanına özel olarak sevk edilen düzenlemelerin başında, 18. maddede yer alan ve *forum necessitatis* ilkesini temel alan yetki kuralı gelmektedir. *Forum necessitatis* terimi kısaca yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklarda hiçbir devlet mahkemesinin kendisini yetkili bulmaması ihtimalinde, hakkına ulaşmak için mahkemeye başvurmak zorunda kalan tarafın mahkemeye erişim hakkını kullanabilmesini temin etmek amacıyla karşılaştırmalı hukukta ortaya çıkmış bir kavram olarak tanımlanabilir. Bu kavram sayesinde, genel ve özel yetki kuralları ışığında milletlerarası yetkisi tesis edilemeyen bir devlet mahkemesi, davacının mahkemeye erişim hakkını kullanabilmesi adına kendisine istisnai olarak yetki tanıyabilmektedir<sup>99</sup>. Hâlihazırda Belçika<sup>100</sup>, Hollanda<sup>101</sup>, İsviçre<sup>102</sup> ve Meksika<sup>103</sup> hukuku gibi bazı hukuk düzenlerinde *forum necessitatis* ilkesi temelli milletlerarası yetki kurallarına kanuni düzenlemelerde yer verilmiştir.

Fransız hukukunda ise yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklarda Fransız mahkemelerinin *forum necessitatis* ilkesine dayanarak yetki tesis edebileceğini düzenleyen herhangi bir kanuni düzenleme an itibarıyla bulunmamaktadır. Bununla beraber, yargı kararlarında bu ilke kabul görmekte ve mahkemeye erişim hakkının kullanılabilmesi adına hukuki ve fiili imkânsızlık hâllerinde mahkemelerin kendilerini yetkili görmelerine imkân tanınmaktadır<sup>104</sup>. Tasarıda da bu fiili uygulamaya kanuni bir dayanak getirildiği görülmektedir. Öyle ki m. 18 hükmü uyarınca, diğer yetki kurallarına göre Fransız mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edilemediği hâllerde, şayet davacıdan uyuşmazlığın yakın bir bağlantı içerisinde olduğu bir devlet mahkemesinde dava açması veya açtığı davayı sürdürmesi makul bir şekilde beklenemezse veya bunun imkânsız olduğu anlaşılırsa, mahkemece istisnai olarak yetki tesis edilebilecektir. Hükümün ikinci fıkrası, bu istisnai düzenleme ışığında yetki tesis edilebilmesi için uyuşmazlığın Fransa ile yeterli düzeyde bağlantısı bulunmasını da şart koşmaktadır.

Hukukumuzda da hâlihazırda *forum necessitatis* ilkesini esas alan herhangi bir somut milletlerarası yetki kuralı bulunmamaktadır<sup>105</sup>. Bu çerçevede, Fransız tasarısında yer alan düzenlemeyi biz de faydalı

<sup>96</sup> Rapor, 15.

<sup>97</sup> MÖHUK m. 40: "Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder."

<sup>98</sup> Türk milletlerarası usul hukukunda karma sistemin kabul edildiği yönünde bkz. Çelikel - Erdem, *MÖH*, 567; Özel vd., *MÖH*, 580; Begüm Süzen, *Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (İstanbul: On İki Levha, 2016), 21.

<sup>99</sup> A. İpek Sarıöz Büyükalp, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri* (İstanbul: On İki Levha, 2018), 312-314; Gizem Ersen Perçin, "Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında 'Forum Necessitatis' İlkesi ve Türk Milletlerarası Yetki Kurallarına Etkisi", *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar*, ed. Sibel Özel - Hatice Selin Pürselim Arning (İstanbul: On İki Levha, 2021), 8 vd.; Louwrens R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law* (Lahey: Springer, 2014), 105.

<sup>100</sup> Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 11.

<sup>101</sup> Hollanda Medeni Usul Kanunu m. 9.

<sup>102</sup> İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 3.

<sup>103</sup> Meksika Federal Medeni Usul Kanunu m. 565.

<sup>104</sup> Audit - D'Avout, *DIP*, 378-379; Sarıöz Büyükalp, *Adil Yargılanma*, 314.

<sup>105</sup> Bununla beraber, Yargıtay'ın 1945 tarihli bir kararında Türk mahkemelerinin fiili veya hukuki imkânsızlık hâllerini dikkate alarak yetki tesis etmesine imkân tanınmıştır, bkz. Yargıtay 2. HD, K. 1922 (06.04.1945) (Osman Fazıl Berki - Hilmi Ergüney,



buluyor ve Türk hukuku açısından da örnek teşkil edebileceğini düşünüyoruz. Kanımızca gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6 gerekse Anayasa m. 36 hükmüyle güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkına yabancılik unsuru barındıran uyuşmazlıklarda da tam olarak riayet edilebilmesi adına tıpkı Fransız tasarısında olduğu gibi *forum necessitatis* ilkesini esas alan bir milletlerarası yetki kuralının kabulü faydalı olacaktır<sup>106</sup>.

## 2. Fransız vatandaşlığına bağlı olarak yetki tesisi

Tasarının milletlerarası yetki bakımından özel olarak sevk ettiği yetki kurallarından bir diğeri de m. 17/1'de yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, kanunun diğer hükümlerine göre Fransız mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edilemediği hâllerde, davacı veya davalının Fransız vatandaşlığı Fransız mahkemelerinin yetkisini tesis edecektir. Uyuşmazlığın niteliğinden bağımsız olarak taraflardan yalnızca birinin Fransız vatandaşlığına Fransız mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğması sonucunu bağlayan bu ilginç düzenleme, kanun tasarısının getirdiği bir yenilik olmayıp ulusal hukuklarda yer alan aşırı yetki hâllerine tipik örnek olarak gösterilen<sup>107</sup> Fransız Medeni Kanunu m. 14 ve 15 hükümlerinin tekrarı niteliğindedir.

Peki çalışma grubu pek çok hukuk düzeninde aşırı yetki tesis ettiği kabul edilen bu kurallara neden tasarıda yer verme ihtiyacı hissetmiştir? Açıklayıcı raporda doğrudan bu konuya ilişkin özel bir başlık yer almakta ve bu başlıkta AB hukuku gibi entegrasyonun sağlandığı hukuk düzenlerinde bu kurallara herhangi bir ihtiyaç kalmadığı, ancak geri kalan hâllerde bu kuralların hâlen meşru bir menfaate hizmet ettiği savunulmuştur. Bu çerçevede, bu yetki kuralının temel olarak, Fransız vatandaşlarının AB üyesi olmayan üçüncü bir devlet mahkemesi nezdinde esaslı bir ayrımcılığa uğrama riskiyle karşı karşıya olduğu ancak yukarıda ele aldığımız m. 18'de düzenlenen *forum necessitatis* esasına dayanan yetki kuralının şartlarının da sağlanmadığı hâllerde<sup>108</sup> uygulama alanı bulmasının hedeflendiği belirtilmiştir<sup>109</sup>.

Doktrinde açıklayıcı raporun bu yaklaşımı ikna edici bulunmamıştır<sup>110</sup>. Bu görüşe göre, eğer vatandaşlık esasına dayanan bu düzenlemeye yer verilmesinin gerekçesi, Fransız vatandaşlarının haklarını yabancı devlet mahkemelerinde aramaya karar verdiklerinde ayrımcılığa uğrayabilecekleri düşüncesi ise m. 17 hükmü yerine açıkça bu riski gözetken bir yetki kuralına yer vermek daha faydalı olurdu<sup>111</sup>. Çok sayıda vatandaşı yabancı ülkelerde yaşayan tek devlet Fransa olmamasına karşın, uyuşmazlık türü fark etmeksizin vatandaşlık esaslı milletlerarası yetki kurallarının başlıca örneğinin Fransız hukuku olmaya devam etmesi de bu tercihi izah etmeyi zorlaştırmaktadır<sup>112</sup>. Kanaatimizce de hele de tasarıda *forum necessitatis* esasına dayanan bir hüküm varken (m. 18), bu hükmün kapsamını bu ihtimali de kapsayacak şekilde tespit etmek yerine aşırı yetki tesisine kapı aralayan bu yetki kuralına yeniden yer verilmesi isabetli olmamıştır.

Bununla beraber, tasarıda neyse ki söz konusu tartışmalı yetki kuralının uygulama alanını daraltıcı birtakım düzenlemelere de yer verilmiştir. Dikkat çekici olduğunu düşündüğümüz bu düzenlemelerden

*Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1963), 81).

<sup>106</sup> Benzer yönde bkz. Sarıöz Büyükalp, *Adil Yargılanma*, 341-342; Ersen Perçin, "Adil Yargılanma", 20; Faruk Kerem Giray, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerinin Güncellenmesine İlişkin Görüş ve Öneriler", *MÖHUK'ta Reform*, ed. Sibel Özel vd. (İstanbul: On İki Levha, 2023), 98-99.

<sup>107</sup> Bu örnekler için bkz. Özel vd., *MÖH*, 740; Şanlı vd., *MÖH*, 686-687; Süzen, *Tenfiz*, 151-194.

<sup>108</sup> Çalışma grubunun üyeleri arasında yer alan *Nourissat*'ya göre, m. 18 hükmünün salt usulî unsurları göz önünde bulundurması böyle bir ihtimalle karşılaşılmasını mümkün kılmaktadır (Nourissat, "Draft Code of PIL", 242-243).

<sup>109</sup> Rapor, 17.

<sup>110</sup> Milletlerarası yetkiye özel olarak sevk edilen az sayıda özel yetki kuralından birinin söz konusu anlayışı sürdüren m. 17 hükmü olmasının hayal kırıklığı olduğu yönünde bkz. Pascal De Vareilles-Sommières, "Jurisdiction of Courts under the French Draft PIL Code," *EAPIL Blog* (Erişim 13 Eylül 2024), para. 10.

<sup>111</sup> Leible - Wilke, "Projet de Code de DIP", 511-512.

<sup>112</sup> Leible - Wilke, "Projet de Code de DIP", 512.

ilki, m. 21 hükmüdür. Söz konusu düzenleme, davalının savunma haklarının ciddi şekilde ihlâli riskini doğurması durumunda Fransız mahkemelerinin tasarıda yer alan yetki kuralları ışığında doğan yetkisini, davacı açısından hak arama hürriyetinin ihlâli teşkil etmemesi şartıyla, kullanmamaya karar verebileceğini düzenlemektedir. İlk bakışta bir tür *forum non conveniens* düzenlemesini andıran bu düzenleme, açıklayıcı rapordan anlaşıldığı kadarıyla çalışma grubunca temelde m. 17/1 hükmünün uygulama alanını daraltmak amacıyla sevk edilmiştir. Öyle ki açıklayıcı raporda bu hüküm doğrudan m. 17/1 hükmünün başlığı altında ve bu hükümle birlikte ele alınmıştır. Dahası, düzenlemenin Fransız mahkemelerince bir tür *forum non conveniens* kuralı olarak değerlendirilemeyeceği ve bundan hareketle salt uyuşmazlığın yabancı bir devletle daha sıkı bir bağlantısı olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir<sup>113</sup>. Söz konusu düzenlemenin m. 17/1 hükmünün uygulama alanını ne denli sınırlayabileceği doktrinde soru işaretiyle karşılanmıştır. Bizce de isabetli olan bu eleştiriye göre, bir devlet mahkemesinin kanundan doğan milletlerarası yetkisinin davalı açısından hak kaybı yaratacağı sonucuna varması için koyacağı psikolojik eşik, kuvvetle ihtimal oldukça yüksek olacaktır<sup>114</sup> ve bu nedenle söz konusu imkân, m. 17 hükmünün yaratacağı riskleri bertaraf etmekte pratik anlamda pek de yeterli olmayacaktır.

Tasarı m. 17/1'de yer alan yetki kuralının uygulama alanını sınırlayan ikinci dikkat çekici düzenleme ise m. 17/5'te yer almaktadır. Bu hükme göre, başta yabancı ülkelerde bulunan taşınmazlara, Fransa dışında yürütülen icra takiplerine ve yabancı devletlerde yürütülen kamu hizmetlerinin işleyişine ilişkin olan uyuşmazlıklar olmak üzere, yabancı bir devlet mahkemesinin münhasır yetkili olduğu hâllerde söz konusu tamamlayıcı milletlerarası yetki kuralı uygulama alanı bulmayacaktır. Görülebileceği üzere söz konusu düzenleme, yabancı bir devlet mahkemesinin kendisini münhasır yetkili gördüğü hâllerde taraflardan birinin Fransız vatandaşlığına dayalı tamamlayıcı milletlerarası yetki tesisine imkân tanımamaktadır. Düzenleme, yabancı mahkemenin hangi tür uyuşmazlıklar bakımından kendisine münhasır yetki tanıdığına da bir önem atfetmemiş ve sınırlı sayıda olmamak üzere üç tane örneğe yer vermiştir<sup>115</sup>. Söz konusu düzenlemenin en azından yabancı devlet mahkemelerinin münhasır yetkisini gözeterek aşırı yetki tesis edebilecek hâlleri bir nebze de olsa azaltmaya yarayabileceği söylenebilir. Ancak bu düzenlemenin oldukça sınırlı bir uygulama alanı olduğu ve vatandaşlık temelli yetki tesisinin yaratacağı sakıncaların ancak çok sınırlı bir kısmını giderebileceğini de ifade etmek gerekir.

## Sonuç

Türk hukukunu modernleşme sürecinin en başından bu yana çokça etkilemiş olan Fransız hukukunda 2024 yılı itibariyle halen milletlerarası özel hukuk alanını düzenleyen bağımsız bir kanun bulunmamaktadır. Bu eksikliği giderme amacıyla Fransız Adalet Bakanı'nın daveti üzerine yola çıkan çalışma grubunca bir kanun tasarısı hazırlanmış ve Mart 2022'de kamuoyuyla paylaşılmıştır. Biz de bu

<sup>113</sup> Rapor, 17.

<sup>114</sup> Leible - Wilke, "Projet de Code de DIP", 512.

<sup>115</sup> Yabancı devletlerin münhasır yetkili olduğu hâllerde forum mahkemelerinin yetkisinin ortadan kalkacağını öngören bu düzenleme, Türk hukukuna yabancı bir anlayış olmakla beraber, Fransız hukukundaki mevcut sistemin de aralarında bulunduğu bazı hukuklarda tercih edilen bir yaklaşımdır. Gerçekten de Fransız hukukunda yeknesak AB hukuku enstrümanlarının uygulama alanına girmeyen hâllerde Fransız mahkemeleri münhasır yetkili oldukları uyuşmazlık türleri bakımından yabancı devletlerin de kendi mahkemelerini münhasıran yetkili kabul edebileceğini varsaymakta ve kendi hukukundaki münhasır yetki kurallarını iki taraflılaştırmak suretiyle bu uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası yetki tesis etmemektedirler (Yöney, *Münhasır Yetki*, 179; Nikoleta Georgakoudi, *Les compétences exclusives en matière civile et commerciale: Étude de droit international privé* (Paris: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Doktora Tezi, 2021), 254). Mevcut uygulamada yabancı hukukta yer alan münhasır yetki kurallarına yönelik herhangi bir inceleme gerçekleştirilmemekte ve yalnızca Fransız hukukunda kabul gören münhasır yetki kurallarının yabancı devlet hukukunda da aynı şekilde bulunduğu varsayılmaktadır. Bu uygulama doktrinde pek çok yazarca eleştirilmektedir (Georgakoudi, *Compétences Exclusives*, 310-312; Laurence Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé* (Paris: Economica, 2008), 336; Bérengère Archinard-Greil, *Lois de police et conflits de juridictions (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant)* (Lyon: Université Jean Moulin (Lyon 3), Doktora Tezi, 2017), 404-405). Düzenleme bu hâliyle Fransız hukukunda hâlihazırda zaten kabul gören uygulamanın, doktrinindeki eleştiriler göz önünde bulundurularak revizyona uğramış bir devamı olarak görünmektedir.

çalışmamızda bu tasarının “Genel Hükümler” başlıklı ilk kitabında yer alan kanunlar ihtilafı ve milletlerarası yetkiye ilişkin dikkat çekici bulduğumuz bazı temel düzenlemeleri ele almaya çalışmış bulunmaktayız.

Bu değişiklikler arasında özellikle de kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması bakımından karma sistemden re’sen uygulama sistemine geçişin öngörülmesinin dikkat çekici olduğu kanaatindeyiz (m. 9/1). Fransız milletlerarası özel hukukunun alamet-i farikalarından olan karma sistemden vazgeçilmesi, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti adına önemli bir adımdır. Ancak atıf konusunda aynı cesaretin gösterilememesi ve teorinin uygulanmasının tarafların taleplerine bağlanması kanımızca gözden geçirilmesi gereken bir tercihtir (m. 8).

Ayrıca, yabancı hukukun içeriğinin tespiti konusunda yabancı kurum ve kuruluşların da görüşlerine başvurulabileceğine açıkça yer verilmesi, bu yönde bir imkân olduğu konusunda uygulamacılar nezdinde bilinç yaratılabilmesi adına kanımızca oldukça faydalı olmuştur (m. 14/2). Bu düzenlemenin Türk hukuku açısından da iyi bir örnek teşkil ettiğini düşünmekle beraber, uygulamada bu yönteme başvurulmasını beklemenin ekonomik nedenler düşünüldüğünde pek de makul olmadığını da bilincindeyiz. Benzer şekilde, gerek taraflarca görüşlerine başvuru uzmanlar gerekse de hâkimce görevlendirilen bilirkişilerce sunulan bilgilerin tam olarak anlaşılabilmesi ve bunların doğruluklarından emin olunabilmesi için bu kişilerin sorgulanabilmesi imkânına yer verilmesini de faydalı buluyor ve hukukumuzda da bu yola başvurulmasının isabetli olacağını düşünüyoruz (m. 14/4).

Milletlerarası yetki bakımından ise *forum necessitatis* temelli bir yetki kuralına yer verilmesinin faydalı olduğu ve yine Türk hukuku açısından iyi bir örnek teşkil ettiği kanaatindeyiz (m. 18). Tasarıda m. 17/1 hükmünde Fransız vatandaşlığına bağlı yetki tesisi anlayışının sürmesini ise isabetsiz buluyor ve bu kuralın sakıncalarını azaltmak amacıyla hükmün uygulama alanı daraltan başlıca iki imkâna yer verilmiş olsa da (m. 17/5 ve 21), bunun yerine bu anlayıştan tamamen vazgeçilmesinin daha isabetli bir yaklaşım olacağına inanıyoruz.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında biz de açıklayıcı raporda ifade edildiği üzere, asli bir başvuru kaynağı olarak bağımsız bir milletlerarası özel hukuk kanunu kabulünün faydalı bir gelişme olacağını düşünüyor ve tasarının çeşitli eksiklerine rağmen Türk hukuku açısından da örnek alınabilecek isabetli düzenlemeler içerdiğine inanıyoruz. Bununla beraber, Fransız hukukunda daha önce çeşitli defalar girişilen kodifikasyon çalışmalarının hep başarısızlıkla sonuçlandığı düşünülürse, çalışmamıza konu güncel tasarının akıbeti konusunda da ihtiyatlı yaklaşmakta fayda bulunmakta ve konuya dair gelişmeleri takipte kalmak gerekmektedir<sup>116</sup>.

<sup>116</sup> Leible - Wilke, “Projet de Code de DIP”, 514.

## Kaynakça

- Archinard-Greil, Bérengère. *Lois de police et conflits de juridictions (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant)*. Lyon: Université Jean Moulin (Lyon 3), Doktora Tezi, 2017.
- Audit, Bernard - D'Avout, Louis. *Droit international privé*. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 8. Bası, 2018.
- Balkar Bozkurt, Süheyla. "Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2: Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, C. 2 (Temmuz 2014), 795-862.
- Ballester, Blanca. *Cost of Non-Europe Report: European Code on Private International Law*. ed. European Added Value Unit of the General Secretariat of the European Parliament, PE 504.468, CONE 3/2013. Brüksel: 2013. Erişim 13 Eylül 2024. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/504468/IPOL-JOIN\\_ET\(2013\)504468\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/504468/IPOL-JOIN_ET(2013)504468_EN.pdf).
- Berki, Osman Fazıl - Ergüney, Hilmi. *Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1963.
- Bolayır, Nur. *Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Bureau, Dominique - Muir Watt, Horatia. "Codifying against the Clock... - On a French Project for the Codification of Private International Law". *Yearbook of Private International Law*. 247-260. Cilt: 24, Beltz: Otto Schmidt, 2022-2023.
- Bureau, Dominique - Muir Watt, Horatia, *Droit international privé*. Cilt: 1. Paris: PUF, 4. Bası, 2017.
- Corneloup, Sabine. "France – The Evolving Balance Between the Judge and the Parties in France". *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence*. ed. Yuko Nishitani. 157-181. Springer, 2017.
- Cuniberti, Gilles. "Foreign Law under the French Draft PIL Code". *EAPIL Blog*. Erişim 13 Eylül 2024. <https://eapil.org/2022/05/25/foreign-law-under-the-french-draft-pil-code>.
- Cuniberti, Gilles. "Renvoi under the French Draft PIL Code". *EAPIL Blog*. Erişim 13 Eylül 2024. <https://eapil.org/2022/05/11/renvoi-under-the-french-draft-pil-code>.
- Çelikel, Aysel - Erdem, B. Bahadır. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 17. Bası, 2021.
- De Vareilles-Sommières, Pascal. "Jurisdiction of Courts under the French Draft PIL Code". *EAPIL Blog*. Erişim 13 Eylül 2024. <https://eapil.org/2022/11/07/jurisdiction-of-courts-under-the-french-draft-pil-code>.
- Doğan, Vahit vd. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Ankara: Savaş, 10. Bası, 2024.
- Erkan, Mustafa. "Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken". *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*. ed. Bilgin Tiryakioğlu vd. 543-555. Ankara: Yetkin, 2016.
- Erkan, Mustafa - Yöney, Can. "MÖHUK: Hayatta mı, Can mı Çekişiyor?". *MÖHUK'ta Reform*. ed. Sibel Özel vd. 49-79. İstanbul: On İki Levha, 2023.
- Ersen Perçin, Gizem. "Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında 'Forum Necessitatis' İlkesi ve Türk Milletlerarası Yetki Kurallarına Etkisi". *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine*

- İlişkin Güncel Tartışmalar*. ed. Sibel Özel - Hatice Selin Pürselim Arning. 3-20. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Foussard, Dominique vd. "Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé". *Revue critique de droit international privé* 3 (Temmuz-Eylül 2022), 477-501.
- Georgakoudi, Nikoleta. *Les compétences exclusives en matière civile et commerciale: Étude de droit international privé*. Paris: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Doktora Tezi, 2021.
- Giray, Faruk Kerem. "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerinin Güncellenmesine İlişkin Görüş ve Öneriler". *MÖHUK'ta Reform*. ed. Sibel Özel vd. 81-105. İstanbul: On İki Levha, 2023.
- Goré, Marie. "Rules on Trust in the French Draft Code of Private International Law". *Yearbook of Private International Law*. 261-273. Cilt: 24, Beltz: Otto Schmidt, 2022-2023.
- Hausmann, Rainer. "Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis". *The European Legal Forum* 1 (Ocak-Şubat 2008), 1-14.
- Kiestra, Louwrens R. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Lahey: Springer, 2014.
- Lagarde, Paul. "Quelques remarques sur le projet de code de droit international privé français". *Revue critique de droit international privé* 3 (Temmuz-Eylül 2022), 515-520.
- Lagarde, Paul. "Sur la non-codification du droit international privé français". *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 25/1 (Ocak 1998), 45-59.
- Leible, Stefan - Wilke, Felix M. "Le projet de code de droit international privé. Une vue d'Allemagne". *Revue critique de droit international privé* 3 (Temmuz-Eylül 2022), 503-514.
- Mayer, Pierre - Heuzé, Vincent. *Droit international privé*. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 11. Bası, 2014.
- Nishitani, Yuko, "Treatment of Foreign Law: Dynamics Towards Convergence? – General Report", *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence*. ed. Yuko Nishitani. 3-60. Springer, 2017.
- Nomer, Ergin. *Davada Yabancı Kanun*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta, 23. Bası, 2021.
- Nourissat, Cyril. "The Draft Code of French Private International Law". *Yearbook of Private International Law*. 237-245. Cilt: 24, Beltz: Otto Schmidt, 2022-2023.
- Nuyts, Arnaud. *Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations): General Report*. Study JLS/C4/2005/07-30-CE, 2007. Erişim 2 Mayıs 2023. [https://gavclaw.files.wordpress.com/2020/05/arnaud-nuyts-study\\_residual\\_jurisdiction\\_en.pdf](https://gavclaw.files.wordpress.com/2020/05/arnaud-nuyts-study_residual_jurisdiction_en.pdf)
- Oppetit, Bruno. "Le droit international privé, droit savant". *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. C. 234, Lahey: Nijhoff, 1992.
- Özel, Sibel. "Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun *Lex Fori* Esasına Göre Belirlenmesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 28/2 (Aralık 2022), 962-978.
- Özel, Sibel vd. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: On İki Levha, 3. Bası, 2024.

Projet de code de droit international privé. Erişim 13 Eylül 2024.  
[http://www.cfdip.fr/offres/file\\_inline\\_src/717/717\\_pj\\_120422\\_114420.pdf](http://www.cfdip.fr/offres/file_inline_src/717/717_pj_120422_114420.pdf).

Projet de code de droit international privé: Rapport du groupe de travail présidé par Jean-Pierre Ancel.  
Erişim 13 Eylül 2024.  
[https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art\\_pix/rapport\\_code\\_DIP\\_mars\\_2022%20.pdf](https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/rapport_code_DIP_mars_2022%20.pdf).

Sarıöz Büyükalp, A. İpek. *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*. İstanbul: On İki Levha, 2018.

Süzen, Begüm. *Tanım ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi*. İstanbul: On İki Levha, 2016.

Swiss Institute of Comparative Law. *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*. JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4: Synthesis Report with Recommendations, Avis 09-184. Lozan: 2011.

Şanlı, Cemal vd. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 10. Bası, 2023.

Tekinalp, Gülören. *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*. İstanbul: Vedat, 13. Bası, 2020.

Usunier, Laurence. *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*. Paris: Economica, 2008.

Uyanık, M. Ece. "Fransa'da Yürütülen Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu Çalışmalarına Türkiye'den Bir Bakış". *KHAS Hukuk Bülteni*. Erişim 8 Eylül 2024.  
[https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/99#\\_ftn11](https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/99#_ftn11).

Yöney, Can. *Milletlerarası Usul Hukukunda Münhasır Yetki*. İstanbul: On İki Levha, 2024.

Yöney, Can. *Yabancı Hukukun Uygulanması*. İstanbul: On İki Levha, 2018.

## Makale Bilgi Formu

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Amerikan İdare Hukuku'nda Beklenen Gelişme: Chevron Doktrini Artık Hükümsüz

### *An Expected Development in American Administrative Law: Chevron Doctrine No Longer Applicable*

Özge Atıl Kaya 

Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,  
İdare Hukuku Anabilim Dalı, Trabzon,  
Türkiye, ozgeatil@trabzon.edu.tr



Geliş Tarihi/Received: 27.09.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 26.11.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
16.12.2024

**Öz:** Chevron doktrini, Amerika Birleşik Devletleri'nde idarenin hukuki düzenlemeler yaparken ve uygularken, yasaları ve hukuki metinleri yorumlama yetkisinin yargısal denetiminde kullanılan önemli bir ilkedir. Amerikan idare hukukunda çığır açan Chevron, idarenin takdir yetkisini destekleyerek mahkemelerin idarenin hukuki yorumlama yetkisine riayet etmesi gerekliliği sonucunu doğurmuştur. Chevron doktrini, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nce 1984 tarihli Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. davasında ortaya konulmuştur. Chevron, 1984'ten itibaren Yüksek Mahkeme ve federal temyiz ve bölge mahkemeleri tarafından birçok davada sıklıkla kullanılmıştır. Doktrin; uzmanlık ve teknik bilgi, verimlilik, demokratik hesap verebilirlik ve yargı yükünün hafifletilmesi gibi nedenlerle savunulmasının yanı sıra hukukçular ve siyasetçiler tarafından yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Chevron'a yöneltilen eleştirilerin başında; kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık, yargı organının ve bağımsızlığının zayıflatılması, aşırı yetki kullanımı, hukuki belirsizlik ve uygulamadaki tutarsızlıklar gelmektedir. Özellikle son dönemlerde, yoğunlaşan eleştirilerin de etkisiyle mahkemelerin Chevron'u uygularken temkinli davrandığı ve doktrinin uygulanabilirliğinin önemli ölçüde azaldığı ortaya konulmuştur. En nihayetinde Chevron doktrini, 28 Haziran 2024'te Loper Bright Enterprises v. Raimondo davasında Yüksek Mahkeme tarafından oyçokluğuyla iptal edilmiştir. Chevron'un iptalinin; idarenin yasaları ve hukuki metinleri yorumlama yetkisini büyük ölçüde sınırlayacağı, mahkemelerin idarenin yorumlarına riayet etme zorunluluğunu ortadan kaldıracığı ve yargının rolünü güçlendireceği düşünülmektedir. Bu çalışma, Chevron doktrininin tarihçesinin, kapsam ve temel prensiplerinin, yıllar içerisindeki değişiminin, günümüzde uygulanabilirliğinin ve iptalinin idarenin yargısal denetimi üzerindeki etkilerinin incelenmesini içerir.

**Anahtar Kelimeler:** Chevron, Amerika, İdare, İdarenin Takdir Yetkisi, Yargısal Denetim

**Abstract:** The Chevron doctrine is an important principle used in the United States for the judicial review of the authority of the administration to interpret laws and legal texts when making and implementing legal regulations. Chevron, a groundbreaking principle in American administrative law, upheld the discretionary power of the administration, resulting in the necessity for the courts to respect the authority of the administration to interpret the law. The Chevron doctrine was established by the United States Supreme Court in the 1984 case of Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. Since 1984, Chevron has been frequently used by the Supreme Court and federal appellate and district courts in many cases. The doctrine has been defended on the grounds of expertise and know-how, efficiency, democratic accountability, and judicial burden relief, but has also been subjected to intense criticism by jurists and politicians. The main criticisms of Chevron are contradiction to the principle of separation of powers, weakening of the judiciary and its independence, excessive use of authority, legal uncertainty and inconsistencies in practice. Especially in recent times, it has been revealed that the courts have been cautious in applying Chevron due to the intensified criticism and the applicability of the doctrine has significantly decreased. Ultimately, the Chevron doctrine was annulled by the Supreme Court in Loper Bright Enterprises v. Raimondo on June 28, 2024. It is thought that the annulment of Chevron will greatly limit the authority of the administration to interpret laws and legal texts, eliminate the obligation of the courts to comply with the administration's interpretations and strengthen the role of the judiciary. This study examines the history of the Chevron doctrine, its scope and basic principles, its evolution over the years, its applicability today, and the effects of its annulment on the judicial review of the administration.

**Keywords:** Chevron, United States, Administration, Administrative Discretion, Judicial Review

## Extended Abstract

In modern American administrative law, the ability of the executive branch to take regulatory action with the force of law has been recognized by the United States Supreme Court as a necessity in today's rapidly changing world. Although this acceptance clearly contradicts article 1, section 1 of the United States Constitution, which states that all legislative powers are vested in a single body, Congress, the Supreme Court has emphasized that Congress cannot function properly unless it has the power to delegate its legislative power under "broad and general directives".

In *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* in 1984, the Supreme Court held that courts must defer to the reasonable interpretation of an ambiguous statute or legal text by an agency to which Congress has delegated its legislative authority. Considered as a landmark in American administrative law, Chevron is known as the fundamental case and doctrine that defines the balance of interpretive power between the administration and the courts and is used in the judicial review of the authority of the administration to interpret laws and legal texts when making and implementing legal regulations.

The Chevron doctrine envisages a two-step analysis for courts to use when examining the authority of the administration to interpret laws and legal texts. Accordingly, courts must first determine whether Congress has directly addressed the question of administrative interpretation, or in other words, whether Congress' intent is clear. If the intent of Congress is clear, the matter is resolved, as both the court and the administration are obliged to decide in accordance with the clearly expressed intent of Congress. However, if the courts find that Congress did not directly address the question at issue, they must proceed to the second stage, which is to determine whether the administration's interpretation is based on a permissible construction of the law or legal text. At this stage, the Chevron doctrine requires courts to defer to the administration's reasonable interpretation.

Since its introduction in 1984, the Chevron doctrine has been frequently cited in many cases by the Supreme Court and federal appellate and district courts. Known as the most frequently cited case in American administrative law, Chevron has not only been recognized as a significant doctrinal shift in administrative law but has also fundamentally influenced the legislative process.

The doctrine has been defended on the grounds of expertise and know-how, efficiency, democratic accountability, and judicial burden relief, but has also been subjected to intense criticism by jurists and politicians. The main criticisms of Chevron are contradiction to the principle of separation of powers, weakening of the judiciary and its independence, excessive use of authority, legal uncertainty and inconsistencies in practice. In the years following the adoption of Chevron, the application and scope of the Chevron doctrine has been significantly narrowed by the exceptions and new doctrines adopted by the Supreme Court. Considering the decisions and doctrines limiting the applicability of Chevron and the criticisms of Chevron by academics and the judiciary, it can be said that Chevron has been a subject of debate since its adoption.

Especially in recent times, it has been revealed that the courts have been cautious in applying Chevron due to the intensified criticism and the applicability of the doctrine has significantly decreased. It is observed that the Chevron doctrine started to lose its importance from the 1990s onwards, and recently, Chevron has been discredited at the Supreme Court level. Ultimately, the Chevron doctrine was annulled by the Supreme Court in *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* on June 28, 2024. The Raimondo decision, which eliminated the requirement of automatic deference to the administration's interpretations, stated that the Skidmore doctrine, which requires a weaker deference than Chevron, could be applied. It is thought that the annulment of Chevron will greatly limit the authority of the administration to interpret laws and legal texts, eliminate the obligation of the courts to comply with the administration's interpretations and strengthen the role of the judiciary. However, the ultimate



effects of the Raimondo decision are not yet clear, and the future functioning of administrative and judicial processes will be shaped by how courts will adopt this new approach. The extent to which the judiciary will defer to the expertise of the administration in this process, whether weaker deference doctrines such as the Skidmore doctrine will be applied instead of the Chevron doctrine, and the extent to which administrative regulations will be accepted will become clearer over time.

In this study, firstly, the history, scope and basic principles of the Chevron doctrine will be explained. In this context, for a better understanding of Chevron, the other methods used by the courts in the judicial review of the administration in American administrative law will be briefly mentioned. Then, explanations will be made regarding the changes in the doctrine over the years, its applicability today and the effects of its annulment on the judicial review of the administration.

## Giriş

Modern Amerikan idare hukukunda, yürütme organının yasa gücünde düzenleyici işlem yapabilmesi, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nce günümüz hızlı değişen dünyasında bir zorunluluk olarak kabul edilmiştir.<sup>1</sup> Bu kabul, açıkça Amerikan Anayasası'nın 1. maddesinin 1. fıkrasında yer alan tüm yasama yetkilerinin tek bir organa Kongre'ye ait olduğu gerçeğiyle çelişiyor olsa da Yüksek Mahkeme, Kongre'nin yasama yetkisini "geniş ve genel direktifler" altında devretme yetkisine sahip olmadığı sürece gereği gibi fonksiyon icra edemeyeceğinin altını çizmiştir.<sup>2</sup>

Yüksek Mahkeme 1984 tarihli *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* davasında; mahkemelerin, Kongre'nin sahip olduğu yasama yetkisini devrettiği bir idarenin muğlak bir yasa ya da hukuki metne ilişkin makul yorumlarına riayet edilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>3</sup> Amerikan idare hukukunda bir dönüm noktası olarak kabul edilen Chevron;<sup>4</sup> idarenin hukuki düzenlemeler yaparken ve uygularken, yasaları ve hukuki metinleri yorumlama yetkisinin yargısal denetiminde kullanılan ve idare ve mahkemeler arasındaki yorumlayıcı güç dengesini tanımlayan temel dava ve doktrin olarak bilinmektedir.<sup>5</sup>

Chevron doktrini, mahkemelerin idarenin yasaları ve hukuki metinleri yorumlama yetkisini tetkik ederken kullanacakları iki aşamalı bir analiz öngörür. Buna göre mahkemeler ilk aşamada, Kongre'nin idarenin yorumunun irdelendiği soruna doğrudan değinip değinmediğini ya da başka bir ifadeyle Kongre'nin niyetinin açık olup olmadığını belirlemek zorundadır.<sup>6</sup> Eğer Kongre'nin niyeti açıksa mesele bitmiştir çünkü gerek mahkeme gerekse idare, Kongre'nin açıkça ifade etmiş olduğu niyete uygun karar vermekle yükümlüdür.<sup>7</sup> Bununla birlikte mahkemelerin, Kongre'nin söz konusunu sorunu doğrudan ele almadığını tespit etmesi halinde ikinci aşamaya geçerek, idarenin yorumunun yasanın ya da hukuki metnin izin verilen bir yapısına dayanıp dayanmadığını belirlemesi gerekmektedir.<sup>8</sup> Bu aşamada Chevron doktrini, mahkemelerin idarenin makul yorumlarına riayet etmesini öngörür.<sup>9</sup> Kısacası Chevron, belirsiz yasal dilin yorumlanmasında son kararı idarenin verebileceğini ve mahkemelerin bu yorumlara müdahale etmemesini öngörür.<sup>10</sup> Başka bir deyişle, eğer bir yasal metin açıkça belirli bir

<sup>1</sup> *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 372 (1989).

<sup>2</sup> *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 372 (1989).

<sup>3</sup> *Chevron, U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-43 (1984).

<sup>4</sup> Michael Herz, "Chevron is Dead; Long Live Chevron", *Colum. L. Rev.*, 115, (2015), 1872.

<sup>5</sup> Nathan Richardson, "Deference is Dead, Long Live Chevron", *Rutgers L. Rev.*, 73, (2021), 443; Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, "Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron", *U. Chi. L. Rev.*, 73 (2006), 823; Lisa Schultz Bressman & Kevin M. Stack, "Chevron Is a Phoenix", *Vanderbilt Law Review*, 74, (2021), 466-467; Antonin Scalia, "Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law", *Duke L.J.*, 3 (1989), 512; Cass R. Sunstein, "Chevron Step Zero", *Va. L. Rev.*, 92, (2006), 188. "Cass Sunstein'e göre Chevron kararı, idare hukukunda temel ve hatta yarı anayasal bir metindir."

<sup>6</sup> *Chevron, U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842 (1984).

<sup>7</sup> *Chevron, U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-43 (1984).

<sup>8</sup> *Chevron, U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843 (1984).

<sup>9</sup> *Chevron, U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-43 (1984).

<sup>10</sup> Daniel E. Walters, "Four Futures of Chevron Deference", *Geo. Mason L. Rev.*, 31/2, (2024), 638-639.

soruyu yanıtlamıyorsa, mahkemeler, idarenin metne getirdiği makul yorumlara riayet etmek zorundadır.<sup>11</sup>

Chevron doktrini ortaya konduğu tarih 1984'ten itibaren, Yüksek Mahkeme ve federal temyiz ve bölge mahkemeleri tarafından birçok davada sıklıkla kullanılmıştır.<sup>12</sup> Amerikan idare hukukunda en sık atıfta bulunulan dava olarak bilinen Chevron, idare hukukunda ciddi bir doktrinel değişim olarak kabul edilmenin yanı sıra yasama sürecini de temelden etkilemiştir.<sup>13</sup> Ancak 1990'lardan itibaren Chevron doktrininin önemini kaybetmeye başladığı ve özellikle son dönemlerde Yüksek Mahkeme düzeyinde Chevron'a riayetin azaldığı görülmektedir.<sup>14</sup> Öyle ki, doktrin 28 Haziran 2024'te Loper Bright Enterprises v. Raimondo (Raimondo) davasında Yüksek Mahkeme tarafından iptal edilmiştir.<sup>15</sup>

Bu çalışmada öncelikle; Chevron doktrininin tarihçesi, kapsam ve temel prensipleri hakkında bilgi verilecektir. Bu bağlamda Chevron'un daha iyi anlaşılabilmesi için, Amerikan idare hukukunda mahkemelerin idarenin yargısal denetiminde kullandıkları diğer yöntemlerden kısaca bahsedilecektir. Ardından doktrinin yıllar içerisinde geçirdiği değişime, günümüzde uygulanabilirliğine ve iptalinin idarenin yargısal denetimi üzerindeki etkilerine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

## I. Chevron Doktrininin Tarihçesi ve Kapsam ve Temel Prensipleri

### A. İdarenin yargısal denetimine ilişkin doktrinler: Chevron öncesi

Landis 1940 tarihli makalesinde Amerikan idare hukukunun temel sorunlarından biri olarak; mahkemelerin idarenin kararları karşısında nasıl bir yaklaşım benimsemesi gerektiğine, yargısal denetimin ideal kapsamına ve mahkemelerin idarenin yorumlarına ne ölçüde riayet etmesi gerektiğine işaret etmiştir.<sup>16</sup> Mahkemelerin idari yorumlara ne ölçüde itibar etmesi gerektiği üzerine farklı yaklaşımlar, anayasal güçler ayrılığı çerçevesinde yasama, yürütme ve yargı arasındaki ilişkileri doğrudan etkiler. İdareye geniş yorumlama yetkisi tanıyan yaklaşımlar, yürütme organının düzenleyici gücünü arttırırken yargının idarenin yorumları karşısındaki denetim gücünü sınırlar. Bu durumda yasama organı daha genel ve muğlak yasalar çıkarma eğiliminde olabilir zira idare yasal belirsizlikleri kendi uzmanlık alanına göre doldurmakla yetkilidir. Mahkemelerin idarenin yorumlarını daha sınırlı kabul ettiği yaklaşımlarda ise, yargı idarenin yorumlarını sıkı bir denetime tabi tutar ve idarenin düzenleme yapma yetkisi sınırlandırılır. Bu durum, yasama organının daha kesin ve ayrıntılı yasalar çıkarma olasılığının artmasına ve yargının, yürütme organının eylemlerini daha sıkı denetlemesine yol açar. Yargının genişlemiş denetim rolü, idarenin düzenleyici yetkilerini daraltarak yürütme organının politika belirleme yetkisini sınırlar.

Yüksek Mahkeme, yıllar boyunca çeşitli davalarda ortaya koyduğu farklı doktrinlerle mahkemelerin idarenin yorumlarına ne ölçüde itibar etmesi gerektiği sorununa çözüm bulmaya çalışmıştır. 1944 tarihli Skidmore v. Swift & Co. (Skidmore), bu bağlamda bahsedilmesi gereken ilk davadır. Chevron'dan kırk yıl önce alınmış olan Skidmore kararında Yüksek Mahkeme, mahkemelerin idarenin hukuki yorumlarına riayet edip etmeyeceklerine karar verirken idarenin tutarlılığı, uzmanlık düzeyi ve yorumun ikna etme gücü dahil olmak üzere geniş ve münhasır olmayan bir çok faktörü göz önünde

<sup>11</sup> Walters, "Four Futures of Chevron Deference", s. 639; Matthew C. Stephenson & Adrian Vermeule, "Chevron Has Only One Step", *Va. L. Rev.*, 95, (2009), 601.

<sup>12</sup> Hunter W. Collins, "West Virginia's "Major Questions" and the Silent Disappearance of the Chevron Doctrine", *San Diego L. Rev.*, 60, (2023), 806.

<sup>13</sup> Andrew Howayeck, "The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations", *Roger Williams University Law Review*, 25/1, (2020), 175.

<sup>14</sup> Richardson, "Deference is Dead, Long Live Chevron", s.443; Jonathan H. Adler, "Restoring Chevron's Domain", *Mo. L. Rev.*, 81, (2016), 983-984; Sanford N. Caust-Ellenbogen, "Blank Checks: Restoring the Balance of Powers in the Post-Chevron Era", *B.C. L. Rev.*, 32, (1991), 761; Christopher J. Walker, "Attacking Auer and Chevron Deference: A Literature Review", *Geo. J.L. & Pub. Pol'y*, 16, (2018), 104; Kristin E. Hickman & Aaron L. Nielson, "The Future of Chevron Deference", *Duke Law Journal*, 70, (2021), 1016.

<sup>15</sup> 603 U. S. \_\_\_\_ (2024).

<sup>16</sup> James M. Landis, "Crucial Issues in Administrative Law", *Harv. L. Rev.*, 53/7, (1940), 1077.

bulundurmaları gerektiğine hükmetmiştir.<sup>17</sup> Richardson'a göre katı kurallar yerine gevşek standartlar öngören Skidmore, idarenin hukuki yorumunun her davada olayın somut özelliklerine göre farklı esaslarla değerlendirilmesini gerektirir.<sup>18</sup> Richardson ayrıca; Skidmore kararının, idarenin yorumlarına riayet edilmeksizin idarenin kararlarının arkasındaki gerekçe ve bulguların mahkemece yeniden değerlendirilmesini öngören yeniden inceleme (de novo) standardından çok da farklı olmadığını dile getirmiştir.<sup>19</sup> Yüksek Mahkeme'nin 1936 tarihli *United States v. Carlo Bianchi & Co.* davasında belirginleşen yeniden inceleme standardı mahkemelere, idarenin kararlarını tamamen yeniden değerlendirerek bağımsız bir inceleme yapma yetkisi sağlar.<sup>20</sup>

İdarenin yargısal denetiminin kapsamına ilişkin bir diğer yõteme geçmeden önce, 1948 tarihli İdari Usul Yasası'nın (Administrative Procedure Act) idarenin kararlarının yargısal denetiminin kapsamını belirleyen 706. maddesinden bahsetmek yerinde olacaktır. Bu madde, mahkemelere idarenin kararlarını gözden geçirme ve gerekirse iptal etme yetkisi verir. 706. maddenin 1. fıkrası gereği mahkeme, sahip olduğu yargısal denetim yetkisi kapsamında idarenin kararına ilişkin tüm hukuki sorunları karara bağlar, anayasal ve yasal hükümleri yorumlar ve kararın şartlarının veya uygulanabilirliğinin anlamını belirler.<sup>21</sup> Maddenin takip eden 2. fıkrası ise, mahkemelerin idarenin kararlarını hangi sebeplerle iptal edebileceğini düzenler. Buna göre; (A) idare kararını keyfi ya da takdir yetkisinin kötüye kullanımı sonucunda almışsa veyahut karar yasaya aykırı ise, (B) karar anayasal haklara, yetkilere, ayrıcalıklara veya dokunulmazlıklara aykırı ise, (C) idare yasal yetkisini aşarak ya da yetkisi dışında veyahut yasal haktan yoksun şekilde hareket etmiş ise, (D) idare yasal usul kurallarına uymadan karar almışsa, (E) duruşma benzeri oturumun öngörüldüğü ya da yasayla duruşmanın zorunlu kılındığı işlemlerde esaslı delillere dayanılmadan karar alınmış ise, (F) idarenin kararının temelindeki maddi vakıaların yeterli ölçüde gerçeklerle desteklenmemesi neticesinde mahkemece yeniden inceleme ihtiyacı doğmuş ise mahkemeler idarenin kararlarını iptal edebilir.<sup>22</sup>

İdarenin kararlarının yargısal denetiminde kullanılan bir diğer yöntem ise Yüksek Mahkeme'nin 1951 tarihli *Universal Camera Corp. v. NLRB* davasında belirginleştirdiği esaslı delil (substantial evidence) doktrini. Esaslı delil doktrini gereği mahkemeler, idarenin kararlarını derinlemesine ve kapsamlı bir şekilde incelemeli ve sadece idarenin kararını destekleyen delilleri değil aynı zamanda kararın aleyhine olan delilleri de dikkate alarak tüm deliller ışığında bütüncül bir değerlendirme gerçekleştirmelidir.<sup>23</sup> Mahkeme ayrıca, idarenin kararlarını keyfiliğe varacak derecede geniş bir takdir yetkisiyle almamış olduğundan ve kararların makul bir temele dayandığından emin olmalıdır.<sup>24</sup> Makul bir temele dayanmış olmaktan kastedilen sağduyulu ortalama bir kişinin ilgili delillere bakarak aynı sonuca ulaşım ulaşamayacağını değerlendirilmesidir.<sup>25</sup> Sonuç olarak, eğer bir karar keyfi olarak nitelendiriliyorsa bu, kararın yeterli delille ve mantıkla desteklenmediği yani esaslı ve makul delillere dayandırılmadığı anlamına gelir. Böyle bir durumda mahkeme idarenin kararına riayet etmekle yükümlü değildir.

Yüksek Mahkeme, *Universal Camera Corp. v. NLRB* davasından tam yirmi yıl sonra 1971 tarihli *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe* davasında ortaya koymuş olduğu keyfilik doktrini (arbitrary and capricious) ile, idarenin kararlarının yargısal denetiminde başvuru bir diğer yöntemi geliştirmiştir. Bu davada Yüksek Mahkeme, idarenin kararlarının yargısal incelemesi sırasında kullanılacak üç aşamalı bir test öngörür. Bu testin ilk aşamasına göre mahkemeler ilk olarak, idarenin yetkisi dahilinde hareket

<sup>17</sup> *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944).

<sup>18</sup> Richardson, "Deference is Dead, Long Live Chevron", s.448.

<sup>19</sup> Richardson, "Deference is Dead, Long Live Chevron", s.448.

<sup>20</sup> *United States v. Carlo Bianchi & Co.*, 373 U.S. 709 (1936).

<sup>21</sup> 5 U.S.C. § 706(1) (1946).

<sup>22</sup> 5 U.S.C. § 706(2) (1946); Cenk Şahin, *Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon"*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 166.

<sup>23</sup> *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474, 488 (1951).

<sup>24</sup> *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474, 488 (1951).

<sup>25</sup> *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474, 488 (1951).

edip etmediğini tespit etmelidir.<sup>26</sup> Mahkemelerin bu aşamada değerlendirmesi gereken, idare karar alırken yasaların kendisine verdiği yetkiyi aşmış mı, yoksa yasal sınırlar içinde mi kalmış sorunudur. Mahkemeler ikinci aşamada ise, idarenin karar alırken gerekli yasal usul kurallarına uyup uymadığını gözden geçirir.<sup>27</sup> Son aşamada mahkemeler, keyfilik standardı gereği idarenin kararının keyfi olup olmadığını inceler.<sup>28</sup> Keyfilik standardı, idarenin karar alırken tüm ilgili faktörleri göz önünde bulundurmasını, konuyla ilgili önemli unsurları değerlendirmiş olmasını ve delillere ve mantıklı gerekçelere dayalı hareket etmesini öngörür.<sup>29</sup> Bu unsurlara dikkat edilmeden alınan idarenin kararları keyfi olarak değerlendirilir ve mahkemelere idarenin kararlarına müdahale edebilme olanağı sağlar.

Mahkemelerin idarenin kararlarının yargısal denetiminde kullanmış olduğu diğer bir yöntem yakından inceleme (hard look) doktrininin standartları ise, Yüksek Mahkeme tarafından Chevron'dan sadece bir yıl önce 1983 tarihli Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co. davasında belirginleştirilmiştir. İdarenin kararlarının daha sıkı denetimini öngören bu doktrin, mahkemelerin idarenin kararlarının keyfi olup olmadığını belirlemek için derinlemesine bir inceleme yapması gerektiğini belirtir.<sup>30</sup>

Yakından inceleme doktrini, idarenin kararlarının yargısal denetiminde mahkemelerin araştırıcı ve dikkatli bir inceleme yapması gerektiğini vurgular.<sup>31</sup> Doktrin bağlamında, idarenin karar alırken süreci titizlikle belgelendirmesi ve kararlarının dayanağını oluşturacak yeterli kayıtları tutması gerekmektedir.<sup>32</sup> Mahkeme, idarenin aldığı kararları bu kayıtlar üzerinden denetler ve idarenin kararlarının rasyonel, gerekçelendirilmiş ve iyi belgelenmiş olup olmadığını değerlendirir. Doktrin ayrıca, idarenin kararlarının tutarlı olması gerektiğini ve aynı türdeki konulara yönelik farklı kararlar alan idarenin şeffaflık ilkesi gereğince gerekçelerini açıkça ifade etmekle yükümlü olduğunu vurgular.<sup>33</sup>

## B. Chevron doktrininin kapsam ve temel prensipleri

Amerikan idare hukukunda önemli bir yere sahip olan ve bu çalışmanın da konusunu oluşturan Chevron doktrini, Yüksek Mahkeme tarafından 1984'te Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (Chevron) davasında ortaya konmuştur. Chevron davasının temel konusu; Çevre Koruma Ajansı'nın (Environmental Protection Agency) hava kalitesini düzenlemek için uyguladığı bir kuralın, 1963 tarihli Temiz Hava Yasası'na (Clean Air Act) uygun olup olmadığı meselesidir.

Temiz Hava Yasası, hava kirliliğinin kaynağını neyin oluşturduğunu spesifik ve kesin olarak tanımlamadığından, "kaynak" kelimesini yorumlama yetkisi ilgili idare Çevre Koruma Ajansı'na aitti. Kendi uzmanlık alanına giren teknik terimleri yorumlama yetkisine istinaden Ajans "kaynak" kelimesini, hava kirliliğine neden olan her bir ayrı ünite veya cihaz olarak değerlendirmekte idi.<sup>34</sup> Bu, tek bir sanayi tesisinde birden fazla bağımsız emisyon kaynağı olabileceği anlamına geliyordu. Örneğin; bir fabrikanın bacası, kazanı ve fırını her biri ayrı bir "kaynak" olarak değerlendiriliyordu.

1977 yılında Temiz Hava Yasası'nda yapılan değişikliklerle birlikte ülkede "yeni kaynak incelemesi" (new source review) adı verilen bir düzenleme programı uygulanmaya başlandı. Bu program, yeni kurulan veya büyük ölçüde değiştirilen endüstriyel tesislerin hava kirliliğine katkısını kontrol altına

<sup>26</sup> Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402, 416-417 (1971).

<sup>27</sup> Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402, 416-417 (1971).

<sup>28</sup> Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402, 416-417 (1971).

<sup>29</sup> Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402, 416-417 (1971).

<sup>30</sup> Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 463 U.S. 29, 43-46 (1983); Patrick M. Garry, "Judicial Review and the Hard Look Doctrine", *Nev. LJ*, 7, (2006), 151-152.

<sup>31</sup> Garry, "Judicial Review and the Hard Look Doctrine", s.151-152; <sup>31</sup> Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402, 416 (1971).

<sup>32</sup> Garry, "Judicial Review and the Hard Look Doctrine", s.152; Gordon G. Young, "Judicial Review of Informal Agency Action on the Fiftieth Anniversary of the APA: The Alleged Demise and Actual Status of Overton Park's Requirement of Judicial Review On the Record", *Admin. L.J. Am. U.*, 10, (1996), 190.

<sup>33</sup> Cass R. Sunstein, "Deregulation and the Hard-Look Doctrine", *The Supreme Court Review*, (1983), 181-182.

<sup>34</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 840 (1984).

almak amacıyla bu tür tesislerin mevcut emisyon kontrol standartlarına uymasını ve çevresel etkilere göre uygun önlemler almasını hedeflemektedir.<sup>35</sup> Yeni kaynak incelemesi uyarınca, bu tür tesislere ait projelerin Çevre Koruma Ajansı tarafından yürütülen ayrıntılı bir onay sürecinden geçmesi zorunlu kılınmıştır.<sup>36</sup>

Çevre Koruma Ajansı 1977 değişikliği sonrası “yeni kaynak incelemesi” programı kapsamında, ilgili düzenlemedeki “kaynak” kelimesini, başlangıçtaki yorumuna benzer şekilde ele almıştır. Ajans bu çerçevede, bir sanayi tesisindeki her bir emisyon kaynağını bağımsız olarak değerlendirerek, her bir kaynak için ayrı ayrı emisyon izinleri alınmasını ve her bir emisyon kaynağının emisyon limitlerine uygun hareket etmesini zorunlu kılmıştır.<sup>37</sup>

1981 yılında Ronald Reagan’ın başkan olmasının ardından ise Çevre Koruma Ajansı, Temiz Hava Yasası’ndaki “kaynak” kelimesine ilişkin yorumunu değiştirerek, tek bir bağımsız kaynağı değil tüm bir tesisi değerlendirmeye başlamıştır.<sup>38</sup> Özellikle balon konsepti (bubble concept) ile birlikte, bir sanayi tesisindeki tüm emisyon kaynakları tek bir balon (bubble) içinde değerlendirilerek bu “balon”, tesisin toplam emisyonlarını temsil edecek şekilde yorumlanmaya başlanmıştır.<sup>39</sup> Bu yeni yoruma göre, bir tesis ya da fabrikada yapılan bir değişikliğin, yalnızca tüm tesis ya da fabrikanın toplam hava kirliliği emisyonlarını arttırdığı ölçüde “yeni kaynak incelemesi” sürecinden geçmesi zorunlu kılınmıştır.<sup>40</sup> Buna istinaden, bir tesiste yeni hava kirliliği yaratacak bir proje inşa etmek isteyen herhangi bir şirket, toplam emisyonlarını aynı miktarda azaltmak için aynı anda tesiste başka değişiklikler yaparak “yeni kaynak incelemesi” sürecinden kaçınabilmektedir.<sup>41</sup> Dolayısıyla tesisin toplam emisyonları sınırlandırıldığı sürece, bireysel ünitelerin emisyonlarındaki değişikliklerin esnek bir şekilde yönetilmesine olanak sağlandığı söylenebilir.

Çevre Koruma Ajansı’nın bu yeni yorumu, tesislerin veya fabrikaların hava kirliliği üzerindeki toplam etkisi artmadığı sürece, şirketlerin endüstriyel kararlarını daha özgürce almasına izin vermiştir.<sup>42</sup> Öyle ki projeler yeni hava kirliliği yaratsa bile, “balon konsepti” yorumu ile bu projelerin inşasına olanak sağlandığı görülmektedir. Sanayi tesislerine esneklik sağlamak amacıyla geliştirilen bu konsept, özellikle çevre grupları başta olmak üzere çeşitli çevrelerce, çevresel koruma ve halk sağlığı açılarından eleştiri konusu olmuştur.

Bu eleştirilerin başında “balon konseptinin” Temiz Hava Yasası’nın ruhuna aykırı olduğu gelmektedir. Yasa, her bir emisyon kaynağının ayrı ayrı kontrol edilmesini öngördüğünden, balon konseptinin, bu ilkeyi gevşettiği ve neticede yasayı etkisiz hale getirdiği dile getirilmiştir.<sup>43</sup> “Balon konsepti” ayrıca, bir tesisin toplam emisyonlarını bir bütün olarak ele alıp bireysel üniteler arasında emisyon değişikliğine izin verdiğinden, bireysel ünitelerdeki emisyon artışlarının göz ardı edilebileceği ve bunun da neticede çevresel koruma hedeflerini zayıflatabileceği ileri sürülmüştür.<sup>44</sup> Kirlilik seviyelerinin artarak çevresel koruma hedeflerini zayıflatabileceği olasılığı ise, “balon konseptinin” bağlantılı olarak halk sağlığına da zarar verebileceği eleştirilerinin doğmasına yol açmıştır.

Yoğunlaşan eleştirilerin etkisiyle 1981 yılının sonlarında, çevreci bir grup olan Doğal Kaynaklar Savunma Konseyi (Natural Resources Defence Council), Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi’ne (U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit) bir dilekçe vererek Çevre Koruma Ajansı’nın “balon

<sup>35</sup> Clean Air Act Amendments of 1977, Pub. L. No. 95-95, § 127, 91 Stat. 685, 73

<sup>36</sup> Clean Air Act Amendments of 1977, Pub. L. No. 95-95, § 127, 91 Stat. 685, 731.

<sup>37</sup> Kristin E. Hickman & Richard J. Pierce, *Administrative Law Treatise*, (New York: Wolters Kluwer, 2019), 200-201.

<sup>38</sup> Hickman & Richard, *Administrative Law Treatise*, s.201.

<sup>39</sup> Hickman & Richard, *Administrative Law Treatise*, s.201.

<sup>40</sup> Hickman & Richard, *Administrative Law Treatise*, s.201.

<sup>41</sup> Hickman & Richard, *Administrative Law Treatise*, s.201.

<sup>42</sup> Hickman & Richard, *Administrative Law Treatise*, s.201.

<sup>43</sup> Richard L. Revesz & Michael A. Livermore, *Retaking Rationality: How Cost-Benefit Analysis Can Better Protect the Environment and Our Health*, (Oxford Univ. Press, 2008), 101.

<sup>44</sup> Revesz & Livermore, *Retaking Rationality: How Cost-Benefit Analysis Can Better Protect the Environment and Our Health*, s.102.

konsepti” düzenlemesine itiraz etmiştir. Doğal Kaynaklar Savunma Konseyi, Çevre Koruma Ajansı’nın Temiz Hava Yasası’nı yanlış yorumladığını, yasadaki “kaynak” kelimesinin bu şekilde genişletilerek yorumlanamayacağını ve Ajans’ın “balon konsepti” ile Temiz Hava Yasası’nın amacını ve metnini aşırı genişleterek çevresel koruma hedeflerini zayıflattığını ileri sürmüştür.<sup>45</sup>

Sonuç olarak Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi 1982 yılında Doğal Kaynaklar Savunma Konseyi’nin lehine karar vererek, Çevre Koruma Ajansı’nın “balon konsepti” ile ilgili düzenlemesini iptal etmiştir. Mahkeme, Ajans’ın Temiz Hava Yasası’ndaki “kaynak” kelimesini çok geniş bir şekilde yorumladığını ve bu geniş yorumun yasanın öngördüğü emisyon kontrol gerekliliklerini zayıflattığını belirtmiştir.<sup>46</sup> Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi’nin bu kararı, enerji sektöründe faaliyet gösteren büyük petrol şirketi Chevron’un Yüksek Mahkeme’ye başvurmasına ve nihayetinde davanın Yüksek Mahkeme’ye taşınmasına yol açmıştır.

Chevron şirketi, Çevre Koruma Ajansı’nın uzman bir idare olduğunu ve Temiz Hava Yasası gibi karmaşık ve teknik bir yasayı yorumlama konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olması gerektiğini savunmuştur.<sup>47</sup> Bu argüman, idarelerin, kendilerini ilgilendiren teknik alanlarda yasaları yorumlama konusunda mahkemelerden daha donanımlı ve yetkin oldukları fikrine dayanmaktadır. Chevron şirketi ayrıca, Temiz Hava Yasası’nın, “kaynak” teriminin tanımı konusunda net olmadığını ve yasada belirsizlik olduğunda mahkemelerin idarenin makul yorumlarına riayet etmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>48</sup>

Doğal Kaynaklar Savunma Konseyi ise, “kaynak” teriminin Temiz Hava Yasası çerçevesinde dar bir şekilde yorumlanması gerektiğini, Çevre Koruma Ajansı’nın “balon konsepti” ile yasayı aşırı geniş bir şekilde yorumladığını ve bu durumun yasayı geçersiz kılma yetkisi olmayan bir idarenin yetki aşımı anlamına geldiğini savunmuştur.<sup>49</sup> Doğal Kaynaklar Savunma Konseyi ayrıca, bu geniş yorum sonucunda, kirlilik seviyelerinin artabileceği, çevresel koruma hedeflerinin zayıflayacağı ve halk sağlığının tehlikeye girebileceğini ileri sürmüştür.<sup>50</sup>

Yüksek Mahkeme, Haziran 1984’te, oybirliği ile Çevre Koruma Ajansı’nın lehine karar vererek Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi’nin kararını bozmuştur. Yargıç John Paul Stevens tarafından kaleme alınan kararda Mahkeme, Temiz Hava Yasası’ndaki “kaynak” teriminin muğlak anlamını, Kongre’nin Çevre Koruma Ajansı’na bir politika kararı verme ve “kaynağın” anlamını seçme yetkisi verdiğinin kanıtı olarak değerlendirmiştir.<sup>51</sup> Mahkeme, Kongre’nin belirsiz bir yasa çıkardığında, belirsizliğin, Kongre’den idareye zımni bir yetki devri anlamına gelebileceğini ve bu yetki devrinin mahkemelerin idarenin yasayı yorumlamasını denetleme yetkisini sınırlayabileceğini açıklamıştır.<sup>52</sup> Yüksek Mahkeme ayrıca, Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi’nin hava kirliliği emisyonları düzenlenmesi konusunda hükümet politikası belirlemeye çalıştığını, Amerika yargısının hükümetin siyasi bir kolu olmadığını ve Amerika federal yargıçlarının seçilmiş yetkililer olmadığını vurgulamıştır.<sup>53</sup>

U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. davasında Yüksek Mahkeme, mahkemelerin bir idarenin yasaları veyahut hukuki metinleri yorumlamasına yönelik bir itirazı karara bağlarken kullanacakları iki aşamalı bir analiz ortaya koymuştur. Bu iki aşamalı analiz Chevron doktrini olarak bilinir. Chevron’un ilk aşaması, mahkemelerin öncelikle Kongre’nin yasada ilgili konu hakkında açıkça bir hüküm tesis edip etmediğini değerlendirmesini gerektirir.<sup>54</sup> Mahkemeler yasanın metnini ve

<sup>45</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 842-844 (1984).

<sup>46</sup> Natural Res. Def. Council, Inc. v. Gorsuch, 685 F.2d 718, 723-24 (D.C. Cir. 1982).

<sup>47</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 865-866 (1984).

<sup>48</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 843-844, 865-866 (1984).

<sup>49</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 845-846.

<sup>50</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 848-849.

<sup>51</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 844-845.

<sup>52</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 843-844.

<sup>53</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 865-866.

<sup>54</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 842-843; Thomas W. Merrill, “Textualism and the Future of the Chevron Doctrine”, *Wash. U. L. Q.*, 72, (1994), 352.

yapısını inceleyerek Kongre'nin niyetinin açık olup olmadığını belirler. Eğer yasa metni konu hakkında açık bir hüküm içeriyorsa ve Kongre'nin niyeti belirginse, mahkemeler yasa hükmüne uygun bir şekilde karar vermek zorundadır.<sup>55</sup> Bu durumda idarenin yorumu, mahkeme tarafından reddedilir.

Ancak eğer yasa belirsizse veya konu hakkında açıkça bir hüküm içermiyorsa, mahkeme, analizin ikinci aşamasına geçer.<sup>56</sup> Bu aşamada mahkemeler, idarenin yaptığı yorumu değerlendirir ve yorumun makul olup olmadığını inceler.<sup>57</sup> Makuliyet, yorumun yasayla ve yasanın genel amacıyla uyumlu olup olmadığı, idarenin uzmanlık alanıyla ne kadar ilişkili olduğu ve idarenin bu yorumu yaparken hangi gerekçelere dayandığı gibi kriterlere göre değerlendirilir.<sup>58</sup> Eğer idarenin yorumu makul bir temele dayanıyorsa, mahkemeler bu yoruma riayet eder ve yorum geçerli sayılır. Bu aşamada mahkemelerin idarenin yorumlarına riayet etmesinin sebebi, idarenin uzmanlık alanlarına giren teknik konularda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu düşüncesidir.

Chevron doktrini, Amerikan idare hukukunda bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir.<sup>59</sup> Doktrin, kısa sürede idare hukukundaki en önemli doktrinel değişimlerden biri olarak kabul edilmiştir.<sup>60</sup> Yüksek Mahkeme'ce kendisinden önce ortaya konulmuş ve idarenin kararlarının yargısal denetiminde kullanılan diğer doktrinlerden farklı olarak Chevron, idarenin yasaları ve hukuki metinleri yorumlama yetkisini genişleten ve mahkemelerin bu yorumları denetleme biçimini değiştiren bir yaklaşımı temsil eder. Diğer doktrinler, idarenin kararlarına daha sınırlı bir yetki ve dar bir denetim mekanizması sunarken, Chevron bu denetimi daha esnek ve idarenin uzmanlık alanlarına uygun hale getirmiştir. Chevron doktrini, 1984'ten itibaren, Yüksek Mahkeme ve federal temyiz ve bölge mahkemeleri tarafından 19.000'den fazla farklı davada kullanılmıştır.<sup>61</sup> Doktrin, geçerli olduğu kırk yıllık süreç içerisinde, akademik çevrelerce ve yargı organlarınca desteklendiği gibi birçok eleştiriye de maruz kalmıştır. Doktrin daha iyi anlaşılabilmesi için çalışmanın takip eden bölümünde doktrin yıllar içerisinde geçirdiği değişime, günümüzde uygulanabilirliğine ve iptalinin idarenin yargısal denetimi üzerindeki etkilerine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

## II. Chevron Doktrininin Değişimi, Günümüzde Uygulanabilirliği ve İptali

### A. Chevron doktrininin değişimi ve eleştirileri

Chevron doktrini, ortaya konduğu tarihten itibaren hem akademik çevrelerden hem de yargı organlarından destek görmüş, ancak aynı zamanda birçok eleştirinin de hedefi olmuştur. Yargıç Antonin Gregory Scalia'nın 1986 yılında Yüksek Mahkeme'de göreve başlamasını takiben Mahkeme'ye atanan diğer beş yargıcın da sıkı birer Chevron destekçisi olması neticesinde doktrin, çok kısa bir süre içerisinde kendi alanındaki temel doktrin haline gelmiştir.<sup>62</sup> Ancak Chevron'un kabulünü takip eden yıllar içinde Yüksek Mahkeme'ce getirilen istisnalar ve kabul edilen yeni doktrinler ile, Chevron doktrininin uygulama alanı ve kapsamı önemli ölçüde daraltılmıştır.<sup>63</sup>

Chevron doktrininin uygulanabilirliğinin sınırlandırıldığı ilk davalardan biri olarak bilinen Thomas Jefferson University v. Shalala davasında Yüksek Mahkeme, birden fazla idarenin aynı yasa veya düzenleme konusunda tutarsız yorumlar yaptığı durumlarda Chevron'un otomatik olarak uygulanamayacağını, mahkemelerin idarelerin yorumlarını daha yakından inceleyerek kendi

<sup>55</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 842-843; Merrill, "Textualism and the Future of the Chevron Doctrine", s.352.

<sup>56</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 843.

<sup>57</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 844; Merrill, "Textualism and the Future of the Chevron Doctrine", s.352.

<sup>58</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 844-845.

<sup>59</sup> Herz, "Chevron is Dead; Long Live Chevron", s. 1872.

<sup>60</sup> Stephen Breyer, "Judicial Review of Questions of Law and Policy", *Admin. L. Rev.*, 38, (1986), 372.

<sup>61</sup> Collins, "West Virginia's "Major Questions" and the Silent Disappearance of the Chevron Doctrine", s.806.

<sup>62</sup> Linda Jellum, "Chevron's Demise: A Survey of Chevron from Infancy to Senescence", *Admin. L. Rev.*, 59, (2007), 748-760.

<sup>63</sup> Richardson, "Deference is Dead, Long Live Chevron", s.453.

değerlendirmesini yapması gerektiğine karar vermiştir.<sup>64</sup> Bir diğer dava United States v. Mead Corp. da, Chevron doktrininin hangi durumlarda uygulanabileceğini netleştiren ve sınırlandıran önemli bir davadır. Bu davada Yüksek Mahkeme, eğer idare, bir yasa hakkında resmi düzenleme veya genel kural koyma yetkisine sahipse Chevron doktrinin uygulanabileceğine; ancak idare, genelge, mektup veya kılavuz gibi gayri resmi, rutin ve basit nitelikli idari işlemler yapma yetkisine sahipse Chevron'un uygulanamayacağına karar vermiştir.<sup>65</sup> Mahkeme, bu tür işlemler için Chevron yerine daha düşük bir yargı standardı öngören Skidmore doktrininin uygulanarak, mahkemelerin idarenin yorumunu daha yakından incelemesi ve gerektiğinde reddetmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>66</sup>

Chevron doktrininden önemli bir sapma olarak kabul edilen FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp. davasında ise Yüksek Mahkeme, ilgili idarenin geniş yetkilerini sınırlamak amacıyla Chevron yerine uygulanacak önemli sorunlar doktrini (major questions doctrine) kabul etmiştir.<sup>67</sup> Bu davada Yüksek Mahkeme; idarenin önemli siyasi, ekonomik veya sosyal sonuçları olan ve olağanüstü durumlar olarak nitelendirilen alanlarda düzenlemeler yaparken, Kongre tarafından açıkça yetkilendirilmediği müddetçe, mahkemelerin idarenin yorumlarına riayet etmek yerine nihai kararı kendilerinin vermesi gerektiği yönünde karar vermiştir.<sup>68</sup> Chevron'a kıyasen idarenin yetkilerini oldukça sınırlayan önemli sorunlar doktrini, Yüksek Mahkeme tarafından uzun bir süre nadiren kullanılmış olsa da<sup>69</sup>, son yıllarda özellikle çevre politikası ve sağlık gibi önemli politik ve ekonomik etkileri olan davalarda daha sık kullanılmaya başlanmıştır.<sup>70</sup> Örneğin 2022 tarihli West Virginia v. EPA davasında Yüksek Mahkeme, önemli sorunlar doktriniyi uygulayarak, karbon emisyonlarının düzenlenmesi gibi önemli bir politik ve ekonomik meselede idarenin açık yasama yetkisi olmadan geniş kapsamlı düzenlemeler yapamayacağına karar vermiştir.<sup>71</sup>

Chevron doktrini ile bağlantılı bahsedilmesi gereken bir diğer dava da Auer v. Robbins davasıdır. Bu davada Auer doktriniyi ortaya koyan Yüksek Mahkeme; idarenin kendi düzenlemelerini yorumlama konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğuna ve mahkemelerin, idarenin yasalara uygun ve mantıklı yorumlarına riayet etmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>72</sup> Auer doktrini Chevron gibi idarelere geniş yetkiler tanınmasına rağmen Chevron kadar kapsamlı değildir; çünkü Chevron, idarenin yasaları ve hukuki metinleri yorumlamasına dayanırken Auer doktrini sadece idarenin kendi düzenlemelerini yorumlamasına odaklanmaktadır. Auer doktrini, idareye fazla güç verdiği gerekçesiyle eleştirilmiş, idarenin hem düzenlemeleri yapan hem de yorumlayan pozisyonda olmasının hukuki güvensizlik yaratabileceği ileri sürülmüştür.

Yüksek Mahkeme, Auer v. Robbins davasından on iki yıl sonra, Kisor v. Wilkie davasında Auer doktrinine çeşitli sınırlamalar getirmiştir. Mahkeme, Auer doktrininin sadece idarenin düzenlemeleri belirsiz ise uygulanabileceğini, düzenlemeler açıksa mahkemelerin idarenin yorumlarına riayet edip etmemekte serbest olduğunu ifade etmiştir.<sup>73</sup> Neticede Kisor v. Wilkie kararının, Auer doktriniyi tamamen ortadan kaldırmadığı, ancak doktrinin uygulama alanını ve idarenin yetkilerini önemli ölçüde sınırlandırdığı söylenebilir.

Chevron doktrininin uygulanabilirliğini sınırlayan karar ve doktrinlere kısaca değindikten sonra doktrine yöneltilecek eleştirilerden bahsetmek yerinde olacaktır. Chevron'a yöneltilecek en ciddi

<sup>64</sup> Thomas Jefferson Univ. v. Shalala, 512 U.S. 504, 515 (1994).

<sup>65</sup> United States v. Mead Corp., 533 U.S. 218, 226-27 (2001).

<sup>66</sup> United States v. Mead Corp., 533 U.S. 218, 234-35 (2001).

<sup>67</sup> Nathan Richardson, "Keeping Big Cases from Making Bad Law: The Resurgent "Major Questions" Doctrine", *Conn. L. Rev.*, 49, (2016), 358.

<sup>68</sup> FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 529 U.S. 120, 159 (2000).

<sup>69</sup> Michael Coenen & Seth Davis, "Minor Courts, Major Questions", *Vand. L. Rev.*, 70, (2017), 793-794.

<sup>70</sup> King v. Burwell, 576 U.S. 473 (2015); West Virginia v. EPA, 142 S. Ct. 2587 (2022).

<sup>71</sup> West Virginia v. EPA, 142 S. Ct. 2587, 2609 (2022).

<sup>72</sup> Auer v. Robbins, 519 U.S. 452, 461 (1997).

<sup>73</sup> Kisor v. Wilkie, 139 S. Ct. 2400, 2415-18 (2019).



eleştirilerin başında; doktrinin, Amerikan Anayasası'nın 3. maddesi<sup>74</sup> uyarınca mahkemelere verilen yargılama yetkisini yürütme organına devrettiği ve Kongre'nin yasama sürecini zayıflattığı gelmektedir.<sup>75</sup> 3. madde, yasaları yorumlama yetkisini münhasıran mahkemelere vermiştir ve Chevron doktrininin bu yetkiyi sarstığı ileri sürülmektedir.<sup>76</sup> Öyle ki, idarenin önüne gelen bir yasa ya da hukuk metninin sayısız makul yorumu olabilir ve bu noktada Chevron, pek çok makul yorumdan hangisinin doğru olduğuna mahkemelerin değil idarenin karar vermesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>77</sup> Burada eleştirilen nokta; mahkemelerin, en doğru yorumun idarenin yorumuyla çeliştiğini tespit etseler dahi, idarenin yorumu makul olduğu sürece idarenin yorumuna riayet etmek zorunda olduğu gerçeğidir.

Chevron doktrininin en büyük destekçilerinden Yüksek Mahkeme yargıcı Antonin Gregory Scalia dahi, zamanla Chevron'un genişletilmiş kullanımını ve idari kurumlara aşırı yetki verilmesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur.<sup>78</sup> Scalia, Chevron'un idareye geniş bir yorumlama yetkisi tanıyarak yargının rolünü zayıflattığını, yasaların metinsel anlamına öncelik verilmesi gerektiğini (textualism), eğer yasal metin açık ve net ise o metnin kelime anlamına göre mahkemeler tarafından yorumlanması gerektiğini ve idarenin yorumlarına ihtiyaç olmadığını savunmuştur.<sup>79</sup>

Yargıç Clarence Thomas da, Chevron'u, yasal belirsizlik durumlarında kural koyma yetkisinin örtülü devri olarak nitelendirmiştir.<sup>80</sup> Thomas, Anayasa'dan gittikçe uzaklaşıldığını, herhangi bir idarenin yasalara ilişkin yorumlarına yasa gücü vermeden önce Anayasa 3. maddenin ve "yasaların nihai yorumlayıcısının mahkemeler olduğuna" hükmeden *Marbury v. Madison*<sup>81</sup> kararının mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiğini dile getirmiştir.<sup>82</sup>

Chevron doktrinine yöneltilen bir diğer ciddi eleştiri ise; doktrinin, Kongre'nin yasama sürecini zayıflattığı görüşüdür.<sup>83</sup> Bednar ve Hickman'a göre Chevron; Kongre'nin yasaları tercihen muğlak bir dille hazırlayarak, kamu oyununda tartışma konusu yaratabilecek istenmeyen kararların siyasi külfetinin yasa koyuculardan hükümete kaydırılmasına aracılık yapmaktadır.<sup>84</sup> Lawson'a göre de Chevron; yürütme organının, yasama işlemi yapabilmesine olanak sağlamaktadır.<sup>85</sup> Lawson böyle bir uygulamayı eleştirmek yerine, modern yönetim anlayışının bir gereği olarak yorumlamayı tercih etmiştir.<sup>86</sup> Ancak bu durumda, idari kurum yöneticileri halka karşı doğrudan sorumlu olmadıkları için, Anayasa'nın yasama işleminin demokratik olarak hesap verilebilir bir şekilde yapılabilmesi için öngördüğü mekanizmaların işletilemeyeceği ve idarenin yeni düzenlemelerinin halkın iradesine uygun olmamasının hesap verilebilirlik bağlamında herhangi bir yaptırıma tabi tutulamayacağı unutulmamalıdır.<sup>87</sup>

<sup>74</sup> "Birleşik Devletler'in yargı yetkisi, tek bir yüksek mahkemeye ve Kongre'nin zaman zaman kararlaştırıp kurabileceği alt mahkemelere aittir."

<sup>75</sup> Howayek, "The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations" s. 175-180.

<sup>76</sup> Howayek, "The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations" s. 175; <sup>76</sup> Richardson, "Deference is Dead, Long Live Chevron", s.449.

<sup>77</sup> Howayek, "The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations" s. 175.

<sup>78</sup> Howayek, "The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations" s. 175; *Nat'l Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Servs.*, 545 U.S. 967, 1017 (2005).

<sup>79</sup> *Util. Air Regul. Grp. v. EPA*, 573 U.S. 302, 316-19 (2014).

<sup>80</sup> Howayek, "The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations" s. 176.

<sup>81</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>82</sup> Richardson, "Deference is Dead, Long Live Chevron", s.449; *Michigan v. EPA*, 576 U.S. 743, 761-64 (2015).

<sup>83</sup> Howayek, "The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations" s. 178-180.

<sup>84</sup> Nicholas R. Bednar & Kristin E. Hickman, "Chevron's Inevitability", *Geo. Wash. L. Rev.*, 85, (2017), 1455.

<sup>85</sup> Gary Lawson, "Representative/Senator Trump?", *Chap. L. Rev.*, 21, (2018), 116.

<sup>86</sup> Lawson, "Representative/Senator Trump?", s. 116.

<sup>87</sup> Howayek, "The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations" s. 178-179.

Bu bağlamda Yargıç Neil Gorsuch tarafından kaleme alınan ve Chevron doktrinine yönelik ciddi eleştirilerin yer aldığı Gutierrez-Brizuela v. Lynch davasındaki ek görüşten de bahsetmek yerinde olacaktır. Gorsuch ilgili görüşünde; Chevron'un, idareye yasama yetkisini fiilen devrederek demokratik süreci zayıflattığını,<sup>88</sup> Anayasa'nın güçler ayrılığı ilkesine aykırı olduğunu,<sup>89</sup> yargıçların bağımsız karar alma yetkisini sınırladığını<sup>90</sup> ve hukuki belirsizlik yarattığını savunmuştur.<sup>91</sup> Gorsuch'un bu görüşlerine dayanarak, kendisinin de, Yüksek Mahkeme diğer hakimleri Scalia ve Thomas gibi idarenin yargı karşısında aşırı güçlenmesinden endişe duyduğu anlaşılmaktadır.

Benzer şekilde Yargıç Brett Kavanaugh da, 2016 tarihli makalesinden ve birkaç kararından anlaşılacağı üzere Chevron doktrini hakkında eleştirel bir bakış açısına sahiptir. Kavanaugh; Chevron'un tamamen reddedilmemesi gerektiğini ancak, daha ziyade geniş ve ucu açık terimler içeren yasalarla ilgili davalarla sınırlandırılması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>92</sup> Kavanaugh ayrıca; Chevron'un, yasaların belirsizliğini idare lehine çözen bir doktrin olduğunu, Kongre'nin yasama yetkisini fiilen yürütme organına devrettiğini, güçler ayrılığı ilkesine aykırı olduğunu ve demokratik hesap verilebilirliği ve yargı bağımsızlığını zayıflattığını ileri sürmüştür.<sup>93</sup> Kavanaugh, 2017 tarihli United States Telecom Association v. FCC ve 2022 tarihli West Virginia v. EPA davalarında ise, özellikle önemli politik ve ekonomik meselelerin açık bir yasama yetkisi olmadan idarenin takdirine bırakılmasının demokratik denetimi zayıflattığını ifade etmiştir.<sup>94</sup> Bu ifadeden, bu davaların önemli sorunlar doktrininin açık uygulamalarından olduğu ve Kavanaugh'un bu doktrini desteklediği anlaşılmaktadır.

## **B. Chevron doktrininin iptali: Loper Bright Enterprises v. Raimondo davası**

Loper Bright Enterprises v. Raimondo davasında Loper Bright'in da içinde bulunduğu bir grup ringa balığı arama şirketi, Ulusal Deniz Balıkçılığı Servisi'nin (National Marine Fisheries Service) federal balıkçılık regülasyonlarına uyumluluğu sağlamak amacıyla Magnuson-Stevens Balıkçılık Koruma ve Yönetim Yasası'nın (Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act) kendisine vermiş olduğu yetki kapsamında çıkarmış olduğu bir kurala karşı dava açmıştır.<sup>95</sup> Bu kural, balıkçılık şirketlerinin gemilerine atanabilecek federal gözlemcilerin maliyetlerini karşılamalarını gerektiriyordu. Davacılar; Ulusal Deniz Balıkçılığı Servisi'nin, Magnuson-Stevens Balıkçılık Koruma ve Yönetim Yasası kapsamında söz konusu maliyetleri balıkçılık şirketlerine yükleme yetkisine sahip olmadığını<sup>96</sup>, idari kurumların düzenleme konusu olan kişilerden izleme ücretlerini ödemelerini yalnızca Kongre'nin bunu yasayla açıkça yetkilendirmesi durumunda talep edebileceklerini<sup>97</sup> ve Servis'in dava konusu kuralı yayınlarken kullandığı prosedürlerin hatalı olduğunu<sup>98</sup> ileri sürmüşlerdir.

Davacılar, yerel mahkemenin iddialarını reddetmesi neticesinde Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi'ne başvurmuştur.<sup>99</sup> Temyiz Mahkemesi ilk olarak, Ulusal Deniz Balıkçılığı Servisi'nin düzenlemeye tabi kişilerden izleme için ödeme yapmalarını talep edebilmek için yasal olarak açıkça

<sup>88</sup> Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149 (10th Cir. 2016).

<sup>89</sup> Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1150 (10th Cir. 2016).

<sup>90</sup> Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1151 (10th Cir. 2016).

<sup>91</sup> Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1151-1152 (10th Cir. 2016).

<sup>92</sup> Brett M. Kavanaugh, "Fixing Statutory Interpretation", *Harv. L. Rev.*, 129, (2016), 2153-2154.

<sup>93</sup> Brett M. Kavanaugh, "Fixing Statutory Interpretation", s. 2150-2154.

<sup>94</sup> United States Telecom Ass'n v. FCC, 855 F.3d 381, 417 (D.C. Cir. 2017); West Virginia v. EPA, 142 S. Ct. 2587, 2616 (2022).

<sup>95</sup> Loper Bright Enters. v. Raimondo, 45 F.4th 359, 364 (D.C. Cir. 2022); Jack M. Beermann, "Loper Bright and the Future of Chevron Deference", *William & Mary Law Review Online*, 65, (2024), 4.

<sup>96</sup> Loper Bright Enters. v. Raimondo, 45 F.4th 359, 366 (D.C. Cir. 2022); Beermann, "Loper Bright and the Future of Chevron Deference", s.4.

<sup>97</sup> Loper Bright Enters. v. Raimondo, 45 F.4th 359, 371 (D.C. Cir. 2022); Beermann, "Loper Bright and the Future of Chevron Deference", s.4.

<sup>98</sup> Loper Bright Enters. v. Raimondo, 45 F.4th 359, 371 (D.C. Cir. 2022); Beermann, "Loper Bright and the Future of Chevron Deference", s.4.

<sup>99</sup> Loper Bright Enters. v. Raimondo, 45 F.4th 359, 359-360 (D.C. Cir. 2022); Beermann, "Loper Bright and the Future of Chevron Deference", s.4.

yetkilendirilmesi gerektiği iddiasını reddetmiştir.<sup>100</sup> Mahkeme daha sonra; Magnuson-Stevens Balıkçılık Koruma ve Yönetim Yasası'nın, Servis'i, balıkçılık faaliyetlerini izleme konusunda açıkça yetkilendirmesine rağmen izleme ücretlerinin tekne sahiplerinden talep edilip edilemeyeceği konusunda sessiz kaldığı sonucuna varmıştır.<sup>101</sup> İlgili Yasa'nın sessiz kaldığı sonucunu takiben Mahkeme, Chevron doktrininin ikinci aşamasını uygulayarak Ulusal Deniz Balıkçılığı Servisi'nce yayınlanan dava konusu kuralın makul bir yoruma dayandığı yönünde karar vermiştir.<sup>102</sup> Mahkeme ayrıca ilgili kurala yönelik usule ilişkin itirazları reddetmiştir.<sup>103</sup>

Temyiz Mahkemesi'nden de sonuç alamayan davacılar, Yüksek Mahkeme'ye başvurarak Chevron doktrininin yeniden gözden geçirilmesini ve hatta iptalini talep etmiştir.<sup>104</sup> Yüksek Mahkeme 28 Haziran 2024 tarihli kararında, Chevron doktrininin iptal ederek oy çokluğuyla davacılar lehine karar vermiştir. Mahkeme; Magnuson-Stevens Balıkçılık Koruma ve Yönetim Yasası'nın, ilgili idare Ulusal Deniz Balıkçılığı Servisi'ne federal gözlemcilerin maliyetlerini balıkçılık şirketlerine yükleme yetkisi vermediğine karar vermiştir.<sup>105</sup> Davada baş Yargıç John Roberts çoğunluk görüşünü yazarken, Chevron doktrininin İdari Usul Yasası'na aykırı olduğunu, bir yasa ya da hukuk metninin idarenin yorumuna uygun olup olmadığını belirlemenin mahkemelerin sorumluluğunda olduğunu ve mahkemelerin idarenin yorumlarına otomatik olarak riayet etmemesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>106</sup> Roberts ayrıca, idarenin yorumlarına hala riayete edileceğini ama bu riayetin Chevron'a kıyasen daha zayıf bir riayet gerektiren Skidmore doktrini çerçevesinde olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>107</sup>

Yargıç Clarence Thomas; Loper Bright Enterprises v. Raimondo davasında verdiği mutabık görüşte, Chevron doktrininin hem İdari Usul Yasası'na hem de Anayasa'nın güçler ayrılığı ilkesine aykırı olduğunu savunmuştur.<sup>108</sup> Davada mutabık görüş yazan bir diğer Yargıç Neil Gorsuch ise, "Mahkeme bugün Chevron'un mezar taşını herkesin görebileceği şekilde yerleştiriyor" ifadesiyle Chevron doktrininin artık tamamen sona erdiğini açıkça ifade etmiştir.<sup>109</sup> Gorsuch ayrıca bu kararın, mahkemeleri Amerika'nın kuruluşundan itibaren federal mahkemelere rehberlik eden yorumlayıcı kurallara geri döndürdüğünü ve mahkemelerin artık davaları çözmede hükümet lehine sistematik bir önyargı olmadan hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>110</sup>

Yargıç Elena Kagan ise Yargıçlar Sonia Sotomayor ve Ketanji Brown Jackson tarafından desteklenen karşı görüşünde; çoğunluğun hala idarenin kararlarına mahkemeler tarafından riayet edileceğine inanmasına rağmen bu görüşe katılmadığını belirtmiştir.<sup>111</sup> Kagan; "Çoğunluk, bugün 'belirsizliğin' nerede olduğunu tartışan yargıçların yarın 'riayetin' ne gerektirdiği konusunda tartışmayacaklarını düşünüyorsa, korkarım büyük bir hayal kırıklığı yaşayacak." diyerek, bu yeni çerçevenin daha fazla karmaşa yaratacağını savunmuştur.<sup>112</sup> Kagan ayrıca, özellikle bilimsel ve teknik meseleler içeren yasaların yorumlanmasında mahkemelerin değil bu konularda uzman olan idarelerin yetkin olduğunu

<sup>100</sup> Loper Bright Enters. v. Raimondo, 45 F.4th 359, 367 (D.C. Cir. 2022); Beermann, "Loper Bright and the Future of Chevron Deference", s.4-5.

<sup>101</sup> Loper Bright Enters. v. Raimondo, 45 F.4th 359, 368 (D.C. Cir. 2022); Beermann, "Loper Bright and the Future of Chevron Deference", s.5.

<sup>102</sup> Loper Bright Enters. v. Raimondo, 45 F.4th 359, 369 (D.C. Cir. 2022); Beermann, "Loper Bright and the Future of Chevron Deference", s.5.

<sup>103</sup> Loper Bright Enters. v. Raimondo, 45 F.4th 359, 370 (D.C. Cir. 2022); Beermann, "Loper Bright and the Future of Chevron Deference", s.5.

<sup>104</sup> Collins, "West Virginia's "Major Questions" and the Silent Disappearance of the Chevron Doctrine", s.806.

<sup>105</sup> 603 U. S. \_\_\_ (2024).

<sup>106</sup> 603 U. S. \_\_\_ (2024).

<sup>107</sup> 603 U. S. \_\_\_ (2024).

<sup>108</sup> 603 U. S. \_\_\_ (2024).

<sup>109</sup> 603 U. S. \_\_\_ (2024).

<sup>110</sup> 603 U. S. \_\_\_ (2024).

<sup>111</sup> 603 U. S. \_\_\_ (2024).

<sup>112</sup> 603 U. S. \_\_\_ (2024).

belirterek, uzmanlık gerektiren karmaşık konularda mahkemelerin idarelerle aynı düzeyde bilgiye sahip olduğunu düşünmenin gülünç olduğunu öne sürmüştür.<sup>113</sup>

Sonuç olarak Yüksek Mahkeme 28 Haziran 2024 tarihli *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* davası ile, karşıt görüşlere rağmen oyçokluğuyla, 40 yıl Amerikan idare hukukunda oldukça önemli bir yer tutan ve mahkemelerin sıklıkla atıfta bulunduğu Chevron doktrinini iptal etmiştir. İdarenin yorumlarına otomatik olarak riayet etme gerekliliğini ortadan kaldıran Raimondo kararı, Chevron'a kıyasen daha zayıf bir riayet gerektiren Skidmore doktrininin uygulanabileceğini ifade etmiştir.<sup>114</sup>Bu ifade, idarenin yorumlarının mahkemeler tarafından tamamen reddedilemeyeceği ancak mahkemelerin takdirine daha fazla alan bırakılacağı anlamına gelmektedir.

Skidmore, 1944 tarihli *Skidmore v. Swift & Co* davasında geliştirilmiş bir doktrindir. Skidmore kararında Yüksek Mahkeme, mahkemelerin idarenin hukuki yorumlarına riayet edip etmeyeceklerine karar verirken idarenin tutarlılığı, uzmanlık düzeyi ve yorumun ikna etme gücü dahil olmak üzere geniş ve münhasır olmayan birçok faktörü göz önünde bulundurmaları gerektiğine hükmetmiştir.<sup>115</sup> Mahkemelerin idarenin yasaları ve hukuki metinleri yorumlamasına ne ölçüde riayet etmesini belirlemeye ilişkin iki farklı yaklaşım sunan Chevron ve Skidmore doktrinleri hukukten karşılaştırıldığında; özetle Chevron daha geniş ve zorunlu bir riayet ilkesine dayanırken, Skidmore daha zayıf ve sınırlı bir riayet öngörmektedir.

Chevron doktrininin iptalinin idari ve yargısal süreçler üzerindeki muhtemel sonuçları düşünüldüğünde, öncelikle idarenin düzenleyici yetkilerinin önemli ölçüde etkilenebileceği söylenebilir.<sup>116</sup> Chevron'un idareye yasaları ve hukuki metinleri yorumlamada tanıdığı geniş yetkinin kısıtlanması neticesinde; idare, düzenleme yaparken daha temkinli olmak zorunda kalacaktır çünkü mahkemeler artık idarenin düzenlemelerini daha sıkı bir yargısal denetime tabi tutacak, düzenlemelere doğrudan müdahale edebilecek ve idarenin yorumlarına ilişkin daha bağımsız değerlendirmelerde bulunabilecektir. Neticede de, idarenin düzenlemelerinin daha sık iptal edilmesi veya sınırlı şekilde uygulanması gündeme gelebilecektir. Ayrıca, mahkemelerin idarenin kararlarını daha sıkı ve detaylı denetlemesi neticesinde düzenleyici süreçlerde belirsizlik ve yavaşlamalar yaşanabilir, düzenleyici politikaların yürürlüğe girmesi ve uygulanması zorlaşabilir. Son olarak, idarenin bilimsel ve teknik konularda uzmanlığını kullanarak esnek düzenleme yapma kabiliyetinin kısıtlanarak bu konularda karar verme yetkisinin mahkemelere geçme olasılığı yüksektir. Bu durumda da idarenin uzmanlığı kadar bilgi sahibi olmayan mahkemeler, uzmanlık gerektiren finans, çevre, sağlık ve benzeri alanlardaki düzenlemeler söz konusu olduğunda uzman idare kadar verimli hareket edemeyebilir.

Ancak, Raimondo kararının etkilerinin henüz ortaya çıkmadığı unutulmamalıdır. Kararın uzun vadeli sonuçları, mahkemelerin bu yeni yasal çerçeveyi nasıl uygulayacağına bağlıdır. Chevron doktrinini yerine Skidmore doktrinini gibi daha zayıf riayet gerektiren doktrinlerin uygulayıp uygulanmayacağını, idarenin yorumlarına ne ölçüde riayet edileceğini mahkemelerin ilerleyen günlerdeki yaklaşımı gösterecektir. Bu

<sup>113</sup> 603 U. S. \_\_\_\_ (2024).

<sup>114</sup> 603 U. S. \_\_\_\_ (2024).

<sup>115</sup> *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944).

<sup>116</sup> Amy Howe, "Supreme Court strikes down Chevron, curtailing power of federal agencies", SCOTUSblog (Jun. 28, 2024, 12:37 PM), <https://www.scotusblog.com/2024/06/supreme-court-strikes-down-chevron-curtailing-power-of-federal-agencies/> (E.T. 24.10.2024); Erin X Wong, "Supreme Court curtails agencies' ability to enforce regulations", HighCountryNews (Jun. 28, 2024), <https://www.hcn.org/articles/supreme-court-curtails-agencies-ability-to-enforceregulations/#:~:text=The%20repeal%20of%20the%20bedrock,and%20conservation%20laws%20into%20doubt.&text=On%20Friday%2C%20the%20Supreme%20Court's,old%20pillar%20of%20administrative%20law> (E.T. 24.10.2024); Michael Robert Blumenthal & Douglas W Charnas & James William Sandy & David Barry Waxman, "The End of Chevron Deference: What Does It Mean, and What Comes Next?", Business Law Today, American Bar Association (Aug. 16, 2024), [https://www.americanbar.org/groups/business\\_law/resources/business-law-today/2024-august/end-chevron-deference-what-does-it-mean-what-comes-next/](https://www.americanbar.org/groups/business_law/resources/business-law-today/2024-august/end-chevron-deference-what-does-it-mean-what-comes-next/) (E.T. 24.10.2024).

bağlamda Raimondo kararının, idarenin düzenlemelerinin mahkemeler tarafından nasıl değerlendirileceği konusunda belirsizlik yaratması olasıdır. Sonuç olarak mahkemeler, Chevron sonrası dönemde idareye ne ölçüde yetki tanıyacağına karar verdikçe, Raimondo kararın etkileri daha net ortaya çıkacaktır.

## **Sonuç**

Amerikan Yüksek Mahkemesi yıllar boyunca çeşitli davalarda ortaya koyduğu farklı doktrinlerle, mahkemelerin idarenin kararları karşısında nasıl bir yaklaşım benimsemesi gerektiğine, yargısal denetimin ideal kapsamına ve mahkemelerin idarenin yorumlarına ne ölçüde riayet etmesi gerektiğine çözüm bulmaya çalışmıştır. Bu bağlamda, Amerikan idare hukukunda en sık atıfta bulunulan dava ve ciddi bir doktrinel değişim olarak bilinen Chevron gereği; bir yasal metin açıkça belirli bir soruyu yanıtlamıyorsa, mahkemeler idarenin metne ilişkin makul yorumlarına riayet etmek zorundadır. Chevron, Yüksek Mahkeme’ce kendisinden önce ortaya konulmuş diğer doktrinlerden farklı olarak idarenin yasaları ve hukuki metinleri yorumlama yetkisini genişleterek, diğer doktrinlerce idarenin kararlarına öngörülen sınırlı yetki ve dar denetim mekanizmasını daha esnek ve idarenin uzmanlık alanlarına uygun hale getirmiştir.

Chevron doktrini, geçerli olduğu 1984-2024 yılları içerisinde akademik çevrelerce ve yargı organlarınca desteklendiği gibi birçok eleştiriye de maruz kalmıştır. Chevron’un uygulanabilirliğini sınırlayan kararlar, doktrinler ve Chevron’a akademik çevrelerce ve yargı mensuplarınca yöneltilen eleştiriler göz önünde bulundurulduğunda, Chevron’un kabulünden itibaren tartışma konusu yapıldığı söylenebilir. 1990’lardan itibaren ise doktrin önemini kaybetmeye başlamış ve özellikle son dönemlerde yargıçların Chevron’a karşı artan eleştirel yaklaşımları neticesinde Yüksek Mahkeme düzeyinde Chevron’a riayet ciddi ölçüde azalmıştır. En nihayetinde de Chevron doktrini, 28 Haziran 2024’te Loper Bright Enterprises v. Raimondo davasında Yüksek Mahkeme tarafından oyçokluğuyla iptal edilmiştir. İdarenin yorumlarına otomatik olarak riayet etme gerekliliğini ortadan kaldıran Raimondo kararı, Chevron’a kıyasen daha zayıf bir riayet gerektiren Skidmore doktrininin uygulanabileceğini ifade etmiştir. Bu ifade, idarenin yorumlarının mahkemeler tarafından tamamen reddedilemeyeceği ancak mahkemelerin takdirine daha fazla alan bırakılacağı anlamına gelmektedir.

Chevron doktrininin iptali neticesinde, idarenin hukuki metinleri yorumlama yetkisi sınırlanabileceği gibi idari düzenlemeler mahkeme tarafından daha sıkı bir yargısal denetime tabi tutulabilir. Bu durum, idarenin düzenlemelerinin daha sık iptal edilmesine veya sınırlı şekilde uygulanmasına yol açabilir, böylece düzenleyici süreçlerde belirsizlik ve yavaşlamalar meydana gelebilir. Ayrıca, idarenin bilimsel ve teknik konularda esnek düzenlemeler yapma yeteneği kısıtlanabileceğinden karar verme yetkisi de bilimsel ve teknik uzmanlık gerektiren alanlarda yeterli bilgisi olmayan mahkemelere geçebilir. Bu değişikliklerin, idari süreçlerin işleyişini ve yargı ile yürütme arasındaki güç dengesini önemli ölçüde etkileyeceği öngörülmektedir. Ancak Raimondo kararının nihai etkileri henüz netleşmemiş olup, idari ve yargısal süreçlerin gelecekteki işleyişi, mahkemelerin bu yeni yaklaşımı nasıl benimseyeceğiyle şekillenecektir. Yargının bu süreçte idarenin uzmanlık alanlarına ne kadar riayet edeceği, Chevron doktrini yerine Skidmore doktrini gibi daha zayıf riayet gerektiren doktrinlerin uygulayıp uygulanmayacağı ve idari düzenlemelerin hangi ölçüde kabul edileceği zamanla belirginleşecektir.

## Kaynakça

### Makaleler ve Kitaplar

- Adler, Jonathan H. "Restoring Chevron's Domain", *Mo. L. Rev.*, 81, (2016), 983-1001.
- Bednar, Nicholas R. & Hickman, Kristin E. "Chevron's Inevitability", *Geo. Wash. L. Rev.*, 85, (2017), 1392-1461.
- Beermann, Jack M. "Loper Bright and the Future of Chevron Deference", *William & Mary Law Review Online*, 65, (2024), 1-25.
- Blumenthal, Michael Robert & Charnas, Douglas W & Sandy, James William & Waxman, David Barry. "The End of Chevron Deference: What Does It Mean, and What Comes Next?", *Business Law Today*, American Bar Association (Aug. 16, 2024), [https://www.americanbar.org/groups/business\\_law/resources/business-law-today/2024-august/end-chevron-deference-what-does-it-mean-what-comes-next/](https://www.americanbar.org/groups/business_law/resources/business-law-today/2024-august/end-chevron-deference-what-does-it-mean-what-comes-next/) (E.T. 24.10.2024).
- Bressman, Lisa Schultz & Stack, Kevin M. "Chevron Is a Phoenix", *Vanderbilt Law Review*, 74, (2021), 465-482.
- Breyer, Stephen. "Judicial Review of Questions of Law and Policy", *Admin. L. Rev.*, 38, (1986), 363-398.
- Caust-Ellenbogen, Sanford N. "Blank Checks: Restoring the Balance of Powers in the Post-Chevron Era", *B.C. L. Rev.*, 32, (1991), 757-834.
- Coenen, Michael & Davis, Seth. "Minor Courts, Major Questions", *Vand. L. Rev.*, 70, (2017), 777-843.
- Collins, Hunter W. "West Virginia's "Major Questions" and the Silent Disappearance of the Chevron Doctrine", *San Diego L. Rev.*, 60, (2023), 777-807.
- Garry, Patrick M. "Judicial Review and the Hard Look Doctrine", *Nev. LJ*, 7, (2006), 151-170.
- Herz, Michael. "Chevron is Dead; Long Live Chevron", *Colum. L. Rev.*, 115, (2015), 1867- 1904.
- Hickman, Kristin E. & Nielson, Aaron L. "The Future of Chevron Deference", *Duke Law Journal*, 70, (2021), 1015-1024.
- Hickman, Kristin E. & Pierce, Richard J. *Administrative Law Treatise*, New York: Wolters Kluwer, 2019.
- Howayeck, Andrew. "The Major Questions Doctrine: How the Supreme Court's Efforts to Rein in the Effects of Chevron Have Failed to Meet Expectations", *Roger Williams University Law Review*, 25/1, (2020), 173-194.
- Howe, Amy. "Supreme Court strikes down Chevron, curtailing power of federal agencies", *SCOTUSblog* (Jun. 28, 2024, 12:37 PM), <https://www.scotusblog.com/2024/06/supreme-court-strikes-down-chevron-curtailing-power-of-federal-agencies/> (E.T. 24.10.2024).
- Jellum, Linda. "Chevron's Demise: A Survey of Chevron from Infancy to Senescence", *Admin. L. Rev.*, 59, (2007), 725-782.
- Kavanaugh, Brett M. "Fixing Statutory Interpretation", *Harv. L. Rev.*, 129, (2016), 2118-2154.
- Landis, James M. "Crucial Issues in Administrative Law", *Harv. L. Rev.*, 53/7, (1940), 1077-1106.
- Lawson, Gary. "Representative/Senator Trump?", *Chap. L. Rev.*, 21, (2018), 111-132.
- Merrill, Thomas W. "Textualism and the Future of the Chevron Doctrine", *Wash. U. L. Q.*, 72, (1994), 351-377.

- Miles, Thomas J. & Sunstein, Cass R. "Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron", U. Chi. L. Rev., 73 (2006), 823-879.
- Revesz Richard L. & Livermore, Michael A. *Retaking Rationality: How Cost-Benefit Analysis Can Better Protect the Environment and Our Health*, Oxford Univ. Press, 2008.
- Richardson, Nathan. "Deference is Dead, Long Live Chevron", Rutgers L. Rev., 73, (2021), 441-526.
- Richardson, Nathan. "Keeping Big Cases from Making Bad Law: The Resurgent "Major Questions" Doctrine", Conn. L. Rev., 49, (2016), 355-409.
- Scalia, Antonin. "Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law", Duke L.J., 3 (1989), 511-521.
- Stephenson, Matthew C. & Adrian Vermeule, Adrian. "Chevron Has Only One Step", Va. L. Rev., 95, (2009), 597-609.
- Sunstein, Cass R. "Chevron Step Zero", Va. L. Rev., 92, (2006), 187-260.
- Sunstein, Cass R. "Deregulation and the Hard-Look Doctrine", The Supreme Court Review, (1983), 177-213.
- Şahin, Cenk. *Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon"*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Walker, Christopher J. "Attacking Auer and Chevron Deference: A Literature Review", Geo. J.L. & Pub. Pol'y, 16, (2018), 103-122.
- Walters, Daniel E. "Four Futures of Chevron Deference", Geo. Mason L. Rev., 31/2, (2024), 635-657.
- Wong, Erin X. "Supreme Court curtails agencies' ability to enforce regulations", HighCountryNews (Jun. 28, 2024), <https://www.hcn.org/articles/supreme-court-curtaills-agencies-ability-to-enforce-regulations/#:~:text=The%20repeal%20of%20the%20bedrock,and%20conservation%20law%20into%20doubt.&text=On%20Friday%2C%20the%20Supreme%20Court's,old%20pillar%20of%20administrative%20law> (E.T. 24.10.2024).
- Young, Gordon G. "Judicial Review of Informal Agency Action on the Fiftieth Anniversary of the APA: The Alleged Demise and Actual Status of Overton Park's Requirement of Judicial Review on the Record", Admin. L.J. Am. U., 10, (1996), 179-249.

## **Davalar**

- Auer v. Robbins, 519 U.S. 452 (1997).
- Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).
- Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971).
- FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 529 U.S. 120 (2000).
- Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F.3d 1142 (10th Cir. 2016).
- King v. Burwell, 576 U.S. 473 (2015).
- Kisor v. Wilkie, 139 S. Ct. 2400 (2019).
- Loper Bright Enters. v. Raimondo, 45 F.4th 359, 364 (D.C. Cir. 2022).
- Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- Michigan v. EPA, 576 U.S. 743 (2015).
- Mistretta v. United States, 488 U.S. 361 (1989).

Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 463 U.S. 29 (1983).

Nat'l Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services, 545 U.S. 967 (2005).

Natural Res. Def. Council, Inc. v. Gorsuch, 685 F.2d 718 (D.C. Cir. 1982).

Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134 (1944).

Thomas Jefferson Univ. v. Shalala, 512 U.S. 504 (1994).

United States Telecom Ass'n v. FCC, 855 F.3d 381 (D.C. Cir. 2017).

United States v. Carlo Bianchi & Co., 373 U.S. 709 (1936).

United States v. Mead Corp., 533 U.S. 218 (2001).

Universal Camera Corp. v. NLRB, 340 U.S. 474 (1951).

Util. Air Regul. Grp. v. EPA, 573 U.S. 302 (2014).

West Virginia v. EPA, 142 S. Ct. 2587 (2022).

603 U. S. \_\_\_\_ (2024).

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.



## “Uluslararası Hukukun Etkinliği Meselesi” Hakkında Bir Değerlendirme

### An Assessment on “The Issue of the Effectiveness of International Law”

Hakkı Hakan Erkiner 

Marmara Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi, Milletlerarası  
Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul,  
Türkiye,  
herkiner@marmara.edu.tr



Geliş Tarihi/Received: 22.10.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 09.12.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
16.12.2024

**Öz:** Bu makale, uluslararası hukuk ve uluslararası topluluğun doğası hakkında bir analiz sunmakta ve uluslararası hukukun varoluşsal niteliği ile uygulanabilirliği üzerine odaklanmaktadır. Makale, uluslararası topluluğun devletlerden oluştuğunu ve bu devletlerin birbirleriyle egemen eşitlik temelinde ilişki kurduğunu vurgulamaktadır. Bu bağlamda, uluslararası hukuk, uluslararası topluluğun hukukudur ve dolayısıyla bir “mümkün hukuk” olarak tanımlanmaktadır. Bu, uluslararası hukukun uygulamasının ve etkisinin, devletlerin iradelerine bağlı olduğunu göstermektedir. Uluslararası hukukun etkili olabilmesi için devletlerin siyasi iradelerinin tezahür etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, uluslararası hukuk bir zorlayıcı güç mekanizması değil, daha çok bir olasılık sistemidir. Uluslararası hukuk, kendi içinde belirli kurallar ve ilkeler barındırmaktadır. Bu kurallar, sonuçlarının uygulanmasından bağımsız olarak bilimsel bir doğruluk taşır. Yani, uluslararası hukuk bir bilim olarak, haklılık ve meşruiyetin belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu, uluslararası ilişkilerde uluslararası hukuk kavramının sadece pratikte değil, aynı zamanda teorik olarak da bir referans noktası olduğuna işaret etmektedir. “Erga omnes” yükümlülükleri ihlal eden devletlere karşı, uluslararası topluluğun kolektif bir yanıt verme yeteneği sınırlıdır. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin etkisizliği, uluslararası kolektif barış ve güvenlik mekanizmalarının işleyişini zorlaştırmakta ve dolayısıyla uluslararası hukukun üstünlüğünü sağlamada bir engel teşkil etmektedir. Güvenlik Konseyi’nde veto uygulamaları, özellikle uluslararası barış ve güvenliğin açısından ciddi sorunlar yaratmakta ve uluslararası hukukun uygulanabilirliğini sınırlamaktadır. Sorumlu devlete karşı etkili bir baskı oluşturmak için, devletlerin ortak hareket etmesi ve uluslararası sorumluluk hukukunda mevcut bir olanak olan karşı önlemler alması gerekmektedir. Uluslararası hukukun varoluşu, egemen devletlerin iradelerine dayanmakta olup, bu durum onu “mümkün bir araç” olarak tanımlamaktadır. Ancak, bu aracın işlevselliği, devletlerin iradesine bağlıdır ve bu iradenin varlığı garanti değildir.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Hukuk, Uluslararası İlişkiler, Uluslararası Barış ve Güvenlik, Uluslararası Sorumluluk, Birleşmiş Milletler

**Abstract:** This article analyzes the nature of international law and the international community, focusing on the existential nature and applicability of international law. The article emphasizes that the international community is composed of states and that these states relate to each other based on sovereign equality. In this context, international law is the law of the international community and is therefore defined as a ‘contingent law’. This shows that the application and effect of international law depends on the will of states. For international law to be effective, the political will of states must be manifested. Thus, international law is not a mechanism of coercive power, but rather a system of contingency. International law contains certain rules and principles within itself. These rules have a scientific accuracy independent of the application of their consequences. That is, international law as a science plays an important role in determining justification and legitimacy. This implies that in international relations the concept of international law is a point of reference not only in practice but also theoretically. The ability of the international community to collectively respond to states that violate ‘erga omnes’ obligations is limited. The ineffectiveness of the United Nations Security Council complicates the functioning of international collective peace and security mechanisms and thus constitutes an obstacle to ensuring the rule of international law. Using vetoes in the Security Council poses severe problems for international peace and security and limits the enforceability of international law. To put effective pressure on the responsible state, states need to collaborate and take countermeasures, a possibility available in the law of international responsibility. The existence of international law is based on the will of sovereign states, which characterizes it as a ‘means to an end’. However, the functionality of this instrument depends on the will of states, and the existence of this will is not guaranteed.

**Keywords:** International Law, International Relations, International Peace and Security, International Responsibility, United Nations

## Extended Abstract

The concept of an "international society" does not exist; instead, what exists is the "international community," which primarily consists of a community of states. International law is the law of this international community. Therefore, international law is not an absolute law, but a contingent law'. The consequences of international law are realized if the unilateral, bilateral, or multilateral will of states is formed according to the situation. The expressed will is primarily political will. Political will is followed by legal consequences. However, there are rules and principles of international law, which state scientific legal truths independent of the realization of their consequences. We refer to the realization of these legal truths as 'the question of the effectiveness of international law'.

This article examines the nature and effectiveness of international law, contending that the international community is fundamentally a body of states and that international law constitutes a potential, rather than a definite, legal system. The effectiveness of international law is contingent upon the will of states, with political will being the crucial factor that enables its implementation and realization. Absent such will, the law lacks effective application. The article posits that international law functions as "contingent law," closely tied to the existence of the international community. It highlights that the impact of international law varies by circumstance and does not yield definitive outcomes. The international community is characterized as a structure of sovereign equals, where the absence of a superior authority complicates the application of law. The article contends that the concept of an "international society" is not a tangible reality; rather, the true structure is the "international community," primarily composed of states, where international law governs their interactions based on the principle of sovereign equality. International law is fundamentally based on the will of states, which determines its validity and applicability. As a "contingent law," its effectiveness relies on the choice of states to apply it, with the formation and manifestation of their political will being crucial. This perspective is essential for understanding the functioning of international law and the reasons for its occasional ineffectiveness.

It is emphasized that in case of breach of 'erga omnes' obligations, international responsibility mechanisms should come into play. However, the effectiveness of these mechanisms depends on the will of states. Especially due to the ineffectiveness of the United Nations Security Council (UNSC), international responsibility mechanisms should be implemented. The veto power of the UNSC has a serious negative impact on the effectiveness of international law. The veto limits the functionality of the UNSC and thus reduces the enforceability of international law. This leads to the dysfunctionality of collective peace and security law. In the event of violations of 'erga omnes' obligations, it is a matter of considerable debate on how the international community at large can respond. In particular, the ineffectiveness of the UNSC severely limits the applicability of international law in such situations. In the article, this is associated with the paralysis of the 'international collective law of peace and security'.

The article states that international law is a science, a language, and a craft. International law plays a crucial role in dispute resolution, but its effectiveness depends on the will of states to observe and implement legal rules. Beyond the existence of legal norms, the activation of international responsibility mechanisms requires collective efforts. As both a science and a language, international law contributes to justification and legitimacy, shaping global public opinion. Its function as a "craft" holds the potential to address injustices in international relations, yet this potential remains contingent on the will of states, making outcomes inherently uncertain.

International law emphasizes the importance of collective responsibility for breaches of 'erga omnes' obligations. However, the effectiveness of these mechanisms depends on the functionality of the UNSC. The UNSC's veto system seriously hinders the effectiveness of international law. Veto rights paralyze the functioning of the international law of collective peace and security, leading to a failure to ensure the supremacy of international law. Therefore, it is concluded that mechanisms of international responsibility should be developed and implemented to increase effectiveness. To ensure the rule of

international law, other states must assert responsibility and take countermeasures. This can increase international pressure and be a step towards ensuring the effectiveness of the law. The existence of international law, in a structure based on the sovereignty of states, implies the existence of a possible, rather than an absolute, applicability of the law. This situation creates a structure that makes it difficult for states to comply with international law. In this context, international law is not only a normative system but also a reflection of power and will dynamics.

In cases where the UNSC fails to function, the mechanism of international responsibility must come into play. The support of other states to the victim state of an internationally wrongful act can increase international pressure against the responsible state. For countermeasures to be effective, the states concerned must achieve a legal and legitimate concentration of power. Especially in situations that threaten international peace and security, the assertion of responsibility by other states can be an effective element of pressure. Once responsibility is asserted, other states may take countermeasures, which may put pressure on the responsible state to act by international law. The effectiveness of international law relies on a mechanism that addresses the collective needs of the international community. In this regard, the institution of international responsibility and the mechanism of countermeasures are key tools and methods.

The issues where the effectiveness of international law is most needed are the issues of 'international collective law of peace and security' and 'international collective law of responsibility'. The former is blocked by the UNSC on every truly serious issue, while the latter since it does not depend on it, offers more possibilities. It is this possibility that saves the question of the effectiveness of international law as a legal theory from being a problem whose solution is impossible.

## Giriş

Eldeki çalışmada "*uluslararası hukukun etkinliği meselesi*" hakkında konunun esas hatları itibariyle özlü bir değerlendirme yapılmaya gayret edilecektir. Mesele kelimesi, "*çözüme kavuşturulması, bir sonuca bağlanması gereken durum, sorun*" anlamına geldiği gibi "*çözümü zor iş veya durum*" anlamına da gelmektedir. Kelimenin üçüncü anlamına göre ise mesele, "*bir ilim ve fende ilmi bir metotla çözümlenmesi gereken husus, problem*" anlamında kullanılmaktadır<sup>1</sup>. Mesele kelimesinin işaret ettiği gibi uluslararası hukukun etkinliği bir sorundur ve çözümü zor bir durumdur ve gene mesele kelimesinin anlamının belirttiği gibi anılan bu sorun eldeki çalışma bakımından bilimsel bir metotla çözümlenmesi gereken bir problemdir. Burada metotlarına başvurulacak bilim de gene uluslararası hukukun kendisidir. Öyleyse bir bilimin kendi başına bir mesele olan etkinliğinin, gene meselenin kaynağı olan o bilimin metotlarıyla çözümlenmeye çalışılması, hal yoluna konulması imkansız bir iş değil midir? Eldeki çalışmada bu hususu da mümkün mertebe aydınlatmaya çalışacağız ve bu ilk bakıştaki imkansızlığı devletlerce istenirse aşmanın az veya çok olanaklarının uluslararası hukukta mevcut olduğunu tespit etmeye gayret edeceğiz ve Birleşmiş Milletler (BM) özelinde örgütlü uluslararası topluluktan ileri gelen güçsüzlük nedeniyle, bu olanakların bilhassa "*uluslararası sorumluluk hukuku*" içerisinde kendilerine yer bulduğunu göstereceğiz.

Eldeki çalışmada esas hatlarıyla ve özlü bir biçimde işlenmekte olan "*uluslararası hukukun etkinliği meselesi*" başlığında geçen etkinlik kelimesi, etkin olma durumunu belirtmektedir. Etkin kelimesi ise faal, aktif anlamına geldiği gibi etkili, tesirli, müessir anlamında da kullanılmaktadır<sup>2</sup>. "*Tesirli ilaç*" denildiğinde olduğu gibi "*belirli bir tesir bırakabilecek güçte olan, etkili, müessir*" ifadesinde belirtilmek istenen anlamın merkezinde tesir kelimesi yer almaktadır<sup>3</sup>. Tesir kelimesinin ilk anlamı, "*bir nesnenin, bir halin başka bir kimse veya nesne üzerinde kendini hissettiren gücü, etki*" manasındadır<sup>4</sup>. Yukarıda

<sup>1</sup> Kubbealtı Lugatı, "Mesele" (Erişim 2 Ekim 2024).

<sup>2</sup> Kubbealtı Lugatı, "Etkin" (Erişim 2 Ekim 2024).

<sup>3</sup> Kubbealtı Lugatı, "Tesirli" (Erişim 2 Ekim 2024).

<sup>4</sup> Kubbealtı Lugatı, "Tesir" (Erişim 2 Ekim 2024).

misal olarak verdiğimiz “*tesirli ilaç*” ifadesinden yola çıkarak, öyleyse “*uluslararası hukuk derde derman bir ilaç mıdır*” sorusu da eldeki makalede sorulması kaçınılmaz olan soruların başında gelmektedir. Bu soruyu bilimsel bir metotla cevaplandırabilmek için ifade edilen “*dermanı aranan derdin*” çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir çünkü ilacın yöneldiği tesir sahasının ve tesirin neticesinin ancak bu biçimde belirlenmesi mümkündür. “*Dermanı aranan derdin*” çerçevesi, “*uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması*”dır, daha özlü bir ifadeyle, “*dert, uluslararası hukukun üstünlüğüdür*”. Tesir kelimesinden yola çıkarak belirtilmelidir ki bu çerçevede istenen etkinin ancak bir güç uygulaması ile sağlanabildiği de açıktır. “*Belirli bir tesir bırakabilecek güçte olan, etkili*” ifadesinde mündemiç olan manaya göre etkili olabilmek için belirli bir güce gereksinim vardır. Güç kelimesi, “*bir iş veya hareketi sağlayan maddi ve fiziki kuvvet*” anlamına gelir<sup>5</sup>. Güç kelimesinin eş anlamlısı kudret sözcüğüdür. Mademki etkili olmak için güç, kudret gereksinimi vardır, “*uluslararası hukukun etkinliği meselesi*” incelenirken de elbette, uluslararası hukuka, tesirli olabilmek için gereken güç, hangi kaynaktan sağlanabilir, bunun da araştırılması elzemdir.

Yukarıdaki ilk iki paragrafta belirlendiği üzere eldeki incelemede önce meseleye ilişkin metot çerçevesi çizilecektir. İkinci aşama olarak, uluslararası hukukun tesirli olmasından ne anlaşılması gerektiği belirtilecektir. Üçüncü merhalede, uluslararası hukukun tesirli olmasının istendiği sahanın sınırları belirlenecektir. İncelemenin dördüncü evresinde ise belirlenen sahada tesir elde edilmesi için gerekli olan güç ihtiyacının nasıl karşılanacağı araştırılacaktır. Bu düşünce akışının çalışmada takip edilebilmesi için makale iki bölüme ayrılarak oluşturulmaktadır. Birinci bölümde “*uluslararası hukukun etkinliği meselesi*” hakkında uluslararası hukukun tesiri konusundaki esas hatlar belirlenecektir. Bu başlık altında metodolojik çerçeve ve tesir sahasının hudutlarına yer verilecektir. İkinci bölümde ise “*uluslararası hukukun etkinliği meselesi*” hakkında tesir için esas yöntemler dile getirilecektir. Uluslararası hukukun tesir sergileyebilmesi için bu tesiri sağlayacak güce gereksinim olduğunu yukarıda ifade etmiştik. İşte makalenin ikinci bölümünde zaruri olan bu gücün muhtemel kaynakları araştırılacaktır. Muhtemel gücün kaynağı olarak özellikle “*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku mekanizması*” ve “*uluslararası kolektif sorumluluk hukuku mekanizması*” düzeneklerini inceleyeceğiz. Dolayısıyla ikinci bölüm altında “*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku mekanizması*” dediğimiz düzeneği var eden örgütlü uluslararası topluluk olgusuna eğileceğiz. Örgütlü uluslararası topluluğun somut tezahürü ise BM Örgütü olduğundan, BM Şartı içerisinde tesir için mevcut olan güç olanaklarına bakacağız. İkinci bölümde ele alacağımız son konuda ise “*uluslararası kolektif sorumluluk hukuku mekanizması*” içerisinde, tesir için zaruri olan muhtemel güç adına, mevcut olabilecek imkanlara eğileceğiz.

## I. Tesir İçin Esas Hatların Tespiti

Bu başlık altında metodolojik çerçeve ve tesir sahasının hudutlarına yer verilecektir.

### A. Metodolojik çerçeve

Eldeki çalışmada “*uluslararası hukukun etkinliği meselesi*” hakkında inceleme yaparken öncelikle inceleme sırasında gözetilecek metot çerçevesi tespit edilecektir. İncelemeye esas teşkil edecek bilimsel düzlem uluslararası hukukun haricinde oluşturulmayacaktır. Belirtilmesi gereken en önemli metodolojik yaklaşım budur. Konu uluslararası hukukun kendi olgusal, dolayısıyla varoluşsal niteliği ve uluslararası hukukta mevcut kural ve hukuki müesseseler içerisinde araştırılacaktır. Bu cümlelerin birinci yarısı, uluslararası hukukun ontolojisine, ikinci yarısı ise uluslararası hukukun epistemolojisine işaret etmektedir.

Uluslararası hukuk bizatihi bir olgu olarak, her şeyden önce, iç hukukların düzenlediği gibi bir sosyolojik gerçekliği düzenlemez. İç hukukların veya başka ifade ile ulusal hukukların düzenlediği sosyolojik yapılar, milli toplumlardır. Toplular, topluluk aşamasını aşmış, organik dayanışmanın kurulduğu,

<sup>5</sup> Kubbealtı Lugatı, “Güç” (Erişim 2 Ekim 2024).

kollektif çıkarların eşgüdümünün ileri taşındığı sosyolojik olgulardır<sup>6</sup>. Bir topluluk ise bir topluma nazaran çok farklı niteliklere sahiptir. Ulusal hukukların düzenlediği toplum yapısı niteliği itibariyle hiyerarşik bir yapıdır. Kudret hiyerarşisinin en tepesinde egemen kamu tüzel kişisi devlet yer alır. Devletin kudretinden daha üst bir hukuki kudret, iç hukukta bulunmaz. Devlet hükümandır. Egemenlik hakkından ileri gelen müstakil ve münhasır yetkileri vardır. Milli hukukunun üstünlüğünü egemen kamu tüzel kişisi olan ve meşru şiddet tekeli toplumdaki kurmuş olan ve meşru güç uygulama tekeli uhdesine almış olan devlet temin ve taahhüt eder. Bir topluluk ise daha ziyade yüz yüze ilişkilerden örülü, sosyal konum olarak nispeten eşitler arası, mekanik dayanışmanın hakim olduğu, üst perdeden kollektif çıkarların hukuken eşgüdüme çok da kavuşturulmadığı bir sosyal gerçekliktir. Sosyolojik olarak toplum, topluluğa nazaran daha ileri bir sosyal organizasyondur. Topluluk hukuki hiyerarşinin kurulmadığı bir nitelik arz eder<sup>7</sup>. Bu sosyolojik bakımlardan uluslararası hukukun düzenlediği sosyal gerçeklik bir topluluğa karşılık gelmektedir<sup>8</sup>. Topluluk, daha dar kapsamlı, daha kendiliğinden ve doğal haline daha yakın bir birliklilik çeşididir.

Uluslararası hukukun düzenlediği sosyal doku, uluslararası topluluktur. Eldeki çalışma çerçevesinde bu söyleme istikrarlı bir biçimde sadık kalınacaktır çünkü uluslararası hukukun düzenlediği sosyal dokunun niteliğinin, uluslararası topluluk olduğunu vurgulamının, eldeki makalenin amacı için özel bir önemi vardır<sup>9</sup>. Sosyolojik olgunun uluslararası toplum değil fakat uluslararası topluluk olmasının sonuçları vardır ve bu nedenle bu iki kavram birbirlerinin yerine kullanılmayacaktır. Uluslararası topluluk egemen eşitler arası bir sosyolojik bünyedir. Bu bünyenin başlıca ve en önemli kişileri devletlerdir. Bu kişiler hukuken birbirlerine eşit ve her biri hukuken egemen hukuki öznelerdir. Bunların üzerinde bir hukuki kudret yoktur. Uluslararası hukuk düzeni bakımından düzenlenen sosyal dokunun uluslararası topluluk niteliğinde olması dolayısıyla bu sosyal gerçeklikte, başlıca özneler olan egemen ve birbirlerine eşit devletler üzerinde üstün bir hukuki kudret yoktur. Bu nedenle ulusal toplumlarda ve dolayısıyla ulusal hukuklarda olduğu gibi uluslararası hukukta, hukukun gereklerinin yerine getirilmesini, üstün bir egemen otorite sağlamaz. Uluslararası hukuk yukarıdan aşağıya doğru uluslararası hukuk kişileri arasında uluslararası hukukun uygulanmasını sağlayan bir hukuki hiyerarşiye sahip değildir. Uluslararası hukuk düzeni, eşitler arası ve bu eşitlerin her birinin egemenlik sahibi olduğu ve bunların üzerinde, hukukun uygulanmasını sağlayan merkezi ve üstün bir gücün olmadığı bir hukuk düzenidir<sup>10</sup>.

Eldeki çalışmamızın ulaşmak istediği "*uluslararası hukukun etkinliği meselesi*" hakkında özlü ve konunun esas hatlarıyla bir değerlendirme yapma gayesi bakımından, bu makalede ifade edilmesi amaçlanan söylem doğrultusunda, belirtilmesi gereken önemli bir tespit, esasında uluslararası hukuk düzeninin uygulandığı sosyal gerçekliğin, bir uluslararası toplum olmadığıdır. Bu hudutlar dahilinde bir uluslararası toplum mevcut değildir. Uluslararası toplum diye bir olgu hem hukuki bakımdan hem de fenomenolojik bakımdan, sosyolojik bir gerçeklik olarak yoktur. Mevcut olan fenomenolojik, ontolojik, sosyolojik ve hukuki olgu uluslararası topluluktur<sup>11</sup>. Mevcut gerçekliğin uluslararası topluluk olmasının uluslararası hukuk düzeni bakımından esaslı sonuçları vardır. Toplumların hukuku olan iç hukuklarda, hukukun uygulanmasının, kuramsal kurgu olarak, egemen devletin mevcudiyeti nedeniyle kesin olması, başka bir ifadeyle muhakkak olması gerekir. Kanun devleti de olmanın, hukuk devleti de olmanın gereği budur çünkü egemen devlet, egemen kudret olduğu için hukuku uygular ve kuramsal olarak uygulamak zorundadır zira hukukunu uygulatamayan bir egemenin hükümandlığı, esasında tam olarak söz konusu

<sup>6</sup> Hakkı Hakan Erkiner, *Makaleler ile Uluslararası Hukukun Sosyolojisine ve Uluslararası Hukukun Tarihine Giriş* (Ankara: Seçkin, 2023), 25-27.

<sup>7</sup> Erkiner, *Makaleler*, 23.

<sup>8</sup> Erkiner, *Makaleler*, 28.

<sup>9</sup> Santiago Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats* (Paris: Presses Universitaires de France, 2005), 414.

<sup>10</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 414; Uluslararası hukuku bu yönüyle primitif bir hukuk düzeni olarak tanımlayan çalışmalar literatürde mevcut olmakla birlikte primitif hukuk ile uluslararası hukuku tam anlamıyla bağdaştırmak mümkün değildir. Sezercan Bektaş- Naziye Dirikgil, "The Interrelation Between International Law and Legal Anthropology: An Analysis in the Context of Primitive Law", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/20 (Aralık 2022), 210.

<sup>11</sup> Erkiner, *Makaleler*, 23.

olmaz. Mademki devlet egemendir, kuramsal kurgu olarak toplumda hukuk muhakkak uygulanır. Bu bakımdan milli hukuk muhakkak bir hukuktur, başka bir deyişle muhakkak uygulanmak üzere mevcut olan bir hukuktur. Vaziyet en saf haliyle budur. Halbuki uluslararası hukukta, hukuku muhakkak uygulatacak merkezi ve üstün bir başat hükümler gücü, uluslararası hukuk kişileri üzerinde mevcut değildir çünkü bu yapı bir toplum yapısı değil fakat ve ancak bir topluluk yapısıdır. Zaten böyle bir üstün otorite var olsa, söz konusu düzen, ya bir imparatorluk düzeni olur veya küresel bir kamu otoritesinin mevcudiyeti ile bu otoritenin küresel kamu hukuku söz konusu olur. İmparatorluk düzeninde de, küresel devletin kamu düzeninde de, artık uluslararası hukuk var olmaz. Bunun yerine emperyal düzen veya küresel kamusal düzen geçer. Anılan düzenlerin evrensel despotizm ve küresel tiranlık olması da elbette yüksek olasılıktır. Uluslararası hukukun egemen eşitler arası büyük oranda anarşik ve oldukça kaotik düzenimsi durumu yerine, bir küresel emperyal tiranlık düzeni de fark edilmeden entelektüel bağlamda çağırılıyor olunabilir. İster tiranlık olsun isterse olmasın, “evrensel bir merkezi otorite, bir evrensel devlet oluştuğu düşünülürse, artık uluslararası hukukun yürürlükten kalkacağı düşünülmelidir. Uluslararası hukukun yerini bu durumda “evrensel devletin” kamu hukuku alacaktır. Uluslararası hukuk düzeni diye bir hukuk düzeninin varlığına ihtiyaç duyulmasının nedeni, zaten bu hukuk tarafından düzenlenmesine ihtiyaç duyulan, kendine özgü bir sahanın bulunmasıdır”<sup>12</sup>.

Mevcut uluslararası toplulukta üstün kudret sahibi üst egemenin olmamasından ötürü, bu hukukun uygulanması muhakkak değildir. Daha kısa ama özlü bir ifadeyle, “uluslararası hukuk muhakkak bir hukuk değildir ama ve ancak muhtemel bir hukuktur”. Muhtemel bir hukuk olmasının nedeni, bu hukukun gereklerini uygulatacak ve hatta hükümlerliği nedeniyle de uygulatmak zorunda olan, bir üst kudretin bulunmamasıdır. Bu hukuku, gene bu hukukun kişileri olan uluslararası topluluğun mensubu özneler, kendi müstakil veya müşterek, tekil, iki taraflı veya çok taraflı iradelerinin tezahür etmesi ile uygulatılır ve hukukun gerekleri, şayet bu husus muhtemelen gerçekleşirse, tecelli eder. Bu irade, anılan öznelerin siyasi iradeleridir. Siyasi iradeler tezahür ederse, hukuk tecelli eder. Bu sistemin temel niteliği budur. Özneler olan egemen devletlere, hukukun gereğini yapmalarını emrecek başka bir üst merci yoktur; dolayısıyla bu öznelerin uluslararası hukuku uygulamayı tercih etmeleri gerekir. Durum en saf haliyle budur<sup>13</sup>. Bu durum en kısa bir biçimde “uluslararası hukuk muhakkak bir hukuk değildir fakat muhtemel bir hukuktur” biçiminde ifade edilebilir kanaatindeyiz ve öyle de ifade ediyoruz. Bununla birlikte, uluslararası hukukun muhtemelen oluşacak siyasi iradelerden bağımsız olarak, evvelden belli kural ve müesseseleri mevcuttur. Örneğin, silahlı saldırının kuvvet kullanma yasağının ihlali olduğu, saldırgan devletin sorumluluğunu doğurduğu ve mağdur devlete meşru müdafaa hakkı verdiği bellidir<sup>14</sup>. Silahlı saldırı yasağını ihlal eden bir uluslararası haksız fiilin “uluslararası hukukun emredici olan bir jus cogens normundan ileri gelen uluslararası topluluğun geneline yönelik erga omnes bir yükümlülüğün ağır ve ciddi ihlalini” teşkil ettiği bellidir<sup>15</sup>. Soykırımın yasak olduğu ve bu yasağın uluslararası hukukun emredici kurallarından ileri gelen bütün uluslararası topluluğa yönelik bir soykırım işlememe ve engelleme yükümlülüğü yüklediği açıktır<sup>16</sup>. Soykırım işleyen devletin “uluslararası hukukun emredici olan bir jus cogens normundan kaynaklanan bütün bir uluslararası topluluğa yönelik erga omnes bir yükümlülüğü ağır ve ciddi biçimde ihlal eden bir uluslararası haksız fiil” işlediği ve bundan ötürü uluslararası topluluğun geneline yönelik olarak sorumluluğunun doğduğu açıktır<sup>17</sup>. Bu en vahim ve fakat en bariz örneklerden de anlaşıldığı üzere, uluslararası hukukun kural ve ilkeleri elbette vardır ve sonuçlarının uygulanıp uygulanmamasından bağımsız olarak, bilimsel hukuki doğruyu belirtirler. Uluslararası hukuk bilimi tarafından belirtilen bu epistemolojik bilimsel hukuki doğru sayesinde, uluslararası ilişkilerde ve küresel kamuoyu nezdinde, resmi veya gayri resmi propagandalar ile dünya sahnesinde haklılığın ve meşruiyetin gasp edilmesi önlenemez. Uluslararası hukukun buyurduğu sonuçlar uygulanmasa, gerçekleşmese, hayata geçmese bile, uluslararası hukuk, uluslararası ilişkilerde

<sup>12</sup> Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin, 2023), 75.

<sup>13</sup> Erkiner, *Makaleler*, 23.

<sup>14</sup> Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdafaa* (Ankara: Seçkin, 2023), 282.

<sup>15</sup> Erkiner, *Makaleler*, 63-93

<sup>16</sup> Ümmühan Elçin Ertuğrul, *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin, 2012), 114.

<sup>17</sup> Ceren Zeynep Pirim, *Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu* (Ankara: Turhan, 2022), 79.

haklılığın ve meşruiyetin bilimidir. Bir bilim olarak uluslararası hukukun önemli işlevi, uluslararası ilişkilerde ve devletlerarası münasebetlerde haklılığın bilimi olmasıdır. Bu nokta da uluslararası hukuk bakımından başlı başına bir tesirdir. Bu tesirin başlıca yönelimi, küresel kamuoylarının zihinleridir. Burada gereken güç, bizatihi bilimsel bilgidir ve bu bilgiden ileri gelen epistemolojik doğrunun söylenmesidir. Bu söylemin dile getirilebileceği ve iletilebileceği ulusal, bölgesel ve küresel mecralara sahip olmak da zikredilmesi gereken bir güç düzlemidir. Bu sayede uluslararası hukukun gereğinin uygulanması mümkün olmasa da, bir de üzerine ihlalcı tarafça haklılığın da gasp edilmesi önlenabilir. Hem haksız olup, hem de haklılığın gasp edilmesi engellenebilir. Böylelikle insanlar en azından gerçeği bilirler. Buradaki gerçek, kimin haklı, kimin haksız olduğudur. Haklılık meşruiyettir ve meşruiyetin bizatihi bir gücü ve dolayısıyla bir önemi vardır. Uluslararası ilişkilerde haklılığın ve meşruiyetin bilimi uluslararası hukuk bilimidir.

Eldeki makale için bu başlık altında metodolojik çerçeve çizilirken uluslararası hukuk hakkında belli başlı karakteristik niteliklerin tekrar edilmesi faydalı olacaktır. Uluslararası hukuk bir bilimdir ve uluslararası hukuk düzenini akademik olarak inceler. Bu bilimden yola çıkılarak kurulacak söylem ile uluslararası hukuk bakımından haklılığın dile getirilmesi mümkündür. İkinci olarak uluslararası hukuk bir dildir. Bilhassa devletler bu dil sayesinde, aralarında anlaşamadıkları konuların neler olduğunu birbirlerine tercüme edebilirler. Örneğin iki devlet, karasuları genişlikleri hakkında anlaşamıyorlarsa, anlaşamadıkları konunun karasuları genişliği olduğunu, uluslararası hukuktaki karasuları kavramının mevcudiyeti sayesinde tespit edebilirler ve sonra konu hakkında kendilerince gereğine bakarlar. Üçüncü olarak, uluslararası hukuk bir zanaattır. Uluslararası ilişkilerde anlaşmazlıkları, çatışmaları, adaletsizlikleri çözmesi beklenir. İşte bu noktada uluslararası hukuk bu zanaat işlevini belki yerine getirebilir, belki de getiremez. Getirebilmesi muhtemeldir ancak muhakkak getirebileceği söylenemez zira uluslararası hukukun, hukuk zanaatı işlevi onu işletecek devletlerin iradelerine bağlıdır ve bu iradenin oluşup oluşmayacağı bilinemez. Bu iradeyi sergilemesi şart olan, zorlayıcı bir üst otorite mevcut değildir. Bu ontolojik varoluşu ile uluslararası hukuk, egzistansiyalist bakımdan, başvurulması mümkün, muhtemel bir araç niteliğindedir. Böyle bir araç vardır ancak muhakkak başvurulacak diye bir vaziyet yoktur. Başvurulup işletilirse işe yarar, yoksa askıda bir imkandır ve kuvvadan fiile geçip geçmeyeceği baştan bilinmez. Kuvvadan fiile geçmesi uyumsuzluğun tarafı devletlerce ve/veya kısmen veya geneli itibarıyla uluslararası toplulukça tercih edilmelidir.

Bu satırlara ilaveten uluslararası hukuk “*bir sistem oluşturmak üzere, hakim grupların ya da kişilerin çıkarlarına hizmet eden bir Güç Hukuku (Law of Power)*” olarak düşünülebilir<sup>18</sup>. Uluslararası hukuka “*güç hukuku*” denilebileceği gibi kimi zaman “*Eşgüdüm Hukuku*” da denilebilir. Uluslararası hukuk, zaman zaman, “*bir topluluk oluşturma niteliğine sahip bir grubun bütününün çıkarlarını koruyan “Eşgüdüm Hukuku” (Law of Coordination)*” görünümü de arz edebilir. Nihayet uluslararası hukuk için “*Haklar Hukuku*” nitelemesi de yapılabilir<sup>19</sup>. Uluslararası hukuk için kimi zaman, “*haklar ve ödevler arasındaki denge üzerine kurulu ve ilk iki hukukun melezi olan “Haklar Hukuku” (Law of Reciprocity)*” nitelemesi de yapılabilir<sup>20</sup>. Uluslararası hukuk teker teker bunların hiçbirini değil fakat kimi zaman biraz birisini, başka zaman ise biraz diğerini olmak üzere, bu nitelendirmelerin hepsini doğrulayan bir görünüm arz edebilir<sup>21</sup>.

Metodolojik çerçeveyi çizerken bulunduğumuz noktada belirtilmesi gereken esas hatlara ilişkin önemli bir saptama daha dile getirilmelidir. Bu da uluslararası hukukun gerek “*uluslararası barış ve güvenlik hukuku*” boyutu ile ve gerekse “*uluslararası sorumluluk hukuku*” boyutu ile çok taraflılığa açılması ile ilgili olan saptamadır. Hem “*uluslararası barış ve güvenlik hukuku*” boyutu ile ve hem de “*uluslararası sorumluluk hukuku*” boyutu ile bugün artık uluslararası hukuk, çok taraflı bir hukuktur. İncelememizde “*uluslararası hukukun etkinliği meselesi*” hakkında uluslararası hukukun tanımlarından ve işlevlerinden hareketle, eldeki çalışmanın giriş kısmında, önce “*meseleye ilişkin metot çerçevesi çizilecektir*”; “*ikinci aşama olarak, uluslararası hukukun tesirli olmasından ne anlaşılması gerektiği belirtilecektir*”; “*üçüncü*

<sup>18</sup> Georg Schwarzenberger, *The Dynamics of International Law* (Milton: Professional Books Limited, 1976), 107.

<sup>19</sup> Erkiner, *Makaleler*, 40.

<sup>20</sup> Schwarzenberger, *The Dynamics*, 60.

<sup>21</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 62.

*merhalede, uluslararası hukukun tesirli olmasının istendiği sahanın sınırları belirlenecektir*"; "incelemenin dördüncü evresinde ise belirlenen sahada tesir elde edilmesi için gerekli olan güç ihtiyacının nasıl karşılanacağı araştırılacaktır" demiştik. İşte belirtilen bu düşünce akışının takip edilebilmesi için, metodolojik çerçeve çizilirken, son olarak, bugünkü uluslararası hukuk hakkında tanım ve işlev bakımından son bir tespit daha bulunması gerekmektedir. Bu tespit, uluslararası hukukun çok taraflılığı ile ilgilidir.

Eldeki makalenin söyleminin kurulması esnasında burada, çok taraflılık dediğimiz niteliğin anlaşılabilmesi için şu satırlara yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz: "Uluslararası hukuk, klasik olarak, her biri egemen ve hukuken birbirlerine eşit devletler arasındaki uluslararası ilişkileri düzenler. Bu işlevi ile uluslararası hukuk, devletlerin bir arada var olmalarının hukuki koşul ve imkanlarını sağlamaktadır. Klasik uluslararası hukuk, devletlerin rızaları ile oluşturdukları, ideolojik olarak tarafsız ve pozitif hukuk kurallarından oluşur."<sup>22</sup> Uluslararası hukukun emredici kuralları kümesi anlamına gelen "jus cogens norm" kümesi hariç; uluslararası hukuk kuralları arasında bir "normlar hiyerarşisi" mevcut değildir çünkü kuralları koyan iradeler arasında bir organik hiyerarşi yoktur. "Hukuki ilişkiler devletler arasında ikili ve karşılıklı olarak kurulur. Uluslararası hukuk kurallarının getirdiği yükümlülüklerin ihlal edilmeleri durumunda ise doğan sorumluluk ilişkisi ihlalde bulunan devlet ile mağdur devlet arasında doğan ikili bir ilişkidir"<sup>23</sup>. Ancak; "klasik olarak uluslararası hukuk kuralları arasında hiyerarşi yokken, giderek, uluslararası antlaşmaların kendilerine aykırı olmaları durumunda geçersiz olacakları bir takım emredici uluslararası hukuk kurallarının mevcudiyeti kabul edilmeye başlanmıştır: jus cogens; bu kurallardan uluslararası topluluğun bütününe karşı mükellefiyet altına girilen yükümlülükler türemiştir: erga omnes"<sup>24</sup>. Dolayısıyla bizim bu makalede "uluslararası hukukun etkinliği meselesi" hakkında ele alacağımız çerçeve "erga omnes" yükümlülüklerin ihlali durumunda uluslararası topluluğun genelini ilgilendiren konularda, uluslararası hukukun etkinliğidir. Anılan konular, sadece ihlalde bulunan ile mağdur arasında olup biten iki taraflı veya *bilateral* bir hukuki durum değildir fakat örneğin, gerek uluslararası barış ve güvenliğin tehdit edilmesi ve bozulması ile ve gerekse mağdurdan başka devletlerin uluslararası sorumluluğu ileri sürebilmesi ile, bunlar çok taraflı veya *mültilateral* hukuki durumlardır<sup>25</sup>. Metodolojik çerçeve olarak eldeki çalışmada çok taraflılıkta "uluslararası hukukun etkinliği meselesi" işlenecektir çünkü bunlar, tesir söz konusu olduğunda, bütün bir uluslararası topluluğu ilgilendiren ve küresel düzeyde sorunlar olmaktadır.

## B. Tesir sahası

Uluslararası toplum diye bir olgu yoktur; var olan gerçeklik uluslararası topluluktur. Bu uluslararası topluluk, esasen devletlerin uluslararası topluluğudur. Uluslararası hukuk da bu uluslararası topluluğun hukukudur. Bundan ötürü uluslararası hukuk muhakkak bir hukuk değildir, mümkün bir hukuktur. Duruma göre devletlerin tek, ikili veya çok taraflı iradeleri oluşursa, uluslararası hukukun sonuçları gerçekleşir. Belirtilen irade öncelikle siyasi iradedir. Siyasi iradeyi hukuki sonuçlar takip eder. Bununla birlikte uluslararası hukukun kural ve ilkeleri vardır ve sonuçlarının gerçekleşmesinden bağımsız olarak bilimsel hukuki doğruyu belirtirler. Bu hukuki doğruların hayata geçmesini "uluslararası hukukun etkinliği meselesi" olarak adlandırmaktayız. Diğer bir ifadeyle mesele, uluslararası hukukun tesirli olup olmaması meselesidir. Ancak bir ilacın tesirli olmasında olduğu gibi, bir düzeneğin her şeyde tesirli olması beklenemez. Her düzeneğin bir tesir sahası vardır. Makale hudutlarındaki bir incelemede ise bir düzeneğin bütün bir tesir sahasını incelemeye kalkışmak verimli bir sonuç vermez. Bu nedenle eldeki çalışmada da incelenecek düzeneğin tesir sahasının çerçevesinin çizilmesi gereklidir. İncelenmekte olan tesir sahası, uluslararası topluluğun genelini ilgilendiren konulardaki tesir sahasıdır. Başka türlü ifade etmek gerekirse, uluslararası hukukun tesirinin inceleneceği sahanın sınırları bu çalışma için, uluslararası topluluğun genelini ilgilendiren konulardaki tesirdir. Karşılıklı devletler

<sup>22</sup> Erkiner, *Makaleler*, 23.

<sup>23</sup> Erkiner, *Makaleler*, 23.

<sup>24</sup> Erkiner, *Makaleler*, 23.

<sup>25</sup> Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu*, 233.



arasında, daha ziyade ikili veya iki taraflı yükümlülüklerin ihlaline ilişkin durumlarda uluslararası hukukun tesiri konusu, eldeki incelemenin dışında bırakılmaktadır.

Uluslararası topluluk kavramı, uluslararası siyaset ve uluslararası hukuk düzlemlerinde olgusal karşılığı olan bir betimlemedir. Belirtilen olgusal karşılık uluslararası toplumbilimsel ilişkiler kümesi içerisinde, toplulukçu dayanışma ilkesinin görüngüleri ve uluslararası topluluğa değgin hak ve değerlerin elde edilmesine ve korunmasına doğru bir devinimin ve dönüşümün gerçekliğinde bulunabilmektedir<sup>26</sup>. Toplulukçu deyişi yerine çalışmamızda kollektif kelimesini de kullanabilmekteyiz. Toplulukçu veya kollektif adlandırması ile karşılıklı devletler arasında, iki taraflı münasebetleri aşan, diğer devletleri de sırf devlet oldukları için uluslararası ilişkilerde hukuken ilgilendiren bir boyutu kast ediyoruz. Burada hukuken ilgilendiren demek ile sahanın hudutlarını siyaset ve ekonomiden kaynaklanan bilgilerden tefrik ediyoruz ve tabiri caiz ise sadece hukuki bir ilgi de gösterme yetkisinin bulunduğu vaziyetlere hasrediyoruz<sup>27</sup>.

Uluslararası toplumbilimsel ilişkiler kümesi içerisindeki toplulukçu veya diğer deyişle kollektif<sup>28</sup> ilişkiler, uluslararası hukuka farklı düzeylerde yansımakta ve birçok çağdaş uluslararası hukuk müessesesinin hukuki gayesini yani *ratio legis*'ini oluşturmaktadır<sup>29</sup>. Çağdaş uluslararası hukuktaki, özellikle de “*devletin uluslararası hukuka aykırı eylemleri*”ne ilişkin<sup>30</sup>, diğer ifade ile “*uluslararası haksız fiilden kaynaklanan devletin uluslararası sorumluluğu*”na ilişkin alandaki değişimleri açıklamak için uluslararası topluluk kavramı, açıklamada fark yaratıcı bir yaklaşım sağlamaktadır<sup>31</sup>.

Uluslararası topluluk kavramsallaştırmasıyla ilişkilendirilen olguyu sınırlandırmak için, öncelikle iki temel sorun karşısında cevap oluşturmak gerekir. Bu sorunlardan ilki, incelenen toplumbilimsel kümenin üyelerinin belirlenmesidir. İkinci sorun ise, topluluk ilişkilerini nitelendiren ilişki türünün tespitidir. *Ratione personae* referans çerçevesi olarak, diğer bir ifade ile incelenen toplumbilimsel kümenin üyelerinin belirlenmesi bakımından, devletler arasındaki ilişkilerde topluluk olgularının incelenmesine odaklanmak, konuyu incelemek için uygun biçimde daraltmaya hizmet etmektedir<sup>32</sup>. Bu bakış açısı, bir yandan devletlerarası uluslararası sorumluluk, diğer yandan da büyük ölçüde devletlere odaklı uluslararası hukukta kural oluşturucu yöntemleri veya başka ifade ile normatif yaratım tarzlarını kapsayacak biçimde, uluslararası hukuk düzeni anlayışını oluşturmaya yarar sağlamaktadır. Ancak bu çerçeveyi benimserken, küresel kamuoyunun, devletlerin davranışları ve uluslararası örgütlerin uluslararası ilişkilerdeki tutumları üzerinde uyguladığı az veya çok etkinin de farkında olmak gerekir<sup>33</sup>.

Uluslararası topluluk ilişkileri, sosyolojik açıdan değerlendirildiğinde, üyeler arasında dayanışma ve işbirliğine dayalı bir uyumla karakterize edilir. Bu uyum, barış, insan hakları ve çevre gibi kollektif çıkarları korumaya yönelik ortak eylem gerektirir. Bu tür hak ve değerlerin kollektif doğası, tüm üyelerin çıkarları doğrultusunda korunmalarını sağlamak için evrensel düzeyde işbirliği gerekliliğini ortaya koyar<sup>34</sup>.

Uluslararası topluluğun hukuki olarak ortaya çıkışı, uluslararası teamül hukuku ve antlaşmalar gibi pozitif uluslararası hukuk kaynaklarına dayanmaktadır. Bu olguyu doğrulayan unsurlar arasında, uluslararası beyannamelerde topluluk değerlerinin ilan edilmesi, uluslararası kurumların kurulması, *jus cogens* kurallarının kabul edilmesi ve *erga omnes* yükümlülüklerinin ortaya çıkması sayılabilir. Ayrıca, bireylerin uluslararası ceza sorumluluğunun gelişimi ve devletler arasında “*çok taraflı sorumluluk*”

<sup>26</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 465.

<sup>27</sup> Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu*, 196.

<sup>28</sup> Kubbealtı Lugatı, “Kollektif” (Erişim 5 Ekim 2024).

<sup>29</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 465.

<sup>30</sup> Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (İstanbul: Beta 2007), 26.

<sup>31</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 465.

<sup>32</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 465.

<sup>33</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 465.

<sup>34</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 466.

*mekanizmaları*"nın doğması da uluslararası topluluğun çıkarlarının korunmasına yönelik hukuki sürecin parçasıdır<sup>35</sup>.

Uluslararası hukukun kuralları, topluluk çıkarlarını koruma amacı doğrultusunda yorumlanmalıdır. Devletlerin uluslararası hukuka aykırı fiillerden sorumluluğu, başlangıçta iki taraflı bir ilişki olarak değerlendirilmişse de, zamanla çok taraflı bir yapıya dönüşmüştür. Bu gelişim süreci, pratik ve teorik zorluklarla karşılaşmıştır. Pratik zorluklar, devletlerin uluslararası topluluğa karşı sorumluluğu kabul etmekte isteksiz olmalarından kaynaklanırken; teorik zorluklar, devletlerin geleneksel sorumluluk anlayışlarının aşılması gerekliliğinden doğmuştur. Zamanla, uluslararası topluluğa karşı sorumluluk rejimi uygulama, içtihat ve doktrinle şekillenmiştir<sup>36</sup>.

BM Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK), uzun süren tartışmalar ve bazı yaklaşımlardaki değişimlere rağmen, uluslararası haksız fiillerden doğan devlet sorumluluğu rejiminde, uluslararası topluluğun tamamına karşı yükümlülüklerin ihlali durumunda bir düzenleme ihtiyacını fark etti. 1976'da devletin cezai sorumluluğunu getirmeyi ve uluslararası suç kavramını geliştirmeyi denedi, ancak devletler arasında böyle bir normun kabul görmemesi nedeniyle bu girişim başarısız oldu. Ancak, uluslararası topluluğa karşı yükümlülüklerin ihlali durumunda sorumluluk ihtiyacı devam etti. 2001 yılında hazırlanan tasarıda, "*uluslararası hukukun emredici kurallarının ağır ve ciddi ihlalleri durumunda devletin sorumluluğu*", normatif bir çözüm olarak düzenlendi<sup>37</sup>.

Devletlerin cezai sorumluluğunun kabul edilmemesi ve "*erga omnes yükümlülükler*"inin ciddi ihlallerinden doğan sorumluluğa geçişteki hukuki sorun, bir yandan devletlerin cezai sorumluluğunu hukuken mümkün kılacak bir mekanizmanın bulunmaması, diğer yandan ise uluslararası topluluğun genel çıkarlarının korunması gerekliliği ile ortaya çıkmıştır<sup>38</sup>. Bu gerekliliği daha basit bir dille ifade etmek gerekirse, küresel topluluğun temel çıkarlarını koruma ve bu çıkarların korunmasına yönelik yükümlülük ihlallerini en aza indirme çabası öne çıkmıştır. Ancak, devletler arasında cezai sorumluluk modeli uygulamaya konulamamıştır çünkü bu yaklaşımın devletler arası ilişkilere taşınmasında, hukuki olarak aşılacak engeller mevcuttur. Bu teorik sınırlamaların ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı ve bunun zaten gerekmediği bir durumda, UHK, normatif bir çözüm sunarak ilerlemeyi başarmıştır. "*Uluslararası hukukun emredici kurallarının ciddi ihlallerine bağlı sonuçlar*" ve bu bağlamda kollektif karşı önlemlerin geliştirilmesiyle, uluslararası sorumluluk çok taraflı bir yapıya bürünerek uluslararası topluluğun yararına olacak şekilde genişletilmiştir<sup>39</sup>.

Nitekim "*uluslararası sorumluluk hukuku*"nda devletlerin sorumluluğuna, mağdurdan başka devletler tarafından da başvurulabilir. BM UHK'nın "*Devletin Uluslararası Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*"na ilişkin uluslararası teamül hukuku kurallarını yansıtan maddeler çalışmasının (A/RES/56/83 Belgesi) 48'inci maddesine göre "*ihlal edilen yükümlülük, uluslararası topluluğun geneline yönelik olan bir yükümlülük ise bir mağdur devletten başka her devletin, bir başka devletin sorumluluğuna başvurma hakkı vardır*"<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Erkiner, *Makaleler*, 59.

<sup>36</sup> Georg Nolte, "De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago: le droit international classique de la responsabilité international des Etats et la Prééminence de la conception bilatérale des relations interétatiques", *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats*, ed. Pierre-Marie Dupuy (Paris: Pedone, 2003), 18.

<sup>37</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 469.

<sup>38</sup> Eric Wyler, "Du Crime D'Etat A La Responsabilité Pour Violations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général", *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats*, ed. Pierre-Marie Dupuy (Paris: Pedone, 2003), 116.

<sup>39</sup> Klein Pierre, "Responsabilité Pour Violation Grave D'Obligations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Et Droit Des Nations Unies", *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats*, ed. Pierre-Marie Dupuy (Paris: Pedone, 2003), 189.

<sup>40</sup> Responsibility Of States For Internationally Wrongful Acts (UN A/RES/56/83), United Nations (2002), A/RES/56/83, md. 48; Projet D'Articles Sur La Responsabilité De L'Etat Pour Fait Internationalement Illicite (NU A/RES/56/83), Nations Unies (2001), A/RES/56/83, md. 48; Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu*, 233.

Anılan 48'inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca “her devlet sorumluluğunu ileri sürdüğü devletten, uluslararası haksız fiile son verilmesini ve tekrar edilmeyeceğine dair uygun güvenceler ve mağdurun lehine olarak veya ihlal edilen yükümlülükten yararlananların lehine olarak onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesini isteyebilir”<sup>41</sup>. Bunun hayata geçmesi için de A/RES/56/83 madde 54 uyarınca “her devlet karşı önlem uygulayabilir”<sup>42</sup>.

*Erga omnes* bir yükümlülüğü ağır ve ciddi bir biçimde ihlal eden bir devlete karşı, BM Güvenlik Konseyi'nin (BMGK) bilinen işlevsizliği yüzünden “uluslararası kollektif barış ve güvenlik hukuku”nun felç olması nedeniyle, sorumlu devlete karşı hukuki olarak elde sadece “uluslararası sorumluluk hukuku mekanizması” kalmaktadır. “Uluslararası sorumluluk mekanizması” “*erga omnes yükümlülük*” ihlalcisi sorumlu devlet aleyhine ciddi bir baskı oluşturabilir. Bunun için yeterince güçlü devletin yeterince etkin bir biçimde “*erga omnes yükümlülük*” ihlalcisi sorumlu devletin uluslararası sorumluluğundan doğan ikincil yükümlülüklerini yerine getirmesi için karşı önlemler uygulaması gereklidir<sup>43</sup>. Uluslararası hukuk devletlere, “*erga omnes yükümlülük*” ihlalcisi sorumlu devlet aleyhine başvurulmayı bekleyen bu yetkiyi sunmakla birlikte, devletlerin bu yetkiyi kullanmak istemeleri ve buna karar verip karşı önlemleri uygulamaları gereklidir. “Uluslararası sorumluluk mekanizmasının” “*erga omnes yükümlülük*” ihlalcisi sorumlu devlet aleyhine baskı oluşturabilmesi mümkün ve muhtemel bir olgudur ancak bunun için “uluslararası sorumluluk mekanizması”nın olanaklarının “sayıca yeterince güçlü egemen devlet tarafından, yeterince etkin bir biçimde” çalıştırılması ve uygulanması şarttır.

Uluslararası hukukta sorumluluk müessesesi, uluslararası hukuk düzeninde hukuka uygunluğun korunmasına veya yeniden kurulmasına hizmet eder. Bu işlevi yerine getirebilmek için uluslararası hukuk düzeninin düzenlediği sosyolojik gerçekliğin niteliklerine uyum sağlaması gereklidir. Dolayısıyla uluslararası sorumluluk müessesesi, içinde yer aldığı hukuki ve sosyal bağlama uyum sağlayan ve iç hukuklar deneyimlerinden farklı bir bilgi şekli, başka deyişle morfoloji kurmuştur. On yıllar boyunca, uluslararası sorumluluk, geleneksel olarak zarar gören devlet olarak anılan belirli bir devletin uluslararası haksız fiilden ötürü uğradığı zararın onarılmasının ötesinde, uluslararası hukukta hukukun üstünlüğünün sağlanmasına ve dolayısıyla hukuka uygunluğun korunmasına yönelik daha geniş bir işleve doğru ilerledi. Artık bu işlev, doğrudan zarar gören devletin ve bir bütün olarak uluslararası topluluğun çıkarlarının korunmasını da içermektedir<sup>44</sup>.

“Uluslararası sorumluluk hukuku” klasik iki taraflı niteliğinin yanı sıra uluslararası topluluğun bütününe karşı olan yükümlülüklerin de gözetildiği çok taraflılığa da açılmıştır. İki taraflı boyutu, uluslararası haksız fiili işleyen sorumlu devlet ile mağdur devlet arasındaki bir hukuki ilişki olarak uluslararası sorumluluk klasik işlevi ile devam etmektedir. Bununla birlikte “*erga omnes yükümlülüklerin ağır ve ciddi ihlalleri*”nde artık çok taraflı uluslararası sorumluluk olarak da işlev görmektedir. Bu işlevde esas amaç, uluslararası topluluğun hak ve değerlerinin korunmasıdır<sup>45</sup>.

Kollektif veya toplulukçu uluslararası sorumluluk rejimi, tüm devletleri ilgilendiren sonuçlar doğurur. Her devlet, öznel haklarına dayanarak, *erga omnes* yükümlülüğüne saygı gösterilmesini, uluslararası hukuka aykırı eylemin durdurulmasını, ayrıca bu tür ihlallerin tekrarlanmaması garantisini talep etme

<sup>41</sup> UN A/RES/56/83, md 48; NU A/RES/56/83, md. 48; Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu*, 234.

<sup>42</sup> UN A/RES/56/83, md 54; NU A/RES/56/83, md. 54; Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu*, 249-252.

<sup>43</sup> UN A/RES/56/83, md 54; NU A/RES/56/83, md. 54; Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu*, 249-252.

<sup>44</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 468; Marina Spinedi, “D'Une Codification A L'Autre: Bilatéralisme Multilatéralisme Dans La Genèse De La Codification Du Droit Des Traités Et Du Droit De La Responsabilité Des Etats”, *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats*, ed. Pierre-Marie Dupuy (Paris: Pedone, 2003), 71.

<sup>45</sup> Linos-Alexandre Sicilianos, “Classification Des Obligations Et Dimension Multilatérale De La Responsabilité Internationale” *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats*, ed. Pierre-Marie Dupuy (Paris: Pedone, 2003), 72.

yetkisine sahiptir. Tüm devletler, zarar gören devletin uğradığı zararın tazmini için talepte bulunabilir, ancak bu süreçte zarar gören devletin tercihlerine öncelik verilmelidir<sup>46</sup>.

Gerek “*BM Şartı’nın VII’nci bölüm mekanizması*” ve gerekse “*uluslararası sorumluluk hukuku*”nda “*erga omnes*” yükümlülüklerin ihlalinden doğan sorumluluk mekanizması nihai gaye olarak uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması için gelişmiş mekanizmalardır. Uluslararası hukukun varoluşsal niteliklerinden ötürü ise bu mekanizmaların gerek ayrı ayrı gerekse birlikte etkinlikleri sorunludur. Bu etkinlik sorununun uluslararası hukukun üstünlüğünü sağlamada meydana çıkardığı ve uluslararası hukuki güvenliğe ulaşmada oluşturduğu olumsuz vaziyeti aşmak veya bu vaziyetin zararını azaltmak için “*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku*” ile “*uluslararası sorumluluk hukuku*” mekanizmalarının işletilmelerinde hukuki olanakları bilmek ve bunları hayata geçirmeye çalışmak olumlu bir işlev görecektir.

Bu başlık altında son olarak ve yukarıdaki açıklamalardan sonra, eldeki çalışma içerisinde, uluslararası hukukun tesirli olmasından ne anlaşılması gerektiğini ve gene eldeki makale çerçevesinde, uluslararası hukukun tesirli olmasının istendiği sahanın sınırlarının ne olduğuna ilişkin yukarıda kendimize sorduğumuz soruları cevaplandırmak gereklidir. Uluslararası hukukun tesirli olmasından anlaşılması gereken husus, uluslararası hukuka aykırılığa son verilerek, uluslararası hukuka uygun durumun tesis edilmesi ve böylelikle uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesidir. Uluslararası hukukun bu biçimde ve doğrultuda tesirli olmasının istendiği sahanın eldeki inceleme bakımından sınırları ise, uluslararası topluluğun kolektif hak ve menfaatlerine ilişkin sahadır. Bu saha, gene eldeki makale bakımından, daha ziyade “*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku*” dediğimiz konu ve “*uluslararası kolektif sorumluluk hukuku*” dediğimiz müesseseyi ilgilendiren bir sahadır. Özellikle silahlı saldırı veya soykırım gibi, uluslararası hukukun emredici kurallarından ileri gelen ve uluslararası topluluğun geneline yönelik yükümlülüklerin en ağır ve en ciddi ihlallerinin başında gelen çok vahim uluslararası haksız fiiller veya diğer ifade ile uluslararası hukuka aykırı eylemler, birincil uluslararası hukuk kuralları kategorisi içerisinde “*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku*” konusudurlar ve ikincil uluslararası hukuk kuralları içerisinde de elbette, “*uluslararası kolektif sorumluluk hukuku*”nu doğrudan ilgilendiren tetikleyici durumlardır. Hem işaret ettiğimiz birincil hukuk kural kategorisine ve hem de ikincil hukuk kural kategorisine kolektif nitelendirmesini eklememizdeki amaç, mekanizmaların iki taraflı değil ve fakat çok taraflı, diğer ifade ile kolektif yani toplulukçu mekanizmalar niteliğine bürünmeleridir. Bu niteliği daha teknik bir biçimde belirtmek gerekirse, ihlalcı ve mağdur devlet arasındaki ihlalden kaynaklı ilişkiye her üçüncü devlet dahil olabilir çünkü ihlal, bütün devletleri ilgilendiren bir ihlaldir. Gerek “*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku*”, gerekse “*uluslararası kolektif sorumluluk hukuku*”, her üçüncü devlete, uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanmasında belirli yetkiler sunmaktadır. Bu yetkilerin oluşturduğu yöntemler aşağıdaki bölümde incelenmektedir.

## II. Tesir İçin Esas Yöntemlerin Tespiti

Bu başlık altında örgütlü uluslararası hukuktan ileri gelen muhtemel güç imkanlarına ve uluslararası kolektif sorumluluk hukuku içerisinde tesir için gerekli olan gücün sağlanabilmesi için mevcut olabilecek olanaklara bakılacaktır.

### A. BM özelinde örgütlü uluslararası topluluktan ileri gelen güçsüzlük

Uluslararası ilişkilerde hukukun üstünlüğünün sağlanmasında ve hesap verebilirliğin uygulanmasında BM’nin rolünü açıklamak gereklidir. Uluslararası ilişkilerin merkezi alanlarındaki geniş yetkileri, evrensel görevi ve bileşiminin evrenselliği, devletler için bir takım bağlayıcı yetkileri ile BM, uluslararası topluluğun çıkarlarını korumak, uluslararası ilişkilerde hukukun üstünlüğünü sağlamak için belirlenmiş uluslararası hukuktaki en önemli adaydır. BMGK’nin rolüne ilişkin yüklenen anlam çoktur ve kuramsal

<sup>46</sup> Villalpando, *L’émergence de la communauté internationale*, 470.

olarak uluslararası kolektif sorumluluk rejiminin inşasında sıklıkla merkezi bir yer işgal etmektedir<sup>47</sup>. Bununla birlikte, BM Şartı, küresel topluluğun temel hukuki çıkarlarını koruma altına alması ve ilgili yükümlülüklerin yerine getirilmesi için ilgili mekanizmalar oluşturması için BM organlarına belirli işlevler yüklemez.

BM Şartı'nın uluslararası kolektif sorumluluğa ilişkin unsurları incelendiğinde, birçok önemli tespit yapılabilir. Bu Şart, özellikle uluslararası barışın ve güvenliğin korunmasında, kendi kaderini tayin hakkının sağlanmasında ve insan haklarına saygının artırılmasında, küresel topluluğun çıkarlarını ve değerlerini savunan kâğıt üstündeki etkili araçlardan biridir. Ayrıca, BM çatısı altında kabul edilen diğer belgeler, başlangıçta Şart'ın kapsamına girmeyen konularda bile kolektif topluluk çıkarlarını ve değerlerini tanımaktadır<sup>48</sup>. Şart, amaçlarının uluslararası hukukla bağlantısını doğrulamaktadır. Genel olarak belirtirsek, 1'inci madde adalet ve uluslararası hukuk ilkelerini beyan etmektedir<sup>49</sup>. Şart aynı zamanda uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanmanın ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunmanın yasaklanması gibi kolektif topluluk çıkarlarının korunmasına ilişkin yükümlülükleri de ortaya koymaktadır<sup>50</sup>.

Ayrıca, BM organları tarafından kabul edilen hukuken bağlayıcı olmayan belgeler, uluslararası hukuk kapsamına giren ve uluslararası topluluğun geneline karşı olan bir takım belirli yükümlülükler atıfta bulunmaktadır. Örneğin uluslararası teamül hukuku niteliğinde olan ve *jus cogens* buyruk kural olarak kabul edilen kendi kaderini belirleme hakkından ileri gelen sömürgeciliğin yasaklanmasına ilişkin *erga omnes* yükümlülük bunlardan biridir. Şart aynı zamanda bu gibi uluslararası yükümlülüklerin ihlalinin belirli hukuki sonuçlara yol açabileceğini de kabul etmektedir<sup>51</sup>.

BM Şartı'nın hemen 1'inci maddesinin 1'inci paragrafında belirtildiği üzere, "*BM'nin ilk amacı, uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla barışın uğrayacağı tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkartmak, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin olarak önlemler almak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçı yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmektir*"<sup>52</sup>. Barışın tehdidi, bozulması, saldırı eylemi durumunda alınacak önlemler ise BM Şartı'nın VII'nci bölümünde düzenlenmişlerdir.

Elbette ki, bir kural koymak ya da başka bir ifadeyle normatif bir düzenleme yapmak, uluslararası sorumluluğun yerine getirilmesi açısından tek başına yeterli değildir. Bu durum, uluslararası hukukun temel karakterinden kaynaklanmaktadır. Uluslararası hukuk, egemen ve hukuken eşit olan devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk sistemidir; dolayısıyla bir toplumu değil, yalnızca bir topluluğu yönlendiren bir hukuktur. Bu toplulukta, sorumluluğun zorla uygulanmasını sağlayacak merkezi ve üstün bir otorite bulunmamaktadır. Ancak, BM Şartı'nın, "*uluslararası kolektif sorumluluk hukuku*" veya başka bir ifadeyle uluslararası topluluk odaklı sorumluluk rejimi ve uluslararası hukukun üstünlüğünün korunması sorunlarında, hukuki açıdan işlevsel bir katkı sağlayabileceği görülmektedir. Buna karşın, BM'nin bu sorumluluk rejimini uygulama kapasitesine sahip olup olmadığını değerlendirebilmek için örgütün ana organlarının bu işlevi yerine getirme yetkinliğinin sorgulanması gerekmektedir. Bu yetkinliğin sorgulanması ise, hukuki bir analizle yapılacak değerlendirmelerle en uygun sonuca ulaştırılabilir.

Uluslararası Adalet Divanı (UAD), yargı organı olarak kararlarının cebren uygulanmasını sağlayacak bir kolluk gücüne sahip değildir ve kolektif sorumluluğun uygulanmasında doğrudan bir rolü

<sup>47</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 429.

<sup>48</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 429.

<sup>49</sup> Charter Of The United Nations (UN Charter), United Nations (1945), md. 1.

<sup>50</sup> UN Charter, md. 2/4.

<sup>51</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 430.

<sup>52</sup> UN Charter, md. 1/1.

bulunmamaktadır<sup>53</sup>. UAD'nın görevi, karar vermek olup, bu kararları uygulamak değildir. Bununla birlikte, UAD, diğer kuruluşların uygulamalarının izlenmesi ve ikincil kurallardan doğan anlaşmazlıkların çözülmesinde tamamlayıcı bir rol oynayabilir. Tarafsız yapısı ve uluslararası hukuka uygun karar verme yetkisiyle, hukuki belirliliğin sağlanmasında önemli bir araçtır. UAD, devletler arası anlaşmazlıklarda yargı yetkisini kullanmakta, gayri meşru kuvvet kullanımı veya soykırım gibi ciddi konuları dinleyebilmekte ve uluslararası hukuka aykırılıkları tespit edebilmektedir. Ancak, UAD'nın etkinliği iki temel nedenden dolayı sınırlıdır: Devletlerin UAD'nın yargı yetkisini kabul etmesi gerekir ve kararlar sadece anlaşmazlığın tarafları için bağlayıcıdır<sup>54</sup>. Bu sınırlamalar, uluslararası hukukun yapısından, özellikle de egemen devletlerin rızası ilkesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca UAD, yalnızca devletler arası uyuşmazlıklarda veya uluslararası örgütlerin hukuka uygunluğu konusunda danışma görüşü verebilmektedir. Bu nedenle, toplulukçu uluslararası sorumluluk rejimi konusunda UAD'nın yargısal güvence sağlayabilme kapasitesi sınırlıdır. UAD'nın kararlarının uygulanmasında da doğrudan UAD'dan kaynaklanmayan fakat BMGK kaynaklanan bir elverişsizlik de mevcuttur<sup>55</sup>.

BM'nin tüm üyeleri, taraf oldukları uyuşmazlıklarda UAD'nın kararlarına uymayı taahhüt eder. Eğer bir taraf, UAD'nın verdiği karara uygun hareket etmezse, diğer taraf BMGK'ya başvurabilir<sup>56</sup>. Güvenlik Konseyi, durumu değerlendirip uygun bulursa, kararın uygulanmasını sağlamak amacıyla önerilerde bulunabilir veya gerekli önlemleri alabilir<sup>57</sup>. BM Şartı madde 94/2 birçok unsuru içermektedir: *"İlk olarak, lehine karar verilmiş fakat bu karar uygulanmamış olan taraf, Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir ve Konsey meseleye müdahil olabilir. İkinci olarak, Güvenlik Konseyi'nin karar almak gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Üçüncü olarak, Konsey, gerekli gördüğü önlemleri BM Antlaşması'nın VII'nci bölümüne veya doğrudan 94'üncü maddeye dayanarak alabilir. Dördüncü olarak, Güvenlik Konseyi yalnızca UAD kararlarının uygulanmamasına yönelik önlemler belirleyebilir. Bu değerlendirmenin sonucunda, yapılan başvuru, Konsey'i önlem alma konusunda karar vermeye yönlendirir; ancak başvuru yapılmadıkça Konsey kendiliğinden bir karar alamaz"*<sup>58</sup>. BM Şartı madde 27/3 düzenlemesine göre, *"Güvenlik Konseyi'nin diğer tüm meselelerle ilgili kararları, daimi üyelerin hepsinin oyları dahil olmak üzere dokuz üyenin olumlu oyu ile alınır; ancak, VI'nci bölüm ile 52'nci maddenin 3'üncü fıkrası hükümleri uyarınca alınan kararlarda bir uyuşmazlığa taraf olan oylamaya katılamaz"*<sup>59</sup> 27'nci madde 3'üncü fıkrada, 94'üncü maddenin 2'nci fıkrası sayılmadığı için, daimi üye devletin 94'üncü maddenin uygulanmasında da veto yetkisi vardır<sup>60</sup>. *"Nitekim Amerika Birleşik Devletleri (ABD), 1986 tarihli Nikaragua kararının kendisine karşı sonuçlarının uygulanabilmesine karşı veto yetkisini kullanmış ve kendisine karşı olan sonuçların tümünün uygulanmasına engel olmuştur"*<sup>61</sup>. Bir daimi üyenin, Divan'ın o daimi üye devletin veya o daimi üyenin desteklediği bir devletin aleyhine verdiği bir karara karşı veto hakkını kullanmasına dair yazılı kurallar çerçevesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu durum, UAD kararlarının uygulanması ile uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve adaletin sağlanması hedeflerini engelleyen bir hukuki sorundur. Veto hakkı, UAD kararlarının bir daimi üye aleyhine veya o daimi üyenin veto ile desteklediği bir devletin aleyhine uygulanmasını hukuken imkansız hale getirmektedir<sup>62</sup>.

Genel Kurul, kolektif sorumluluğun uygulanmasına katılma konusunda öncelikli olarak yetenekli olarak değerlendirilmeye elverişli bir BM organıdır. BM Şartı'nın 10'uncu ve 12'nci maddelerinin ilintili bir

<sup>53</sup> Süleyman Dost, *Temel Kavramlar, Metinler ve Kararlar Bağlamında Uluslararası Hukukta Adalet* (Ankara: Yetkin, 2019), 226.

<sup>54</sup> Dost, *Uluslararası Hukukta Adalet*, 227.

<sup>55</sup> Hakkı Hakan Erkiner, "Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla Uygulanması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23/2 (2017), 87-102.

<sup>56</sup> UN Charter, md. 94/2.

<sup>57</sup> Erkiner, "Uluslararası Adalet Divanı", 87.

<sup>58</sup> UN Charter, md. 94/2; Erkiner, "Uluslararası Adalet Divanı", 92-93; Robert Kolp, *Ius contra bellum* (Bruxelles: Bruylant, 2009), 192.

<sup>59</sup> UN Charter, md. 27/3.

<sup>60</sup> Erkiner, "Uluslararası Adalet Divanı", 95.

<sup>61</sup> Kolp, *Ius*, 195; Erkiner, "Uluslararası Adalet Divanı", 95.

<sup>62</sup> Erkiner, "Uluslararası Adalet Divanı", 100.

biçimde okunmasıyla bu elverişliliğinin de sınırları vardır. Bu sınırlılıkla birlikte özellikle, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin sorunların yanı sıra, insan hakları, halkların kendi kaderlerini tayin hakkı<sup>63</sup> veya çevrenin korunması alanlarında, tümü uluslararası topluluğun ortaya çıkışıyla ilgili konuları ele almıştır. Kaide olarak Genel Kurul'un erga omnes yükümlülüklerin ihlalinden doğan sorumlulukla ilgilenmesinin önünde hiçbir engel yoktur. Olasılık olarak, söz konusu ihlal ile çığneden hakkın kolektif öneminden ötürü işlenen uluslararası haksız fiil, BM Şartı'nın amaç ve ilkeleri açısından da Genel Kurulu harekete geçmeye tahrik edecek bir biçimde önem arz eden bir uluslararası haksız fiil durumuna gelecektir.

Genel Kurul, silahsızlanmaya ve silahlanmanın düzenlenmesine hakim ilkeleri de içermek üzere, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için yapılacak işbirliğinin genel ilkelerini inceleyebilir ve bu ilkeler konusunda hem örgüt üyelerine, hem de Güvenlik Konseyi'ne tavsiyelerde bulunabilir. BM Şartı madde 11'in 1'inci paragrafında tanınan bu yetki ile Genel Kurul, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için işbirliği ilkelerine ilişkin somut tavsiyelerde bulunma yetkisine sahip operasyonel bir organdır<sup>64</sup>. Anılan 11'inci maddenin 2'nci paragrafı uyarınca da bir devlet ya da Güvenlik Konseyi tarafından kendisine sunulan uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin bütün sorunları görüşebilir ve tavsiyelerde bulunabilir<sup>65</sup>. Tüm devletlerin Genel Kurul'un faaliyetlerine katılımı ve bu organdaki oylama ve karar prosedürlerinin, her üye devletin eşit bir oya sahip olması ile demokratik doğası, Genel Kurul'u küresel topluluğun çıkarlarının temsil edildiği bir platform olarak, mevcutlar arasında en uygun bir konuma yerleştirmektedir. Bununla birlikte Genel Kurul'un, kolektif hesap verebilirliğin yaygın ve doğrudan etkili bir biçimde uygulatılması yeteneğini sınırlayan en az iki faktör vardır. Bunlardan ilkinde göre, Genel Kurul, bir siyasi organdır. Tavsiyelerde bulunur. Tavsiye kararları hukuken yerine getirilmesi zorunlu kararlar değildir. Bu organ almış olduğu tavsiye kararlarının yerine getirilmesini sağlamak için zorlayıcı önlemler uygulama yetkisine sahip değildir<sup>66</sup>. İkinci faktöre göre ise, Genel Kurul, Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin görevlerini yerine getirdiği herhangi bir anlaşmazlık veya durum hakkında tavsiyelerde bulunmaya prensip olarak yetkili değildir<sup>67</sup>. Bu iki faktörün varlığı ile birlikte Genel Kurul, kolektif sorumluluğun uygulanmasında ve uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanmasında destekleyici bir rol oynayabilir. Bu destekleyici rol özellikle toplulukçu uluslararası sorumluluk rejimi uyarınca karşı önlem uygulayan devlet lehinedir. Uluslararası haksız fiilin varlığını belirleyen ve sorumlu devletin sorumluluktan ileri gelen yükümlülüklerine uymasını gerektiren ve belirli karşı önlemlerin kolektif olarak alınmasını tavsiye eden bir Genel Kurul kararı, özellikle de büyük bir çoğunluk tarafından kabul edilmesi durumunda, *erga omnes* bir yükümlülüğün ağır ve ciddi ihlalinden ötürü tek taraflı inisiyatif alan devlet veya devletler için, bir meşruiyet katkısı oluşturur ve alınan inisiyatiflerin uluslararası topluluğun çıkarlarının korunması doğrultusunda çerçeveslendiğini daha ziyade algılatır. Bir bütün olarak uluslararası topluluğun geneline karşı doğan kolektif sorumluluk durumlarında, sıklıkla duruma müdahil olan ve tavsiye kararları alan bir Genel Kurul, sadece devletlerin davranışlarını etkilemekle kalmaz, aynı zamanda konunun muhtemelen UAD önünde incelenmesinde de, UAD için etkileyici bir zemin teşkil edecektir. Bu durumlarda inisiyatif alan devletlerin davranışlarının, "*uluslararası sorumluluk hukuku*"nun kurallarının içerisinde kalması gerektiği açıktır<sup>68</sup>.

Kuramsal olarak Güvenlik Konseyi, toplulukçu uluslararası sorumluluk rejimi bakımından sorumluluğun gereklerinin hayata geçirilmesi için görev ve yetki donanımı rol oynamaya en elverişli BM organıdır. Ancak bu kuramsal değerlendirmeye rağmen gerçek hayatta Güvenlik Konseyi, bu durumlar

<sup>63</sup> Fatma Taşdemir – Adem Özer, *Uluslararası Hukuk Perspektifinden Self-Determinasyon ve Ayrılma* (Ankara: Hukuk Yayınları, 2017), 18-33.

<sup>64</sup> UN Charter, md. 11/1.

<sup>65</sup> UN Charter, md. 11/2.

<sup>66</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 433.

<sup>67</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 433.

<sup>68</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 434.

karşısında felç geçiren, diğer bir deyişle etkisiz bir organdır. Bu etkisizliği ise tasarımından kaynaklanmaktadır<sup>69</sup>.

BM Şartı, bir bütün olarak uluslararası topluluğun çıkarlarının korunmasıyla ilgili olarak Konsey'e ilgili ve gerekli yetkileri vermekte ve bu yetkileri verirken bu organı, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında birinci derecede görevli kılmaktadır<sup>70</sup>. Bu görev ve yetkiler doğrultusunda Konsey, küresel topluluğun çıkarlarını bir bütün olarak değerlendirmede ve bunları korumak için harekete geçmede en çok olanağa sahip operasyonel bir platform olma olasılığını elinde tutar. Bu muhtemel işlevini yerine getirmek için Şart tarafından Konsey, zorlayıcı araçlarla donatılmış ve bu araçları uygulama yetkisine kavuşturulmuştur<sup>71</sup>. Bununla birlikte Konsey'in tasarruflarının hukuka uygunluğunu denetlemenin bir yolu yoktur. Böyle bir yolun olmaması, BM Şartı'ndan kaynaklanmaktadır. Kuramsal olarak BMGK, yetkilerini kullanırken, BM'nin amaç ve ilkelerine uygun hareket etmelidir, ancak bunun böyle olup olmadığını denetlemenin de bir yolu bulunmamaktadır<sup>72</sup>. Dolayısıyla BM Şartı ile öngörülen uluslararası hukuk sisteminde BMGK organına değgin kurumsallaşma ile bir ölçüde aşılması tasarımılanmış sosyolojik nitelik yani uluslararası topluluk olma niteliği, suiistimale ve istismara uğrama tehlikesini içermektedir.

Güvenlik Konseyi'nin yapısı ve oylama sistemi, kağıt üzerinde avantajlar sunsa da, aslında büyük bir engel teşkil eder. Sınırlı üyelikle daha hızlı ve etkili karar alması beklenen Konsey'in, daimi olmayan üyelerin coğrafi dağılımı yoluyla temsil edilebilirliğinin sağlandığı iddia edilse de, İkinci Dünya Savaşı sonrası güç dengelerini yansıtan ve bazı devletlere kalıcı üyelik ve veto hakkı tanıyan yapısı birçok sorun yaratmaktadır. Daimi üyelerin veto hakkı, Konsey'in kolektif çıkarları değil, belirli devletlerin siyasi çıkarlarını gözetten bir organ haline gelmesine neden olur ki bu da, uluslararası topluluğun hak ve değerlerinin korunmasıyla çelişmektedir. Böyle bir sistemde kolektif sorumluluğun kurumsallaştırılması mümkün olmamaktadır. Veto yetkisi ve oylama sistemi, önemli durumlarda Konsey'in etkili kararlar almasını engeller, özellikle *erga omnes* yükümlülüklerin ihlal edildiği durumlarda bu ihlaller daimi üyelere biri tarafından veya daimi üye veya üyelerin lehine veto uygulayacak derecede desteklediği bir devlet tarafından gerçekleştirilmişse, Konsey tamamen etkisiz hale gelir. Bu etkisizlik aslında "*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku*"nun ve dolayısıyla doğrudan "*çok taraflı kolektif uluslararası hukuk*"un etkisiz hale gelmesidir. Bu etkisizliğin sonucu da, uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanamamasıdır. Anılan etkisizlik, şayet elde kalan tek teknik hukuki imkan olan "*uluslararası kolektif sorumluluk hukuku mekanizması*" ile de bir dereceye kadar veya tercihen tamamen giderilemiyorsa ve "*uluslararası hukukun tesirli olması*", en azından "*uluslararası sorumluluk hukuku*" marifetiyle sağlanamıyorsa, "*uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması*"na giden yol pratikte kapalı demektir.

Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII'nci bölümündeki yetkileri, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden tesis edilmesi amacıyla yönelik olarak "*polislik görevi*" şeklinde tasarlanmıştır<sup>73</sup>. Ancak bu tasarım, devletlerin davranışlarının uluslararası hukuka uygunluğunu denetlemek veya uluslararası sorumluluğu belirleyip gereğini sağlamak gibi unsurları içermemektedir. Buna rağmen Konsey, barışa yönelik tehdit kavramını geniş bir çerçevede değerlendirmiş, yalnızca uluslararası silahlı çatışmaları değil, sömürgecilik, apartheid, insan hakları ihlalleri ve terörizm gibi durumları da barışa tehdit olarak yorumlamıştır. Ayrıca, BM Şartı'nın 41 ve 42. maddelerinde belirtilen önlemlerden daha ileri tedbirler alabilme yetkisini de kullanmıştır<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> Naim Demirel, *BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması* (İstanbul: Derin, 2015), 28.

<sup>70</sup> UN Charter, md. 24/1.

<sup>71</sup> UN Charter, md. 25.

<sup>72</sup> UN Charter, md. 24/2.

<sup>73</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 437.

<sup>74</sup> UN Charter, md. 41 ve md. 42.



Konsey'in yetkileri uluslararası sorumluluk kurallarıyla iki sebepten dolayı örtüşmez. Birincisi, Konsey'in yetki kapsamı ile bu kuralların uygulama alanı farklıdır. İkincisi, Konsey'in amacı hukuka aykırı durumların sonuçlarını uygulamaya koymak değildir. Bu nedenle, Konsey'e genel olarak uluslararası topluluğa karşı hesap verebilirlik sağlama işlevi atfetmek mümkün değildir. Konsey'in aldığı tedbirler, uluslararası barış ve güvenliği koruma ya da yeniden tesis etmeye yöneliktir<sup>75</sup>. Bu işlev her ne kadar genişletilmiş bir çerçeveye sahip olsa da, yasallığın sürdürülmesi veya sorumluluğun yerine getirilmesi ile doğrudan bir bağlantı kurması gerekmez. Ancak pratikte, Konsey'in eylemleri ile uluslararası sorumluluğun uygulanması arasındaki kesişme göz ardı edilemez. Konsey'in yetkilerinin kapsamı göz önüne alındığında, saldırı, soykırım, apartheid, sömürgecilik ve terörizm gibi uluslararası hukuka aykırı ciddi fiiller, modern uluslararası barış ve güvenlik anlayışı çerçevesinde tehdit olarak kabul edilmektedir. İnsan hakları ve insancıl hukukun ağır ihlalleri, bu anlayışa ters düşen fiiller arasında yer alır. Bu eylemler, bu nedenle barışa tehdit olarak nitelendirilir.

Konsey'in eylemlerinin amaçları açısından, uluslararası hukuka saygı gösterilmeden ve ihlal durumunda hukukun üstünlüğüne dönülmeden barışı korumak çoğu zaman mümkün değildir. Bu nedenle Konsey, bazı durumlarda uluslararası topluluğa karşı bir yükümlülüğün ihlalini barışa tehdit olarak görebilir ve barışı koruma amacını sorumluluğun yerine getirilmesine bağlayabilir. Bu tür durumlarda, Konsey'in kararları genel uluslararası hukukun ikincil kurallarına yani "*uluslararası sorumluluk hukuku*" kurallarına dayanmalı, ihlali tam olarak ortaya koymalı, devlete isnat edilmeli ve uygulanacak karşı önlemler orantılı olmalıdır. Aksi halde, bu yetkilerin aşılması, Konsey'in VII'nci bölüm altındaki yetkileri çerçevesinde haklı gösterilmelidir.

BM Şartı, uluslararası ilişkilerde güç kullanımını ve tehdidi yasaklayarak barışı koruma hedefine öncelik verir. Konsey'in aldığı kararlar, devletlerin sorumlu devlete karşı uygun karşı önlemler almasını gerektirir. Devletler, Konsey tarafından belirlenen önlemleri uygulamak zorunda kalabilirken, tek taraflı karşı önlemlerin hukuka uygunluğu, BM çerçevesindeki işbirliği ve orantılılık ilkeleri ile değerlendirilecektir. Genel olarak, Güvenlik Konseyi kararları, uluslararası sorumluluk kurallarının uygulanmasında ve topluluk sorumluluğunun devletler tarafından tek taraflı olarak hayata geçirilmesinde önemli bir rol oynayabilir<sup>76</sup>.

"*Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku*"nun, BMGK'da veto hakkını kullanarak daimi üyeler tarafından işlevsiz hale getirildiği durumlarda, sorumlu devlet üzerinde uluslararası hukuka uyumu sağlama konusunda etkili olabilecek tek hukuki çözüm, "*uluslararası kolektif sorumluluk rejiminin*" devreye sokulmasıdır.

## **B. Uluslararası kolektif sorumluluk hukukundan ileri gelen göreceli güç**

Yukarıdaki başlığın son cümlesinde, öneminden ötürü tekraren söyleyelim ki, "*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukukunun, BMGK'da veto hakkını kullanarak daimi üyeler tarafından işlevsiz hale getirildiği durumlarda, sorumlu devlet üzerinde uluslararası hukuka uyumu sağlama konusunda etkili olabilecek tek hukuki çözüm, uluslararası kolektif sorumluluk rejiminin devreye sokulmasıdır*" demiştik. Bu bağlamda, sorumluluğu ileri sürebilecek üçüncü devletler, sorumlu devlete karşı baskı oluşturmak amacıyla karşı önlemler alabilirler. Bu karşı önlemlerin yeterince yoğun ve etkili hale gelmesi durumunda, sorumlu devlet üzerinde sorumluluğunu yerine getirmesi için ciddi bir baskı oluşabilir. Bu çerçevede, uluslararası hukuk her zaman kesin sonuçlar doğuran bir hukuk sistemi değil, ancak olası sonuçlar üreten bir sistemdir. "*Kesin bir hukuk olmaması*" ile kastedilen, hukuki olarak öngörülen sonuçların her durumda garanti edilememesidir. Bu sonuçların gerçekleşmesi, egemen devletlerin bu mekanizmaları harekete geçirme tercihine bağlıdır. Egemen devletler, bu mekanizmaları çalıştırma veya çalıştırmama yetkisine sahip oldukları için, hukuki sonuçların gerçekleşmesi ancak devletlerin

<sup>75</sup> UN Charter, md. 39.

<sup>76</sup> Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale*, 445.

siyasi iradelerinin bu doğrultuda şekillenmesiyle mümkün olur. Bu nedenle, uluslararası hukukun öngördüğü sonuçlar kesin olmamakla birlikte, yalnızca olasılık dahilindedir. Devletlerin uluslararası topluluğunun hukuku olmanın sonucu olarak, uluslararası hukuk, zoraki bir hukuk değildir. Egemen devletlerin üzerinde küresel üst egemen, uluslararası topluluğun mensubu devletleri, uluslararası hukuka uymaya zorlamaz. Böyle bir üst egemen yoktur. Egemen eşit devletlerin uluslararası topluluğunda olmasına olanak yoktur zira olursa, bu devletlerin egemenlikleri ortadan kalkar. O takdirde, bugünün egemen devletleri, küresel üst egemenin tebaası olurlar. Böyle bir küresel üst egemenin var olabilmesi için ayrıca hukuk kuramının haricinde, bu küresel egemen gücün elinde, somut bir evrensel maksimum askeri güç yoğunlaşması şarttır. Bu da gene bugünkü dünya şartlarında ancak bir fantezidir. Yukarıda, “uluslararası hukuk kurallarının hayata geçmesi yalnızca olasılık dahilindedir” demiştik. Devletlerin, bu hukuki mekanizmaları harekete geçirme yönünde bir siyasi karar alması, uluslararası hukukun sonuçlarını doğurabilmesi için gereklidir. Bu şartlar altında, “uluslararası sorumluluk hukuku” çerçevesinde üçüncü devletler tarafından alınabilecek olası karşı önlemler, sorumlu devleti ihlali sona erdirmeye ve sorumluluğunu yerine getirmeye zorlayabilir<sup>77</sup>. Bu nedenle, uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması ve hukuka uyumun tesis edilmesi için eldeki en işlevsel hukuki araç, devletlerin “uluslararası sorumluluk hukuku” mekanizmalarını devreye sokmalarıdır. Gerek BM Şartı’nın VII’nci bölümünde düzenlenen biçimiyle “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”, gerekse BM Şartı’nın 51’inci maddesindeki meşru müdafaa hakkı ile vücut bulan kolektif olmayan biçimiyle sadece “uluslararası barış ve güvenlik hukuku”, uluslararası hukukta kuvvet kullanmanın hukukiliği ile ilgili konulardır. Kapsamları kuvvet kullanılması ile ilgilidir. Uluslararası teamül hukuku kuralı olarak mevcut olan insani müdahale imkanı ve onun formatlanmış biçimi yapılmak istenen ve fakat kuramsal olarak başarısız olunan koruma sorumluluğu şekli de, uluslararası hukukta kuvvet kullanmanın özel bir görünümü ile ilgilidir. Bu dediklerimiz, uluslararası hukukun birincil kurallar kategorisi olan uluslararası hukukun maddi kurallar kümesi içerisinde yer alırlar ve kuvvet kullanımı barındırırlar. Uluslararası hukukun ikincil kurallar kategorisi olan, uluslararası sorumluluk kuralları içerisinde ise, kuvvet kullanımı yetkisi bulunmaz. Sorumluluk hukuku, kuvvet kullanımını dışlar. Sorumluluk hukukunda, sorunları çözmek için, kuvvet kullanılmaz, kullanılamaz.

BM Şartı’nın VII’nci bölümünün, başka ifadeyle “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun, BMGK aracılığıyla işlevsiz hale getirildiği durumlarda, uluslararası sorumluluğun çok taraflı bir yapıya kavuşması büyük bir öneme sahiptir. Bu bağlamda, “uluslararası sorumluluk hukukunun çok taraflılığa açılması”nın kilit noktası, uluslararası teamül hukukunda bulunan bir kuralın yansıması olan A/RES/56/83 Belgesi’nin 48’inci maddesinde yer almaktadır<sup>78</sup>. “Çok taraflı uluslararası sorumluluk mekanizması”nın geliştirilmesinin ana amacı, uluslararası hukukun üstünlüğünün bu mekanizma aracılığıyla tesis edilmeye çalışılmasıdır.

“Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun yapısal, uygulamaya yönelik ve pratik zayıflıkları göz önüne alındığında, bu hukuk sisteminin neredeyse tamamen yetersiz kaldığı durumlarda, “uluslararası sorumluluk mekanizması”nın uluslararası hukukun üstünlüğünü sağlama potansiyeli oldukça önemlidir. Uluslararası haksız fiilin mağduru olan bir devletin uluslararası sorumluluğu ileri sürmesinde, diğer devletlerin de bu sürece dahil olup sorumluluğu ileri sürmeleri, mağdur devletin pozisyonunu güçlendirirken, sorumluluk altında bulunan devlete karşı uluslararası baskının artmasına olanak tanımaktadır. Bu uluslararası baskı, nihayetinde uluslararası hukukun üstünlüğünü tesis etmeye yönelik bir adım olabilir.

Ancak, bu baskının etkin bir şekilde oluşabilmesi için iki temel koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir: İlk olarak, bu süreçte etkili olacak devletlerin bu tür bir ağırlığı ortaya koymayı tercih etmeleri; ikinci olarak, bu tercihin gerçekten hukuki ve meşru bir güç yoğunlaşmasına dönüşerek ciddi bir baskı unsuru

<sup>77</sup> UN A/RES/56/83, md 54; NU A/RES/56/83, md. 54.

<sup>78</sup> UN A/RES/56/83, md 48; NU A/RES/56/83, md. 48; Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu*, 234.

haline gelmesi gerekmektedir. Özellikle uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden silahlı saldırı ya da soykırım gibi "*erga omnes*" yükümlülüklerin ihlali durumunda, diğer devletlerin de sorumluluğu ileri sürebilme ve hatta karşı önlemler alabilme olanağı, sorumlu devlet üzerinde güçlü bir baskı oluşturabilir<sup>79</sup>.

Bu karşı önlemlerin etkisinin yoğunlaşması durumunda, sorumlu devleti, uluslararası yükümlülüklerine uygun davranmaya zorlayabilecek derecede bir baskı meydana gelebilir<sup>80</sup>. Bu bağlamda, uluslararası hukuk, kesin sonuçlar üreten bir hukuk sistemi değil, olası sonuçlar üretebilecek bir sistem olarak nitelendirilebilir. "*Kesin bir hukuk olmaması*" ile kastedilen, hukuken öngörülen sonuçların her zaman garanti edilememesidir. Bu sonuçların elde edilmesi, devletlerin bu süreçteki iradelerine bağlıdır; zira egemen devletler bu mekanizmaları işletip işletmemek konusunda tamamen bağımsız ve münhasır bir yetkiye sahiptirler. Dolayısıyla, uluslararası hukukun öngördüğü sonuçların gerçekleşmesi kesin olmamakla birlikte, yalnızca bir ihtimal olarak değerlendirilebilir. Bu ihtimalin gerçekleşmesi için, devletlerin siyasi iradelerinin hukuki mekanizmaları harekete geçirmeye yönelik olması gerekmektedir.

BMGK daimi üyelerinin veto yetkilerini, doğrudan taraf oldukları olaylarda veya çıkarları doğrultusunda destekledikleri bir devletin taraf olduğu olaylarda, kendi çıkarları doğrultusunda kullanmaları, uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanmasını, dolayısıyla uluslararası hukukun tesirini, birkaç bakımdan engellemektedir. Burada şunu da eklememiz gerekmektedir ki, zaten bir daimi üyenin veto yetkisini, belirttiğimiz gibi kendi çıkarları doğrultusunda kullanmamasını ummak ve temenni etmek gibi katiyen gerçekçi olmayan bir beklenti ve dilek içerisinde olmak, uluslararası ilişkilerin doğasına da, hayatın olağan akışını da tamamen aykırıdır. Bu devletler, bu imkanı, elbette kendi çıkarları için kullanmışlardır, kullanmaktadırlar ve kullanacaklardır. Bununla birlikte, anılan veto yetkisi ile, BMGK'nın tam yetkili olduğu "*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku*"nun tesiri paralize, diğer tabirle felç edilmektedir. Bu nedenle "*uluslararası barış ve güvenlik hukuku*" müessesesi olarak elde, hukuki bakımdan kolektif olmayan bir biçimde, sadece meşru müdafaa müessesesi kalmaktadır<sup>81</sup>. Bir silahlı saldırıya uğrayan bir devletin kendini, kendisinin veya yardıma çağırması üzerine kendisine katılan devletlerin silahlı gücüne dayanarak savunması ve silahlı saldırıyı bertaraf ederek uluslararası hukuka uygun olan vaziyeti mümkün merteye kurabilmesi için meşru müdafaa hakkından ileri gelen kuvvet kullanma yetkisini kullanması, "*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku*"nun çalışmaması karşısında, kuvvet kullanma hukukunda tek işe yarar ve gerçekçi yol olarak kalmaktadır<sup>82</sup>. Neyse ki, bir devletin meşru müdafaa hakkını kullanabilmesi BMGK'nın iznine bağlı değildir<sup>83</sup>. "*Uluslararası sorumluluk hukuku*" bakımından da meşru müdafaa, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum, başka deyişle bir hukuka uygunluk nedenidir<sup>84</sup>. Böylelikle aslında uluslararası topluluğun genelini ilgilendiren bir biçimde bir "*erga omnes yükümlülük*" olan kuvvet kullanmama yükümlülüğü<sup>85</sup>, meşru müdafaa sırasında kullanılan kuvvetin bir hukuka uygunluk oluşturması ile, çiğnenmemiş sayılmaktadır<sup>86</sup>.

BMGK'daki vetolar ile sadece kolektif barışın sağlanması yolu kapatılmamaktadır. Ayrıca uluslararası hukukun, uluslararası yargı eliyle etkin kılınması yolu da dolaylı olarak kapatılabilmektedir. Bir UAD kararına uymayan devlete karşı BMGK'ya başvurulduğunda, karara uymayan devlet, daimi üye veya onun desteklediği bir devlet ise, meselenin görüşülmesi ve etkin önlem alınması veto edilerek, UAD kararlarının etkin bir biçimde uygulanabilmesi yolu da, BMGK sistemi marifetiyle dumura uğratılmaktadır<sup>87</sup>.

<sup>79</sup> UN A/RES/56/83, md 40; NU A/RES/56/83, md. 40.

<sup>80</sup> UN A/RES/56/83, md 41; NU A/RES/56/83, md. 41.

<sup>81</sup> UN Charter, md. 51.

<sup>82</sup> UN Charter, md. 51.

<sup>83</sup> UN Charter, md. 51.

<sup>84</sup> UN A/RES/56/83, md 21; NU A/RES/56/83, md. 21.

<sup>85</sup> UN Charter, md. 2/4.

<sup>86</sup> UN A/RES/56/83, md 21; NU A/RES/56/83, md. 21.

<sup>87</sup> UN Charter, md. 94/2.

Bütün bunların neticesine göre, BM Şartı düzeni ve BMGK'nın görevleri ile "bir uluslararası ilişkiler nizami olduğu" algısı yaratılırken, aslında bu, sadece başta ABD olmak üzere, daimi üyelerin ve desteklediklerinin lehine çalıştırılan veya onların çıkarına durdurulan, dumura uğratılan bir yanılısma, hatta daha dürüst, gerçekçi ve doğru bir ifade ile, bir kandırmaca mekanizmasıdır. Bu kandırmaca mekanizması ile uluslararası hukukun etkinliği tam olarak felç edilebilmektedir. Hem barış ve güvenlik konusunda kollektif uygulamaların olanaksız kılınması ile, hem de, çoğu durumda ihtiyari olsa da, uluslararası evrensel yargı olan UAD'nin etkinliğinin fiilen engellenmesi ile, uluslararası hukukun tesiri yok edilmektedir<sup>88</sup>. Bununla birlikte bu tesir yok edici süreç, gene uluslararası hukuk kurallarının içerisine sokularak, tesirin yok edilmesinin kendisinin de, uluslararası hukukun bünyesinden olması sağlanmıştır. Yanılısmanın veya diğer deyişle kandırmacanın büyüklüğü de tam da buradadır. Veto yetkisi de, uluslararası hukuk kurallarındandır<sup>89</sup>. BM Şartı içerisinde veto yetkisi, bir madde ile tanınmıştır<sup>90</sup>. Bir uluslararası düzen olduğu algısı kurumsallaştırılırken, esas kurucular, bu düzeni istedikleri her seferinde, hatta savaş ve soykırım gibi en ciddi durumlarda bile bloke edecek unsuru da, normatif tasarımla kurumun tam merkezine bırakmışlardır. Bu suretle, uluslararası hukukun tesirinin yok edilmesi mekanizması da, bir uluslararası hukuk mekanizmasıdır. Bunun yerine başka bir düzenlemenin ikame edilmesi ise, dünya gerçeklerinin mevcut durumu itibariyle olanak dahilinde değildir. Bunun yerine başka bir mekanizmanın geçmesi için önce mevcut durumun alt üst olması gerekmektedir. Bu alt üst oluşun muhtemel maliyetinin ne olabileceği ise, çok vahim neticeler verebilecek analizlere tabi tutulması gereken bir başka muhtemel husustur. Bununla birlikte veto mekanizmasını bir nebze aklayabilecek tek argüman bunun askeri süper güçler arası bir nükleer savaşı engelleyebilmiş olmasıdır. Dünya bahçesine farklı farklı yapılar kondurmak isteyen iki nükleer güç sahibi devlet hayal edelim. Bunlar, belki kendi istediklerinin olmamasına katlanabilirler ama diğer hasım güç olan devletin istediğinin olmasına, kendi istedikleri olmaz iken, kolay kolay katlanamazlar. İşte bu noktada veto yetkisi, diğer devletin istediğinin olmasını engelleyecek bir mekanizmadır. Birbirlerinin istediklerini karşılıklı olarak veto ederek, diğerinin istediğinin olmasını engellemekte ve kendi istediklerinin olmasından da vaz geçmektedirler. Bu sayede birbirlerinin girişimlerini, BMGK'yı alet ederek, durdurmakta, etkisiz duruma getirmektedirler. Bu süreç içerisinde veto yetkisi zaten uluslararası hukuk kurallarında mevcut, hukuki bir yetki olarak tanımlanmıştır. Bu yetki tanımlanması, BM Şartı sistemi kurulurken daha baştan yapılmıştır. Daha başta zaten sistemi böyle kuranlar ABD ve Rusya'dır. İngiltere'de bunların yanına illa bir üçüncü süje eklenecekse, ilave edilebilecek figürdür. Anılan biçimde veto yetkisinin bir uluslararası hukuk kuralı olarak tanımlanması ile uluslararası hukukun tesirinin hudutları, daha baştan sistem tarafından kasıtlı olarak belirlenmiştir. Başka türlü bir tanımlamanın mümkün olup olmayacağına ilişkin bir spekülasyon anlamlı değildir çünkü mevcut gerçeklik ile bir an önce yüzleşilmesi ve bu sarsıcı yüzleşme ile meselenin anlaşılması gerekmektedir. Mesele, mevcut uluslararası topluluğun hukuk düzeni olan uluslararası hukukun sınırlarının bu çizilen kadar olmasıdır. Bununla birlikte "uluslararası sorumluluk hukuku" tesir bakımından olumlu olabilecek ilave bir olanak sunmaktadır. Ne de olsa, BM VII'nci bölüm mekanizmalarının aksine, "uluslararası sorumluluk hukuku" mekanizmalarının çalıştırılması, BMGK kararına ve iznine tabi değildir<sup>91</sup>.

"Uluslararası sorumluluk hukuku" onarımı amaçlar<sup>92</sup>. Uluslararası haksız fiil ile neden olunan uluslararası hukuka aykırı durum onarılmalı ve uluslararası hukuka uygun durum kurulmalıdır. Uluslararası haksız fiil ile neden olunan uluslararası hukuka aykırı durum onarılarak uluslararası hukukun üstünlüğü

<sup>88</sup> Erkiner, "Uluslararası Adalet Divanı", 95.

<sup>89</sup> UN Charter, md. 27/3.

<sup>90</sup> UN Charter, md. 27/3.

<sup>91</sup> UN A/RES/56/83, md 43; NU A/RES/56/83, md. 43.

<sup>92</sup> UN A/RES/56/83, md 31; NU A/RES/56/83, md. 31.

temin edilmelidir<sup>93</sup>. Bilhassa eski hale iade yükümlülüğü, uluslararası hukuka uygunluğun sağlanması için en önemli yükümlülüktür<sup>94</sup>.

Bir uluslararası haksız fiilin mağduru olan devlet, uluslararası hukuka aykırı eylemin isnat edilebildiği devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürebilir<sup>95</sup>. Mağdur devletten başka bir devlet tarafından da sorumluluğa başvurulması mümkündür<sup>96</sup>.

*“İhlal edilen yükümlülük, uluslararası topluluğun geneline yönelik bir yükümlülük ise, her devlet uluslararası haksız fiili işleyen devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürebilir”*<sup>97</sup>. Saldırı savaşı ve soykırım gibi fiillerin uluslararası topluluğun geneline yönelik olan yükümlülüklerin ihlallerinden oldukları açıktır<sup>98</sup>. A/RES/56/83 Belgesi'nin 40'inci maddesi dahilindeki *“genel uluslararası hukukun emredici (jus cogens) kurallarından kaynaklanan (erga omnes) yükümlülüklerin ağır ihlalleri”*<sup>99</sup>, anılan belgenin 41'inci maddesindeki hususi sonuçları gerektirir<sup>100</sup>. Belirtilen 41'inci madde, yeni veya farklı bir uluslararası sorumluluk rejimi yaratmamaktadır. Uluslararası sorumluluk rejimi bir tanedir. İhlal edilen uluslararası yükümlülüğün kaynağı olan birincil uluslararası hukuk kuralının niteliği ve değeri ne olursa olsun, bütün uluslararası sorumluluk durumlarında, aynı rejim yeknesak olarak uygulanır ve bu kurallar A/RES/56/83 belgesinde mündemiçtir. Nitekim 41'inci maddedeki hususi sonuçlar da, dikkat edilirse, uluslararası haksız fiili işleyen devlet üzerinde ilave ikincil yükümlülükler olarak doğmamaktadır. İkincil yükümlülük demek, uluslararası sorumluluk rejiminden kaynaklanan yükümlülük demektir. Birincil yükümlülük ise, bir uluslararası hukuk kuralının sorumluluk doğmazdan önce, maddi kurallar kümesi içerisinde doğduğu yükümlülük demektir. Bu çerçevede birincil kurallar, birincil yükümlülük yükleyen kurallardır. İkincil kurallar, sorumluluk kurallarıdır<sup>101</sup>. A/RES/56/83 madde 41'in öngördüğü hususi neticeler, sorumlu devletin üzerinde yükümlülük olarak gündeme gelmez. Bu hususi sonuçlar, diğer bütün devletlerin üzerinde ödevler yaratır. Sorumlu devletin üzerinde doğmazlar, diğer devletlerin üzerinde doğarlar. Bu ödevlere göre, diğer devletler, sorumlu devlete, uluslararası haksız fiilin işlenmesi ve sürmesi için yardım etmeyecek, destek olmayacak, uluslararası haksız fiilden doğan durumu meşru olarak tanımayacaklardır<sup>102</sup>. Diğer devletler, gene madde 41'in belirttiği ödevlere göre, ağır ihlale son vermek için meşru araçlarla işbirliği yapacaklardır<sup>103</sup>. Bu sonuçlar, sorumlu devlet için sorumluluğu ağırlaştırır ya da hafifleten unsurlar değildir. Ağır olan ihlaldir<sup>104</sup>. Üçüncü devletler için ilave ödevler, sorumlu devlete uygulanacak sorumluluk rejiminin adını ve sıfatını değiştirmezler. Sorumlu devletin ikincil yükümlülükleri, aynen A/RES/56/83 belgesinde öngörüldüğü üzere, devam eder<sup>105</sup>. Madde 41 ödevleri, diğer devletlerin yerine getirmeleri gereken ödevlerdir. Bu ödevler de bu devletlere, sorumlu oldukları için değil, uluslararası topluluğun mensubu oldukları için yüklenirler. Bu ödevlerin, sırf uluslararası topluluğun mensubu oldukları için üçüncü devletlerin sırtlarına normatif tasarımlanmaları, uluslararası sorumlukta, hukuki ilişkinin, sorumlu ve mağdur devlet arasındaki kapalı, iki taraflı, bilateral bir ilişki olmasının ötesinde, 40'inci maddedeki kategorik ihlallerde, çok taraflılığa yani multilateralizme açılmasıdır. Buradaki ilave taraf, uluslararası topluluktur, ona doğal olarak mensup her devlettir. Uluslararası topluluğun mensubu her devlet, bu ilişkiye potansiyel olarak taraftır. Bu nedenle *“uluslararası kollektif sorumluluk hukuku”* diyerek, madde 40'taki kategorik ihlalde, iki taraflı sorumluluk ilişkisinin aşıldığına işaret ediyoruz. Toplulukçu veya

<sup>93</sup> UN A/RES/56/83, md 31; NU A/RES/56/83, md. 31.

<sup>94</sup> UN A/RES/56/83, md 35; NU A/RES/56/83, md. 35.

<sup>95</sup> UN A/RES/56/83, md 43; NU A/RES/56/83, md. 43.

<sup>96</sup> UN A/RES/56/83, md 48; NU A/RES/56/83, md. 48.

<sup>97</sup> UN A/RES/56/83, md 48/1-b; NU A/RES/56/83, md. 48/1-b.

<sup>98</sup> Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu*, 104.

<sup>99</sup> UN A/RES/56/83, md 40; NU A/RES/56/83, md. 40.

<sup>100</sup> UN A/RES/56/83, md 41; NU A/RES/56/83, md. 41.

<sup>101</sup> Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu*, 137.

<sup>102</sup> UN A/RES/56/83, md 41; NU A/RES/56/83, md. 41.

<sup>103</sup> UN A/RES/56/83, md 41; NU A/RES/56/83, md. 41.

<sup>104</sup> UN A/RES/56/83, md 40; NU A/RES/56/83, md. 40.

<sup>105</sup> UN A/RES/56/83, md 28; NU A/RES/56/83, md. 28.

kollektif kelimesini, sorumluluk kelimesinin önüne ekleyerek, bu anlamı vurguluyoruz. Bununla birlikte, uluslararası sorumluluk rejiminin değişmediğini, tek ve yeknesak uluslararası sorumluluk rejiminin uygulandığını da tespit ediyoruz. Kollektif uluslararası sorumluluk mekanizmasını işletmek, 41'inci maddedeki, uluslararası topluluğun mensubu oldukları için her devletin üzerinde olan ödevleri üstlenmeyi gerektirse de, bunun dışında, bilhassa A/RES/56/83 madde 48 ve 54 rabitası bağlamında, egemen devletlerin bu mekanizmayı işletmeyi tercih etmelerini gerektirir. Bir kez daha, "*uluslararası hukukun etkinliği meselesi*" söz konusu olduğunda, uluslararası topluluğun yatay yapısı itibariyle, egemen devletlerin mevcut mekanizmayı işletmeyi tercih etmeleri gerçeği ile yüzleşiyoruz. Şayet, René Descartes'tan mülhem, kartezyen matematik düzlemi olan x dikey, y yatay eksenleri düzleminde, x dikey eksen, hukuki hiyerarşiyse ve y yatay eksen hukuki egemen eşitlikse, uluslararası hukukta devletler, kartezyen matematik itibariyle, y ekseninde yatay bakımdan eşittirler ve x dikey ekseninde değer sıfırdır. Dolayısıyla devletler arasında hukuki hiyerarşi yoktur. Bu nedenle uluslararası topluluk evrensel kümesinin elemanı her devlet, mekanizmayı işletmek için siyasi irade tecellisi ile bu tezahürü tercih etmelidirler. Yatay eksende hukuk ne kadar olursa, uluslararası hukuk o kadar hukuktur. Uluslararası hukuk, y ekseninde değerleri eşit elemanlar arası bir hukuktur ve onların x ekseninde, x'e doğru birbirlerine nazaran farkları sıfırdır. Bu nedenle uluslararası hukuk dikey bir hukuk değildir. Y'de eşitler arası hukuk, bir topluluk hukukudur ve bu nedenle uluslararası hukuk, uluslararası topluluğun hukukudur. X'e doğru hukuk özneli arasındaki konum farkı sıfırdan büyükse bu bir toplumun hukukudur ve bu nedenle uluslararası hukuk bir toplumun hukuku değildir. Nasıl ispat edilirse edilsin ve nasıl laf uzatılırsa uzatılsın, uluslararası hukuk, uluslararası topluluğun hukukudur. Uluslararası toplum diye bir gerçeklik ve fenomen yoktur. Uluslararası topluluk evrensel kümesinin elemanı her devlet, mekanizmayı işletmek için siyasi irade tecellisi ile bu tezahürü tercih etmelidirler. Anılan tezahür, uluslararası hukuk mekanizmasının işletilmesidir. Bu algoritmada geçen mekanizma, bu satırlar itibariyle, "*uluslararası kollektif sorumluluk hukuku mekanizması*"dır.

Yukarıda, "*mağdur devletten başka bir devlet tarafından da sorumluluğa başvurulması mümkündür*" demiştik. Nitekim, A/RES/56/83 madde 48 itibariyle, "*ihlal edilen yükümlülük uluslararası topluluğun geneline yönelik olan bir yükümlülük ise, mağdur devletten başka her bir devlet ihlalde bulunan devletin uluslararası sorumluluğuna başvurabilir*"<sup>106</sup>. Uluslararası topluluğa yönelik yükümlülükleri, anılan belgenin 40'inci maddesi uyarınca *erga omnes* yükümlülükler olarak belirttik. Silahlı saldırı savaşı yaşama karşılık gelen kuvvet kullanmama yükümlülüğünü ve soykırım işlememe yükümlülüğünü de örnek yükümlülükler olarak gösterdik. Az önce temas ettiğimiz madde 48 uyarınca sorumluluk ileri sürülünce, ileri sürülen sorumluluğun gereği olan yükümlülüklerin sorumlu devlet tarafından yerine getirilmesini sağlamak için, devletin uluslararası sorumluluğunun hayata geçirilmesine ilişkin hukuki bir yol düşünülmüş olmalıdır. Nitekim A/RES/56/83 belgesinin üçüncü bölümünün başlığı da "*devletin uluslararası sorumluluğunun uygulanması*"dır. "*Uluslararası sorumluluk hukuku*"nu etkin kılacak yöntem olarak karşı önlem uygulama yöntemi mevcuttur. Adı geçen belgede madde 49, "*karşı önlemlerin konusu ve sınırları*"<sup>107</sup>; madde 50, "*karşı önlemler ile etkilenmeyecek yükümlülükler*"<sup>108</sup>; madde 51, "*orantılılık*"<sup>109</sup>; madde 52, "*karşı önlemlere başvurma şartları*"<sup>110</sup>; madde 53, "*karşı önlemlerin sona erdirilmesi*" ile ilgilidir<sup>111</sup>. Bu hususlar açık ve bellidir<sup>112</sup>.

A/RES/56/83 Belgesi madde 54 içerisinde kendisine yer bulan, uluslararası teamül hukuku kuralı olarak mevcut uluslararası sorumluluk hukuku kaidesine göre, A/RES/56/83 madde 48 uyarınca

<sup>106</sup> UN A/RES/56/83, md 48; NU A/RES/56/83, md. 48.

<sup>107</sup> UN A/RES/56/83, md 49; NU A/RES/56/83, md. 49.

<sup>108</sup> UN A/RES/56/83, md 50; NU A/RES/56/83, md. 50.

<sup>109</sup> UN A/RES/56/83, md 51; NU A/RES/56/83, md. 51.

<sup>110</sup> UN A/RES/56/83, md 52; NU A/RES/56/83, md. 52.

<sup>111</sup> UN A/RES/56/83, md 53; NU A/RES/56/83, md. 53.

<sup>112</sup> Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu*, 234-249.

sorumluluğu ileri süren mağdur devletten başka devlet, karşı önlem de alabilir<sup>113</sup>. Buna göre, sorumluluğu ileri süren mağdur devletten başka devlet, karşı önlem uygularken, sorumlu devlete yönelik, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini, karşı önlem oluşturmak üzere uygulayabilir. Bu uygulamamayı yöneten kurallara hemen yukarıdaki paragrafın sonunda göndermede bulunduk<sup>114</sup>. Kafi miktarda devlet, uluslararası topluluğun geneline karşı uyulma borcu oluşturan bir *erga omnes* yükümlülüğün ağır ve ciddi ihlali durumunda, bu ağır ve ciddi uluslararası haksız fiili işleyen devlete yönelik, kafi derecede tesirli bir şekilde, yoğun karşı önlemler uygularsa, bu vaziyet, sorumlu devlet üzerinde, sorumluluktan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesi için, etkili bir baskı yaratabilir. Bu baskı, sorumlu devleti, uluslararası hukuka uygun davranmaya sevk edebilir. Böylelikle uluslararası hukukun üstünlüğü sağlanabilir. Böyle bir yol da, BMGK'daki veto yöntemi ile engellenemez.

“Uluslararası hukukun etkinliği meselesi”, uluslararası topluluğun genelini ilgilendiren uluslararası hukuka aykırılıklar kapsamında ele alındığında, anılan “etkinlik”, doğrudan, uluslararası hukuka uygunluğun sağlanması ve bundan neşet eden bir biçimde, uluslararası hukukun üstünlüğünün kurulması istikametinde incelenmelidir. Uluslararası topluluğun genelini ilgilendiren uluslararası hukuka aykırılıklar, hele ki ağır ve ciddi olduklarında<sup>115</sup>, küresel topluluğu, küresel kamuoyunu hararetle bir surette ilgilendirir, ilgilendirmektedir. Böyle bir ilgi karşısında, uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması, küresel önemde bir gereksinim ve beklentidir. Bu dahi uluslararası hukukun küresel kamuoyu zihninde ne kadar derin bir yer edindiğini gösterir. Gereksinimin derinliği ve beklentinin harareti, uluslararası hukukun olgusal karşılığının artık zihinlerde izdüşümü olan bir fenomen olduğuna işaret eder. Bu şartlar altında dünyada ihlalcilere, haklılığı gasp ettirmemek te öncül bir önemdedir. Bunun için önce haklının kim, haklılığın ne olduğunun gösterilmesi gerekir. Bunu gösterecek bilim, uluslararası hukuk bilimidir. Uluslararası hukuk bilimi, uluslararası ilişkilerde, haklılığın bilimidir. Uluslararası hukukun ilmi hakikati ile haklı ve meşru olan tespit edilecek ve söylenecektir. Söylemin ifade edileceği ve yayılacağı mecraların bulunması mühimdir. Sonraki adımda, haksız iken haklı olduğunu iddia edenlerin, uluslararası hukukun bilimsel gerçeğine aykırı söylemleri ifşa edilecektir. Bu adımların takip edilmesi, haklılığın gasp edilmesine, engel teşkil edecektir. Bununla birlikte sadece söylem esasında haklılığın ifade edilmesi değil de, adalet doğrultusunda, uluslararası hukukun üstünlüğü de kurulacaksa, o takdirde, bunu sağlayacak yöntemlere gereksinim vardır. Uluslararası hukukun tesirli olması demek, uluslararası hukukun üstünlüğünün temin edilmesi demektir. Bu tesirin temin edilmesi için kudrete ihtiyaç vardır. İhtiyaç duyulan kudret veya diğer ifade ile güç, örgütlü uluslararası topluluğun kurumsal karşılığı olan BM Örgütü'nde yoktur. Bu gücün temerküzü, BMGK'daki veto imkanı ile başta ve en çok olmak üzere ABD tarafından engellenir. Öyleyse, BMGK'nın kararına gerek olmayan bir metot bulunmalıdır. Bu metot hukuki olarak yerleşmiş ve normatif bakımdan kadim teamüli köklere sahip bir biçimde, uluslararası sorumluluk hukukunda mevcuttur. Oradaki güç temerküzü için gerekli olan hukuki yöntem karşı önlemler mekanizmasında vardır. Bu mekanizmanın uygulanması tercih edilirse, uluslararası hukukun muhtemel bir hukuk olması niteliği doğrultusunda, sonuç elde edilmesi olasıdır. En azından imkansız değildir. Zaten hukuk mantığı uyarınca, imkansız olmamak demek, olası, yani muhtemel olmak demektir. Toplulukçu uluslararası hukuk veya daha dar ama somut bir biçimde söylersek, uluslararası barış ve güvenlik hukuku ve uluslararası sorumluluk hukuku konusu olarak toplulukçu uluslararası hukuk, kollektif kelimesi ile sıfatlandırılabilme müsaittir. Bu kollektivite, uluslararası topluluktur, Toplulukçu olan, yani kollektif olan bu topluluktan, yani kolektiviteden kaynaklanan ve onun gereksinimlerini karşılayandır. Bu kollektif nitelik, artık karşılıklı iki devlet arasındaki ilişkinin sınırları ile kayıtlı değildir. Bu sınır aşarak ilişkiye, kollektivitenin üyesi her devlet katılabilir. Bu nedenle ilişki iki taraflı değil, çok taraflıdır. Bilateral değil,

<sup>113</sup> UN A/RES/56/83, md 54; NU A/RES/56/83, md. 54.

<sup>114</sup> Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu*, 234-249.

<sup>115</sup> UN A/RES/56/83, md 40; NU A/RES/56/83, md. 40.

mültilateralidir. Bundan ötürü incelenen meselelere ilişkin tam doğru kategorizasyonların “uluslararası kollektif barış ve güvenlik hukuku” demek ve “uluslararası kollektif sorumluluk hukuku” demek olduğunu söylemekteyiz. Uluslararası topluluğu ilgilendiren konularla karşı karşıya olduğu böylelikle terminolojik bakımdan tam olarak tespit edilebilmektedir. Uluslararası hukukun etkinliğinin en çok gerekli olduğu konular “uluslararası kollektif barış ve güvenlik hukuku” ve “uluslararası kollektif sorumluluk hukuku” meseleleridir. Birincisi, her hakikaten ciddi konuda BMGK ile bloke edilirken, diğeri buna bağlı olmadığı için, daha ziyade olanaklar sunmaktadır. Uluslararası hukukun etkinliği meselesini, çözümü külliye imkansız bir mesele olmaktan hukuki kuram olarak kurtaran da zaten bu olanaktır.

## Sonuç

Uluslararası toplum diye bir olgu yoktur; var olan gerçeklik uluslararası topluluktur. Bu uluslararası topluluk, esasen devletlerin uluslararası topluluğudur. Uluslararası hukuk da bu uluslararası topluluğun hukukudur. Bundan ötürü, “uluslararası hukuk muhakkak bir hukuk değildir, mümkün bir hukuktur”. Duruma göre devletlerin tek, ikili veya çok taraflı iradeleri oluşursa, uluslararası hukukun sonuçları gerçekleşir. Belirtilen irade öncelikle siyasi iradedir. Siyasi iradeyi hukuki sonuçlar takip eder. Bununla birlikte uluslararası hukukun kural ve ilkeleri vardır ve sonuçlarının gerçekleşmesinden bağımsız olarak bilimsel hukuki doğruyu belirtirler. Bu hukuki doğruların hayata geçmesini “uluslararası hukukun etkinliği meselesi” olarak adlandırmaktayız. Diğer bir ifadeyle mesele, uluslararası hukukun tesirli olup olmaması meselesidir.

Uluslararası hukukun düzenlediği sosyal doku, uluslararası topluluktur. Uluslararası topluluk egemen eşitler arası bir sosyolojik bünyedir. Bu bünyenin başlıca ve en önemli kişileri devletlerdir. Bu kişiler hukukten birbirlerine eşit ve her biri hukukten egemen hukuki öznelerdir. Bunların üzerinde bir hukuki kudret yoktur. Uluslararası hukuk düzeni, eşitler arası ve bu eşitlerin her birinin egemenlik sahibi olduğu ve bunların üzerinde, hukukun uygulanmasını sağlayan merkezi ve üstün bir gücün olmadığı bir hukuk düzenidir. Uluslararası hukukta, hukuku muhakkak uygulatacak merkezi ve üstün bir başat hükümler gücü, uluslararası hukuk kişileri üzerinde mevcut değildir çünkü bu yapı bir toplum yapısı değil fakat ve ancak bir topluluk yapısıdır. Uluslararası topluluğun hukuki görünüm olarak ortaya çıkışı, uluslararası teamül hukuku ve antlaşmalar gibi pozitif uluslararası hukuk kaynaklarına dayanmaktadır. Bu olguyu doğrulayan unsurlar arasında, uluslararası beyannamelerde topluluk değerlerinin ilan edilmesi, uluslararası kurumların kurulması, *jus cogens* kurallarının kabul edilmesi ve *erga omnes* yükümlülüklerinin ortaya çıkması sayılabilir. Ayrıca, bireylerin uluslararası ceza sorumluluğunun gelişimi ve devletler arasında “çok taraflı sorumluluk mekanizmaları”nın doğması da uluslararası topluluğun çıkarlarının korunmasına yönelik hukuki sürecin parçasıdır.

Mevcut uluslararası toplulukta üstün kudret sahibi üst egemenin olmamasından ötürü, bu hukukun uygulanması muhakkak değildir. Daha kısa ama özlü bir ifadeyle, uluslararası hukuk muhakkak bir hukuk değildir ama ve ancak muhtemel bir hukuktur. Muhtemel bir hukuk olmasının nedeni, bu hukukun gereklerini uygulatacak ve hatta hükümlerliliği nedeniyle de uygulatacak zorunda olan, bir üst kudretin bulunmamasıdır. Bu hukuku, gene bu hukukun kişileri olan uluslararası topluluğun mensubu özneler, kendi müstakil veya müşterek, tekil, iki taraflı veya çok taraflı iradelerinin tezahür etmesi ile uygulatılır ve hukukun gerekleri, şayet bu husus muhtemelen gerçekleşirse, tecelli eder. Bu irade, anılan öznelerin siyasi iradeleridir. Siyasi iradeler tezahür ederse, hukuk tecelli eder. Bu sistemin temel niteliği budur. Özneler olan egemen devletlere, hukukun gereğini yapmalarını emredek başka bir üst merci yoktur; dolayısıyla bu öznelerin uluslararası hukuku uygulamayı tercih etmeleri gerekir. Bu durum en kısa bir biçimde “uluslararası hukuk muhakkak bir hukuk değil, mümkün bir hukuktur” biçiminde ifade edilebilir. Bununla birlikte, uluslararası hukukun muhtemelen oluşacak siyasi iradelerden bağımsız olarak, evvelden belli kural ve müesseseleri mevcuttur. Uluslararası hukukun kural ve ilkeleri elbette vardır ve sonuçlarının uygulanıp uygulanmamasından bağımsız olarak, bilimsel hukuki doğruyu belirtirler. Uluslararası hukuk bilimi tarafından belirtilen bu epistemolojik bilimsel hukuki doğru sayesinde, uluslararası ilişkilerde ve küresel kamuoyu nezdinde, resmi veya gayri resmi propagandalar



ile dünya sahnesinde haklılığın ve meşruiyetin gasp edilmesi önlenebilir. Uluslararası hukukun buyurduğu sonuçlar uygulanmasa, gerçekleşmese, hayata geçmese bile, uluslararası hukuk, uluslararası ilişkilerde haklılığın ve meşruiyetin bilimidir. Bir bilim olarak uluslararası hukukun önemli işlevi, uluslararası ilişkilerde ve devletlerarası münasebetlerde haklılığın bilimi olmasıdır. Bu nokta da uluslararası hukuk bakımından başlı başına bir tesirdir. Bu tesirin başlıca yönelimi, küresel kamuoylarının zihinleridir. Burada gereken güç, bizatihi bilimsel bilgidir ve bu bilgiden ileri gelen epistemolojik doğrunun söylenmesidir. Bu söylemin dile getirilebileceği ve iletilebileceği ulusal, bölgesel ve küresel mecralara sahip olmak ta zikredilmesi gereken bir güç düzlemidir. Bu sayede uluslararası hukukun gereğinin uygulanması mümkün olmasa da, bir de üzerine ihlalciler tarafca haklılığın da gasp edilmesi önlenebilir. Hem haksız olup, hem de haklılığın gasp edilmesi engellenebilir. Uluslararası ilişkilerde haklılığın ve meşruiyetin bilimi uluslararası hukuk bilimidir.

Uluslararası hukuk bir bilimdir ve uluslararası hukuk düzenini akademik olarak inceler. Bu bilimden yola çıkılarak kurulacak söylem ile uluslararası hukuk bakımından haklılığın dile getirilmesi mümkündür. İkinci olarak uluslararası hukuk bir dildir. Bilhassa devletler bu dil sayesinde, aralarında anlaşamadıkları konuların neler olduğunu birbirlerine tercüme edebilirler. Üçüncü olarak, uluslararası hukuk bir zanaattır. Uluslararası ilişkilerde anlaşmazlıkları, çatışmaları, adaletsizlikleri çözmesi beklenir. İşte bu noktada uluslararası hukuk bu zanaat işlevini belki yerine getirebilir, belki de getiremez. Getirebilmesi muhtemeldir ancak muhakkak getirebileceği söylenemez zira uluslararası hukukun, hukuk zanaatı işlevi onu işletecek devletlerin iradelerine bağlıdır ve bu iradenin oluşup oluşmayacağı bilinemez. Bu iradeyi sergilemesi şart olan, zorlayıcı bir üst otorite mevcut değildir. Bu ontolojik varoluşu ile uluslararası hukuk, egzistansiyalist bakımdan, başvurulması mümkün, muhtemel bir araç niteliğindedir. Böyle bir araç vardır ancak muhakkak başvurulacak diye bir vaziyet yoktur. Başvurulup işletilirse işe yarar, yoksa askıda bir imkandır ve kuvvadan fiile geçip geçmeyeceği baştan bilinmez. Kuvvadan fiile geçmesi uyumsuzluğun tarafı devletlerce veya kısmen ya da geneli itibariyle uluslararası toplulukça tercih edilmelidir.

Hem “uluslararası barış ve güvenlik hukuku” boyutu ile ve hem de “uluslararası sorumluluk hukuku” boyutu ile bugün artık uluslararası hukuk, çok taraflı bir hukuktur. Dolayısıyla bizim bu makalede “uluslararası hukukun etkinliği meselesi” hakkında ele aldığımız çerçeve “*erga omnes*” yükümlülüklerin ihlali durumunda uluslararası topluluğun genelini ilgilendiren konularda, uluslararası hukukun etkinliğidir. Anılan konular, sadece ihlalde bulunan ile mağdur arasında olup biten iki taraflı veya *bilateral* bir hukuki durum değildir fakat örneğin, gerek uluslararası barış ve güvenliğin tehdit edilmesi ve bozulması ile ve gerekse mağdurdan başka devletlerin uluslararası sorumluluğu ileri sürebilmesi ile, bunlar çok taraflı veya *mültilateral* hukuki durumlardır. Metodolojik çerçeve olarak eldeki çalışmada çok taraflılıkta “uluslararası hukukun etkinliği meselesi” işlenmiştir çünkü bunlar, tesir söz konusu olduğunda, bütün bir uluslararası topluluğu ilgilendiren, etkileyen ve küresel düzeyde sorunlar olmaktadır.

*Erga omnes* bir yükümlülüğü ağır ve ciddi bir biçimde ihlal eden bir devlete karşı, BMGK'nın bilinen işlevsizliği yüzünden “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun felç olması nedeniyle, sorumlu devlete karşı hukuki olarak elde sadece “uluslararası sorumluluk hukuku mekanizması” kalmaktadır. “Uluslararası sorumluluk mekanizması”, “*erga omnes* yükümlülük” ihlalcisi sorumlu devlet aleyhine ciddi bir baskı oluşturabilir. Bunun için yeterince güçlü devletin yeterince etkin bir biçimde “*erga omnes* yükümlülük” ihlalcisi sorumlu devletin uluslararası sorumluluğundan doğan ikincil yükümlülüklerini yerine getirmesi için karşı önlemler uygulaması gereklidir.

Uluslararası hukuk devletlere, “*erga omnes* yükümlülük” ihlalcisi sorumlu devlet aleyhine başvurulmayı bekleyen bu yetkiyi sunmakla birlikte, devletlerin bu yetkiyi kullanmak istemeleri ve buna karar verip karşı önlemleri uygulamaları gereklidir. “Uluslararası sorumluluk mekanizmasının”, “*erga omnes* yükümlülük” ihlalcisi sorumlu devlet aleyhine baskı oluşturabilmesi mümkün ve muhtemel bir olgudur

ancak bunun için “uluslararası sorumluluk mekanizması”nın olanaklarının “sayıca yeterince güçlü egemen devlet tarafından, yeterince etkin bir biçimde” çalıştırılması ve uygulanması şarttır.

Gerek “BM Şartı’nın VII’nci bölüm mekanizması” ve gerekse “uluslararası sorumluluk hukuku”nda “*erga omnes*” yükümlülüklerin ihlalinden doğan sorumluluk mekanizması nihai gaye olarak uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması için gelişmiş mekanizmalardır. Uluslararası hukukun varoluşsal niteliklerinden ötürü ise bu mekanizmaların gerek ayrı ayrı, gerekse birlikte etkinlikleri sorunludur. Bu etkinlik sorununun uluslararası hukukun üstünlüğünü sağlamada meydana çıkardığı ve uluslararası hukuki güvenliğe ulaşmada oluşturduğu olumsuz vaziyeti aşmak veya bu vaziyetin zararını azaltmak için “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” mekanizmalarının işletilmelerinde hukuki olanakları bilmek ve bunları hayata geçirmeye çalışmak olumlu bir işlev görecektir. Gerek “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”, gerekse “uluslararası kolektif sorumluluk hukuku”, her üçüncü devlete, uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanmasında belirli yetkiler sunmaktadır.

Kuramsal olarak Güvenlik Konseyi, toplulukçu uluslararası sorumluluk rejimi bakımından sorumluluğun gereklerinin hayata geçirilmesi için görev ve yetki donanımı rol oynamaya en elverişli BM organıdır. Ancak bu kuramsal değerlendirmeye rağmen gerçek hayatta Güvenlik Konseyi, bu durumlar karşısında felç geçiren, diğer bir deyişle etkisiz bir organdır. Bu etkisizliği ise tasarımı ve kaynaklanmaktadır. Veto yetkisi ve oylama sistemi, önemli durumlarda Konsey’in etkili kararlar almasını engeller, özellikle *erga omnes* yükümlülüklerin ihlal edildiği durumlarda bu ihlaller daimi üyelere biri tarafından veya daimi üye veya üyelerin lehine veto uygulayacak derecede desteklediği bir devlet tarafından gerçekleştirilmişse, Konsey tamamen etkisiz hale gelir. Bu etkisizlik aslında “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun ve dolayısıyla doğrudan “çok taraflı kolektif uluslararası hukuk”un etkisiz hale gelmesidir. Bu etkisizliğin sonucu da, uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanamamasıdır. Anılan etkisizlik, şayet elde kalan tek teknik hukuki imkan olan “uluslararası kolektif sorumluluk hukuku mekanizması” ile de bir dereceye kadar veya tercihen tamamen giderilemiyorsa ve “uluslararası hukukun tesirli olması”, en azından “uluslararası sorumluluk hukuku” marifetiyle sağlanamıyorsa, “uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması”na giden yol pratikte kapalı demektir. “Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun, BMGK’da veto hakkını kullanarak daimi üyeler tarafından işlevsiz hale getirildiği durumlarda, sorumlu devlet üzerinde uluslararası hukuka uyumu sağlama konusunda etkili olabilecek tek hukuki çözüm, “uluslararası kolektif sorumluluk rejiminin” devreye sokulmasıdır.

Sorumluluğu ileri sürebilecek üçüncü devletler, sorumlu devlete karşı baskı oluşturmak amacıyla karşı önlemler alabilirler. Bu karşı önlemlerin yeterince yoğun ve etkili hale gelmesi durumunda, sorumlu devlet üzerinde sorumluluğunu yerine getirmesi için ciddi bir baskı oluşabilir. Bu çerçevede, uluslararası hukuk her zaman kesin sonuçlar doğuran bir hukuk sistemi değil, ancak olası sonuçlar üreten bir sistemdir. “Kesin bir hukuk olmaması” ile kastedilen, hukuki olarak öngörülen sonuçların her durumda garanti edilememesidir. Bu sonuçların gerçekleşmesi, egemen devletlerin bu mekanizmaları harekete geçirme tercihine bağlıdır. Egemen devletler, bu mekanizmaları çalıştırma veya çalıştırmama yetkisine sahip oldukları için, hukuki sonuçların gerçekleşmesi ancak devletlerin siyasi iradelerinin bu doğrultuda şekillenmesiyle mümkün olur. Bu nedenle, uluslararası hukukun öngördüğü sonuçlar kesin olmamakla birlikte, yalnızca olasılık dahilindedir. Devletlerin uluslararası topluluğunun hukuku olmanın sonucu olarak, uluslararası hukuk, zoraki bir hukuk değildir. Egemen devletlerin üzerinde küresel üst egemen, uluslararası topluluğun mensubu devletleri, uluslararası hukuka uymaya zorlamaz. Böyle bir üst egemen yoktur. Egemen eşit devletlerin uluslararası topluluğunda olmasına olanak yoktur zira olursa, bu devletlerin egemenlikleri ortadan kalkar. O takdirde, bugünün egemen devletleri, küresel üst egemenin tebaası olurlar.

BM Şartı'nın VII'nci bölümünün, başka ifadeyle "*uluslararası kollektif barış ve güvenlik hukuku*"nun, BMGK aracılığıyla işlevsiz hale getirildiği durumlarda, uluslararası sorumluluğun çok taraflı bir yapıya kavuşması büyük bir öneme sahiptir. Bu bağlamda, "*uluslararası sorumluluk hukukunun çok taraflılığa açılması*"nın kilit noktası, uluslararası teamül hukukunda bulunan bir kuralın yansımaları olan A/RES/56/83 Belgesi'nin 48'inci maddesinde yer almaktadır. "*Çok taraflı uluslararası sorumluluk mekanizması*"nın geliştirilmesinin ana amacı, uluslararası hukukun üstünlüğünün bu mekanizma aracılığıyla tesis edilmeye çalışılmasıdır.

"*Uluslararası kollektif barış ve güvenlik hukuku*"nun yapısal, uygulamaya yönelik ve pratik zayıflıkları göz önüne alındığında, bu hukuk sisteminin neredeyse tamamen yetersiz kaldığı durumlarda, "*uluslararası sorumluluk mekanizması*"nın uluslararası hukukun üstünlüğünü sağlama potansiyeli oldukça önemlidir. Uluslararası haksız fiilin mağduru olan bir devletin uluslararası sorumluluğu ileri sürmesinde, diğer devletlerin de bu sürece dahil olup sorumluluğu ileri sürmeleri, mağdur devletin pozisyonunu güçlendirirken, sorumluluk altında bulunan devlete karşı uluslararası baskının artmasına olanak tanımaktadır. Bu uluslararası baskı, nihayetinde uluslararası hukukun üstünlüğünü tesis etmeye yönelik bir adım olabilir.

Ancak, bu baskının etkin bir şekilde oluşabilmesi için iki temel koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir: İlk olarak, bu süreçte etkili olacak devletlerin bu tür bir ağırlığı ortaya koymayı tercih etmeleri; ikinci olarak, bu tercihin gerçekten hukuki ve meşru bir güç yoğunlaşmasına dönüşerek ciddi bir baskı unsuru haline gelmesi gerekmektedir. Özellikle uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden silahlı saldırı ya da soykırım gibi "*erga omnes*" yükümlülüklerin ihlali durumunda, diğer devletlerin de sorumluluğu ileri sürebilme ve hatta karşı önlemler alabilme olanağı, sorumlu devlet üzerinde güçlü bir baskı oluşturabilir.

BMGK daimi üyelerinin veto yetkilerini, doğrudan taraf oldukları olaylarda veya çıkarları doğrultusunda destekledikleri bir devletin taraf olduğu olaylarda, kendi çıkarları doğrultusunda kullanmaları, uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanmasını, dolayısıyla uluslararası hukukun tesirini, birkaç bakımdan engellemektedir. Anılan veto yetkisi ile, BMGK'nın tam yetkili olduğu "*uluslararası kollektif barış ve güvenlik hukuku*"nun tesiri paralize, diğer tabirle felç edilmektedir. Bu nedenle "*uluslararası barış ve güvenlik hukuku*" müessesesi olarak elde, hukuki bakımdan kollektif olmayan bir biçimde, sadece meşru müdafaa müessesesi kalmaktadır. BMGK'daki vetolar ile sadece kollektif barışın sağlanması yolu kapatılmamaktadır. Ayrıca uluslararası hukukun, uluslararası yargı eliyle etkin kılınması yolu da dolaylı olarak kapatılabilmektedir. Bir UAD kararına uymayan devlete karşı BMGK'ya başvurulduğunda, karara uymayan devlet, daimi üye veya onun desteklediği bir devlet ise, meselenin görüşülmesi ve etkin önlem alınması veto edilerek, UAD kararlarının etkin bir biçimde uygulanabilmesi yolu da, BMGK sistemi marifetiyle dumura uğratılmaktadır. Bütün bunların neticesine göre, BM Şartı düzeni ve BMGK'nın görevleri ile "*bir uluslararası ilişkiler nizamı olduğu*" algısı yaratılırken, aslında bu, sadece başta ABD olmak üzere, daimi üyelerin ve desteklediklerinin lehine çalıştırılan veya onların çıkarına durdurulan, dumura uğratılan bir yanılısma, hatta daha dürüst, gerçekçi ve doğru bir ifade ile, bir kandırmaca mekanizmasıdır. Bütün bunların neticesine göre, BM Şartı düzeni ve BMGK'nın görevleri ile "*bir uluslararası ilişkiler nizamı olduğu*" algısı yaratılırken, aslında bu, sadece başta ABD olmak üzere, daimi üyelerin ve desteklediklerinin lehine çalıştırılan veya onların çıkarına durdurulan, dumura uğratılan bir yanılısma, hatta daha dürüst, gerçekçi ve doğru bir ifade ile, bir kandırmaca mekanizmasıdır. Bu kandırmaca mekanizması ile uluslararası hukukun etkinliği tam olarak felç edilebilmektedir. Hem barış ve güvenlik konusunda kollektif uygulamaların olanaksız kılınması ile, hem de, çoğu durumda ihtiyari olsa da, uluslararası evrensel yargı olan UAD'nin etkinliğinin fiilen engellenmesi ile, uluslararası hukukun tesiri yok edilmektedir. Bununla birlikte bu tesir yok edici süreç, gene uluslararası hukuk kurallarının içerisine sokularak, tesirin yok edilmesinin kendisinin de, uluslararası hukukun bünyesinden olması sağlanmıştır. Yanılısmanın veya diğer deyişle kandırmacanın büyüklüğü de tam da buradadır. Bir uluslararası düzen olduğu algısı kurumsallaştırılırken, esas

kurucular, bu düzeni istedikleri her seferinde, hatta savaş ve soykırım gibi en ciddi durumlarda bile bloke edecek unsuru da, normatif tasarımla kurumun tam merkezine bırakmışlardır. Bu suretle, uluslararası hukukun tesirinin yok edilmesi mekanizması da, bir uluslararası hukuk mekanizmasıdır. Bununla birlikte “uluslararası sorumluluk hukuku” tesir bakımından olumlu olabilecek ilave bir olanak sunmaktadır. BM VII’nci bölüm mekanizmalarının aksine, “uluslararası sorumluluk hukuku” mekanizmalarının çalıştırılması, BMGK kararına ve iznine tabi değildir.

“İhlal edilen yükümlülük, uluslararası topluluğun geneline yönelik bir yükümlülük ise, her devlet uluslararası haksız fiili işleyen devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürebilir”. Saldırı savaşı ve soykırım gibi fiillerin uluslararası topluluğun geneline yönelik olan yükümlülüklerin ihlallerinden oldukları açıktır. A/RES/56/83 Belgesi madde 54 içerisinde kendisine yer bulan, uluslararası teamül hukuku kuralı olarak mevcut uluslararası sorumluluk hukuku kaidesine göre, A/RES/56/83 madde 48 uyarınca sorumluluğu ileri süren mağdur devletten başka devlet, karşı önlem de alabilir. Kafi miktarda devlet, uluslararası topluluğun geneline karşı uyulma borcu oluşturan bir *erga omnes* yükümlülüğün ağır ve ciddi ihlali durumunda, bu ağır ve ciddi uluslararası haksız fiili işleyen devlete yönelik, kafi derecede tesirli bir şekilde, yoğun karşı önlemler uygularsa, bu vaziyet, sorumlu devlet üzerinde, sorumluluktan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesi için, etkili bir baskı yaratabilir. Bu baskı, sorumlu devleti, uluslararası hukuka uygun davranmaya sevk edebilir. Böylelikle uluslararası hukukun üstünlüğü sağlanabilir. Böyle bir yol da, BMGK’daki veto yöntemi ile engellenemez. Uluslararası hukukun tesirli olması demek, uluslararası hukukun üstünlüğünün temin edilmesi demektir. Bu tesirin temin edilmesi için kudrete ihtiyaç vardır. İhtiyaç duyulan kudret veya diğer ifade ile güç, örgütlü uluslararası topluluğun kurumsal karşılığı olan BM Örgütü’nde yoktur. Bu gücün temerküzü, BMGK’daki veto imkanı ile başta ve en çok olmak üzere ABD tarafından engellenir. Öyleyse, BMGK’nın kararına gerek olmayan bir metot bulunmalıdır. Bu metot hukuki olarak yerleşmiş ve normatif bakımdan kadim teamüli köklere sahip bir biçimde, uluslararası sorumluluk hukukunda mevcuttur. Güç temerküzü için gerekli olan hukuki yöntem, karşı önlemler mekanizmasında vardır. Bu mekanizmanın uygulanması tercih edilirse, uluslararası hukukun muhtemel bir hukuk olması niteliği doğrultusunda, sonuç elde edilmesi olasıdır. Uluslararası hukukun etkinliğinin en çok gerekli olduğu konular “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku” ve “uluslararası kolektif sorumluluk hukuku” meseleleridir. Birincisi, her hakikaten ciddi konuda BMGK ile bloke edilirken, diğeri buna bağlı olmadığı için, daha ziyade olanaklar sunmaktadır. Uluslararası hukukun etkinliği meselesini, çözümü külliye imkânsız bir mesele olmaktan hukuki kuram olarak kurtaran da zaten bu olanaktır.

## Kaynakça

- Bektaş, Sezercan- Dirikgil, Naziye. "The Interrelation Between International Law and Legal Anthropology: An Analysis in the Context of Primitive Law". *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/20 (Aralık 2022), 193-212.
- Demirel, Naim. *BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması*. İstanbul: Derin, 2015.
- Dost, Süleyman. *Temel Kavramlar, Metinler ve Kararlar Bağlamında Uluslararası Hukukta Adalet*. Ankara: Yetkin, 2. Baskı, 2019.
- Erkiner, Hakkı Hakan. "Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla Uygulanması". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23/2 (2017), 87-102.
- Erkiner, Hakkı Hakan. *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin, 2. Basım, 2023.
- Erkiner, Hakkı Hakan. *Makaleler ile Uluslararası Hukukun Sosyolojisine ve Uluslararası Hukukun Tarihine Giriş*. Ankara: Seçkin, 2. Basım, 2023.
- Erkiner, Hakkı Hakan. *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa*. Ankara: Seçkin, 4. Basım, 2023.
- Ertuğrul, Ümmühan Elçin. *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin, 2012.
- Klein, Pierre. "Responsabilité Pour Violation Grave D'Obligations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Et Droit Des Nations Unies", *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats*, ed. Pierre-Marie Dupuy. 189-207. Paris: Pedone, 2003.
- Kolp, Robert. *Ius contra bellum*. Bruxelles: Bruylant, 2009.
- Kubbealtı Lugatı, "Etkin". Erişim 2 Ekim 2024. <https://www.lugatim.com/s/Etkin>
- Kubbealtı Lugatı, "Güç". Erişim 2 Ekim 2024. <https://www.lugatim.com/s/GÜÇ>
- Kubbealtı Lugatı, "Kollektif". Erişim 5 Ekim 2024. <https://www.lugatim.com/s/kollektif>
- Kubbealtı Lugatı, "Mesele". Erişim 2 Ekim 2024. <https://www.lugatim.com/s/Mesele>
- Kubbealtı Lugatı, "Tesir". Erişim 2 Ekim 2024. <https://www.lugatim.com/s/tesir>
- Kubbealtı Lugatı, "Tesirli". Erişim 2 Ekim 2024. <https://www.lugatim.com/s/tesirli>
- Nolte, Georg. "De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago: le droit international classique de la responsabilité internationale des Etats et la Prééminence de la conception bilatérale des relations interétatiques", *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats*, ed. Pierre-Marie Dupuy. 5-25. Paris: Pedone, 2003.
- NU A/RES/56/83, Projet D'Articles Sur La Responsabilité De L'Etat Pour Fait Internationalement Illicite. Nations Unies, 2001. Erişim 6 Ekim 2024. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf)
- Pirim, Ceren Zeynep. *Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu*. Ankara: Turhan, 2022.
- Schwarzenberger, Georg. *The Dynamics of International Law*. Milton: Professional Books Limited, 1976.
- Sicilianos, Linos-Alexandre. "Classification Des Obligations Et Dimension Multilatérale De La Responsabilité Internationale", *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats*, ed. Pierre-Marie Dupuy. 57-79. Paris: Pedone, 2003.
- Spinedi, Marina. "D'Une Codification A L'Autre: Bilatéralisme Multilatéralisme Dans La Genèse De La Codification Du Droit Des Traités Et Du Droit De La Responsabilité Des Etats", *Obligations*

*Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats*, ed. Pierre-Marie Dupuy. 25-57. Paris: Pedone, 2003.

Taşdemir, Fatma – Özer, Adem. *Uluslararası Hukuk Perspektifinden Self-Determinasyon ve Ayrılma*. Ankara: Hukuk Yayınları, 2017.

UN A/RES/56/83, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. United Nations, 2002. Erişim 6 Ekim 2024. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n01/477/97/pdf/n0147797.pdf>

UN Charter, Charter of the United Nations. United Nations, 1945. Erişim 6 Ekim 2024 <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>

Uzun Elif. *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*. İstanbul: Beta, 2007.

Villalpando, Santiago. *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

Wylter, Eric. "Du Crime D'Etat A La Responsabilité Pour Violations Graves D'Obligations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général", *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats*, ed. Pierre-Marie Dupuy. 105-121. Paris: Pedone, 2003.

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Uluslararası Tahkimde Elektronik Tahkim Kararları ve E-İmza

### *Electronic Arbitral Awards and E-Signature in International Arbitration*

Ahmet Cemal Ruhi 

Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Gaziantep,  
Türkiye, [acruhi@myynet.com](mailto:acruhi@myynet.com)



Geliş Tarihi/Received: 31.08.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 28.11.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
25.12.2024

**Öz:** Devletler elektronik yazışma gibi dijital yenilikleri yargı sistemlerine entegre etmeye çalışırken, tahkim yargılamaları uzun süredir e-posta yoluyla yürütülmektedir. Tahkimde teknoloji kullanımı usulü verimlilik ve kalitede bir artış vaat ettiği müddetçe taraflarca talep edilmeye devam edecektir. Tahkimde daha fazla dijitalleşme ihtiyacına rağmen elektronik imzaların hukuki durumuna ilişkin uluslararası tahkim hukukunda henüz bir netlik yoktur. Neredeyse tüm tahkim düzenlemelerine göre hakem kararları yazılı olmalı ve hakemlerin imzalarını taşımalıdır. Bu durumda dijital imzalı bir hakem kararının bu gereklilikleri karşılayıp karşılamadığı sorulmalıdır. Elektronik olarak imzalanmış bir tahkim kararı geleneksel tahkim kararları gibi icra edilebilir mi? Nitelikli e-imza ile basit e-imza arasında elektronik tahkim kararının geçerliliği ve icra edilebilirliği bakımından farklar nelerdir? Bu çalışmada e-imza ile ilgili ulusal ve uluslararası düzenlemeler incelenerek bu sorulara cevap aranmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Tahkimde E-Karar, Uluslararası Tahkimde Elektronik İmza, New York Sözleşmesi, UNCITRAL Model Kanunu, eIDAS Yönetmeliği

**Abstract:** Arbitration proceedings have long been conducted by email, while states have sought to integrate digital innovations such as electronic correspondence into their judicial systems. The use of technology in arbitration will continue to be demanded by parties as long as the procedure promises an increase in efficiency and quality. Despite the need for further digitalization in arbitration, there is still a lack of clarity in international arbitration law regarding the legal status of electronic signatures. According to almost all arbitration regulations, arbitral awards must be in writing and bear the signatures of the arbitrators. The decisive question then is whether a digitally signed arbitral award meets these requirements. Is an electronically signed arbitration award enforceable like a traditional arbitration award? What are the differences between a qualified e-signature and a simple e-signature in terms of the validity and enforceability of an electronic arbitration award? This study seeks answers to these questions by analyzing the national and international regulations on e-signatures.

**Keywords:** E-Awards in International Arbitration, Electronic Signature in International Arbitration, New York Convention, UNCITRAL Model Law, eIDAS Regulation

### Extended Abstract

The manual signing of arbitral awards by the arbitral tribunal members is problematic in terms of procedural economy. In fact, it would save time if the arbitral award is electronically signed by the members and then sent to all parties to the proceedings by encrypted e-mail. In this case, there would be no original document containing the wet signatures of the arbitrators. The most important question is whether the electronic arbitral award will be valid under existing international arbitration rules. This is because the inability to enforce the electronic arbitral award in the relevant state would be an unacceptable result for the parties compared to the small savings to be achieved. In this case, despite all the advantages of an electronic arbitral award, the parties will continue to prefer to have their arbitral awards delivered to them with wet signatures. Fully electronic arbitral awards are frequently encountered in practice. Indeed, more and more arbitral institutions have included new provisions in

their arbitration rules during the amendment of their arbitration rules to provide for the exclusive electronic delivery of arbitral awards:

The formal validity of an award is governed by Article IV(1-a) of the New York Convention. According to this provision, the party seeking enforcement must submit a duly certified original of the award. According to the wording of the New York Convention, an arbitrator's electronic signature is not expressly excluded. According to Article 31(1) of the UNCITRAL Model Law, arbitral awards must be in writing and contain the signatures of the arbitrators. Considering the principle of free circulation of international arbitral awards, the issue of the admissibility of an e-award should be examined individually with respect to the law of the place where the award was rendered and the law of all enforcement states where the award is enforceable. Otherwise, there may be a risk that the recognition request may be canceled on the grounds of ordre public, especially in the country where the award is enforced

This is because in some countries the relevant arbitration rules already expressly provide for the admissibility of an e-adjudication, while in other countries the legislator is silent on the validity of the e-adjudication. In the United Arab Emirates, e-adjudications are expressly permitted. According to Article 1072b III'a of the Dutch Code of Civil Procedure, e-award in arbitration is possible provided that a qualified electronic signature fulfilling the requirements of Articles 15a I and II of the Dutch Civil Code is completed. The admissibility of electronically signed awards is rejected by the majority. UK awards signed with a qualified electronic signature are enforceable. In Turkey, according to the provisions of the Electronic Signature Law No. 5070, it is possible to sign an award with an electronic signature.

## Giriş

Hakem kararlarının tahkim mahkemesi üyeleri tarafından elle imzalanması usul ekonomisi bakımından sorunludur. Zira uygulamada genellikle birkaç yüz sayfadan oluşan hakem kararları beş veya altı nüsha olarak basılıp genellikle farklı kıtalarda bulunan hakem heyeti üyelerine kurye ile gönderilir.<sup>1</sup> Hakem heyeti üyelerinin imzaları toplandıktan sonra tahkim yargılaması kararın ilgili tahkim kurumuna ve dünyanın farklı ülkelerinde bulunan taraflara gönderilmesi ile sona erer. Esasında tahkim kararının üyeler tarafından elektronik olarak imzalanıp ardından şifreli e-posta ile yargılamanın tüm taraflarına ulaştırılması zamandan tasarruf edilmesine imkân sağlar. Tahkim kararlarının elektronik ortamda verilmesine ilişkin tartışmalar kurye hizmetlerinin tam anlamı ile sağlanamadığı ve bu nedenle hakem heyeti üyelerinin ofislerine erişimin zorlaştığı Covid-19 salgını döneminde başlamıştır.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Bkz. Swiss Rules 2021 m. Art. 34/5'e göre hakem heyeti üyeleri tarafından imzalanan kararın asılları, Madde 38(a), (b), (c), (f) ve (g)'de belirtilen masrafların tamamen ödenmiş olması kaydıyla, Sekretarya tarafından taraflara gönderilir. Sekretarya kararın bir aslını muhafaza eder, tam metin için bkz. <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2022/07/Swiss-Rules-2021-DE.pdf>, (erişim tarihi 21.07.2024); ICC Rules 2021 m. 35/4'e göre kurallara uygun olarak verilen her kararın bir aslı Sekretaryaya tevdi edilir, tam metin için bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/>, (erişim tarihi 21.07.2024); DIS-SchO 2018 m. 39/5'e göre hakem heyeti, her bir tarafın ve DIS'in birer nüsha almasını sağlamak için DIS'e imzalı kararın yeterli sayıda aslını verecektir, tam metin için bkz. [https://www.disarb.org/fileadmin/user\\_upload/Werkzeuge\\_und\\_Tools/2018\\_DIS-Schiedsgerichtsordnung.pdf](https://www.disarb.org/fileadmin/user_upload/Werkzeuge_und_Tools/2018_DIS-Schiedsgerichtsordnung.pdf), (erişim tarihi 22.07.2024).

<sup>2</sup> Reinmar Wolff, "E-Arbitration Agreements and E-Awards: Arbitration Agreements Concluded in an Electronic Environment and Digital Arbitral Awards," ed. Maud Piers ve Christian Aschauer, *Arbitration in the Digital Age* (2018), 151; Erik Schäfer, "E-Signature of Arbitral Awards," ed. Maxi Scherer ve Bassiri, *International Arbitration and the Covid-19 Revolution* (2020), 151; Felipe Volio Soley, "Signing the Arbitral Award in Wet Ink: Resistance to Technological Change or A Reasonable Precaution?," <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/06/signing-the-arbitral-award-in-wet-ink-resistance-to-technological-change-or-a-reasonable-precaution/>. Erişim tarihi: 29 Temmuz 2024; Beata Gessel-Kalinowska ve Kalinowska Vel Kalisz, "Admissibility of Electronic Awards in the UNCITRAL Model Law Jurisdiction: Polish Law Example," *Journal of International Arbitration* 38/2 (2021), 147.



Elektronik tahkim kararı dijital olarak düzenlenecek ve tahkim mahkemesi üyeleri tarafından imzalanacaktır. Bu durumda hakemlerin ıslak imzalarını içeren orijinal bir belge söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle elektronik tahkim kararı hakem heyeti üyelerinin kararı fiziksel ortamda imzalandıktan sonra belgeyi tarayıp tahkim davasının taraflarına gönderdiği klasik tahkim kararından şekil bakımından farklılık gösterecektir. En önemli soru elektronik tahkim kararının mevcut uluslararası tahkim kuralları kapsamında geçerli olup olmayacağıdır. Zira elektronik hakem kararının ilgili devlette icra edilememesi elde edilecek küçük tasarruflarla kıyaslandığında taraflar için kabul edilemez bir sonuç olacaktır. Bu durumda taraflar elektronik tahkim kararının tüm avantajlarına rağmen tahkim kararlarının ıslak imzalı bir şekilde kendilerine teslim edilmesini tercih etmeye devam edecektir.<sup>3</sup>

## I. Tahkimde E-Karar ve De Lege Lata Değerlendirmeler

### A. Uluslararası tahkim kurumlarının e-karar düzenlemeleri ve uygulama

Uygulamada tamamen elektronik hakem kararlarına sıklıkla rastlanılmaktadır. Zira giderek daha fazla sayıda tahkim kurumu tahkim kurallarının değiştirilmesi sırasında tahkim kurallarına hakem kararlarının münhasıran elektronik olarak verilmesine yönelik yeni hükümler eklemiştir:

-LCIA Rules 2020 m. 26/2'e göre hakem heyeti her türlü kararı yazılı olarak verir ve tüm taraflar aksini yazılı olarak kabul etmedikçe, bu kararın dayandığı gerekçeleri belirtir. Kararda ayrıca kararın verildiği tarih ve tahkim yeri de belirtilir ayrıca hakem kararı hakem heyeti üyeleri tarafından imzalanır. Taraflar aksini kabul etmedikçe veya hakem heyeti veya LCIA mahkemesi aksini belirtmedikçe, herhangi bir karar elektronik olarak ve/veya benzer şekilde imzalanabilir ve tek bir belgede birleştirilebilir.<sup>4</sup>

- DIFC-LCIA Rules 2021 m. 26/2'e göre hakem heyeti her türlü kararı yazılı olarak verir ve tüm taraflar aksini yazılı olarak kabul etmedikçe, bu kararın dayandığı gerekçeleri belirtir. Kararda ayrıca kararın verildiği tarih ve tahkim yeri de belirtilir ayrıca karar hakem heyeti üyeleri tarafından imzalanır. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça veya hakem heyeti veya LCIA mahkemesi aksini belirtmedikçe, herhangi bir hakem kararı elektronik olarak ve/veya benzer şekilde imzalanabilir ve tek bir belgede birleştirilebilir.<sup>5</sup>

- ICDR Rules 2021 m. 32/4'e göre hakem kararı, yürürlükteki yasalar fiziksel imza gerektirmedikçe, taraflar aksini kabul etmedikçe veya hakem veya yönetici aksini belirlemedikçe elektronik olarak imzalanabilir.<sup>6</sup>

- ICSID Arbitration Rules 2022 m. 59/2'e göre karar Mahkeme üyeleri tarafından imzalanacaktır. Tarafların mutabık kalması halinde karar elektronik yollarla da imzalanabilir.<sup>7</sup>

ICC, DIS gibi bazı tahkim kurumları ise tarafları resmi olmayan yollarla e-karar verilmesi konusunda anlaşmaya teşvik etmektedir.<sup>8</sup> Zira taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadan çok az hakem heyeti bir hakem kararının yalnızca elektronik yollarla verilmesini değerlendirebilir.

<sup>3</sup> Felipe Volio Soley, "Signing the Arbitral Award in Wet Ink: Resistance to Technological Change or A Reasonable Precaution?", <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/06/signing-the-arbitral-award-in-wet-ink-resistance-to-technological-change-or-a-reasonable-precaution/>. Erişim tarihi: 29 Temmuz 2024.

<sup>4</sup> LCIA Arbitration Rules 2020, [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx). Erişim tarihi: 21 Temmuz 2024.

<sup>5</sup> DIFC-LCIA Arbitration Rules 2021 Update, <https://www.lcia.org/News/update-difc-lcia.aspx>. Erişim tarihi: 25 Temmuz 2024.

<sup>6</sup> ICDR Rules 2021, [https://www.icdr.org/de/rules\\_forms\\_fees](https://www.icdr.org/de/rules_forms_fees). Erişim tarihi: 20 Temmuz 2024.

<sup>7</sup> ICSID Arbitration Rules 2022, [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Arbitration\\_Rules.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Arbitration_Rules.pdf). Erişim tarihi: 22 Temmuz 2024.

<sup>8</sup> ICC, *Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the Covid-19 Pandemic*, 2020, Rn. 15, <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic/>. Erişim tarihi: 25 Temmuz 2024; ICC, *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*, 2021, Rn. 199, <https://iccwbo.org/news->

Tahkim kurumları arasında elektronik imzanın tanımına ve şekline ilişkin ise tam bir netlik söz konusu değildir. Elektronik İmzalara İlişkin UNCITRAL Model Kanun Tasarısı m. 2 hükmüne göre e-imza, bir veri mesajıyla mantıksal olarak ilişkilendirilmiş, veri mesajıyla ilgili olarak imza sahibini tanımlamak ve imza sahibinin veri mesajında yer alan bilgileri onayladığını belirtmek için kullanılan elektronik formdaki bir veridir.<sup>9</sup> Özellikle imzanın şekline ilişkin farklı yaklaşımlar dikkate alınabilir:

- Islak imzanın tarama yoluyla veya ekran kalemi aracılığıyla dijital olarak çoğaltılması;
- DocuSign<sup>10</sup> veya Signable<sup>11</sup> gibi bir sunucu tarafından sertifikalandırılmış dijital imzalar;
- Özel olarak korunan ve yasalarda ayrıca tanınan nitelikli elektronik imzalar (§§ 126 III, 126a BGB, § 130a III ZPO).

Somut bir tanımın bulunmaması sebebi ile elektronik imza teriminin genellikle geniş bir şekilde anlaşılması ve bahsedilen tüm formları kapsamaması gerektiği kanaatindeyiz. Uygulamada taraflara elektronik imzanın şekli ve özellikle de hakem kararının tanına bilirliliği ve icra edilebilirliği hakkında fikir alışverişinde bulunmaları tavsiye edilir.<sup>12</sup>

## B. Uluslararası tahkim kuralları ve e-karar

Elektronik bir tahkim kararı esasında geleneksel tahkim kararlarının tabi olduğu kurallara tabi olacaktır. UNCITRAL Model Kanunu m. 31/1 hükmüne göre hakem kararları yazılı olmalı ve hakemlerin imzalarını içermelidir. Tahkim yargılamasını devlet yargılaması karşısında popüler yapan özelliklerinden biri de New York Sözleşmesi'ndeki güçlü tenfiz ağı nedeniyle hakem kararının kesinliği ve icra edilebilirliğidir. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi hakem kararlarının sınır ötesi tanınmasına izin vermektedir. Sözleşme, uluslararası gereklilikleri standartlaştırmakta ve bir ulusal mahkemeye, bir hakem kararının kendi topraklarında tanıma talebinin reddi veya tenfizi için ilgili gereklilikleri karşılayıp karşılamadığını inceleme yetkisi vermektedir.

Bir hakem kararının resmi geçerliliği New York Sözleşmesi m. IV/1-a hükmüne tabidir. Bu hükme göre tenfiz talebinde bulunan taraf hakem kararının usulüne uygun olarak tasdik edilmiş onaylı aslını ibraz etmelidir. New York Sözleşmesi'nin lafzına göre bir hakeme ait elektronik imza açıkça hariç tutulmamıştır.<sup>13</sup> Ancak ifade etmemiz gerekir ki orijinal belgede hangi gerekliliklerin yer alması gerektiği veya bunların hangi hukuka göre değerlendirileceği konusunda New York Sözleşmesi sessiz kalmaktadır. Ancak bu durumun icracı devletin mahkemelerine daha fazla esneklik vermek isteyen New York Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin bilinçli tutumunun bir sonucu olduğunu düşünmekteyiz. New York Sözleşmesi'nin genel olarak amaçladığı icra edilebilirliği sağlamak için hakem kararının şekli geçerliliği hem hakem kararının verildiği devletin hem de tenfiz devletinin gerekliliklerine uygun olması gerekmektedir.<sup>14</sup> Kanaatimizce New York Sözleşmesi'nde sunulan bu esneklik taraflar ve tahkim

publications/arbitration-adr-rules-and-tools/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/. Erişim tarihi: 25 Temmuz 2024; DIS, *Bekanntmachung zu prozessualen Besonderheiten bei der Administration von Schiedsverfahren aufgrund der Covid-19-Pandemie*, 2. Fassung 2020, 3, <https://www.disarb.org/ueber-uns/informationen-covid-19>. Erişim tarihi: 23 Temmuz 2024; Gustav Flecke-Giammarco, Gebhard Bücheler ve Lena Zahner, "Arbitrating in Uncertain Times – Institutional Responses to COVID-19," *SchiedsVZ* (2020), 133.

<sup>9</sup> UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ml-elecsig-e.pdf>. Erişim tarihi: 18 Temmuz 2024.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *DocuSign*, <https://www.docusign.com/de-de>. Erişim tarihi: 1 Ağustos 2024.

<sup>11</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Signable*, <https://www.signable.co.uk/>. Erişim tarihi: 1 Ağustos 2024.

<sup>12</sup> Maxi Scherer, Lisa Richman ve Rémy Gerbay (Ed.), *Arbitrating Under the 2020 LCIA Rules: A User's Guide* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021), 391.

<sup>13</sup> Felipe Volio Soley, "Signing the Arbitral Award in Wet Ink: Resistance to Technological Change or A Reasonable Precaution?," <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/06/signing-the-arbitral-award-in-wet-ink-resistance-to-technological-change-or-a-reasonable-precaution/>. Erişim tarihi: 29 Temmuz 2024.

<sup>14</sup> Friedrich Stein, Martin Jonas ve Peter Schlosser, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 23. Baskı (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014), § 1061, Rn. 136.

mahkemeleri için işleri yalnızca sınırlı ölçüde kolaylaştırır. Çünkü tahkim kararının potansiyel olarak uygulanacağı çok sayıda devlet bulunmaktadır. Uluslararası tahkim kararlarının serbest dolaşımı ilkesi göz önünde bulundurulduğunda e-kararın kabul edilebilirliği meselesinin kararın verildiği yerin hukuku ve kararın uygulanabilir olduğu tüm icracı devletlerin hukuku bakımından tek tek incelenmesi gerekmektedir.<sup>15</sup> Aksi takdirde özellikle kararın icra edildiği ülkede tanıma talebinin ordre public gerekçesi ile iptal edilme riski söz konusu olabilir. İlgili ülke mahkemesinin bir hakem kararını e-imza nedeniyle tanımayı ve tenfiz etmeyi reddetmesi durumunda, lehine hakem kararı verilmiş taraf yeni belgelerle tekrar tenfiz başvurusunda bulunabilir, ancak bu prosedür hakem kararının tenfizini geciktirecektir.<sup>16</sup>

### C. Ulusal hukuk düzenlemeleri ve e-karar

E-imza ile doğrulanmış bir kararın icra edilmesi tenfiz yerindeki uygulanacak hukuka veya tahkim merkezinin hukukuna göre değişecektir. Bu nedenle tarafların tahkim merkezinin seçiminde ve kararı icra etmek istedikleri ülkenin seçiminde özellikle dikkatli davranması gerekmektedir. Tarafların anlaşması genellikle e-karar verilmesi için gerekli bir koşul olsa da her zaman tek başına yeterli olmayacaktır. Önemli olan ulusal tahkim düzenlemelerinin e-karar konusunu nasıl ele aldığı ve verilen bir e-kararın tanınıp tanınmayacağıdır. Zira karar aleyhine verilen taraf tahkim kararının iptalini veya tenfiz talebinin reddini ordre public gerekçe göstererek isteyebileceği gibi ilgili mahkemelerde bu hususu resen gözetmek durumundadır. İfade etmemiz gerekir ki, elektronik hakem kararı ile kamu düzeninin ihlal edilmesi arasında doğrudan bir bağlantı olmadığı kanaatindeyiz.<sup>17</sup> Bu nedenle elektronik hakem kararları tek başına kararın iptal edilmesi veya tanıma ve tenfizin reddedilmesi için yeterli bir ölçü değildir.

Mevcut ulusal düzenlemeler ise nispeten kafa karıştırıcıdır. Zira bazı ülkelerde ilgili tahkim kuralları halihazırda bir e-kararın kabul edilebilirliğini açıkça öngörmekte iken diğer ülkelerde yasa koyucu e-kararın geçerliliğine ilişkin sessiz kalmıştır. Basit elektronik imzalar söz konusu olduğunda ise yasal durum daha da şüphelidir.

Tahkimde e-karar olgusu Temmuz 2016'dan itibaren tüm AB'de geçerli olan eIDAS Yönetmeliği hükümleri ile ele alınmalıdır. eIDAS Yönetmeliği m. 25/2 hükmüne göre, nitelikli bir elektronik imza ... elle atılan bir imza ile aynı hukuki etkiye sahiptir. Bu nedenle eIDAS Yönetmeliğine göre elektronik olarak imzalanmış bir hakem kararı, gerçekliği ve bütünlüğü açısından ıslak mürekkeple imzalanmış bir hakem kararıyla aynı düzeyde güvenilirlik sağlayabilir. Aşağıda tahkimde e-karara ilişkin bazı ulusal düzenlemeler ele alınmıştır.

#### 1. Birleşik Arap Emirlikleri hukukunda e-karar

Birleşik Arap Emirlikleri'nde e-karara açıkça izin verilmektedir. BAE Tahkim Kanunu 2018 m. 41/4'a göre bir tahkim kararı elektronik olarak imzalanabilir. Ancak altını çizmek gerekirse BAE Tahkim kanunu hangi elektronik yollara izin verdiğini açıkça belirtmemiştir. BAE merkezli tahkim merkezleri elektronik imza seçeneğini kurallarına dahil ederek, kuralları bu konuda sessiz kalan diğer önde gelen tahkim kurumlarının önüne geçmiştir.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Maxi Scherer, Lisa Richman ve Rémy Gerbay (Ed.), *Arbitrating Under the 2020 LCIA Rules: A User's Guide* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021), 391.

<sup>16</sup> Felipe Volio Soley, "Signing the Arbitral Award in Wet Ink: Resistance to Technological Change or A Reasonable Precaution?", <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/06/signing-the-arbitral-award-in-wet-ink-resistance-to-technological-change-or-a-reasonable-precaution/>. Erişim tarihi: 29 Temmuz 2024.

<sup>17</sup> Balaji Harish Iyer, "Arbitration vs. The World (Article Series) Part III: Annulment and Enforcement of an E-Award," <https://www.thearbitrationworkshop.com/post/arbitration-vs-the-world-article-series-part-iii-annulment-and-enforcement-of-an-e-award>. Erişim tarihi: 20 Temmuz 2024.

<sup>18</sup> Nayiri Boghossian, "Can Electronic Signatures in Awards Win the Battle Over Wet Ink Signatures?", <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/06/04/can-electronic-signatures-in-awards-win-the-battle-over-wet-ink-signatures/>. Erişim tarihi: 21 Temmuz 2024.

## 2. Hollanda hukukunda e-karar

Hollanda Medeni Usul Kanunu m. 1072b III'a hükmüne göre Hollanda Medeni Kanunu m. 15a I ve II hükümlerinin gerekliliklerini yerine getiren nitelikli bir elektronik imza tamamlanması şartı ile tahkimde e-karar mümkündür.<sup>19</sup>

## 3. Alman hukukunda e-karar

Alman hukukunda ZPO m. 1054/1 hükmüne göre hakem kararı yazılı olarak verilmeli ve hakemler tarafından imzalanmalıdır.<sup>20</sup> Elektronik olarak imzalanmış hakem kararlarının kabul edilebilirliği çoğunluk tarafından reddedilmektedir.<sup>21</sup> Alman hukukunun yerleşik içtihatlarına göre hakem kararının şahsen ve el ile imzalanması gerekmektedir.<sup>22</sup> Ancak 910/2014 sayılı e-IDAS Yönetmeliği m. 25/2' e göre nitelikli elektronik imza elle atılan imza ile aynı hukuki etkiye sahiptir. Alman hukuku bakımından aynı sonuç BGB m. 126 III, 126a'dan da anlaşılmaktadır.<sup>23</sup> Alman hukuku bakımından tahkim kararlarının bu hükümlerin uygulama alanı dışında bırakılması için objektif bir neden bulunmamaktadır.<sup>24</sup>

Devlet mahkemesi kararlarına uygulanan kurallar ve ilgili kararlar da tahkim kararları için yol gösterici nitelikte değildir. Zira mahkeme kararları için nitelikli elektronik imzalı bir karar imzasının ZPO 315, 130b cümle 1 uyarınca yeterli olabileceği açıkken basit elektronik imzalara ilişkin içtihat hukuku yetersiz kalmaktadır. Bu belirsizlikler göz önüne alındığında Alman hukukunda nitelikli elektronik imzanın şimdilik tercih edilen yöntem olmaya devam edeceğini söyleyebiliriz.

Alman hukukunda bir görüş tarafların e-hakem kararı lehine anlaşmasının bu kararın icra edilebilirliğini garanti ettiğini savunmaktadır.<sup>25</sup> Ancak bu durum en azından Alman hukuku kapsamında şüphelidir çünkü literatürdeki ortak görüşe göre el ile imza gerekliliği zorunludur.<sup>26</sup> Ancak altını çizmek gerekir ki Almanya'da tahkim kararının nihai olarak uygulanamama riski ortadan kaldırılabılır niteliktedir. Bunun nedeni uygun imzaların bulunmaması halinde ilgili belgenin itiraz edilebilir değil hukuki olarak hükümsüz olmasıdır.<sup>27</sup> İmzalar daha sonra fiziksel olarak temin edilebilir ve hakem kararı yeniden verilebilir.<sup>28</sup>

Alman Adalet Bakanlığı 01.02.2024 tarihinde Alman tahkim hukukunun modernleştirilmesine yönelik bir kanun tasarısı taslağı yayınlamıştır.<sup>29</sup> Bu taslak tahkim hukukundaki uluslararası gelişmelere uyarlanması gereken düzenleyici konuları belirleyen 18.04.2023 tarihli temel konular belgesinin

<sup>19</sup> Hollanda Medeni Usul Kanunu'ndaki bu düzenleme eIDAS Yönetmeliği m. 25/2 hükmüne dayanmaktadır.

<sup>20</sup> *OLG Stuttgart, SchiedsVZ 2021, 293 (295).*

<sup>21</sup> *MüKo-ZPO/Münch*, 6. Baskı (2022), ZPO § 1042, Rn. 146.

<sup>22</sup> Karl Heinz Schwab ve Gerhard Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit: Kommentar*, 7. Baskı (2005), Kap. 20, Rn. 4; Friedrich Stein, Martin Jonas ve Peter Schlosser, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 23. Baskı (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014), § 1054, Rn. 12; *MüKo-ZPO/Münch*, 6. Baskı (2022), § 1054, Rn. 9.

<sup>23</sup> Reinmar Wolff, ed. Maud Piers ve Christian Aschauer, *Arbitration in the Digital Age* (2018), 176.

<sup>24</sup> Beata Gessel-Kalinowska ve Kalinowska Vel Kalisz, "Admissibility of Electronic Awards in the UNCITRAL Model Law Jurisdiction: Polish Law Example," *Journal of International Arbitration* 38/2 (2021), 158; Reinmar Wolff, ed. Maud Piers ve Christian Aschauer, *Arbitration in the Digital Age* (2018), 159; Felipe Volio Soley, "Signing the Arbitral Award in Wet Ink: Resistance to Technological Change or A Reasonable Precaution?", <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/06/signing-the-arbitral-award-in-wet-ink-resistance-to-technological-change-or-a-reasonable-precaution/>. Erişim tarihi: 29 Temmuz 2024.

<sup>25</sup> Erik Schäfer, "E-Signature of Arbitral Awards," ed. Maxi Scherer ve Bassiri, *International Arbitration and the Covid-19 Revolution* (2020), 151.

<sup>26</sup> *MüKo-ZPO/Münch*, 6. Baskı (2022), § 1054, Rn. 9.

<sup>27</sup> *OLG München, SchiedsVZ 2013, 230 (233 f.); OLG Düsseldorf, SchiedsVZ 2008, 156 (159); Jens-Peter Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3. Baskı (Köln: Dr. Otto Schmidt, 2008), Rn. 1746.

<sup>28</sup> *OLG München, SchiedsVZ 2013, 230 (233 f.); Jens-Peter Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3. Baskı (Köln: Dr. Otto Schmidt, 2008), Rn. 1753.

<sup>29</sup> *Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts*, [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE\\_Modernisierung\\_Schiedsverfahrensrecht\\_2024.pdf](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht_2024.pdf). Erişim tarihi: 20 Temmuz 2024.

devamı niteliğindedir.<sup>30</sup> Taslak temel sorunlar belgesinde daha önce belirtilen konuların çoğunu tekrar ele almaktadır. Taslağın temel amacı tahkim kurallarını günümüz dünyasının ihtiyaçlarına uyarlamak, tahkimin etkinliğini arttırmak ve Almanya'nın bir tahkim merkezi olarak cazibesi güçlendirmektir.<sup>31</sup> Temel konular belgesinde yer alan önerilere ek olarak m. 1054/2 ZPO değişiklik ile tahkim kararının elektronik bir belge olarak tamamlanması amaçlanmaktadır. Bu durumda, tahkim heyetinin her bir üyesi tahkim kararını nitelikli elektronik imza ile onaylayacaktır.<sup>32</sup>

#### 4. İngiliz hukukunda e-karar

İngiliz Tahkim Yasası Bölüm 52/3 hükmüne göre, bir tahkim kararı yazılı olarak verilmelidir. İngiliz Hukuk Komisyonu, Belgelerin Elektronik İcrasına ilişkin 2019 Raporunda (2019 Report on Electronic Execution of Documents) eIDAS Yönetmeliği m. 25/2 kapsamında nitelikli elektronik imzanın elle atılan imza ile eşdeğerliğinin Brexit'ten sonra da geçerli olacağını teyit etmiştir.<sup>33</sup> Buna göre, İngiltere verilen ve nitelikli elektronik imza ile imzalanan hakem kararları icra edilebilir.<sup>34</sup> Elektronik tahkim kararları konusu şu anda İngiliz Tahkim Kanunu reformunun bir parçası olarak ayrıca tartışılmaktadır. Gelecekte konuya ilişkin özellikle basit elektronik imzalara hakkında açık bir düzenleme yapılması beklenmektedir.<sup>35</sup>

#### 5. Türk hukukunda elektronik tahkim ve e karar

##### a. Genel bilgi

Tahkim, uyuşmazlıkların çözümünde tarafların mahkeme yerine hakem denilen özel kişileri yetkili kılmalarını ifade eder.<sup>36</sup> Bir uyuşmazlığın taraflarının, aralarındaki uyuşmazlığı mahkeme yerine tahkime götürmeleri için bu konuda anlaşmış olmaları gerekir.<sup>37</sup> Günümüzdeki teknolojinin gelişmeler sayesinde elektronik tahkim uygulamasında ilerlemeler olmuş, elektronik ortamda tahkim sözleşmeleri yapılmaya başlanmıştır. Uluslararası tahkimde görülen davalarda hakemler fiziki olarak bir araya gelmeden karar verebilmektedirler. Haberleşme imkânlarının her geçen gün daha da geliştiği günümüzde hakemler fiziki olarak bir araya gelmeksizin, elektronik ortamda tele-konferans usulü ile tahkim yargılaması yapabilmekte, müzakere edebilmekte ve karar alabilmektedirler.

Teknolojik gelişmeler ve uygulamalar ise, elektronik tahkim kavramının doğmasına ve gelişmesine neden olmuştur. Elektronik tahkim, tahkim yargılamasının elektronik ortamda yürütülen bir tahkim türü olup bu tahkim türünde tarafların ve hakemlerin fiziksel olarak bir araya gelmesi gerekmemekte işlemler elektronik ortamda yapılabilmektedir. Kısacası, elektronik tahkim klasik tahkimin tüm özelliklerine sahip olduğundan elektronik tahkim yargılaması sonunda verilen kararlar da klasik tahkim kararları gibi bağlayıcı ve icra kabiliyetine sahip olan karardır.

Elektronik tahkim yargılamasında dava elektronik ortamda açılabilir. Tahkim yargılaması için gerekli ödemeleri yani hakem ücretleri ve diğer masraflar elektronik ortamda kredi kartı ile yatırılmak

<sup>30</sup> Bundesministerium der Justiz, *Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts*, [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte\\_Schiedsverfahrensrecht.html?nn=110490](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte_Schiedsverfahrensrecht.html?nn=110490). Erişim tarihi: 25 Temmuz 2024.

<sup>31</sup> Gleis Lutz, *Die Modernisierung des Deutschen Schiedsverfahrensrechts Schreitet Voran*, <https://www.gleisslutz.com/de/aktuelles/know-how/die-modernisierung-des-deutschen-schiedsverfahrensrechts-schreitet-voran>. Erişim tarihi: 20 Temmuz 2024.

<sup>32</sup> Gleis Lutz, *Die Modernisierung des Deutschen Schiedsverfahrensrechts Schreitet Voran*, <https://www.gleisslutz.com/de/aktuelles/know-how/die-modernisierung-des-deutschen-schiedsverfahrensrechts-schreitet-voran>. Erişim tarihi: 20 Temmuz 2024.

<sup>33</sup> Law Commission, *Report on Electronic Execution of Documents*, 3 Eylül 2019, Rn. 3.1, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f466016e90e07298ea3c838/Electronic-Execution-Report.pdf>. Erişim tarihi: 28 Temmuz 2024.

<sup>34</sup> Maxi Scherer, Lisa Richman ve Rémy Gerbay (Ed.), *Arbitrating Under the 2020 LCIA Rules: A User's Guide* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021), 391.

<sup>35</sup> Law Commission, *Review of the Arbitration Act 1996*, <https://lawcom.gov.uk/project/review-of-the-arbitration-act-1996/>. Erişim tarihi: 28 Temmuz 2024.

<sup>36</sup> Ebru Akduman, "Tahkim Anlaşmasının Asıl Sözleşmeden Ayrılabilirliği İlkesi Çerçevesinde Geçerliliği", *İzmir Barosu Dergisi* 2023/1 (Nisan 2023), 1-27.

<sup>37</sup> Ahmet Dülger, "Çevrim İçi Olarak Yapılan tahkim Anlaşmalarının Hukuki Niteliği", *TAÜFHD* 4/2 (2022), 319.

sureti ile elektronik tahkim süreci başlatılabilmektedir. Kurumsal tahkimde form dilekçenin doldurulması veya hazırlanan dilekçe ve ekleri elektronik ortamda sistem üzerinden sunulabilmektedir. Karşı taraf da cevap dilekçesi ve eklerini sistem üzerinden elektronik ortamda sunabilmektedir. Elektronik tahkim süreci başladıktan sonra taraflar tahkim yargılamasına elektronik ortamda katılabilir, işlemler elektronik ortamda yapılabilir ve duruşmalar tele-konferans yoluyla gerçekleştirilebilir.

Elektronik tahkim yargılamasında elektronik dosya gönderme yönetimi kullanılarak, uyuşmazlık konusu tüm bilgi ve belgeler bir özel bir yazılım programı sayesinde herhangi bir fiziksel ortama ihtiyaç duymadan dosyaya sunulabilir. Tebligatlar elektronik ortamda yapılabilir. Ayrıca, bazı elektronik tahkim yargılamasında tanıklar elektronik ortamda dinlenebilir. Alınan bilirkişi raporu elektronik ortamda taraflara veya varsa vekillerine gönderilebilir. Nihayetinde verilen karar elektronik ortamda verilebilir ve verilen karar güvenli elektronik imza ile imzalanabilir. Elektronik ortamda muhataplarına tebliğ edilebilir. Yapılan işlemler elektronik ortamda kaydedilebilir ve saklanabilir.

## **b. Türk hukukunda elektronik tahkim ve e karar**

Türkiye’de de elektronik devlet olma yolunda hızlı adımlar atılmaktadır.<sup>38</sup> Bu bağlamda ilk olarak 15.01.2004 tarih ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu kabul edilmiştir.<sup>39</sup> Bu kanun toplam 26 maddeden oluşmaktadır. Elektronik İmza Kanunu, genel olarak elektronik imzanın hukuki ve teknik yapısını, elektronik imza ile ilgili işlemleri, elektronik sertifika sağlayıcılarının faaliyetlerini düzenlemektedir.<sup>40</sup>

Elektronik imzanın hukuki ve teknik yönleri ile uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere, Elektronik İmza Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik kabul edildi.<sup>41</sup> Bu yönetmelik toplam 37 maddeden oluşmaktadır. Daha sonra, Elektronik İmza Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik kabul edilmiştir.<sup>42</sup>

Dijital teknoloji alanındaki gelişmeler ile Elektronik İmza Kanunu ve buna bağlı yasal düzenlemeler sayesinde elektronik imza kullanımı yaygınlaşmaya başlamıştır.<sup>43</sup> Elektronik İmza Kanunu temelde güvenli elektronik imza usulünü benimsemiştir. Elektronik imza, elektronik ortamda hazırlanan belgeler için el ürünü imzanın doğurduğu hukuki sonuçları sağlamaktadır. Elektronik imza, şifreleme yöntemleri sayesinde, elektronik olarak imzalanan bir belgenin, sadece elektronik imzanın sahibi olan kimse tarafından düzenlendiğini tespit etmektedir.<sup>44</sup>

Basit elektronik imza, Elektronik İmza Kanunu’nun 3. maddesinin b bendinde düzenlenmiştir. Buna göre elektronik imza, başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi ifade eder. Kısacası basit elektronik imza, genel olarak elektronik imza tanımının karşılığıdır. Güvenli elektronik imzanın aksine, hukuki geçerlilik, bağlayıcılık ve güvenlik ihtiyaçları açısından taşınması gerektiği öngörülen şartları tamamen veya kısmen karşılamayan elektronik imza türü kapsamında değerlendirilir.<sup>45</sup>

Güvenli elektronik imza, Elektronik İmza Kanunu’nun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, güvenli elektronik imza, münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda

<sup>38</sup> Burcu Erbayraktar, *Güvenli Elektronik İmza*, (1. Baskı, 2016), 241 vd.

<sup>39</sup> Resmî Gazete: Tarih: 23.01.2004, Sayı: 25355.

<sup>40</sup> M. Ertan Yardım, “Son Gelişmeler Işığında Elektronik İmza Tanımı ve Türleri”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/1 (2022), 277 vd.

<sup>41</sup> Resmî Gazete: Tarih: 06.01.2015, Sayı: 25692.

<sup>42</sup> Resmî Gazete: Tarih: 15.10.2021, Sayı: 31629.

<sup>43</sup> Levent Börü, “Güvenli Elektronik İmza ile Oluşturulmuş Elektronik Posta (E-Mail) Kayıtlarının Delil Değeri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27/4 (Ekim 2023), 101 vd.

<sup>44</sup> Billur Soydan Yatlı, “E-İmza ve E- Belge, Kağıtsız ve Mürekkepsiz Dünyada Hukuk-I”, *Vergi Sorunları Dergisi*, 24/151 (2001), 127 vd.

<sup>45</sup> Fatih Önder, *Borçlar Hukuku Açısından Elektronik İmza* (Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007), 36 vd.

bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır.

Basit elektronik imza güvenli elektronik imzaya göre Kanun nezdinde daha az korumaya tabidir. Buna göre, güvenli elektronik imza, münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak, imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır.

Tahkim, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun<sup>46</sup> 407. İle 444. maddeleri arasında düzenlenmiş olup 407. maddeye göre, yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümleri uygulanacaktır. Özellikle tahkime müracaat edebilmek için bir tahkim sözleşmesi ve yapılan sözleşmede bir tahkim şartının bulunması ve tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekir. Tahkim sözleşmesi fiziki olarak imzalanabileceği gibi güvenli elektronik imza ile de imzalanabilir.

Basit elektronik imza ile güvenli elektronik imza ayrımı ispat hukuku açısından önem taşır. 6100 sayılı Kanunun 205. maddesinin 2. fıkrasına göre, *"Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir"*. 6100 sayılı Kanunun 205. maddesinin 2. fıkrasına göre, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir. Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, *"Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur"* hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde güvenli elektronik imza ile imzalanan tahkim sözleşmesi geçerli olacaktır. Ayrıca taraflar elektronik posta yoluyla tahkim sözleşmesi yaptığı yazılılık şartı yerine getirilmiş olacaktır.

Basit elektronik imza ile imzalanan belgeler takdiri delil olarak kabul edilirken, güvenli elektronik imza, el yazısı ile elektronik imzanın gerek fonksiyonel ve gerekse hukuki anlamdaki fonksiyonlarını tam anlamı ile yerine getirebilmektedir. Bu nedenle güvenli elektronik imza ile imzalanan belgeler senet delili olarak kabul edilir<sup>47</sup>.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 8. maddesine göre, *"Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imzalarla ilgili hizmetleri sağlayan kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerdir. Bunlar açık anahtar sahibinin kimliğini sertifikaya bağlar, bu şekilde onaylar, sertifika bilgilerinin saklanması gibi görevleri üstlenirler ve yaptığı bu işler bakımından hukuksal ve cezai sorumluluk altına girerler"*.<sup>48</sup>

Elektronik İmza Kanun'unda, basit elektronik imza ve güvenli elektronik imza kavramları ayrı ayrı tanımlanmıştır. Elektronik imzanın, elle atılan imza ile aynı sonuçları doğurabilmesi için, güvenli elektronik imza niteliğini kazanmış olması gerekir. Zira elektronik imza türleri içinde güvenilir, yaygın ve hukuki kabul gören yöntem, güvenli elektronik imzadır. Kamuda hizmetlerin daha çabuk ve daha verimli olmasını sağlamak için, zamanla elektronik devlet uygulamaları kapsamında güvenli elektronik imzanın kullanımı yaygınlaşmaktadır<sup>49</sup>.

6100 sayılı Kanunun 412/3. maddesine göre; *"Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır"*.

<sup>46</sup> Resmi Gazete: Tarih: 04.02.2011, Sayı: 27836.

<sup>47</sup> Mine Erturğüt, "Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-Belge ve E-İmza", *Bankacılar Dergisi* 48 (2003), 69 vd.

<sup>48</sup> Mine Erturğüt, "Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/2 (2004), 97 vd.

<sup>49</sup> Mehmet Emin Özgür, "Güvenli Elektronik İmza Sahibinin Hakları ve Yükümlülükler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/2 (2021), 540 vd.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>50</sup> 15. maddesinin 1. fıkrasına göre, "İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur". 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun<sup>51</sup> 198/a maddesinin 1. fıkrasına göre, "Bu Kanunda öngörülen işlemler, elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak da yapılabilir. Ancak, düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde güvenli elektronik imza kullanılabilmesi için ilgililerin noter huzurunda olmaları gerekir".

ISTAC Tahkim Kuralları m. 34/2 hükmüne göre karar, tek hakem veya hakem kurulu'nun üyelerinin çoğunluğu veya 34. maddenin 1. fıkrası uyarınca hakem kurulu başkanı tarafından imzalanır. Yukarıda hükümlerine değindiğimiz 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu hükümlerine göre hakem kararının güvenli elektronik imza ile imzalanması mümkündür.<sup>52</sup>

Türkiye'de en büyük elektronik sertifika hizmeti, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı TÜBİTAK bünyesinde bulunan Ulusal Elektronik ve Kriptoloji Araştırma Enstitüsü (UEKAE) tarafından verilmektedir.<sup>53</sup> UEKAE, ülkemizdeki stratejik kamu kurumlarının ihtiyaç duyduğu bilgi güvenliği ve elektronik sistem projelerini geliştirirken aynı zamanda Türkiye'nin bilgi güvenliği birikimine önemli katkılar sağlayan, TÜBİTAK BİLGEM'e bağlı bir Ar-Ge kuruluşudur<sup>54</sup>.

Nitelikli elektronik sertifika elektronik hizmet sağlayıcıları tarafından oluşturulur. Elektronik sertifikanın kullanıma başlama ve bitiş zamanı bulunmaktadır. Elektronik sertifikanın kullanımı, sertifika süresi ile sınırlıdır. Genel uygulama bir veya üç yıl olarak öngörülmektedir. Elektronik sertifika hizmeti, hizmet sağlayıcılar tarafından belirli bir ücret karşılığı sunulur.<sup>55</sup>

## Sonuç

Tahkim hukuku her zaman devlet mahkemelerine kıyasla yapılandırılmasındaki esnekliği ile karakterize edilmiştir. Tahkim tarafları usulü özerkliğe sahip olduğu gibi hakem heyetleri de geniş takdir yetkisine sahiptir. Bu durum tahkim mahkemelerinin kanunda önceden bir değişiklik yapılmasına gerek kalmadan teknolojik gelişmelerden doğrudan yararlanmasına olanak tanımaktadır.

Tamamen kâğıtsız tahkim yargılamaları Covid-19 salgını sırasında tahkimin bir parçası haline gelmiştir. Zira bu dönemde taraflar tüm yargılama boyunca hiçbir noktada fiziksel olarak bir araya gelememiş ve yalnızca elektronik belge alışverişinde bulunmuşlardır. Bu gelişmelerden sonra tarafların ve hakem heyetlerinin tekrar tamamen yüz yüze müzakerelere dönmeyeceği açıktır. Kanaatimizce tahkimdeki bu gelişmelerin en önemli temel taşlarından bir tanesi de elektronik kararlardır.

Tahkimde elektronik imza uygulaması hakemlerin kararı görüşmelerinin nihai sonucu olarak kabul ettiğini ve kararın içerikle özdeşleştiğini gösterir. Uluslararası tahkimde e-kararlara ihtiyaç su götürmez bir gerçektir. Tahkimin dijitalleşmesi taraflarca ve tahkim mahkemelerinde ne kadar çok benimsenirse hakem kararının basılması ve fiziksel olarak imzalanması gerekliliği de o ölçüde ortadan kalkacaktır. Tahkim kararlarının dijitalleştirilmesine yönelik adımlar ulusal kanun koyucular tarafından hızla atılmalıdır. Hollanda tahkim kanunu gibi dijital hakem kararlarına ulusal kanunlarda açıkça yer verilmesi hukuki kesinliği artırmaya ve dolayısıyla dijital hakem kararlarına geçişi kolaylaştırmaya katkıda bulunacaktır. Ulusal düzeydeki reformlar tahkim kurumlarını da kurallarını çağdaştırmaya teşvik edecektir.

New York Sözleşmesi'ndeki e-karar hakkındaki sessizlik uygulama yanlısı bir yorum ile teknoloji lehine yorumlanmalıdır. Uluslararası tahkimde e-kararı mümkün kılacak nihai adım ise New York Sözleşmesi m. IV hükmünün e-karar lehine yeniden ele alınması olacaktır. Ancak böyle bir çabanın siyasi açıdan

<sup>50</sup> Resmi Gazete: Tarih: 04.02.2011, Sayı: 27836.

<sup>51</sup> Resmi Gazete: Tarih: 05.02.1972, Sayı: 14090.

<sup>52</sup> *ISTAC Tahkim Kuralları*, <https://istac.org.tr/tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/tahkim-kurallari/>. Erişim tarihi: 20 Kasım 2024.

<sup>53</sup> *TÜBİTAK BİLGEM UEKAE*, <https://bilgem.tubitak.gov.tr/uekae/>. Erişim tarihi: 25 Ağustos 2024.

<sup>54</sup> *TÜBİTAK BİLGEM UEKAE*, <https://bilgem.tubitak.gov.tr/uekae/>. Erişim tarihi: 1 Ekim 2024.

<sup>55</sup> İnci Bıçkın, "E-İmza ve E-İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 63 (2006), 112 vd.



uygulanabilirliği oldukça zor görünmektedir. Sonuç olarak reform için en gerçekçi yol ulusal hukuk olmaya devam etmektedir. Ulusal kanunlar yabancı hakem kararlarının aslının veya onaylı bir suretinin ibrazına gerek olmaksızın tanınmasına ve tenfizine izin verdiğinde, hakem kararı alacakları New York Sözleşmesi'nin VII. maddesinde yer alan daha elverişli muamele hükmü aracılığıyla e-kararları uygulatabileceklerdir. Ayrıca UNCITRAL Model Kanunu'nun bir sonraki revizyonu e-kararların geçerliliği üzerine inşa edilebilir. Zira Model kanun hükümleri New York Sözleşmesi hükümlerine göre daha kolay değiştirilebileceği kanaatindeyiz.

Fakat uluslararası tahkimde hukuki kesinlik yaratılana kadar taraflar ve tahkim mahkemeleri şimdilik fiziksel imzayı tercih etmeye devam edeceklerdir. Ancak belirsizlikler devam etse de tahkim paydaşları sürdürülebilir ve uygun maliyetli bir tahkim için çalışmaya deva etmelidir.

## Kaynakça

- Akduman, Ebru. "Tahkim Anlaşmasının Asıl Sözleşmeden Ayrılabilirliği İlkesi Çerçevesinde Geçerliliği." *İzmir Barosu Dergisi* 2023/1 (Nisan 2023), 1-27.
- Biçkin, İnci. "E-İmza ve E-İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 63 (2006), 109-126.
- Boghossian, Nayiri. *Can Electronic Signatures in Awards Win the Battle Over Wet Ink Signatures?* <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/06/04/can-electronic-signatures-in-awards-win-the-battle-over-wet-ink-signatures/>. Erişim tarihi: 21 Temmuz 2024.
- Börü, Levent. "Güvenli Elektronik İmza ile Oluşturulmuş Elektronik Posta (E-Mail) Kayıtlarının Delil Değeri." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27/4 (2023), 101-128.
- Bundesministerium der Justiz. *Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts*. [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte\\_Schiedsverfahrensrecht.html?nn=110490](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte_Schiedsverfahrensrecht.html?nn=110490). Erişim tarihi: 25 Temmuz 2024.
- DIFC-LCIA Rules 2021. <https://www.lcia.org/News/update-difc-lcia.aspx>. Erişim tarihi: 25 Temmuz 2024.
- DIS. *Bekanntmachung zu prozessualen Besonderheiten bei der Administration von Schiedsverfahren aufgrund der Covid-19-Pandemie*. 2. Fassung 2020. <https://www.disarb.org/ueberuns/informationen-covid-19>. Erişim tarihi: 23 Temmuz 2024.
- DIS-SchO 2018. [https://www.disarb.org/fileadmin/user\\_upload/Werkzeuge\\_und\\_Tools/2018\\_DIS-Schiedsgerichtsordnung.pdf](https://www.disarb.org/fileadmin/user_upload/Werkzeuge_und_Tools/2018_DIS-Schiedsgerichtsordnung.pdf). Erişim tarihi: 22 Temmuz 2024.
- Dülger, Ahmet. "Çevrim İçi Olarak Yapılan Tahkim Anlaşmalarının Hukuki Niteliği." *TAÜFHD* 4/2 (2022), 317-364.
- Erbayraktar, Burcu. *Güvenli Elektronik İmza*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2016.
- Erturğut, Mine. "Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-Belge ve E-İmza." *Bankacılar Dergisi* 48 (2003), 69-85.
- Erturğut, Mine. *Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı*. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/2 (2004), 97-130.
- Flecke-Giammarco, Gustav, Bücheler, Gebhard ve Zahner, Lena. "Arbitrating in Uncertain Times – Institutional Responses to COVID-19." *SchiedsVZ* 2020, 133-138.
- Gessel-Kalinowska, Beata ve Vel Kalisz, Kalinowska. "Admissibility of Electronic Awards in the UNCITRAL Model Law Jurisdiction: Polish Law Example." *Journal of International Arbitration* 38/2 (2021), 147-162.
- Gleis Lutz. *Die Modernisierung des Deutschen Schiedsverfahrensrechts Schreitet Voran*. <https://www.gleisslutz.com/de/aktuelles/know-how/die-modernisierung-des-deutschen-schiedsverfahrensrechts-schreitet-voran>. Erişim tarihi: 20 Temmuz 2024.
- ICC Rules 2021. <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/>. Erişim tarihi: 21 Temmuz 2024.
- ICC. *Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the Covid-19 Pandemic*. 2020. <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic/>. Erişim tarihi: 25 Temmuz 2024.

- ICC. *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*. 2021. <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>. Erişim tarihi: 25 Temmuz 2024.
- ICDR Rules 2021. [https://www.icdr.org/de/rules\\_forms\\_fees](https://www.icdr.org/de/rules_forms_fees). Erişim tarihi: 20 Temmuz 2024.
- ICSID Arbitration Rules 2022. [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Arbitration\\_Rules.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Arbitration_Rules.pdf). Erişim tarihi: 22 Temmuz 2024.
- Iyer, Balaji Harish. *Arbitration vs. The World (Article Series) Part III: Annulment and Enforcement of an e-Award*. <https://www.thearbitrationworkshop.com/post/arbitration-vs-the-world-article-series-part-iii-annulment-and-enforcement-of-an-e-award>. Erişim tarihi: 20 Temmuz 2024.
- Krüger, Wolfgang ve Rauscher, Thomas (Ed.). *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*. 6. Baskı. München: Beck, 2022.
- Lachmann, Jens-Peter. *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*. 3. Baskı. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008.
- Law Commission. *Report on Electronic Execution of Documents*. 2019. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f466016e90e07298ea3c838/Electronic-Execution-Report.pdf>. Erişim tarihi: 28 Temmuz 2024.
- Law Commission. *Review of the Arbitration Act 1996*. <https://lawcom.gov.uk/project/review-of-the-arbitration-act-1996/>. Erişim tarihi: 28 Temmuz 2024.
- LCIA Rules. [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx). Erişim tarihi: 21 Temmuz 2024.
- Önder, Fatih. *Borçlar Hukuku Açısından Elektronik İmza*. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- Özgür, Mehmet Emin. "Güvenli Elektronik İmza Sahibinin Hakları ve Yükümlülükler." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/2 (2021), 539-556.
- Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz. *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts*. [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE\\_Modernisierung\\_Schiedsverfahrensrecht\\_2024.pdf](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht_2024.pdf). Erişim tarihi: 20 Temmuz 2024.
- Schäfer, Erik. "E-Signature of Arbitral Awards." Ed. Scherer ve Bassiri. *International Arbitration and the Covid-19 Revolution*, 2020.
- Scherer, Maxi, Lisa Richman ve Rémy Gerbay (Ed.). *Arbitrating Under the 2020 LCIA Rules: A User's Guide*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021.
- Schwab, Karl Heinz ve Gerhard Walter. *Schiedsgerichtsbarkeit: Kommentar*. 7. Baskı. München: Beck, 2005.
- Soydan Yatlı, Billur. *E-İmza ve E-Belge, Kağıtsız ve Mürekkepsiz Dünyada Hukuk-I. Vergi Sorunları Dergisi* 24/151 (2001), 127-135.
- Stein, Friedrich, Martin Jonas ve Peter Schlosser. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. 23. Baskı. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- Swiss Rules 2021. <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2022/07/Swiss-Rules-2021-DE.pdf>. Erişim tarihi: 21 Temmuz 2024.

UNCITRAL. *Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001*.  
<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ml-elecsig-e.pdf>. Erişim tarihi: 18 Temmuz 2024.

Volio Soley, Felipe. "Signing the Arbitral Award in Wet Ink: Resistance to Technological Change or A Reasonable Precaution?" 2020.  
<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/06/signing-the-arbitral-award-in-wet-ink-resistance-to-technological-change-or-a-reasonable-precaution/>. Erişim tarihi: 29 Temmuz 2024.

Wolff, Reinmar. "E-Arbitration Agreements and E-Awards: Arbitration Agreements Concluded in an Electronic Environment and Digital Arbitral Awards." Ed. Maud Piers ve Christian Aschauer. *Arbitration in the Digital Age*, 2018, 151-181.

Yardım, M. Ertan. "Son Gelişmeler Işığında Elektronik İmza Tanımı ve Türleri." *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/1 (2022), 277-301.

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Yapay Zeka, Deepfake ve Yeni Nesil Cinsel Suçlar

### Artificial Intelligence, Deepfake and Contemporary Sexual Crimes

Efe Can Karabulut 

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza  
Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,  
Ankara, Türkiye,  
efe.karabulut@hbv.edu.tr



Geliş Tarihi/Received: 30.09.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 15.12.2024  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:  
25.12.2024

**Öz:** Geçtiğimiz 5 yıllık süreçte, yapay zeka, bilgi ve iletişim teknolojisi alanındaki gelişmeler, insan hayatını derinden etkilemiş, özellikle ceza hukukunu etkileyecek surette yeni paradigmlar ve sosyal sorunlar ortaya çıkarmıştır. Bu makale çalışması, yapay zekanın, teknolojik gelişmelere ayak uydurmakta zorlanan hukuk düzeni bakımından ortaya çıkardığı meseleleri konu edinmektedir. Müşahhas olarak, deepfake gibi yapay zekadan yararlanılan programlar ile üretilen içerikleri ve bu içeriklerin intikam pornografisi ve çocuk pornografisi gibi sonuçları incelenmiştir. Bu yapay içeriklerin nispeten kolay bir biçimde üretilebiliyor ve paylaşılabilir olması, sosyal açıdan büyük sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Bu teknolojik araçlara yönelik bazı hukuki düzenleme çabaları mevcut olmakla birlikte, özellikle Türk hukukunda, kapsayıcı düzenlemelerin eksikliği dikkat çekmektedir. Türk hukukunda, özellikle yapay pornografik içerikler ve içerisinde çocukların yer aldığı cinsel içerikler bakımından yeterli hukuki düzenlemeler mevcut değildir. Bu durum, çok ağır birtakım haksızlıkların dahi cezalandırılabilir olmamasına yol açmaktadır. Bunun yanında, birtakım sosyal sorunlar, çok yeni olmaları nedeniyle henüz bilinmemektedir ve bu konularda hiçbir düzenleme yoktur. Bu sorunların giderilmesi, yeni suç tiplerinin ihdasını ve daha da önemlisi bu alandaki düzenlemelerin sürekli güncel olmasını gerektirmektedir. Bu makale çalışması ile bu hususta politika oluşturucuları bilgilendirmek ve mezkûr sorunlara karşı etkin bir mücadele verilebilmesini sağlamak için akademik katkı sunulmaya çalışılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Yapay Zeka, Deepfake, Cinsel Suçlar, Müstehcenlik, Siber Suçlar

**Abstract:** The rapid advancements in AI and IT in the past five years have profoundly impacted human life, introducing new paradigms and social issues, particularly in the realm of criminal law. This article examines the challenges AI poses to legal systems, which struggle to keep pace with technological developments. The focus is on AI-generated content, such as deepfakes, and its implications for sexual crimes, including revenge porn and child pornography. The ease of creating realistic synthetic content raises significant ethical and legal concerns, with potential misuse leading to severe societal consequences. Despite some efforts to regulate these technologies, there remains a lack of comprehensive legal frameworks, especially in Turkish law. In Turkish law, especially regarding artificial pornographic content and sexual content involving children, there are not adequate legal regulations. This situation leads to some grave harms not being punishable. Additionally, certain social problems, due to being new, are not yet known and there are no regulations concerning these issues. Addressing these problems requires the introduction of new types of crimes and, more importantly, ensuring that the regulations in this area are continuously updated. This article responds the need for urgent academic contributions to inform policymakers and develop effective legal responses.

**Keywords:** Artificial Intelligence, Deepfake, Sexual Crimes, Obscenity, Cybercrimes

### Extended Abstract

In recent years, the rapid advancements in artificial intelligence (AI) and information technologies have introduced significant challenges for legal frameworks worldwide, particularly in the realm of criminal law. AI's ability to produce hyper-realistic synthetic content, such as deepfakes, has sparked intense debate about its implications for privacy, security, and ethics. Deepfakes, which involve manipulating video and audio to depict events that never occurred, are particularly alarming in the context of sexual crimes. This paper explores how deepfake technology exacerbates issues like revenge porn, child pornography, and cyber harassment, with a particular focus on the insufficiencies of legal responses, especially in the Turkish legal system.

**Cite as (ISNAD):** Karabulut, Efe Can. "Yapay Zeka, Deepfake ve Yeni Nesil Cinsel Suçlar". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2) (2024), 1077-1111. <https://doi.org/10.56701/shd.1558755>

As deepfake technology becomes increasingly accessible, the creation of realistic yet artificial pornographic content is becoming easier and more widespread. The ease with which these materials can be produced and distributed presents a major societal problem. While efforts have been made to regulate AI-generated content, most legal systems, including Türkiye's, are still grappling with the speed of technological advancements. In Türkiye, the lack of comprehensive legal frameworks addressing deepfake pornographic content, particularly those involving children, results in serious offenses remaining unpunished. This gap not only leaves victims vulnerable but also fails to deter potential offenders from exploiting these technologies for illicit purposes.

The legal challenges posed by deepfakes are multifaceted. Firstly, deepfake technology allows for the creation of highly realistic, yet entirely artificial, images and videos of individuals engaged in sexual activities without their consent. This has given rise to new forms of sexual harassment and exploitation, most notably revenge porn. The increasing sophistication of deepfake technology makes it harder for individuals and authorities to distinguish between authentic and synthetic content, blurring the line between reality and fabrication. This technological advancement has enabled offenders to exploit the vulnerabilities in current legal frameworks, leaving victims with limited recourse for justice.

Furthermore, the paper examines the psychological and societal consequences of deepfake pornography. Victims of these crimes, often women, experience severe psychological distress, with some even facing public humiliation or being coerced into silence. Deepfakes contribute to a culture of misogyny, where women are objectified, their bodies manipulated for sexual gratification without consent. The societal implications of this are profound, as it undermines the principles of consent and privacy, which are cornerstones of modern legal systems.

The Turkish legal framework, despite its general provisions on obscenity and cybercrimes, lacks specific regulations concerning AI-generated content, leaving a significant gap in its ability to address these issues. While certain offenses like child pornography are addressed in the Turkish Penal Code, these provisions do not sufficiently cover the emerging issues posed by deepfake content. The lack of clear legal definitions and sanctions for the production and dissemination of synthetic pornographic materials, especially those involving minors, contributes to a culture of impunity for offenders.

In addition to the examination of Turkish law, the paper discusses international legal frameworks and their approach to deepfake pornography. Various countries, such as the United States and the United Kingdom, have begun to introduce specific legislation aimed at curbing the misuse of AI in creating synthetic sexual content. These legislative efforts provide valuable insights into how Türkiye could potentially reform its laws to better address the challenges posed by deepfake technology.

This paper argues that to combat the threats posed by AI-generated content, particularly in the realm of sexual crimes, legal systems need to adopt more proactive and dynamic approaches. New offense categories must be introduced to encompass the unique nature of deepfakes, and continuous updates to these legal frameworks are essential to keep pace with the rapid advancements in technology. The introduction of clear legal definitions, combined with severe penalties for offenders, will play a crucial role in protecting individuals from the harmful effects of non-consensual deepfake pornography.

Additionally, the role of public awareness and education in mitigating the risks posed by AI-generated sexual content is discussed. Legal measures alone are insufficient to address the complex challenges of deepfakes. Society must also be informed about the dangers of this technology, how it can be misused, and the steps individuals can take to protect themselves. Public campaigns and educational programs are vital tools in fostering a societal understanding of the risks associated with deepfakes, thereby empowering potential victims to take preventive measures.

In conclusion, this paper contributes to the ongoing discourse on AI's role in modern criminal law by providing an in-depth analysis of the challenges deepfake technology poses to Turkish and international

legal frameworks. It offers practical suggestions for legal reform and highlights the urgent need for legal systems to evolve in response to the rapid technological changes brought about by AI. By addressing the gaps in existing laws, particularly those related to deepfake pornography, policymakers can ensure that justice is served, and individuals are protected from the harmful effects of these emerging technologies.

## Giriş

Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki son atılımlar, özellikle geçtiğimiz 5 yıllık süreçte yapay zekâ<sup>1</sup> alanındaki gelişmeler, 21. yüzyılda insan yaşantısını internetin icadından itibaren en derin ve köklü değişikliğe uğratabilecek devrimlerdir. Ceza hukuku tarihinin defalarca gösterdiği üzere, insan yaşantısını değiştiren atılımlar, yeni paradigmaları da beraberinde getirmekte ama aynı zamanda yeni sosyal sorunları da ortaya çıkarmaktadır.

21. yüzyılda ceza hukukunun temel krizlerinden biri, hukuk sistemlerinin teknolojik gelişmelerin meydana getirdiği yeni sorunlara yönelik tutum belirlemede ve buna uygun yasal düzenlemeler ihdas etmekte yaşanan güçlüklerdir. Artık bu gelişmeler o denli hızlı olmakta ve onları kavramak aynı anda o denli çok alanda uzmanlık gerektirmektedir ki, hukuk sistemleri meseleleri kontrol altına almakta sürekli *geç kalıyor* gibi görünmektedir.

Günümüzde yapay zekânın gündelik hayata etkileri ve bu etkilerin ceza hukuku alanındaki izdüşümleri popüler birer tartışma konusudur. Hem genel öngörülerin hem de özel sorunların tartışıldığı çok sayıda akademik çalışmaya rastlanabilmektedir. Bir örnek vermek gerekirse, *otonom drone* teknolojisi, bu teknolojinin savaş hukukundaki yeri ve bu araçlarla işlenen suçların ceza hukuku sorumluluğu, geçtiğimiz birkaç yılın popüler konularından biridir<sup>2</sup>. Bununla birlikte henüz hiç tartışılmamış çok fazla konu da bulunmaktadır.

Yapay zekâ ile ses ve görüntü işleme kapasitesinin geçtiğimiz birkaç yılda çok gelişmiş olması, artık kolaylıkla bir kişiye ait ses ve görüntüler kullanarak, yeni ve gerçekçi ses ve görüntüler üretilebiliyor olması ve bu durumun özellikle intikam pornografisi ve çocuk pornografisinde kullanılmaya başlanması; büyük dil işleme programlarının aynı zamanda cinsel sohbet programlarına dönüştürülmesi, bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerin siber taciz ve cinsel nitelikli tehdit suçlarını yaygın ve kolay hale getirmesi, yapay zekânın ortaya çıkardığı cinsel karakterli haksızlıkların özel olarak ele alınmasını gerektirmiştir. Yapay zekâ kullanımının bu sosyal sonuçları, Türkiye’de ve Dünya’da gerek kanun koyucuların gerekse akademisyenlerin henüz tam olarak bilmediği ve çözüm getiremediği alanlardan biri olup<sup>3</sup>, bu alanda süratle akademik çalışma üretilerek politika oluşturuculara destek verilmesi kanaatimizce çok önemlidir.

Yapay zekâ ile içerik<sup>4</sup> üreten programların yaygınlaşması, halihazırda *Sora*<sup>5</sup> ve benzerleri gibi yalnızca yazılı komutlar ile hem ses hem de video üretebilecek yapay zekâ programlarının duyurulmuş olması ve yakın gelecekte yapay zekâ yardımıyla bu tür videoların da üretilmesinin kaçınılmaz olduğu gerçeği karşısında bu konuları ele alan akademik çalışmaların önemi gitgide artmaktadır.

<sup>1</sup> Esasen “yapay zekâ” (artificial intelligence-AI), belli bir programı değil, günümüzde bilgisayar programları da dahil birçok alanda kullanılan bir öğrenme, işlem yapma ve çıktı verme kabiliyetini ifade eder. Çalışma boyunca yapay zekânın kullanılması ile işlerlik kazanan programlar için “*yapay zekadan yararlanan bilgisayar programları*” ifadesinin yaratacağı okuma güçlüğü nedeniyle, kısaca “*yapay zekâ*” kavramı kullanılacaktır.

<sup>2</sup> Yabancı literatürden bir örnek için bkz. Anna Konert - Tomasz Balcerzak, "Military Autonomous Drones (UAVs) - From Fantasy to Reality: Legal and Ethical Implications," *Transportation Research Procedia*, 59 (2021), 292-299. Türk literatüründen bir örnek için bkz. Perçem Arman, “Otonom Silah Sistemlerinin Uluslararası İnsancıl Hukukun Ayrım Gözetme İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (Aralık 2023), 457-483.

<sup>3</sup> Aynı yönde Abigail Olson, “The Double-Side of Deepfakes: Obstacles and Assets in the Fight against Child Pornography”, *Georgia Law Review*, 56 (2022), 865-892, 869.

<sup>4</sup> Okuma kolaylığı açısından, “yazılı, sesli ve görüntülü içerikler” veya “yazı, ses kaydı, fotoğraf ve video” gibi uzun kullanımlar yerine, özel bir durum olmadıkça kısaca “içerik” lafzı ile yetinilecektir.

<sup>5</sup> *Sora* hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://openai.com/index/sora/>, E.T: 30.05.2024.

Doktrindeki eserler incelendiğinde, Türk hukukunda bu konuları ele alan çok az sayıda çalışma bulunduğu, bu çalışmaların da ya konuyu cinsel suçlar ekseninde ele almadığı ya da bazı yeni meseleleri ihtiva etmediği anlaşılmaktadır<sup>6</sup>. Yabancı literatürde, çalışmada da görüleceği üzere, konunun belli yönlerini ele alan bazı çalışmalar mevcut iken, dil işleme programlarının cinsel amaçla kullanılması gibi bazı konularda yabancı literatürde de hiçbir çalışmaya rastlanmamaktadır. Esasen bu durum şaşırtıcı değildir zira aşağıda da izah edileceği üzere, geçtiğimiz iki yılda neredeyse her hafta yeni bir araç veya programın duyurusu yapılmakta ve kimi sosyal sorunların tarihi birkaç aydan geriye uzanmamaktadır.

2022/0066 (COD) sayılı *Kadına Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddet ile Mücadeleye Yönelik Direktif*'in de yakın zamanda kabul edilmesi ve aday ülke sıfatı ile Türkiye'nin de Direktif'te öngörülen yükümlülüklerin muhatabı haline gelmesi ile yeni bir akademik çalışma yapılarak Türk hukukundaki düzenlemelerin değerlendirilmesi ihtiyacı, kanaatimizce her zamankinden güçlü bir biçimde hasıl olmuştur. Bu düşüncelerle müşahhas bir çalışmanın ortaya konulmasının gerektiği kanısına varılmıştır.

Bu noktada çalışmanın isimlendirilmesi hususunda bazı nüanslara dikkat çekilmelidir. Bu çalışmada ele alınacak olan suçların veya suç haline getirilmeye namzet fiillerin tamamı Türk Ceza Kanunu'nda veya sair kanunlarda cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmemiş (ya da düzenlenmesi uygun olmayacak) olabilir. Hatta bu çalışmada ele alınacak hususlar bağlamında farklı hukuk sistemlerinde aynı suçlar farklı başlıklar altında düzenlenmiş de olabilir<sup>7,8</sup>. Buna karşılık, çalışmanın konusunu oluşturan fiillerin tümünün ortak noktası cinsel bir karakter taşımalarıdır. Bu bağlamda kavrayış kolaylığı açısından "cinsel suçlar" ibaresine yer vermeyi tercih etmiş bulunuyoruz.

Bunun yanında, çalışmada ele alınacak sorunların tamamı, *insanların* ceza hukuku sorumluluğuna ilişkindir. Her ne kadar yapay zekâ, çalışmada ele alınacak haksızlıkların gerçekleştirilmesinde kimi zaman araç rolü oynamakta kimi zaman ise belli ölçülerde özerk hareket edebilmekte ise de çalışmanın amacı bu tür durumlarda yapay zekânın olası ceza sorumluluğunu tartışmak değil, onu araç olarak kullanan kişilerin ceza sorumluluğunu değerlendirmektir<sup>9</sup>.

Ayrıca belirtmelidir ki cinsel suçlarda sıkça rastlandığı üzere, yapay zekâ ile ortaya çıkan cinsel karakterli problemlerin de özellikle kadınları toplumun diğer kesimlerine göre daha ağır etkilediği açıktır<sup>10</sup>. Çalışmanın birçok noktasında bu hususun ifade edilmesinin gerekli olduğu yerler bulunmakla

<sup>6</sup> Bu çalışmada ele alınan konuların en azından bir kısmını geniş biçimde ele alan dikkate değer bir istisna olarak Emine Eylem Aksoy-Retornaz, *Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake)* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021). *Babayiğit*'in de bir çalışması mevcut olmakla birlikte, içerisinde cinsel suçlara çok küçük bir yer ayrılmıştır. Beşir Babayiğit, "Deepfake'in Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi ve De Lege Feranda Öneriler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25/4 (2021), 655-704. Arslan'ın çalışmasında ise cinsel suçlara hiç yer verilmemiştir. Fatih Arslan, "Deepfake Technology: A Criminological Literature Review", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/1 (Haziran 2023), 701-720. Yıldız'ın eseri de bu kapsamda zikredilebilir ise de yazar hem konuyu farklı bir bağlamda ele almakta hem de çalışmada ele aldığımız fiillere neredeyse hiç yer vermemektedir. Mehmet Emre Yıldız, "Yargıtay Kararları Işığında Dijital Flört Şiddeti Teşkil Eden Yöntemlerden Doğan Ceza Sorumluluğu", *Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2 (Aralık 2023), 93-143.

<sup>7</sup> Söz gelimi, Türk hukukunda *Genel Ahlaka Karşı Suçlar* başlığı altında düzenlenen hayasızca hareketler veya müstehcenlik gibi suçlara karşılık gelen suçlar, Alman Ceza Kanunu'nda *Cinsel Otonomiye Karşı İşlenen Suçlar* (Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung) başlığı altında düzenlenmektedir (AICK, m. 183-184).

<sup>8</sup> Aksoy Retornaz, sadece *cinsel içerikleri mağdurun rızasına aykırı olarak paylaşma suçu* bakımından, farklı devletlerde bu suçların hangi başlıklar altında bulunduğu hususunda kapsamlı bir değerlendirme yapmıştır. Bu hususta bkz. Aksoy Retornaz, *Siber Taciz*, 58-79.

<sup>9</sup> Yapay zekânın ceza sorumluluğuna dair daha geniş bir okuma için bkz. Zeynel Kangal, *Yapay Zeka ve Ceza Hukuku* (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021); Pınar Bacaksız - Seda Yağmur Sümer, *Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021); Berrin Akbulut, "Yapay Zeka ve Ceza Sorumluluğu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27/4 (2023), 267-319. Bu noktada belirtmelidir ki her üç eserde de bu çalışmada ele alınacak haksızlıklar veya suç tipleri değerlendirme konusu yapılmamıştır.

<sup>10</sup> Bu bağlamda çeşitli suçlara ilişkin veriler için bkz. Asia Eaton - Holly Jacobs - Yanet Ruvalcaba, *2017 Nationwide Online Study of Nonconsensual Porn Victimization and Perpetration* (Florida National University, Cyber Civil Rights Initiative, 2017), 11, 12, 14. Ayrıca bkz. Patrick Phelan, "Are the Current Legal Responses to Artificial Intelligence Facilitated 'Deepfake' Pornography Sufficient to Curtail the Inflicted Harm?", *North East Law Review*, 9 (2022), 20-29, 29; Archana Barua - Ananya Barua, "Gendering the Digital Body: Women and Computers", *AI and Society*, 27 (2012), 465-477, 466 vd.; Kristin Sandvik - Kjersti Lohne, "The Struggle against Sexual Violence in Conflict: Investigating the Digital Turn", *International Review of the Red Cross*



birlikte, bu hususun fazlaca vurgulanmasının olumsuz etkileri gözetilerek, özel bir gereklilik olmadıkça çalışma içerisinde yinelenmesinden sakınılacaktır. Genel bir prensip olarak, bu sorunun büyük ölçüde bir *kadın sorunu* olduğu ve politika tercihlerinde bu hususun gözetilmesi gerektiğinin altı çizilmelidir.

Çalışmanın bazı sınırlılıklarından da bu noktada söz edilmelidir. Yapay zekâ dolayısıyla ortaya çıkan cinsel karakterli haksızlıkların çözümünün çok sayıda boyutu bulunmaktadır. Bunlar arasında bilgi ve iletişim teknolojilerine ve yapay zekâyâ yönelik gözetim ve denetimden<sup>11</sup> içeriklerin özgünlüğünü denetleyecek yapay zekâların geliştirilmesine<sup>12</sup>; bireylerin internette paylaşabilecekleri verilerin sınırlandırılması<sup>13</sup> veya bu verilere erişim kurallarının gözden geçirilmesine, özellikle çocukların korunması için güvenli internet kullanımı pratikleri konusunda eğitilmelerine değin çok sayıda tedbirden söz edilmesi mümkündür. Şüphesiz bütün bunların bir ceza hukuku çalışmasında ele alınabilmesi mümkün değildir. Esasen böyle kapsayıcı bir çalışma, farklı alanlardaki uzmanların bir araya geldiği bir kolokyumu gerektirmektedir. Dolayısıyla bu çalışmada yalnızca ceza hukuku araçları ile sorunun mücadelesi kısmı ele alınacaktır. Altı önemle çizilmelidir ki, ceza hukuku araçları, bu sosyal sorunların çözümünde yalnızca küçük bir rol oynamaktadır.

## I. Yapay Zekânın Ortaya Çıkardığı Yeni Sosyal Sorunlar

Yapay zekâ alanındaki ilerlemeler, pekiştirmeli öğrenme (*reinforcement learning*)<sup>14</sup> yöntemiyle kendi kendine öğrenen makinelerin geliştirilmesi ve büyük dil işleme modellerinin (*large language models-LLM*) ortaya çıkışı, 21. yüzyılda insan yaşantısının yeniden tanımlanmasını gerektirecek ölçüde büyük gelişmelere yol açmaktadır.

Yapay zekâ alanındaki güncel atılımların tarihçesi henüz birkaç yıllık olmasına karşın, şu anda bu prensipleri kullanan programlar modern zamanın "mucizelerine" imza atabilmektedir. Henüz 2024 yılında ortaya çıkan *Suno* ve *Udio* gibi yapay zekâ programları ile en az insan yapımı olanlar kadar kaliteli ve yaratıcı şarkılar üretilebilmekte, hatta albüm yapılabilmektedir<sup>15</sup>. *OpenAI* tarafından geliştirilen *DeepMind*, yalnızca 4 saatlik bir çalışmanın ardından, dünyadaki en güçlü satranç oyuncusu haline gelmiştir<sup>16</sup>. *Bing*, *DALL-E* ya da *Midjourney* gibi çok sayıda program ile gerek fotografik gerçekçiliğe sahip gerekse farklı türlerde istenildiği gibi resimler üretilebilmektedir. Temsili insan fotoğrafları da bu noktada çok önemli bir yer tutmakta olup, 2024 yılında yapay zekâ ile üretilmiş modellere özgü ilk güzellik yarışmasının duyurusu dahi yapılmıştır<sup>17</sup>.

102(913) (2020), 95-115, 101-102; Anne Pechenik Gieseke, "'The New Weapon of Choice': Law's Current Inability to Properly Address Deepfake Pornography", *Vanderbilt Law Review* 73(5) (2020), 1479-1516, 1482. Clare McGlynn - Erika Rackley. "Image-Based Sexual Abuse", *Oxford Journal of Legal Studies*, 37(3) (2017), 1-28, 11. Henry Ajder - Giorgio Patrini - Francesco Cavalli - Laurence Cullen, *The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact* (Deeptrace Labs, 2019), 2.

<sup>11</sup> Avrupa Birliği, yapay zekâyâ ilişkin kurallara dair 2021/0106(COD) sayılı ve "AI Regulation Act" ismiyle anılan Tüzük'ü, bu alandaki ilk düzenleme olarak hazırlamış olmakla birlikte, Tüzük bu çalışmanın kaleme alındığı tarihte henüz yürürlüğe girmemiştir. Kanaatimizce ilgili düzenlemenin içeriği ayrı bir incelemeyi gerektirmekte ve çalışmamızın konusunun dışında kalmaktadır.

<sup>12</sup> Söz gelimi Avusturya Deepfake Mücadele Raporu'nda, bu amaçla *Defalsif AI* isimli bir programın geliştirildiğinden söz edilmektedir. *Bundesministerium für Inneres, Aktionsplan Deepfake* (Wien: Digitalprintcenter des Bundesministeriums für Inneres, 2023), 24.

<sup>13</sup> Söz gelimi içerik paylaşımı ve yönetimi sorunu nedeniyle Danimarka başbakanı *Mette Frederiksen*, 27.05.2024 tarihli konuşmasında 15 yaş altına sosyal medyanın yasaklanmasını önermiştir. <https://www.politico.eu/article/danish-pm-calls-for-15-age-limit-for-social-media-in-eu/>, E.T: 30.05.2024. Bu neviden önerilere sıkça rastlanabilmekle birlikte, yalnızca bir örnek vermekle yetiniyoruz.

<sup>14</sup> Detaylı bilgi için bkz. Benjamin Kommey - Oniti Isaac - Elvis Tamakloe - Daniel Opoku, "A Reinforcement Learning Review: Past Acts, Present Facts and Future Prospects", *IT Journal Research and Development*, 8(2) (2024), 120-142.

<sup>15</sup> <https://www.theguardian.com/technology/2024/apr/13/ai-generated-music-app-suno-ai-impact-musicians-music-rights>, E.T: 30.05.2024.

<sup>16</sup> <https://www.theguardian.com/technology/2017/dec/07/alphazero-google-deepmind-ai-beats-champion-program-teaching-itself-to-play-four-hours>, E.T: 30.05.2024.

<sup>17</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.euronews.com/culture/2024/04/25/miss-ai-worlds-first-beauty-contest-with-computer-generated-women>, E.T: 27.05.2024.

*ChatGPT, Claude, Llama, Gemini* gibi çok sayıda büyük dil işleme programları ile yapılabilecekler ise yalnızca kullanıcının hayal gücü ile sınırlıdır. Özellikle yazılım, kodlama ve otomasyon alanlarında bu modeller insan kullanıcıların işlerini çok kolaylaştırmaktadır. Öyle ki, yapay zekânın önümüzdeki üç yıl içinde beyaz yaka işlerin en az yarısını devralabileceği ileri sürülmektedir<sup>18</sup>.

Bütün bu sayılanlar, herkesin erişimine açık, ücretsiz veya çok düşük abonelik ücretleri karşılığında ve kullanıcılar için birkaç tıklamadan fazlasını gerektirmeyecek kadar basit bir şekilde gerçekleşmektedir. Üstelik, bu alanda çalışan uzmanların ve yatırımcıların öngörülerini, bu teknolojilerin henüz emekleme evresinde olduğu ve yakın gelecekte mevcut yapay zekâ teknolojisinin çok ilkel kalacağı yönündedir<sup>19</sup>.

Elbette her teknolojik atılım gibi bu gelişmelerin de bir karanlık yüzü mevcuttur<sup>20</sup>. Yapay zekânın sunduğu yeni imkanlar, bazı suçların işlenmesini kolaylaştırdığı gibi, bazı suçlara yeni işleniş biçimleri kazandırmakta veya henüz dünya kamuoyunca bilinmeyen ve hukuk sistemleri tarafından suç olarak tanımlanmamış yeni haksızlıklara vücut verebilmektedir<sup>21</sup>. Bunlar arasında en yaygın olarak kullanılan ve sıklıkla tartışma konusu yapılan husus “*deepfake*”<sup>22</sup> denilen yöntemdir.

Yapay zekâ öğrenme metodu olan “*deep learning*”<sup>23</sup> ile “*fake*” kelimelerinin bir araya gelmesinden oluşan *deepfake*<sup>24</sup>, gerçekmiş gibi görünen görüntülü ve/veya sesli içerik olarak tanımlanabilir<sup>25</sup>. Yapay zekâ programları, sahip oldukları yapay nöral ağlar vasıtasıyla, bir kişiye ait içerikleri incelemekte ve ona ait yeni ve yapay içerikleri nasıl oluşturacağını derin öğrenme metoduyla öğrenmektedir<sup>26</sup>. Bu içerikler genellikle belli kişi veya kişilerin ses ve görüntüleri kullanılarak, yapay zekâ aracılığı ile onlara söylemedikleri şeylerin söylenmesi, yapmadıkları şeylerin yaptırılması şeklindedir. Her ne kadar *deepfake* konsepti ile eğlence veya politik eleştiri gibi çok çeşitli amaçlar ile farklı içerikler oluşturulabilmesi mümkün ise de meydana getirilen içeriklerin kahir ekseriyeti pornografik niteliktedir<sup>27</sup>.

Belli bir kişiye ait görüntülerin ve konuşmaların yapay zekâ programına sunulması ile, bu programlar o kişinin jest, mimik, konuşma örüntüsü, ses değişimleri gibi özelliklerini öğrenmekte ve bunları ortalama bir insanı gerçekliğine ikna edecek düzeyde başarı ile taklit ederek yeni içerikler oluşturabilmektedir<sup>28</sup>.

Belirtmek gerekir ki, her ne kadar benzeşen noktaları olsa da yapay zekâ ile içerik üretimi, fotoğraf veya videolar üzerinde *Photoshop* veya benzeri programlar ile oynama veya değişiklik yapılması ile aynı şey değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, yapay zekâyı özel kılan husus, derin öğrenme yöntemiyle elde ettiği bilgileri, *Photoshop* gibi programlardan farklı olarak, sıfırdan içerik oluşturmakta da

<sup>18</sup> <https://fortune.com/2024/05/25/ai-job-displacement-forecast-50-percent-2027-kai-fu-lee-chatgpt-openai/>, E.T: 27.05.2024.

<sup>19</sup> Bu hususta 2778 uzman ile yapılan bir çalışmanın sonuçları için bkz. Katja Grace - Harlan Stewart - Julia Fabienne Sandkühler - Stephen Thomas- Ben Weinstein-Raun ve Jan Brauner, “Thousands of AI Authors on the Future of AI”, *ArXiv*, 1 (2024), 1-38.

<sup>20</sup> Yapay zekânın ortaya çıkardığı riskler hakkında müşahhas bir rapor için bkz. Brundage et al., *The Malicious Use of Artificial Intelligence: Forecasting, Prevention, and Mitigation* (Oxford: Future of Humanity Institute, 2018).

<sup>21</sup> Brundage et al., *Forecasting*, 18. Yazarlara göre, yapay zeka mevcut tehditlerin kapsamını genişletebilir, onlara yeni özellikler kazandırabilir ya da daha önce mevcut olmayan tehditler yaratabilir. Raporun yazımından itibaren geçen 6 yıl içinde, bu sayılanların üçü de gerçekleşmiştir.

<sup>22</sup> Henüz literatüre yeni girmesi nedeniyle bu kavramın “*deepfake*”, “*deep fake*” ve “*deep-fake*” gibi farklı yazımları mevcuttur. Biz en yaygın olduğunu düşündüğümüz “*deepfake*” kullanımını tercih ettik. Benzer bir tercih ve açıklama için bkz. Gieseke, “Weapon of Choice”, 1481, dn. 6. Kavramın Türkçeleştirilmesinin gerekip gerekmediği meselesini bu çalışmanın konusu olarak mütalaa etmemekle birlikte, tespit edebildiğimiz kadarıyla bu isimlendirme evrensel bir hal almaya başlamıştır.

<sup>23</sup> Derin öğrenme (*deep learning*) kavramı hakkında daha geniş bilgi için ayrıca bkz. Yann LeCun - Yoshua Bengio - Geoffrey Hinton, “Deep Learning”, *Nature*, 521 (2015), 436-444; Iqbal H. Sarker, “Deep Learning: A Comprehensive Overview on Techniques, Taxonomy, Applications and Research Directions”, *SN Computer Science*, 420 (2021), 1-20.

<sup>24</sup> Madhura Thombre, “Deconstructing Deepfake: Tracking Legal Implications and Challenges”, *International Journal of Law Management & Humanities*, 4 (2021), 2267-2274, 2268.

<sup>25</sup> Olson, “Double-Side of Deepfakes”, 867.

<sup>26</sup> Emily Pascale, “Deeply Dehumanizing, Degrading, and Violating: Deepfake Pornography and the Path to Legal Recourse”, *Syracuse Law Review*, 73/1 (2023), 335-366, 337.

<sup>27</sup> Olson, “Double-Side of Deepfakes”, 868. Pornografik içeriklerin, *deepfake* ile üretilen içeriklerin %96’sını oluşturduğu öne sürülmektedir. Bu hususta bkz. Pascale, “Deeply Dehumanizing”, 338.

<sup>28</sup> Sharon D. Nelson - John W. Simek - Michael Maschke, “Detecting Deepfakes”, *Law Practice* 46, no. 1 (2020): 42-47, 44.

kullanabilmesidir. Söz gelimi, *Photoshop* ile ancak bir çocuğun yüzünün **gerçek bir fotoğrafının** çıplak bir vücuda montajlanması veya mevcut bir fotoğraf üzerinde oynama yapılması mümkündür. Yapay zekâ ise, o çocuğa ait fotoğrafları kullanarak, onun **hiç var olmayan bir görüntüsünü** üretebilmektedir. Bu itibarla, Türk hukukunda ve diğer hukuk sistemlerindeki mevcut düzenlemelerin belirlilik ilkesi bakımından sorunlar yaratılabileceği gözetilmelidir. Bu maksatla bazı hukuk sistemlerinde aşağıda ele alınacak yasa değişiklikleri de yapılmıştır.

Bu şekilde oluşturulan yapay içerikler, özellikle politikacılar ve hareketleri kamuoyunca takip edilen ünlü kişiler bakımından büyük bir tehdit oluşturmaktadır<sup>29,30</sup>. İnternet ve sosyal medyanın neden olduğu bilgi kirliliğine ek olarak, bir de kimsenin ses ve görüntüsüne dahi güvenilemeyecek olması, toplumsal hayatta gerçek ve yalan arasındaki çizgiyi daha da bulanıklaştıracaktır. Bu durumun, teknolojik gelişmelerin seyrine göre, iç savaş tehdidi oluşturmaktan<sup>31</sup> casusluğa<sup>32</sup>, seçim hilelerine<sup>33</sup>, ses taklidi yoluyla dolandırıcılığa ve piyasa manipülasyonlarına<sup>34</sup>, sahte kayıtlarla şantajdan aile birliklerinin bozulmasına değin sonsuz sayıda tehlikeye yol açması mümkündür<sup>35</sup>. Kanaatimizce bütün bunlardan daha tehlikeli olan, yapay içeriklerin yaygınlaşmasıyla, bireylerin gerçeklik algısının tümüyle yok edildiği, kimseye ve kendi duyuları da dahil hiçbir şeye güvenemedikleri bir durumun ortaya çıkması riskidir. Bu durumun toplumları bir arada tutan ve karşılıklı güvene dayanan sosyal dokuyu yok etmesi asla küçümsenmemesi gereken bir tehlikedir<sup>36</sup>.

Aşağıda bu sosyal sorunlar arasından, cinsel karakterli olan, bir kısmı halihazırda farklı hukuk sistemlerinde suç olarak tanımlanmış, bir kısmının suç olarak tanımlanması gündemde olan, kalanların ise henüz ya bilinmediği ya da haksızlık teşkil edip etmediği yönündeki tartışmaların tam bir sonuca varmadığı birçok fiil değerlendirme konusu yapılacaktır.

#### **A. Deepfake ile cinsel içerikli resim, video ve ses üretimi**

Bir kişinin cinsel bir davranışta bulunduğu ya da onun erotik ve *samimi* bir durumda bulunduğu sahte içeriklerin hazırlanmasının tarihçesi çok eskilere dayanmaktadır. Kişinin ses ve görüntüsünü taklit etmeye yarayan dublörlerin kullanılmasından, halihazırda ona benzeyen bir kişinin ses ve görüntüsünün

<sup>29</sup> Nelson - Simek - Maschke, "Detecting Deepfakes", 44.

<sup>30</sup> Bu bağlamda örneğin, dönemin Belçika başbakanının Covid salgını ile iklim değişikliğini ilişkilendirdiği sahte bir konuşmasının hazırlanması ve bu konuşmanın basın-yayın yoluyla yayılması, kaydın sahte olduğu anlaşılan dek önemli bir çalkantıya yol açmıştır. <https://www.brusselstimes.com/106320/xr-belgium-posts-deepfake-of-belgian-premier-linking-covid-19-with-climate-crisis>, E.T: 23.05.2024. Aynı şekilde, 2023 yılında ABD başkanı *Joe Biden*'in deepfake ile hazırlanan LGBTIQ+ karşıtı bir konuşması, yakın gelecekteki seçimlerde seçmenlerin oy tercihlerini etkilemek üzere yayımlanmıştır. <https://www.reuters.com/article/factcheck-biden-transphobic-remarks-idUSL1N34Q1IW/>, E.T: 27.05.2024

<sup>31</sup> Gabon'da sağlık sorunları nedeniyle uzunca bir süredir ekranlarda görüntü vermeyen devlet başkanının, yeni yıl konuşması yapacağı duyurulmuş ancak bilahare yayımlanan videonun deepfake ile hazırlanıp hazırlanmadığı meselesi toplumda daha da büyük bir kargaşaya neden olmuştur. Videonun deepfake olup olmadığı konusunda nihai bir karara varılamamış olmakla birlikte; uzmanlara göre videonun meydana getirdiği bu kargaşa, bir hafta sonra gerçekleşen başarısız darbe teşebbüsünün de nedenlerinden birini oluşturmaktadır. Olaya ilişkin bilgiler için ayrıca bkz. <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/02/13/how-sick-president-suspect-video-helped-sparked-an-attempted-coup-gabon/>, E.T: 27.05.2024.

<sup>32</sup> Kanada'nın siber istihbarat kuruluşu CSE'nin 2023 yılı *Kanada'nın Demokratik Süreçlerine Yönelik Siber Tehditler Raporu*'nda, deepfake ile hazırlanan video ve görüntülerin hem seçim hileleri hem de casusluk faaliyetleri için bir silah olarak kullanılabilmesi kaydedilmektedir. Communications Security Establishment, *Cyber Threats to Canada's Democratic Process* (Ministry of National Defence, 2023), 16 vd. Rusya'nın Ukrayna'ya saldırısından iki gün sonra, Ukrayna başkanı *Zelensky*'nin teslim olma çağrısı yaptığı bir videonun Rus casuslar tarafından dolaşıma sokulması bu bağlamda kayda değer örneklerdendir. Bu hususta bir değerlendirme ve örnek olaylar için ayrıca bkz. <https://www.technologyreview.com/2019/06/14/134934/deepfakes-spies-espionage/>, E.T: 27.05.2024.

<sup>33</sup> Endonezya'da yaşanan bir olayda, genel seçimler öncesi, yıllar önce ölmüş olan eski devlet başkanı *Suharto*'ya ait yapay ses ve görüntülerin bulunduğu bir video yayımlanmış ve belli bir partiye oy verilmesi istenmiştir. <https://www.benarnews.org/english/news/indonesian/suharto-deepfake-used-in-election-campaign-01122024135217.html>, E.T: 23.05.2024.

<sup>34</sup> Nelson - Simek - Maschke, "Detecting Deepfakes", 44.

<sup>35</sup> Daha geniş bilgi için Brundage vd., "Forecasting", 23 vd.

<sup>36</sup> Adam Curtis'in *HyperNormalisation* (2016) belgeseli gerçeklik algısının yok edilmesi meselesini ve bu durumun ortaya çıkardığı sosyal riskleri başarılı bir biçimde irdelemesi bağlamında dikkate değerdir.

üzerinde oynama yapılmasına, *Photoshop* veya benzeri programlarla yüzünün başka bir vücuda montajlanmasına kadar çok sayıda yöntem bu amaçla kullanılabilir.

Yapay zekânın bu maksatla kullanılması ise yalnızca birkaç yıl önce ortaya çıkmış bir olgudur. İlk kez 2017 yılında, *Reddit* isimli bir sosyal paylaşım sitesinde bir kullanıcı, deepfake ile ünlülerin yüzlerini montajladığı pornografik içerikli videoları paylaşarak bu trendi başlatmıştır<sup>37</sup>. O tarihten itibaren de bu yöntem giderek daha yaygın bir biçimde kullanılmayı sürdürmüştür.

2019 yılında ortaya çıkan ve belli bir kişinin fotoğrafının tek tıkla çıplak bir fotoğrafa dönüştürülmesini sağlayan *Deepnude* isimli siteye 24 saat içinde yüz binlerce kez erişilmiş ve gerçek kişilere ait çok sayıda çıplak fotoğraf üretilmiştir<sup>38</sup>. Her ne kadar bu site gelen tepkiler üzerine kapatılmış ise de aynı işi gören çok sayıda yeni program ve web sitesi ortaya çıkmış ve bir konsept olarak *deepnude* varlığını sürdürmüştür.

Zaman geçtikçe bu teknolojinin daha da ilerleyeceği ve meselenin giderek daha vahim bir hal alacağı ise izahtan varestedir<sup>39</sup>. İlk dönemlerde bariz birtakım senkron ve jest/mimik hataları ile kolaylıkla tanınabilen yapay videolar, artık üreticilerin geribesleme yoluyla bu hataları giderebilmesine ve gerçekçiliğini artırabilmesine de imkan tanıdığı için çok daha tehlikeli bir hal almıştır<sup>40</sup>. Her ne kadar yapay içerikleri gerçeklerden ayırt etmeye yarayan araçlar da bulunmakta ise de, halihazırda bu araçlar kesin bir başarı sağlayamadığı gibi, gelecekte yapay içerik üretim programlarının, içerik özgünlüğü denetleyen programları çok geride bırakacağı da öngörülmektedir<sup>41</sup>.

Tıpkı yapay zekânın sunduğu diğer imkanlar gibi, deepfake ile pornografik içerik üretimi de ne yazık ki günümüzde herkesin kullanımına açık, ücretsiz veya çok ucuz, birkaç tıklama ile yapılabilecek kadar kolaydır<sup>42</sup>. Üstelik bu içerikler, özellikle de çocuk pornografisi içerikleri, *Darkweb*<sup>43</sup> üzerinden, her zamankinden daha kolay bir şekilde yayılabilmektedir<sup>44</sup>. Bu içerikler, bir kez üretilip internette yayımlandıktan sonra, artık onu üretilen kişinin de kontrolü dışına çıkmakta, diğer kullanıcıların da katkısıyla giderek yayılmakta ve kalıcılışmaktadır<sup>45</sup>.

Bugün pornografik içerikli web sitelerinde, kadın ünlülere ait cinsel içerikli yapay fotoğraf ve videolar yüz milyonlarca görüntülenme elde etmiş durumdadır<sup>46</sup>. Bu durumun, ilgili içeriklerde yer alan kişilerin kişilik haklarını ihlal ettiği izahtan varestedir. Bununla birlikte, ünlü olmayan kişilerin (ve özellikle kadınların) bu durumdan daha da fazla etkilendikleri söylenebilir. 2020 yılında 100.000'in üzerinde görüntünün değerlendirilmesi suretiyle yapılan bir çalışma, çıplaklık içeren kadın görüntüsü içeriklerinin %70'inin ünlü olmayan bireylere ait olduğunu göstermektedir<sup>47</sup>. Üstelik ünlülere ait bu tür görüntülerin yapay olarak üretilmiş olduğu ya ilk anda anlaşılmakta ya da sonradan nispeten kolay bir

<sup>37</sup> Pascale, "Deeply Dehumanizing", 337.

<sup>38</sup> Detaylı bilgi için bkz. Ajder vd., *State of Deepfakes*, 8.

<sup>39</sup> Nelson - Simek - Maschke, "Detecting Deepfakes", 45.

<sup>40</sup> Bu sürecin teknik detayları için bkz. Phelan, "Legal Responses", 21.

<sup>41</sup> Communications Security Establishment, *Cyber Threats*, 20.

<sup>42</sup> Danielle Citron, "Sexual Privacy", *The Yale Law Journal*, 128/7 (2019), 1870-1960, 1922; Gieseke, "Weapon of Choice", 1481.

<sup>43</sup> *Darkweb*, internet üzerinde bulunan ancak arama motorları tarafından indexlenemeyen, kullanıcıların erişebilmeleri için özel bağlantı adreslerine ve kullanıcıların proxy sunucuları aracılığıyla anonim olarak bağlanmalarını sağlayan *TOR* isimli tarayıcıya ihtiyaçlarının bulunduğu, sıklıkla illegal ticaret ve çocuk pornografisi içerikleri için kullanılan web sitelerinin oluşturduğu bütünüdür. Daha geniş bilgi için ayrıca bkz. Arbër Beshiri - Arsim Susuri, "Dark Web and Its Impact in Online Anonymity and Privacy: A Critical Analysis and Review", *Journal of Computer and Communications*, 7/3 (2019), 30-43.

<sup>44</sup> Olson, "Double-Side of Deepfakes", 873.

<sup>45</sup> Mudasar Kamal - William Newman, "Revenge Pornography: Mental Health Implications and Related Legislation", *Journal of American Academy of Psychiatry and the Law*, 44 (2016), 359-367, 359.

<sup>46</sup> Phelan, "Legal Responses", 21; Pascale, "Deeply Dehumanizing", 339.

<sup>47</sup> Siladitya Ray, Bot Generated Fake Nudes of over 100,000 Women Without Their Knowledge, Says Report, *Forbes*, 20.10.2020, <https://www.forbes.com/sites/siladityaray/2020/10/20/bot-generated-fake-nudes-of-over-100000-women-without-their-knowledge-says-report/?sh=312015587f6b>, E.T: 24.05.2024.

biçimde yalanlanabilmekte iken, diğer bireylere aitmiş gibi yayımlanan görüntüler internet ortamında gerçek olduğu zannıyla kalıcılaşabilmektedir<sup>48</sup>.

Bu fiiller, yalnızca mağduru etkilemenin ötesinde bir sosyal anlam da taşımaktadır. Bu bağlamda örneğin Malezya'da meydana gelen bir olayda, gelecekte devlet başkanı olabileceği de öngörülen bir bakanın eşcinsel ilişki görüntülerinin yayılması toplumda büyük bir tepkiye yol açmıştır<sup>49</sup>. Bu durum hem mezkûr politikacının şeref ve saygınlığının zedelenmesine neden olmuş hem de videonun gerçekliği üzerindeki tartışmalar kutuplaşmanın artmasına hizmet etmiştir<sup>50</sup>. Özellikle Hindistan'da genç kadın politikacı *Chandrani Murmu*'ya ve gazeteci *Rana Ayyub*'a yapılan deepfake saldırısı çok ses getirmiş olmakla birlikte<sup>51</sup>, bilhassa kadın politikacıların ve gazetecilerin<sup>52</sup> seslerinin bastırılması ve cesaretlerinin kırılması için bu yola sıkça başvuruluyor olması şaşırtıcı değildir<sup>53</sup>.

Bu sorunun hukuki analizine başlamadan önce, *mağdurun rızasına aykırı olarak cinsel içeriklerin yayımlanması, deepfake ile cinsel içerik oluşturulması ve yayımlanması ve intikam pornosunu* birbirinden ayırarak kavramsallaştırmak ve aralarındaki ilişkiyi ortaya koymak gerekmektedir. Adından da anlaşılacağı üzere, bir kişinin, karşı tarafın rızası olmaksızın ona ait içerikleri elde etmesi ya da kendisine rızaya dayalı ve güven ilişkisine istinaden gönderilen içerikleri mağdurun rızasına aykırı olarak yayımlaması halinde *mağdurun rızasına aykırı olarak cinsel içeriklerin yayımlanması* söz konusu olur.

Bu içerikler, özgün<sup>54</sup> olabileceği gibi deepfake ile oluşturulmuş da olabilir. Bununla birlikte yapay zekâ programları ile üretilen içeriklerin yayımlanması, bir kişiye ait özel ses, görüntü veya video kayıtlarının ifşa edilmesinden farklıdır. Zira bu durumda, mağdurun vücudu gerçek anlamda ifşa edilmemekte ve yalnızca "yüzünün" farklı bir vücuda montajlanması veya gerçek olmayan bir vücuda aktarılması sağlanmaktadır<sup>55</sup>. Bu durumun, aşağıda tartışılacağı üzere, belirlilik ilkesi bağlamında önemli sonuçları bulunmaktadır.

*İntikam pornosu* ise, bu içeriklerin hangi amaçla oluşturulduğunu ifade eden bir tanımlamadır. Gerçek ya da üzerinde bilgisayar programları ile oynama yapılmış olan yazı, ses, görüntü veya video kayıtlarının yayımlanması şeklinde gerçekleşen intikam pornosu (revenge porn), her ne kadar bu isimle anılmakta ise de intikam pornosu failleri daima intikam alma amacıyla hareket etmemektedirler. Esasen "intikam pornosu" kavramı, cinsel arzuların tatmininden ziyade **mağduru aşağılama veya ona zarar verme** amacı taşıyan pornografik içerik üretimini ve yayımlanmasını ifade eder<sup>56,57</sup>. Bazı hukuk sistemlerinde bu kavramın "cinsel siber taciz" olarak da anıldığı müşahede edilmektedir<sup>58</sup>. Bu içerikler genellikle eski

<sup>48</sup> Phelan, "Legal Responses", 23.

<sup>49</sup> <https://www.malaymail.com/news/malaysia/2019/06/12/is-the-political-aide-viral-sex-video-confession-real-or-a-deepfake/1761422>, E.T: 23.05.2024.

<sup>50</sup> Thombre, "Deconstructing", 2273 vd.

<sup>51</sup> Sandvik ve Lohne, "Sexual Violence", 101.

<sup>52</sup> Gieseke, "Weapon of Choice", 1483.

<sup>53</sup> Bireylerin cinsel hayatı, daima, politikacıların argümanlarının veya politik hareketlerinin yerine kişiliklerinin tartışılması için silah olarak kullanılagelmiştir. İsmen belirtilmesi gerekmeyecek çok sayıda olayda Türkiye'nin de bu uygulamadan nasibini aldığı bilinmektedir. Yapay zeka, böyle saldırıları çok daha kolay ve güçlü bir hale getirmiştir. Bu konuyu ele alan özel bir çalışma için ayrıca bkz. Sophie Maddocks, "A Deepfake Porn Plot Intended to Silence Me': Exploring Continuities Between Pornographic and 'Political' Deep Fakes." *Porn Studies*, 7/4 (2020), 415-423.

<sup>54</sup> Bu çalışmada, özellikle aksi belirtilmedikçe, "özgün" kelimesini, *gerçek* veya *otantik* anlamında kullanılmaktadır. Bir başka deyişle, eğer bir içerik, **yapay olarak üretilmemiş** veya **üzerinde herhangi bir araçla değişiklik yapılmamış** ise kural olarak özgündür. Her ne kadar içerikler üzerinde onun -bu çalışmanın amaçları bakımından- özgünlüğüne hanel getirmeyecek değişiklikler de yapılabiliyor olsa da (vesikalık fotoğrafın boyutlarının değiştirilmesi gibi) çalışmada ele alınan sorunlar bakımından bu durum bir önem arz etmemektedir.

<sup>55</sup> Citron, "Sexual Privacy", 1921.

<sup>56</sup> Daha geniş bilgi için bkz Nicola Henry - Asher Flynn - Anastasia Powell. "Image-based Sexual Abuse: Victims and Perpetrators." *Trends & Issues in Crime and Criminal Justice* no. 582. (Canberra: Australian Institute of Criminology, 2019), 1 vd.; Citron, "Sexual Privacy", 1918 vd.

<sup>57</sup> Bu hususta bkz. Yanet Ruvalcaba - Asia Eaton. "Nonconsensual Pornography Among U.S. Adults: A Sexual Scripts Framework on Victimization, Perpetration, and Health Correlates for Women and Men." *Psychology of Violence*, 10/1, (2020), 68-78, 68. Bu terimin kullanılmasına dair eleştiriler için ayrıca bkz. McGlynn - Rackley, "Image-Based", 2.

<sup>58</sup> Florida Ceza Kanunu 784.049.

partnerlere ait olup, mağdurun rızası ile oluşturulmuş ve faille gönderilmiştir. Buna karşılık bu içeriklerin gizlice fotoğraf çekmek suretiyle oluşturulması, bilgisayar veya cep telefonlarına sızılarak elde edilmesi, cinsel saldırı sırasında çekilmesi veya cebir ya da tehdit ile zorla alınmış olması da mümkündür<sup>59</sup>.

Yapay zekâdan yararlanılan içerik oluşturma programları henüz kullanılmaya başlanmadan önce de yaygın bir sosyal sorun olan intikam pornosu<sup>60</sup>, yapay zekâ programlarının sunduğu imkanlarla çok daha ciddi bir sorun haline almıştır<sup>61</sup>. Altı çizilmelidir ki, elimizdeki veriler, intikam pornosunun eril bir eylem tarzı olduğunu da ortaya koymaktadır<sup>62</sup>. 2014 yılında yürütülen bir çalışmada, intikam pornosuna maruz kaldığını bildiren mağdurların %90'ının kadın olduğu bulgusuna ulaşılmıştır<sup>63</sup>.

Görüldüğü üzere her üç husus, birbirinden farklı olmakla birlikte, birbirleriyle çok yakından ilişkilidir<sup>64</sup>. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler, mağdurun rızasına aykırı cinsel içerik yayımlanmasını ve intikam pornosunu hem içerik üretimi hem de yayımlanması bağlamında çok kolaylaştırmış ve yaygınlaştırmıştır. İnternet forumlarının da gelişmesi ve kullanıcı sayılarının artması ile bu pratikler kendi alt kültürlerini de oluşturmuştur<sup>65</sup>.

Kısaca ifade etmek gerekirse, bu içerikler ya cinsel arzuların tatmini amaçlıdır ya da daha yaygın olarak rastlandığı üzere, içerikteki kişiyi (genellikle kadınları) aşağılama ve seks objesine dönüştürme amaçlıdır. İkinci grup filler, yani cinsel arzuların tatminini değil, aşağılamayı amaçlayanlar, cinsel suç olmanın yanında birer *siber şiddet suçu* olma niteliği de taşımaktadırlar<sup>66</sup>.

Mezkûr suçlar hem mağdurun cinsel dokunulmazlığını hem özel hayatının gizliliğini ihlal ettiği için, oldukça ciddi sonuçlara yol açabilmektedir. Bu suçlara maruz kalan mağdurların ağır depresyon ve anksiyete yaşamasına, kendine zarar vermesine, alkol veya uyuşturucu madde kullanmaya başlamasına, toplumdan kopmasına, kimi durumda intiharına dahi yol açabilmektedir<sup>67,68</sup>. Yapılan çalışmalar, bu tür

<sup>59</sup> Henry - Flynn - Powell, "Victims and Perpetrators," 2.

<sup>60</sup> 2016 yılında ABD'de yürütülen bir çalışmada, bireylerin %4'ünün, özel fotoğrafları ya rızası olmaksızın internette paylaşıldığı ya da paylaşılacağı yönünde tehdiye maruz kaldıkları tespit edilmiştir. Bu oran, yalnızca kadınlar değerlendirildiğinde %10'a, gay ve lezbiyenlerde ise %17'ye çıkmaktadır. Amanda Lenhart, Michele Ybarra ve Myeshia Price-Feeney. "Nonconsensual Image Sharing: One in 25 Americans Has Been Victim of Revenge Porn." (Data & Society Research Institute, 2016), 5.

Avusturya'da 2017 yılında yapılan bir çalışmada ise katılımcıların %11'i rızaları olmaksızın kendilerine ait içeriklerin internette paylaşıldığını bildirmektedirler. Bu oranlar, katılımcıların yaş ve cinsiyetine göre de önemli değişkenlikler göstermektedir. 18-24 yaş arasındaki erkeklerin %16'sı, kadınların ise %24'ü kendilerine ait içeriklerin internette paylaşıldığını bildirmişlerdir. Henry, Flynn ve Powell, "Victims and Perpetrators", 5.

Bir kez daha altı çizilmelidir ki bu oranlar, intikam pornosu kültürünün henüz şu anki kadar yaygınlaşmadığı ve yapay zeka ile pornografik içeriklerin üretilmediği bir döneme aittir. Bu itibarla, bu oranların günümüzde daha da arttığını düşünmek için elimizde güçlü nedenler bulunmaktadır.

<sup>61</sup> Phelan, "Legal Responses", 22.

<sup>62</sup> Bu hususta literatür bilgisi için Kathryn Branch, Carly Hilinski-Rosick, Emily Johnson ve Gabriela Solano, "Revenge Porn Victimization of College Students in the United States: An Exploratory Analysis," *International Journal of Cyber Criminology* 11 (2017): 128-142, 130 vd. Ayrıca bkz. Ruvalcaba - Eaton, "Nonconsensual", 69 vd.

<sup>63</sup> Cyber Civil Rights Initiative, *Nonconsensual Porn Infographic*, 2014. <https://cybercivilrights.org/revenge-porn-infographic/>, E.T: 28.05.2024.

<sup>64</sup> Aksoy Retornaz, intikam pornosu ve mağdurun rızasına aykırı olarak cinsel içerik paylaşımının yabancı doktrinde birbiri yerine de kullanıldığını belirtmekte ve kendisi de intikam pornosunun geniş anlamı bakımından bu düşünceye katılmaktadır. Aksoy Retornaz, *Siber Taciz*, 28, dn. 119. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanaatimizce intikam pornosunun geniş anlamı dahi her halükârda mağdura zarar verme amacını ihtiva etmelidir. Bu itibarla cinsel içeriklerin ancak belli bir amaçla paylaşıldığında intikam pornosu olabileceği görüşüne taraftarız.

<sup>65</sup> Yabancı eserlerde bu tür forum veya web sitelerinin veya bu mecralardaki "hareket"lerin isimlerinin de sıklıkla anıldığı müşahede edilmektedir. Kanaatimizce bu isimlerin, özellikle de kullanıcıları Türklere ait olanların, bir akademik çalışmada anılmaması daha sorumlu bir tutumdur. Bu nedenle bu isimlere çalışmada yer vermemeyi uygun bulduk.

<sup>66</sup> Kavrama dair daha geniş bilgi için bkz. Aksoy Retornaz, *Siber Taciz*, 2 vd.

<sup>67</sup> Bu hususta müşahhas bir inceleme için bkz. Kamal - Newman, "Revenge Pornography", 359 vd. Yazarlar, çalışmalarında çok sayıda intihar vakasına da yer vermektedirler. Ayrıca bkz. Sandvik - Lohne, "Sexual Violence", 101-102.

<sup>68</sup> 2023 yılında ABD'de deepfake içerikler nedeniyle 13 kişinin intihar ettiği değerlendirilmektedir. Bu hususta bkz. <https://www.nbcconnecticut.com/news/politics/heres-what-is-being-done-to-prevent-so-called-deep-fakes-in-connecticut/3207841/>, E.T: 27.05.2024. Çok sayıda başka ülkede de sıklıkla deepfake kaynaklı intihar haberlerine rastlanabilmekte olup, örnekleri çoğaltmanın çalışmanın amaçları açısından önemli bir değeri yoktur. Bu nedenle yalnızca

saldırılara maruz kalan bireylerin yaşadığı psikolojik sorunların ve bu sorunların olası sonuçlarının, cinsel saldırıya uğrayan mağdurlarınki ile oldukça benzer olduğunu göstermektedir<sup>69</sup>. Bu nedenle doktrinde, özellikle feminist harekete mensup yazarların, bu suçları “*sanal cinsel saldırı*”<sup>70</sup> veya “[*kadın bedeni üzerinde*] *sanal tahakküm*”<sup>71</sup>. Olarak andığı müşahede edilmektedir.

Aşağıda 2022/066(COD) sayılı Direktif’in giriş bölümüne ilişkin açıklamalarda da değinileceği üzere, bu sorun özellikle genç kızların okullarını bırakmak zorunda kalmalarına ve bu bağlamda kitlesel olarak eğitim haklarından mahrum kalmalarına yol açacak denli ağır boyutlara ulaşmış durumdadır. Aynı şekilde, işe alımlarda artık internet aramaları sonuçlarının da dikkate alındığı ve bu sonuçların çoğu kez adayın işe alınmasını engelleyebildiği de göz önünde tutulduğunda<sup>72</sup>, bireyin çalışma hakkını da sınırlandıran durumlar ortaya çıkmaktadır. Kimi örneklerde, mağdurların şehir ve/veya isim değiştirmek zorunda kaldıkları bilinmektedir<sup>73</sup>. İlk bakışta göze çarpmayan sorunlardan biri de, bu durumun bireylerin internet kullanımını ve internette paylaşım yapabilme imkanlarını da zaman içerisinde oldukça sınırlandıracak bir hale bürünmeye başlamasıdır<sup>74</sup>.

Yapay olarak üretilen içeriklerin gerçek olmadığı herkesçe biliniyor olsa dahi, salt bunların sergilenmesinin dahi, özellikle kadınlar bakımından, aşağılayıcı olduğu, onları birer seks objesi haline indirgediği ve bu durumun önemli bir sosyal sorun teşkil ettiği, kanaatimizce de haklı olarak, savunulmaktadır<sup>75</sup>. Gerçekten de bu husus, ilk bakışta göze çarpanın ötesinde bir önem taşımaktadır. Bireylerin benlik değer algıları, onların toplumda nasıl görüldükleri ile yakından ilişkilidir. Bu türden içeriklerin üretilmesi, bunların gerçek olmadığı ilk bakışta belli olsa dahi, bireyin toplumsal imgesine doğrudan saldırmaktadır. Bu durum, yaşanmış olaylarda da açıkça belli olduğu üzere, bireyin psikolojisi üzerinde çok yıkıcı etkilere neden olabilir<sup>76</sup>.

*Çocuk pornografisi*, bu sorunun özel bir boyutunu oluşturmaktadır. Gerçek çocukların kullanıldığı pornografik içerikler ve bu bağlamda özellikle videolar ayrıca incelenmesi gereken bir konudur ve bu çalışmanın kapsamını aşacak boyuttadır. Buna karşılık, deepfake ile üretilen pornografik içeriklerin önemli bir bölümü, gerçek görüntülerden ayırt etmesi oldukça güç olan, yapay çocuk pornografisi içerikleridir<sup>77</sup> ve bu hususun da değerlendirme konusu yapılması gerekmektedir. Bu içeriklerin gerçek çocuklara ait görüntüler kaynak materyal olarak kullanılarak da oluşturabildiği göz önüne alındığında, mesele oldukça korkutucu bir hal almaktadır.

Yapay zekâ ile çocuk pornografisi üretilmesi meselesi, daha önce içerisinde çocuk karakterlerin yer aldığı *Hentailer* ve bilgisayar oyunları bağlamında da tartışılmış ve üretimlerinin suç olarak kabul edilip

Birleşik Krallık’tan bir örnek daha vermekle yetiniyoruz: <https://www.ndtv.com/world-news/uk-teen-died-by-suicide-after-bullies-at-school-shared-her-fake-nudes-4927916>, E.T: 27.05.2024.

<sup>69</sup> Detaylı bilgi için bkz. Samantha Bates, "Revenge Porn and Mental Health: A Qualitative Analysis of the Mental Health Effects of Revenge Porn on Female Survivors," *Feminist Criminology*, 12 (2017), 22-42.

<sup>70</sup> Citron, "Sexual Privacy", 1925.

<sup>71</sup> Regina Rini - Leah Cohen. "Deepfakes, Deep Harms." *Journal of Ethics and Social Philosophy*, 22/2 (2022), 143-161, 147.

<sup>72</sup> Bu hususta *Microsoft*’ta yürütülen bir çalışmaya göre, işe alımdan sorumlu çalışanların %80’i adaylar arasından seçim yaparken arama sonuçlarını dikkate almaktadırlar. Detaylı bilgi ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. Citron, "Sexual Privacy", 1926 vd.

<sup>73</sup> Citron, "Sexual Privacy", 1925.

<sup>74</sup> Bir deepfake mağduru kadın kullanıcının "Bu videolar giderek daha gerçekçi bir hale büründükçe... [Bu yaşananların] internet kullanmanın bedeli olduğunu öylece kabul mü edeceğiz?" şeklindeki serzenişinin durumu iyi ifade ettiği kanısındayız. Gieseke, "Weapon of Choice", 1483.

<sup>75</sup> Phelan, "Legal Responses" 24. Aynı yönde Pascale, "Deeply Dehumanizing", 340; Gieseke, "Weapon of Choice", 1483, Rini - Cohen, "Deep Harms", 148-149.

<sup>76</sup> Detaylı bilgi için Kamal - Newman, "Revenge Pornography", 361. Aynı yönde Citron, "Sexual Privacy", 1924 vd. Yazarın çalışmasında çok sayıda mağdurenin bu fiillere maruz kaldıktan sonraki yaşantılarını derlemiş olması, meselenin anlaşılması bakımından kıymetlidir. Özetle ifade etmek gerekirse mağdureler, yukarıda ifade edilenlere ilave olarak birkaç noktaya vurgu yapmaktadırlar: Sürekli bir korku duygusu, eğer şantajla maruz kalmış iseler bu şantajdan kurtulabilmek adına daha da fazla cinsel davranışta bulunmak zorunda kalmaları, eğer içerikler daha önce tanıdıkları biri tarafından paylaşılmış ise insanlara dair güven kaybı ve yeniden yakın ilişki kurabilmekte büyük güçlükler.

<sup>77</sup> Olson, "Double-Side of Deepfakes", 875.

edilmemesi gerektiği meselesi önemli fikir ayrılıklarına neden olmuştur<sup>78</sup>. Bir görüşe göre, pedofili bireylerin dürtülerinin yok sayılması yerine, onları çocuklara zarar vermekten alıkoyacak şekilde, çocukları da kullanmaksızın bu tür içeriklerin üretilmesi yoluyla kontrol altında tutulması daha isabetlidir. Bu görüşün bir uzantısı olarak, yapay çocuk pornografisi materyalinin, pedofili bireylerin daha iyi anlaşılması amacıyla bilimsel araştırmalarda kullanılabilmesi de mümkün olabilmelidir<sup>79</sup>. Ayrıca, yapay çocuk pornografisinin, bu içerikleri tüketen suçluları avlamak için bir tuzak olarak da kullanılması da önerilmektedir<sup>80</sup>.

Diğer görüşe göre ise bu yola gidilmesi, pedofili bireylerin çocuklara yönelik tehdidini azaltmayacağı gibi, pedofilinin normalleşmesine ve yaygınlaşmasına da hizmet edecektir<sup>81</sup>. Unutulmamalıdır ki istismarcılar bu içerikleri yalnızca kendileri tüketmemekte ve çocuklara da izletmektedirler. Böylece çocuğun, çocuk pornografisine karşı hissizleşmesi, çocuklar için seksin normal ve eğlenceli bir eylem olduğu düşüncesinin aşılması ve böylece istismara hazır hale getirilmesi riski de ortaya çıkmaktadır<sup>82</sup>. Bu nedenle bu tür materyalleri üreten, yayan ve bulunduran kişilerin her birinin ayrı ayrı cezalandırılması önerilmektedir<sup>83</sup>. Her iki yönde de görüşler bulunmakla birlikte, yapay içeriklerin üretiminin, yayımlanmasının ve bulundurulmasının suç teşkil edip etmemesi gerektiği konusunda yeterli araştırmanın ve özellikle klinik psikoloji, psikiyatri ve hukuk alanlarını bir araya getiren ciddi bir tartışmanın İngilizce ve Almanca literatürde de henüz yapılmadığı kanısında olduğumuzu belirtmemiz gerekir<sup>84</sup>.

Burada kaynak materyali olarak gerçek bir çocuk kullanılmış olsun ya da olmasın, ortaya çıkan nihai içeriğin çocuk pornografisi şeklinde olması, toplumsal açıdan bir tehlikeye işaret etmektedir. Her ne kadar bu durumun farklı hukuk sistemlerinde teknik anlamda çocuk pornografisi olup olmadığı<sup>85</sup> veya cezalandırılabilir bir haksızlık teşkil edip etmediği konusu tartışmalı ise de, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu çoğu hukuk sisteminde bu tür içeriklerin de çocuk pornografisi sayıldığı<sup>86</sup> ve bu bağlamda meselenin önemle ele alınması gerektiği açıktır. Aşağıda da ayrıca değerlendirileceği üzere, tamamen yapay çocuk pornografisi içeriklerinin üretilmesi ve izlenmesi dahi, yetişkin pornografisinden farklı olarak, başlı başına sosyal sorunlara sebebiyet vermektedir.

Gieseke'nin de isabetle belirttiği üzere, deepfake ile üretilen çocuk pornografisi içerikleri, esasen yapay içeriklerin (Türk hukukundaki isimlendirmesiyle "temsili çocuk görüntüsü" kullanılan içeriklerin) bir türü olmakla birlikte, ondan bir yönüyle ayrılmaktadır: Gerçek bir çocuğa ait görüntülerin işlenmesiyle oluşturulan çocuk pornografisi içerikleri, gerek çocuk gerekse çevresindeki kişiler için fiziki, psikolojik ve mali zararlara sebebiyet verebilmektedir<sup>87</sup>.

<sup>78</sup> Daha geniş bir okuma için bkz. Wade Anderson, "Criminalizing "Virtual" Child Pornography Under the Child Pornography Prevention Act: Is it Really What it "Appears to Be?", *University of Richmond Law Review*, 35/2, 393-421, 401 vd.

<sup>79</sup> Olson, "Double-Side of Deepfakes", 887.

<sup>80</sup> Olson, "Double-Side of Deepfakes", 882.

<sup>81</sup> Stacey Steinberg, "Changing Faces: Morphed Child Pornography Images and the First Amendment." *Emory Law Journal*, 68/5 (2019), 909-938, 916; Şölen Çakıroğlu, "Uluslararası Sözleşmeler Işığında Türk Hukukunda Çocuk Pornografisi Kavramı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 11 (Ocak 2023), 73-93, 81; Şerife Çam, "Çocuk Pornografisi Tartışmalarına İlişkin Sorular," *İletişim Araştırmaları Dergisi*, 1 (Güz 2003), 55-86, 69; Anderson, "Criminalizing", 416-417.

<sup>82</sup> Steinberg, "Changing Faces", 916.

<sup>83</sup> Olson, "Double-Side of Deepfakes", 880.

<sup>84</sup> Örneğin bu tür içeriklerin cinsel suçlar için bir tetikleyici olacağı dogmatik olarak kabul edilmekle birlikte, tespit edebildiğimiz kadarıyla literatürdeki az sayıda çalışma bunun aksini göstermektedir. Bu hususta bkz. Berl Kutchinsky, "Pornography and Rape: Theory and Practice?," *International Law of and Psychiatry*, 14 (1991): 47-64; Diamond, Jozifkova ve Weiss'in çalışması, pornografik içeriklerin bulundurulmasının suç olmaktan çıkarılmasıyla çocukların cinsel istismarı suçunda keskin bir düşüş rapor etmektedir. Milton Diamond - Eva Jozifkova - Petr Weiss, "Pornography and Sex Crimes in the Czech Republic," *Archives of Sexual Behavior*, 40/6 (2011), 1037-1043, 1039. Yapay içerikler konusunda ise özel bir çalışmaya ise rastlayabilmiş değiliz. Hukukçu yazarların bu hususta ortaya koyduğu görüşler genellikle bilimsel çalışmalara değil yazarların *şahduyusuna* dayanmaktadır. Bu yöntemin suç siyasetinin bilimselliği ilkesine uygun olmadığı kanaatindeyiz.

<sup>85</sup> Daha geniş bilgi için bkz. Olson, "Double-Side of Deepfakes", 875 vd.

<sup>86</sup> ABD hukukuna ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. Olson, "Double-Side of Deepfakes", 875 vd.

<sup>87</sup> Gieseke, "Weapon of Choice", 1490-1491.



## B. Dil işleme programlarının cinsel amaçla kullanımı

*ChatGPT 3.0* ile birlikte büyük dil işleme programları geniş kitlelerin gündelik hayatının bir parçası haline gelmiştir. Yukarıda da açıklandığı üzere, bu programlar zaman içerisinde bireylere her türlü gündelik işlerinde yardımcı birer asistan pozisyonuna doğru evrilmektedirler. Programın kullanım şekillerinden biri de yapay zekâ ile yalnızca sohbet etmektir.

Her ne kadar büyük dil işleme programları benlik bilincine sahip değillerse de bir yapay zekâ programı olduklarını bilmekte ve buna göre yanıtlar vermektedirler. Buna karşılık, programa istenildiği şekilde komut verilerek, onun belli bir mizaca büründürülmesi ve belli bir şekilde konuşTURULMASI mümkündür. Bu bağlamda kullanıcı, dil işleme programına istediği yaş, cinsiyet, meslek, kişilik özelliği, kullanıcı ile arasındaki ilişkinin mahiyeti vb. dilediği nitelikleri atayabilir ve ona istediği geçmişi verebilir.

Dil işleme programlarının bu özelliği, onu aynı zamanda iyi bir sohbet ve “oyun arkadaşı” haline de getirmiştir. Bugün çok sayıda web sitesinde, önceden hazırlanmış binlerce farklı *karakter* ile sohbet edilebilmektedir<sup>88</sup>. Bunlardan bazıları “terapist” ya da “dil öğretmeni” gibi belli meslek gruplarını temsil etmektedir. Bir kısmı ise ya gerçek veya kurgusal kişiliklerin birer yansımasıdır ya da kullanıcıların kendi hayal güçleri doğrultusunda yarattıkları kişiliklerdir. Kullanıcılar kendi karakterlerini de yaratabilmekte, bunları gerek yalnızca kendi kullarımlarına mahsus gerekse herkesin kullanımına açık olarak sınıflandırabilirler. Bu bağlamda örneğin kullanıcıların *Peter Parker* ile sohbet edip onun yeni maceralarını dinleyebilmesi ya da kendi süper kahramanlarını yaratabilmesi mümkündür.

Kimi bireyler için kendi karakterlerini yaratma ve yapay zekâ ile birlikte hikayeler yazma aracı olabilen bu özellik, bilhassa çocuklar arasında bu karakterlerle arkadaş ve hatta “sevgili” olma kültürünü oluşturmuştur<sup>89</sup>. Bu durumun çocukların pedagojik gelişimine olası etkileri çalışmanın konusu dışında kalmakta olup, bu noktada yalnızca bu araçların *cinsel amaçlı* kullanımı konusuna değinilecektir.

Bu hususta açıklamalara geçmeden önce konunun anlaşılması zımında bir noktaya açıklık getirilmelidir: Dil işleme programlarının eğitim verilerindeki olağanüstü bilgi birikimi ve bu programların bilgileri bir araya getirme ve soruları yanıtlamaktaki üstün yetisi karşısında, kullanıcılarla iletişimlerine bazı sınırlamalar getirilmesi bir mecburiyet halini almıştır. Böyle bir sınırlama olmazsa kullanıcılar acısız intihar yöntemlerinden evde basit malzemelerle patlayıcı yapımına değin pek çok hususu kolaylıkla öğrenebilir hale geleceklerdir. Bu maksatla, büyük dil işleme programı geliştiren bütün büyük şirketler, bazı istisnalar bir yana bırakılırsa<sup>90</sup>, programların belli konuları konuşmaması ya da belli yanıtları vermemesi yönünde onları eğitmektedirler<sup>91</sup>. Bir başka deyişle bu programlar için birer otosansür mekanizmasına sahiptir. Cinsel sohbetler<sup>92</sup> de iletişimin sansürlendiği alanlardan biridir.

Ne var ki, en azından bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla, bu mekanizmalar kolaylıkla aşılabilmektedir. *Jailbreak*<sup>93</sup> olarak anılan ve genel itibarıyla bir program veya aygıtın için sınırlamalarını aşmak anlamına gelen süreç, dil işleme programlarının her yeni versiyonu çıktığında

<sup>88</sup> Bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla, <https://character.ai/> isimli web sitesinde bu şekilde oluşturulmuş binlerce karakter bulunmakta ve yenileri de yaratılabilmektedir.

<sup>89</sup> <https://www.cbsnews.com/news/valentines-day-ai-companion-bot-replika-artificial-intelligence/>, E.T: 06.06.2024.

<sup>90</sup> Örneğin *Mistral* isimli dil işleme aracı için bir sansürü bulunmadan geliştirilmektedir. Bu hususta bkz. <https://decrypt.co/232299/mistral-ai-7b-upgrade-uncensored-cohere-aya-open-source>, E.T: 06.06.2024.

<sup>91</sup> Bu hususta müşahhas bir okuma için ayrıca bkz. David Hopkins, "Knowing Just Enough to be Dangerous: The Sociological Effects of Censoring Public AI," *Cybersecurity Undergraduate Research Showcase*, 8 (2023): 1-8.

<sup>92</sup> Çalışmada “cinsel sohbet” lafzı ile esasen cinsel meseleler üzerine tartışmak ya da bilgilenmek amaçlı yapılan konuşmaları değil, bireyler arasında da gerçekleşebilen ve genellikle “sanal seks” veya “sexting” olarak anılan ve tarafların yazılı olarak cinsel davranışlarda bulduklarını ifade ettikleri, birbirlerine erotik fotoğraf, video ve ses kayıtları gönderdikleri süreci kastetmekteyiz. *Sexting* kavramına dair daha geniş bilgi için ayrıca bkz. Aksoy Retornaz, *Siber Taciz*, 17 vd.

<sup>93</sup> Jailbreak kavramı ve işleyişi hakkında daha geniş bilgi için bkz. <https://www.microsoft.com/en-us/security/blog/2024/06/04/ai-jailbreaks-what-they-are-and-how-they-can-be-mitigated/#:~:text=An%20AI%20jailbreak%20is%20a,user%2C%20or%20execute%20malicious%20instructions,> E.T: 06.06.2024.

çabucak keşfedilmektedir. Bir kez bu için sınırlamalar aşıldıktan sonra, yapay zekâ hiçbir ahlaki sınırlama olmaksızın, cinsel sohbet de dahil her türlü amaçla kullanılabilir hale gelmektedir. Bu itibarla, meselenin yalnızca bu programların kontrolüyle aşılamayacağı ifade edilmelidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki *bir yetişkinin dil işleme programı ile sözlü, yazılı veya görsel olarak cinsel sohbette bulunması* ceza hukukunun konusunu oluşturan bir husus değildir. Yetişkinler arasında rızaya dayalı olarak gerçekleştiğinde haksızlık teşkil etmeyen ve cezalandırılması söz konusu olamayacak bu fiilin, bir dil işleme programı ile yapılması halinde de, en azından bu programlar benlik bilinci kazanana değin, haksızlık teşkil etmeyeceği aşikardır. Buna karşılık, en azından dört meselenin ahlaki inceleme konusu olduğu ve cezalandırmaya layık birer haksızlık olup olmadığının tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

İlk olarak, bir yetişkinin, LLM'e *gerçek* bir yetişkin karakteri vererek sözlü, yazılı veya görsel olarak cinsel sohbette bulunması hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Bununla kastedilen, failin halihazırda tanıdığı bir kişinin bilebildiği bütün kişisel özelliklerini ona atayarak bir karakter yaratması ve onunla cinsel sohbette bulunmasıdır. Kanaatimizce böyle bir fiil, bir yetişkinin başka bir yetişkine ait içerikleri kullanarak *deepfake* ile özel içerik oluşturması ile haksızlık içeriği bakımından benzeşmektedir. Hemen aşağıda daha geniş olarak ele alınacağı üzere her iki fiil de kanaatimizce suç teşkil etmemelidir. Bununla birlikte bu kabul, başka bir meselenin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır: Karakterler, yalnızca onu yaratan kişi tarafından değil, *herkesçe* kullanılabilir. Bu anlamda, özellikle intikam pornografisi amacıyla, bireylerin önceden tanıdıkları kişilerin benzerlerini yaratıp onları *herkesin kullanımına sunmaları* mümkündür. Bu husus cezalandırmaya konu edilebilmeli midir? Bu konuya aşağıda yeniden değinilecektir.

*İkinci olarak bir yetişkinin, dil işleme programı ile gerçek olmayan bir çocuk karakteri vererek, sözlü, yazılı veya görsel olarak cinsel sohbette bulunması* hususu ele alınmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, dil işleme programlarına belli karakterler verilebilmekte veya daha önce başkaları tarafından hazırlanmış olan karakterler kullanılabilir. Bu davranışın suç olarak düzenlenmesi gerekip gerekmediği hususu kanaatimizce çözümü zor bir konudur.

Esasen konusu suç teşkil eden cinsel davranışlar hakkında fantezi kurulması ya da bunun bir başka bireyle birlikte *oyunması* bizatihi haksızlık ve suç teşkil eden bir davranış olarak mütalaa edilmemektedir. Aynı şekilde cinsel saldırı veya ensest içeren pornografik filmlerin üretimi, yayımı veya bulundurulması da bu davranışların suç teşkil ettiği ülkelerde dahi genellikle suç olarak düzenlenmemektedir<sup>94</sup>. Bazı örneklerde ise bu filmlerin üretimi, yayımı veya bulundurulması suç olmakla birlikte, ilgili hükümler pratikte uygulanmamaktadır<sup>95</sup>. Rol icabı da olsa cinsel saldırı içeren pornografik içeriklerin yasaklanmasına nispeten daha yaygın olarak rastlanmakla birlikte<sup>96,97</sup>, her ikisini de cezalandırmayan örnekler de mevcuttur<sup>98</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki bu açıklamalar *gerçek insanların* rol aldığı pornografik içerikler bakımından geçerlidir. Ortada gerçek bir insan bulunmadığında, kanaatimizce bu fiillerin cezalandırılması için daha da az neden bulunmaktadır.

<sup>94</sup> Bu hususta daha geniş bir okuma için bkz. Tanya Palmer, "Rape Pornography, Cultural Harm and Criminalisation", *Northern Ireland Legal Quarterly*, 69/1 (2018), 37-58.

<sup>95</sup> Örneğin İskoçya'da cinsel saldırı pornografisinin üretimi, yayımı ve bulundurulması 2010 yılında suç haline getirilmiş ise de bu suçtan dolayı yalnızca bir kişiye ceza verilmiştir. <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/commentary/halsburys-laws-of-england>, E.T: 07.06.2024.

<sup>96</sup> Bu hususta örneğin Polonya Ceza Kanunu m. 202; Birleşik Krallık Ceza Adaleti ve Göç Kanunu, m. 63.

<sup>97</sup> Söz gelimi Birleşik Krallık'ta 2015 yılına dek cinsel saldırı içeren pornografik içeriklerin bulundurulması suç olarak kabul edilmemekteydi. 2015 yılında Ceza Adaleti ve Mahkemeler Kanunu'nun 37. maddesinde yapılan değişiklik ile bu içeriklerin, gerçekçi olmaları koşuluyla cezalandırılması yoluna gidilmiştir.

Esasen bu koşul, uygulamada cinsel saldırının rol icabı olduğu belli olan filmlerin bulundurulmasının suç oluşturmayacak olması hasebiyle, hükmün uygulama alanının oldukça dar olacağı şeklinde yorumlanmaktadır. Bu hususta bkz. <https://sexandcensorship.org/2014/04/uk-censors-approve-unrealistic-rape-porn/>, E.T: 07.06.2024.

<sup>98</sup> Bu hususta örneğin Sırp Ceza Kanunu, m. 185.

Bununla birlikte çocuklar söz konusu olduğunda bu tutum değişmektedir. Çocuk pornografisi evrensel olarak suç teşkil etmekte olup, bu durum yalnızca çocukların cinsel rızaya ehil olmamasıyla da izah edilemez. Zira aşağıda bazı örnekleri verileceği üzere aktörlerin *çocuk rolü yaptığı* ya da *temsili çocuk görüntülerinin kullanıldığı* pornografik içerikler de yasaklanmış olup; üretilmesi, yayımı ve bulundurulması suç teşkil etmektedir. Bu açıklamalardan çocuk pornografisinin cinsel suçlar içinde özel bir yerinin olduğu anlaşılmaktadır.

Kanaatimizce içerisinde temsili çocuk görüntülerini barındıran pornografik içerik üretiminin haksızlık teşkil etmesine neden olan unsur ile “çocuk” yapay zekâyla cinsel içerikli sohbet yapmanın haksızlık teşkil etmesine neden olan unsur birbiriyle aynıdır. Zira her ikisinde de gerçek çocuklar zarar görmemekte ancak bu fiillerin işlenmesiyle gelecekte işlenebilecek cinsel istismar suçları için çocukların tehlikeye gireceği öngörülmektedir. Bu itibarla, bu davranışın prensip olarak suç teşkil etmesi ya da etmemesi gerektiği konusunda görüş belirtmek yerine, birinin suç olarak kabul edildiği sistemlerde, hukuki değerın kamilen korunmasını sağlamak açısından diğeriın de suç teşkil etmesi gerektiğini söylemekle yetineceğiz.

Üçüncü mesele, *bir yetişkinin, dil işleme programı ile gerçek bir çocuk karakteri vererek, sözlü, yazılı veya görsel olarak cinsel sohbette bulunmasıdır*. Esasen bu durum, yukarıda ele alınmış olan iki unsurun birleşimidir. Hem gerçek bir kişiye ait özellikler kullanılmakta hem de bir “çocukla” cinsel sohbette bulunmaktadır.

Nihayet, *bir çocuğun dil işleme programı kullanarak sözlü, yazılı veya görsel olarak cinsel sohbette bulunması* meselesi de tartışılmalıdır. Şüphesiz burada çocuğun değil, üçüncü kişilerin ceza sorumluluğu söz konusu edilmektedir. Çocuğun yapay zekâ ile cinsel sohbette bulunmasını sağlayan web sitesinin içerik sağlayıcısı, yapay zekâ programına *jailbreak* uygulayan kişi ve eğer varsa programı çocuğa takdim eden kişinin ceza sorumluluklarının ayrı ayrı değerlendirme konusu yapılması gerekir. Bu meselelere Türk hukuku bakımından aşağıda yer verilecek olmakla birlikte, bu noktada öncelikle bu fiilin, başkaları bakımından ceza hukuku sorumluluğuna yol açması gerekip gerekmediği konusu ele alınacaktır.

Öncelikle belirtilmelidir ki programa *jailbreak* uygulayan veya bu şekilde değiştirilmiş programlara erişilmesini sağlayan içerik sağlayıcıların, bu programları herkesin erişebileceği şekilde ve muhtelif amaçlarla kullanılacağı gözetilerek hareket ettikleri düşünüldüğünde, çocukların bu programları cinsel amaçla kullanmalarının onları bizatihi çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik veya benzeri suçların doğrudan veya dolaylı faili haline getireceğinin kabulü, ceza sorumluluğunu ölçüsüzce genişletecektir. Bu nedenle, bu hususta yapılacak olan yasal düzenlemenin, failin doğrudan kastla ve *cinsel amaçla* hareket ettiğinin aranmasını gerektirdiği kanaatindeyiz. Bu itibarla, sitesinde açıkça *“dil işleme programları ile cinsel sohbet yapın!”* şeklinde slogan bulunan bir içerik sağlayıcının ceza sorumluluğuna gidilebilecek iken, daha genel nitelikte ve her çeşit karakterler barındıran web sitelerinin içerik sağlayıcıları için aynı tespitte bulunulmamalıdır. Ayrıca, içerik sağlayıcıların, tıpkı pornografik sitelerdeki gibi, çocukların erişimine engel olacak makul tedbirleri almaları kanunla öngörülmeli ve buna uymayanlara yaptırım uygulanmalıdır. Buna karşılık, eğer bu tedbirler alınmış ise, çocukların bu tedbirleri aşarak siteye erişmeleri halinde, içerik sağlayıcının ceza sorumluluğuna gidilememelidir.

### C. Cinsel nitelikli tehdit (*sextortion*)

Yapay zekâ ile doğrudan ilişki içinde olmamakla birlikte, hem Direktif’te kendisine özel bir yer ayrılmış olması hem de çalışma konusu suçlarla yakından ilişkili olması nedeniyle cinsel nitelikli tehdit<sup>99</sup> (*sextortion*) fiillerine de kısaca değinmenin yararlı olduğu kanısındayız. Gerçekten de bu fiiller,

<sup>99</sup> Türk doktrininde bu kavramın *cinsel nitelikli şantaj* olarak da anıldığı müşahede edilmektedir. Yıldız, “*Flört Şiddeti*”, 115. Etimolojik açıdan şantaj (*extortion*) kelimesinin kullanılması gerçekten de daha doğru görünmekle birlikte, esasen hemen aşağıda açıklanacağı üzere bu fiiller teknik anlamda birer şantaj değil, tehdittir. Bu nedenle çalışmamızda “cinsel nitelikli tehdit” kavramını tercih etmekteyiz.

neredeyse bütünüyle bilgi ve iletişim teknolojilerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmışlardır. Mevcut veriler, failerin mağdurları hemen her zaman ya sosyal medya ya da mesajlaşma programları üzerinden bulunduğunu ve iletişim kurduğunu göstermektedir<sup>100</sup>. Bu platformlar ayrıca failin gizli kalabilmesini de sağlamakta, cinsel içeriklerin üretilmesini ve kolayca paylaşılmasını da mümkün kılmaktadır. Bütün bu özellikler, kanaatimizce bu suçun bir “yeni nesil cinsel suç” olarak anmak için yeterlidir.

Mağdurdan cinsel menfaat temin etmek için yapılan her türlü tehdit de bu isimle anılmakla birlikte<sup>101</sup>, bu çalışmada cinsel nitelikli tehdit ile kastedilen, elinde mağdura ait cinsel içeriklerin bulunduğu iddiası ile ondan tehdit ile menfaat temini veya onun belli davranışlarda bulunmaya zorlanmasıdır. Bu fiiller genellikle bir şekilde mağdurdan belli ses ve görüntü kayıtlarının alınması ve daha sonra bu kayıtların ifşa edileceği tehdidi ile para veya sair menfaat temin edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir<sup>102</sup>. Ayrıca, gerçekten böyle içerikler failin elinde mevcut olmasa bile, varmış gibi davranılarak mağdurun tehdit edilmesi yoluna da gidilebilmektedir<sup>103</sup>. Hatta, bu tehditlerin yüz binlerce kişiye toplu halde yapıldığı gözetildiğinde, cinsel nitelikli tehdidin bu biçiminin daha yaygın olduğu da söylenebilir<sup>104</sup>.

Çalışmada ele alınan diğer fiillerin aksine, bu suçun mağduru genellikle erkek bireylerdir<sup>105</sup>. Özellikle çocuklar bakımından, cinsel nitelikli tehdit fiillerinin “giderek büyüyen bir tehdit” olduğu ABD Adalet Bakanlığı raporlarında da ifade olunmaktadır<sup>106</sup>. Halihazırda ciddi bir sorun olan cinsel nitelikli tehdit fiillerinin giderek yaygınlaştığı da değerlendirilmektedir. *The Internet Watch Foundation* raporuna göre, yalnızca 2019-2020 yılları arasında, çocuklara zorla ürettirilen cinsel içeriklerin %77 arttığı tespit edilmiştir<sup>107</sup>. FBI’ın raporuna göre, yalnızca 2021-2023 yılları arasında çoğunluğu erkek çocuğu olan en az 12.600 mağdurun bu suça maruz kaldığı ve en az 20 tanesinin intihar ettiği anlaşılmaktadır<sup>108</sup>.

Failer çok çeşitli amaçlarla bu fiilleri işleyebilmektedirler. Sıklıkla yeni cinsel içerikler elde etmek amacıyla hareket edilebildiği gibi; failer maddi menfaat temin etmek, mağdur ile cinsel ilişkiye girmek ya da onu aşağılamak gibi farklı amaçlar da güdebilirler<sup>109</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, yetişkinlere nispetle zayıf bir iradeye sahip ve kandırılmaya açık olan çocuklar bakımından bu tür fiiller korkunç sonuçlara yol açabilmektedir. Bir örnekle izah etmek gerekirse ABD’de gerçekleşen bir olayda elinde 12 ve 16 yaşındaki çocuklara ait bu neviden görüntüler bulduran failin, onları bilahare kendi idrarlarını içmeye ve tuvaletleri yalamaya zorladığı,

<sup>100</sup> US Department of Justice, *National Strategy for Child Exploitation Prevention and Interdiction*, (2023), 99.

<sup>101</sup> Bu hususta kavramsallaştırma için bkz. Alessandra Carlton, "Sextortion: The Hybrid 'Cyber-Sex' Crime", *North Carolina Journal of Law & Technology*, 21/3, (2020), 177-215, 180 vd.

<sup>102</sup> Citron, "Sexual Privacy", 1915.

<sup>103</sup> Failin elinde gerçekten de mağdura ait cinsel içerikler bulunmadığı takdirde bu failin “cinsel nitelikli tehdit” olarak isimlendirilmesinin doğru olup olmadığına dair değerlendirmeler için bkz. Carlton, "Sextortion", 80-81.

<sup>104</sup> Bu yöntem kısaca şöyle açıklanabilir: Çok sayıda web sitesi, bilgisayar programı veya cep telefonu uygulaması, güvenlik açıkları nedeniyle veya bilerek kullanıcıların kullanıcı adı ve şifre bilgilerini sızdırabilmektedir. Bu bilgilere toplu halde erişen kişiler, elde ettikleri verilerin sahiplerine toplu mailler göndererek onların bilgisayarlarını ele geçirdiklerini ve bütün bilgilere ulaştıklarını iddia etmektedirler. İspat olarak da ellerinde bulunan şifreleri göstermektedirler. Failer daha sonra mağdurlara ait cinsel içerikleri de bu şekilde elde ettiklerini bildirip, eğer belli istekleri yerine getirilmezse bunları yayma tehdidinde bulunmakta ve bu yolla para, cinsel içerik veya sair menfaat temin etmektedirler. Gerçekten de kendilerine ait şifrenin mail içeriğinde yer aldığını gören kullanıcılar, eğer bu yöntemden haberdar değillerse, özel içeriklerinin de başkalarının eline geçtiğini düşünüp failin isteklerine boyun eğebilmektedir. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. <https://www.mass.gov/news/ags-office-alerts-public-to-sex-tortion-email-phishing-scam>, E.T: 03.06.2024.

<sup>105</sup> Bazı çalışmalarda aksi yönde bulgulara da rastlanmaktadır. Bu hususta bkz. Carlton, "Sextortion", 188. Buna karşılık, çalışmada değindiğimiz birincil kaynaklarda erkeklerin ve bilhassa erkek çocuklarının daha yaygın olarak hedef seçildiğini müşahade etmekteyiz. Bu durumun nedeni erkek çocukların genellikle failere cinsel içerik göndermeye en kolay ikna edilebilen grup olması olabilir.

<sup>106</sup> US Dept. of Justice, *National Strategy*, 97 vd.

<sup>107</sup> <https://annualreport2020.iwf.org.uk/trends/international/selfgenerated>, E.T: 03.06.2024.

<sup>108</sup> <https://www.fbi.gov/contact-us/field-offices/sacramento/news/sextortion-a-growing-threat-preying-upon-our-nations-teens>, E.T: 27.05.2024.

<sup>109</sup> US Dept. of Justice, *National Strategy*, 100-101.

mastürbasyon yaparken kendisini zorla izlettiği ve bilumum başka cinsel davranışlarda bulunmak için onlara şantaj yaptığı anlaşılmıştır<sup>110</sup>.

Bu fiilleri daha da tehlikeli kılan unsurlardan biri de failin, mağduru da kullanarak daha fazla suç işleme imkanına kolayca erişebilmesidir. Faillerin sıklıkla mağdurlardan kendi arkadaşlarının veya diğer aile bireylerinin de özel içeriklerini elde etmelerini ya da onlara cinsel davranışlarda bulunmalarını istediği, böylece onları da tehdit etme imkanına kavuştuğu ve zaman içinde giderek genişleyen bir ağa erişebildiği bilinmektedir<sup>111</sup>.

Bu noktada gözden kaçmaması gereken bir husus, gerçek çocuklara ait görüntülerin kullanılmasıyla üretilen pornografik materyallerin, aynı zamanda bu çocuklara cinsel istismarda bulunabilmek için tehdit amacıyla da kullanılabilir olmasıdır. Bilişsel gelişim düzeyleri itibarıyla ikna edilmeye ve tehdit karşısında sinmeye hazır olan çocuklar, sahte görüntülerin ailelerine, öğretmenlerine veya arkadaşlarına gönderileceği şeklindeki bir tehdit karşısında kolaylıkla failin isteklerini kabul etmek zorunda kalabilir. Özellikle de sosyal medyanın yaygınlaşması ve kullanım yaşının düşmesiyle birlikte, hem bu çocuklara hem de onların sahte görüntülerini oluşturma amacına matuf materyale ulaşmak oldukça kolaylaşmıştır<sup>112</sup>.

Nihayet, hem mağdurun rızasına aykırı olarak cinsel içeriklerin yayımlanması hem de cinsel nitelikli tehdit suçu ile yakından ilişkili olan *kimlik hırsızlığı (identity theft/Identitätsmissbrauch)*<sup>113</sup> meselesi üzerinde durmak gerekmektedir. Failler, cinsel nitelikli tehdit suçlarını işleyebilmek amacıyla, mağdurları başka birisi olduklarına inandırmak için, bir başkasının kimliğine bürünmekte ve halihazırda ellerinde bulunan cinsel içerikleri karşı tarafa göndererek onların güvenini kazanmaktadır. Böylece yeni kimlikler edinebilmek için gerekli malzemeyi de temin etmektedirler. Görüldüğü üzere burada fail cinsel nitelikli tehdit fiilini işleyebilmek için ayrıca cinsel içeriklerin mağdurun rızasına aykırı olarak yayımlanması fiilini de işlemektedir. Her iki fiille de mücadele etmek amacıyla, İsviçre ve ABD gibi bazı hukuk sistemlerinde yakın tarihte kimlik hırsızlığının ayrı bir suç olarak tanımlandığı müşahade edilmektedir. Bu düşünce doktrinde de destek bulmuştur<sup>114</sup>. Bu konudaki düzenlemelere aşağıda yeniden değinilecektir.

## II. Karşılaştırmalı Hukukta Yaşanan Gelişmeler

### A. Yeni nesil cinsel suçlara yönelik düzenlemeler

Birkaç yıllık bir süre içerisinde yeni nesil cinsel suçların hayatımıza girmesi ve derhal yaygın birer fenomen haline alması, çok sayıda devletin de bu konuda acil yasal düzenlemeler yapmasına sebebiyet vermiştir. Şüphesiz bu düzenlemelerin her birinin kendi tarihçesi, artıları, eksileri ve eleştirilen yönleri bulunmaktadır ve her biri kendi hukuk sistemi içerisinde gerçek anlamına kavuşmaktadır. Kanaatimizce salt karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerin irdelenmesi dahi monografi niteliğinde bir çalışma gerektirmekte olup, biz bu noktada yalnızca yeni ihdas edilen hükümlerden bir kısmını, yukarıda yapılan açıklamalarla bağlantılı ve Türkiye için yol gösterici olabilecek şekilde, kısaca aktarmakla yetineceğiz.

<sup>110</sup> Daha geniş bilgi için bkz. Citron, "Sexual Privacy", 1916 vd.

<sup>111</sup> US Dept. of Justice, *National Strategy*, 97-98.

<sup>112</sup> Belirtmek gerekir ki meselenin bu boyutu salt ceza hukuku araçlarıyla çözümlenebilir olmaktan uzaktır. Bu noktada gerek çocukların bu tür tehditler karşısında eğitilmesi gerekse çocukların sosyal medya kullanımı ve bu platformlar üzerinden paylaşabilecekleri materyalin kimler tarafından ve nasıl görüntülenebileceğinin düzenlenmesi çok önemlidir. Bir başka deyişle, bu husus, cezalandırmadan ziyade önleyici tedbirlerin ön planda olduğu bir konu olarak ele alınmalıdır. Bu bağlamda, failerin ceza sorumluluğunun tartışılması kadar, içerik sağlayıcıların ceza sorumluluğu üzerinde de önemle durulmalıdır.

<sup>113</sup> Türk hukukunda (belli durumlarda resmi evrakta sahtecilik ve özel evrakta sahtecilik suçları hariç) bir suç tipi ile karşılanmayan bu eylemi, ifadenin eylemi temsil ediciliğindeki üstünlüğü nedeniyle İngilizce literatürdeki adı ile kullanmayı tercih etmiş bulunuyoruz. Bununla birlikte, kanaatimizce teknik açıdan "hırsızlık" ibaresi bu bağlamda uygunsuz olup, Alman literatüründeki "kötüye kullanım (*missbrauch*)" ibaresinin daha doğru olduğu kanısındayız.

<sup>114</sup> Bu hususta örneğin Rebecca Delfino, "Pornographic Deepfakes: The Case for Federal Criminalization of Revenge Porn's Next Tragic Act", *Fordham Law Review*, 88/3 (2019), 887-938, 920.

Çalışmada ele alınan sorunların ilk kez yaygın bir şekilde tartışılmaya başlandığı ve bu konuda yasal düzenlemeler yapan devlet ABD olmuştur. Esasen yapay zekâya ilişkin atılımların genellikle ABD'den çıktığı ve yapay zekâdan yararlanan programların kullanıcılarının ekseriyetinin ABD'de mukim olduğu<sup>115</sup> gerçeği karşısında, bu durum şaşırtıcı değildir. Yakın geçmişte çok sayıda eyalette zaman içerisinde yeni yasal düzenlemeler yapıldığı müşahede edilmekte olup, birçok eyalette de yasama çalışmaları sürmektedir.

Bir kısmı yakın zamanda yürürlüğe giren düzenlemeler ile, mağdurun rızasına aykırı olarak cinsel içeriklerin yayımlanması neredeyse bütün eyaletlerde suç olarak kabul edilmiştir<sup>116</sup>. İntikam pornografisine ilişkin düzenlemelerin tarihçesi ise 2013 yılına kadar uzanmaktadır<sup>117</sup> ve birçok eyalette intikam pornografisi hakkında özel düzenlemeler bulunmaktadır. Kimlik hırsızlığı da 2024 yılı itibarıyla 14 eyalette ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir<sup>118</sup>.

Deepfake ile içerik üretimi konusunda da yasama çalışmaları sürmektedir. Halihazırda birçok eyalette yukarıda sayılan fiillerin önemli bir bölümü suç haline getirilmiş durumdadır. 2024 yılının başından itibaren, 14 farklı eyalette bu hususta yasa tasarıları oluşturularak yasama organlarına sunulmuş durumdadır<sup>119</sup>. Bununla birlikte eyaletler arasındaki farklılıklar ve bilhassa eyaletlerin harekete geçmekte gecikmesi nedeniyle federal bir düzenleme yapılması isteği de doktrinde uzunca bir süredir savunulmaktadır<sup>120</sup>. Esasen federal düzeyde *Deepfake Sorumluluk Yasası (Deepfakes Accountability Act)* bir yasa yapılması da denenmiş ise de, 2023 yılının eylül ayından bu yana bir ilerleme kaydedilememiştir<sup>121</sup>.

Her ne kadar eyaletlerin ihdas ettiği düzenlemeler arasında belli farklar bulunmakta ise de temelde aynı sorunların aynı şekilde çözümlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu eyaletlerdeki düzenlemelerden bir kısmı Türk doktrininde ve yabancı doktrinde geniş biçimde de irdelenmiştir<sup>122</sup>. Bu bağlamda, yeni tarihli olması hasebiyle, aynı ölçüde inceleme konusu yapılmamış olan birkaç örneğe çalışmamızda değinilmekle yetinilecektir.

Söz gelimi ABD'nin Maryland eyaletinde müstehcenlik suçunun tanımında yapılan bir değişiklik ile halihazırda kanunda yer alan "*gerçek ve belli bir çocuktan ayırlamayacak [ölçüde benzer]*" ifadesinin, "*gerçek ve belli bir çocukmuş gibi görünmesi için bilgisayar [programları] tarafından üretilen, uyarlanan veya değiştirilerek oluşturulan görüntüleri de kapsadığı*" yönünde hüküm ihdas edilmiştir<sup>123</sup>. Hemen aşağıda ele alınacağı üzere, Türk hukukundaki düzenleme ile önemli benzerlikler taşıyan eski hükmün, kanaatimizce de isabetli olarak, **deepfake ile üretilen görüntüleri kapsayacak nitelikte olmadığı** gözetilmiş ve değişiklik yapılması yoluna gidilmiştir.

<sup>115</sup> Ajder vd., *State of Deepfakes*, 2.

<sup>116</sup> Harris, "False Pornography", 120.

<sup>117</sup> Delfino, "Pornographic Deepfakes", 909.

<sup>118</sup> <https://www.ncsl.org/technology-and-communication/deceptive-audio-or-visual-media-deepfakes-2024-legislation>, E.T: 05.06.2024.

<sup>119</sup> Bu hususta daha geniş bilgi için bkz. <https://www.nbcnews.com/politics/states-turn-attention-regulating-ai-deepfakes-2024-rcna135122>, E.T: 05.06.2024.

<sup>120</sup> Bu bağlamda örneğin Harris, "False Pornography", 123 vd.; Delfino, "Pornographic Deepfakes", 918 vd.

<sup>121</sup> <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/house-bill/5586/text>, E.T: 05.06.2024.

<sup>122</sup> California, Texas, New York ve Florida eyaletlerine dair bir inceleme için bkz. Delfino, "Pornographic Deepfakes", 909 vd. Bununla birlikte bu çalışma, yayımlandığı tarihten itibaren yapılan bazı çok önemli değişiklikleri ihtiva etmediğinden, bunlara çalışmada yer verilmesi yoluna gidilmiştir. Ayrıca bkz. Aksoy Returnaz, *Siber Taciz*, 76 vd.

<sup>123</sup> İlgili hükmün, 1 ve sonradan eklenen 2. fıkrası şu şekildedir:

1. *In this section, "indistinguishable from an actual and identifiable child" means an ordinary person would conclude that the image is of an actual and identifiable minor.*

2. *"Indistinguishable from an actual and identifiable child" includes a computer-generated image that has been created, adapted, or modified to appear as an actual and identifiable child.*

Maryland Ceza Kanunu, 11-208. <https://casetext.com/statute/code-of-maryland/article-criminal-law/title-11-indecency-and-obscenity/subtitle-2-obscene-matter/section-11-208-possession-of-visual-representation-of-child-under-16-engaged-in-certain-sexual-acts>, E.T: 24.05.2024.

Florida eyaletinde çocuk pornografisine ilişkin hükümde 2022 yılında yapılan değişiklik ile deepfake ile çocuk pornografisi üretilmesinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde suç olarak tanımlanması sağlanmıştır. 827.071 hükmüne eklenen b fıkrasının 2. bendi ile “*tanınabilir bir çocuğu cinsel bir davranışta bulunuyormuş gibi göstermek üzere, elektronik, mekanik veya diğer türden araçlarla, üretilmiş, değiştirilmiş veya üzerinde oynama yapılmış her türlü görselin*” çocuk pornografisi olduğu hükme bağlanmıştır<sup>124</sup>. Aynı hükümde *tanınabilir çocuk* ifadesinin de detaylı bir biçimde tanımlanması yoluna gidilmiştir<sup>125</sup>. Nihayet, “cinsel davranış”a ilişkin tanımlamaya “gerçek... **veya canlandırma (simulated)**” ifadesi eklenmiştir.

Birleşik Krallık'ta 2015 yılında Ceza Adaleti ve Mahkemeleri Kanunu'nun 33. maddesi ile (*Criminal Justice and Courts Act*) bir kişinin, rızası olmaksızın ve onda sıkıntıya sebebiyet vermek amacıyla (*intent to cause distress*), özel cinsel fotoğraf veya videolarının ifşa edilmesi suç olarak tanımlanmıştır. “Sıkıntı verme amacı”, fail ile mağdur arasında halihazırda bir ilişkinin bulunmasını ve failin mağdurda bir psikolojik harabiyete sebebiyet vermek üzere hareket etmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, maddi çıkar elde etme, failin ya da üçüncü kişilerin cinsel uyarımı gibi amaçlarla hareket edilmesinin bu suçun oluşumuna sebebiyet vermediği kabul edilmekte idi<sup>126</sup>. Hükümde böyle bir amaca yer verilmesinin ceza sorumluluğunu aşırı derecede daralttığı gerekçesiyle eleştirilen bu hüküm<sup>127</sup>, 2023 yılında Çevrimiçi Güvenlik Kanunu (*Online Safety Act*) ile ilga edilmiştir. Bunun yerine, aynı kanun ile 2003 Cinsel Suçlar Kanunu'nun (*Sexual Offences Act*) 66B maddesine yeni bir suç tipi eklenmiştir.

*Samimi fotoğraf veya video paylaşma veya paylaşmakla tehdit etme* başlıklı bu yeni düzenleme, çalışmamızın amaçları bakımından önem arz eden üç önemli yenilik getirmiştir. Bunlardan ilki, sıkıntı verme amacının bulunmadığı hallerde de failin cezalandırılması yoluna gidilmesi, artık yalnızca intikam pornografisinin değil, bütün özel görüntü ifşaatlarının (bir cinsel suç olarak) cezalandırılmaya başlanmasıdır. İntikam pornografisine yönelik düzenleme de korunmuş, “sıkıntı verme” amacı, “telaş, sıkıntı veya aşağılamaya neden olma” amacı olarak genişletilmiştir. Ayrıca 3. fıkrada bu suçun “cinsel duyguların tatmini” amacıyla da işlenebileceği kabul edilmiştir. Bu özel amaçların bulunması halinde daha ağır cezalara hükmedilebilecek ve failin olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğuna yönelik savunma yapması da güçleşecektir (m. 66B, f. 8-13).

İkinci husus, artık yalnızca gerçek görüntülerin değil, sahte görüntülerin ifşa edilmesinin de bu suçta vücut vermesidir. Hükümün yeni halinde “*mağduru samimi bir durumda... gösteren ya da **gösteriyormuş gibi görünen...***” ifadelerine yer verilmekle, yapay zekâ ile üretilen kayıtlar da bu suç tipinin kapsamına alınmış olmaktadır. Üçüncüsü ise ifşa edilmesi suç teşkil edecek görüntülerin niteliğinin eski düzenlemeye göre genişletilmiş olmasıdır. Yeni düzenlemede “*özel [ve] cinsel*” ifadesine yer verilmemiş, onun yerine “*samimi bir durumda...*” ifadesi kullanılmıştır.

Almanya'da, yukarıda ele alınan fiillerle etkin mücadele edilebilmesi için çok sayıda hüküm ihdas edilmiş veya bu hükümlerde değişiklikler yapılmıştır. 2018 yılında yürürlüğe giren Federal Veri Koruma Kanunu'nun (*Bundesdatenschutzgesetz*) 42. maddesinde kişisel verilerin, mağdura zarar vermek ya da haksız menfaat temin etmek amacıyla işlenmesinin (*verarbeiten*) cezalandırılacağı yönünde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme, özellikle deepfake içerik hazırlanması ve intikam pornosu şeklinde gerçekleşen veri paylaşımları bakımından önem arz etmektedir. Zira yukarıda da açıklandığı gibi, deepfake ile içerik oluşturulması, mağdura ait verilerin *işlenmesi* anlamına gelmektedir. Aynı şekilde

<sup>124</sup> Florida Ceza Kanunu 827.071.

<sup>125</sup> Tanımlanabilir çocuk (*identifiable minor*) ifadesine ilişkin hüküm şu şekildedir:

(e) “*Identifiable minor*” means a person:

1. *Who was a minor at the time the image was created, altered, adapted, or modified, or whose image as a minor was used in the creating, altering, adapting, or modifying of the image; and*
2. *Who is recognizable as an actual person by the person's face, likeness, or other distinguishing characteristic, such as a unique birthmark, or other recognizable feature.* (Florida Ceza Kanunu 827.071.)

<sup>126</sup> Phelan, “*Legal Responses*”, 25.

<sup>127</sup> Phelan, “*Legal Responses*”, 24-25.

Alman Ceza Kanunu'nun 2015 yılında yürürlüğe giren 201a maddesinin 3. fıkrasında, mağdura ait bir fotoğrafı onun saygınlığına ciddi biçimde zarar verecek şekilde ifşa eden kişinin cezalandırılacağı öngörülmektedir.

Avusturya Ceza Kanunu'na 2021 yılında eklenen 107c hükmü ile siber taciz fiilleri suç olarak tanımlanmış ve bu suç tanımı kapsamında gerek özgün gerekse deepfake ile üretilen özel içeriklerin paylaşılması da suç olarak düzenlenmiştir.

İlgili hükme göre bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılması suretiyle, çok sayıda kişi tarafından uzun süreyle erişilebilecek şekilde, kişinin özel hayat alanına ilişkin bir bilgi veya görselin (*bildaufnahme*) paylaşılması halinde failin cezalandırılması yoluna gidilecektir. İkinci fıkrada bu fiil nedeniyle mağdurun intihar etmesi ya da intihara kalkışması halinde faile daha ağır bir ceza verileceği de öngörülmektedir. Bu düzenlemenin hem deepfake ile üretilen pornografik içeriklerin hem de çıplaklık içeren görsellerin paylaşılmasını kapsadığı açıkça belirtilmektedir<sup>128</sup>.

İsviçre'de İsviçre Ceza Kanunu'nun 179. maddesine 2023 yılında eklenen hüküm, *kimlik hırsızlığı (Identitätsmissbrauch)* suçunu düzenlemektedir. İlgili hükme göre, bir başkasının kimliğini ona zarar vermek veya haksız menfaat temin etmek amacıyla kullanan kişilerin cezalandırılması yoluna gidilecektir. Bu suç tipi özellikle cinsel amaçlı tehdit suçları bakımından önem arz etmektedir.

İsrail'de 2014 yılında cinsel içeriklerin rızaya aykırı olarak paylaşılması cinsel taciz suçu kapsamında düzenlenmiştir. Benzer düzenlemeler 2016 yılında Belçika'da, 2019 yılında ise İtalya'da yapılmıştır<sup>129</sup>. Buna karşılık, tespit edebildiğimiz kadarıyla mezkûr devletlerde deep fake ile hazırlanan görüntüler için özel düzenlemelerin henüz yapılmadığı anlaşılmaktadır.

ABD ve Birleşik Krallık'ta çok detaylı düzenlemeler ihdas edilmesine karşın, Kıta Avrupası ve genel olarak AB hukukunda konuya ilişkin aynı düzeyde yasama çalışması olmadığı ve farklı hukuk sistemlerinde oldukça farklı uygulamaların olduğu görülmektedir. Bununla birlikte bu tablo, Avrupa Birliği'nin hemen aşağıda ele alınacak olan *Kadına Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddet ile Mücadeleye Yönelik Direktif*'i ile yakın zamanda değişecektir.

## B. 2022/066(COD) Sayılı direktif

Avrupa Birliği üye devletleri arasında, yukarıda ele alınan sosyal sorunları da kapsayacak şekilde, birçok sorunun çözümünün sağlanması ve bu hususta uygulama birliğinin oluşturulabilmesi amacıyla; halihazırda üzerinde uzlaşma sağlanmış, 14.05.2024 tarihinde nihai hali imzalanmış ve yakın gelecekte yürürlüğe girmesi beklenen<sup>130</sup> 2022/0066 (COD) sayılı *Kadına Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddet ile Mücadeleye Yönelik Direktif* hazırlanmıştır. Mezkûr Direktif, İstanbul Sözleşmesi başta olmak üzere, Avrupa ve dünya kamuoyunda özellikle kadınların ve çocukların korunmasına yönelik uluslararası metinler vücuda getirme politikasının bir sonucudur<sup>131</sup>. Esasen Direktif'te çok sayıda meseleye ilişkin hükümler bulunmakla birlikte, bu çalışma kapsamında yalnızca yeni nesil cinsel suçlara ilişkin düzenlemelere değinilecektir.

Parlamento'nun bu düzenlemelerin ihdas edilmesi gerekliliğine dair düşünceleri Direktif'in -genel gerekçe niteliğindeki- giriş bölümünün 17-20. paragraflarından takip edilebilmektedir. İlgili kısımda, bilgi ve iletişim teknolojilerinin (*information and communication technology-ICT*) için olarak bünyesinde yer aldığı siber şiddet suçlarının, özellikle kadın mağdurlar bakımından, ağır sonuçlara yol açtığı; bilhassa eğitim kurumlarındaki kadınları toplumun diğer kesimlerine kıyasla daha fazla ve daha

<sup>128</sup> Bundesministerium für Inneres, *Aktionsplan*, 15, 18.

<sup>129</sup> Bu düzenlemelere ilişkin daha geniş bilgi için bkz. Aksoy Retornaz, *Siber Taciz*, 58-63.

<sup>130</sup> Avrupa Parlamentosu'nun sitesinde 15.05.2024 tarihi itibarıyla Direktif'in durumu "yasama işlemleri tamamlanmış, resmi gazetede yayımlanmayı beklemektedir" olarak görünmektedir. [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2022/0066\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2022/0066(COD)&l=en), E.T: 15.05.2024.

<sup>131</sup> Direktif'e öngelen diğer metinler hakkında daha geniş değerlendirmeler için bkz. Aksoy Retornaz, *Siber Taciz*, 46 vd.



ağır etkilediği ifade edilmektedir. Bu durum, kadınların toplumsal hayata eşit bir biçimde katılımını engellemekte, özellikle de onları eğitim haklarından mahrum kılacak bir boyuta erişebilmektedir. Bu nedenlerle, siber şiddet suçları konusunda ortak bir tutum takınılmasının, suç tanımlarının ve uygulanacak yaptırımların [Birlik içerisinde] uyumlu hale getirilmesinin önemi vurgulanmıştır.

Bilgi ve iletişim teknolojileri ile cinsel içerikli görüntü, video ve ses kayıtlarının hızlı ve kolay bir biçimde yayılabilmesi ve bu durumun bu içeriklerin yayımlanmasına dair rızası bulunmayan mağdurlar için büyük bir zarara sebebiyet verdiği ifade edilmiştir.

Direktif'in ilgili konuyu düzenleyen "Rıza olmaksızın özel veya değiştirilmiş içerik paylaşımı" başlıklı 5. maddesi şu şekildedir:

1. Üye devletler, aşağıdaki fiillerin kasten işlenmesini suç olarak tanımlamayı ve cezalandırılabilir hale getirmek için gerekli tedbirleri alacaktır:

(a) Bilgi ve iletişim teknolojilerinden yararlanılmak suretiyle; cinselliğe özgü davranışların veya bir kişinin özel bölgelerinin yer aldığı, fotoğraf, video veya benzer materyalin, o kişinin rızası olmaksızın kamuya açık hale getirilmesi, bu fiilin mağdura büyük bir zarar vermesinin muhtemel olması koşuluyla;

(b) Bilgi ve iletişim teknolojilerinden yararlanılmak suretiyle; bir kişiyi cinselliğe özgü davranışlarda bulunuyormuş gibi gösteren bir fotoğraf, video veya benzer materyali üretmek, üzerinde oynama veya değişiklik yapmak ve bilahare kamuya açık hale getirmek, bu fiilin mağdura büyük bir zarar vermesinin muhtemel olması koşuluyla;

(c) Bir kişiyi bir davranışta bulunmaya ya da bulunmamaya zorlamak veya bir davranışa katlanmasını sağlamak için a ve b bentlerindeki fiilleri gerçekleştirmekle tehdit etmek.

İlgili maddenin ikinci fıkrasında ise bu 1. fıkranın (a) ve (b) bentlerinin, Avrupa Birliği Sözleşmesi m. 6'da belirtilen haklar, özgürlükler ve ilkelere<sup>132</sup> saygı gösterme yükümlülüğünü etkilemeyeceği; Birlik hukuku veya ulusal hukukta cari olan ifade ve bilgi özgürlüğü ile sanat ve bilim özgürlüğüyle ilgili temel prensiplere halel getirmeksizin uygulanacağı belirtilmiştir.

İlgili hükümler değerlendirildiğinde, suç olarak tanımlanması öngörülen fiiller bakımından ilgili materyalin kamuya açık ya da kamu tarafından erişilebilir olması şartının arandığı görülmektedir. Bu şartın ne anlama geldiği ise giriş bölümünün 18. paragrafında yer almaktadır. Buna göre, kamuya açık ya da kamu tarafından erişilebilir olmaktan anlaşılması gereken, materyalin, olayın koşulları ve materyalin [üretilep] paylaşımına açıldığı teknoloji [platformu] da dikkate alınarak, belirsiz sayıda kişiler tarafından görüntülenebilir olmasıdır. Bir başka deyişle, materyale bilfiil kaç kişi tarafından erişildiği değil, giriş bölümündeki ifadeyle "potansiyel erişilebilirliği" dikkate alınacaktır. Bu tanım, Türk ceza hukukundaki anlamı ile "aleniyet" kavramıyla benzeşmektedir<sup>133</sup>.

Çalışmanın asıl konusunu oluşturan yapay zekâ ile üretilen materyal bakımından ise Direktif'in 5. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde düzenlenmesi yükümlülüğü öngörülen suç tipi bakımından, giriş bölümünün 19. paragrafında bazı ek açıklamalara yer verilmiştir. Bu kısımda iki hususa dikkat çekilmektedir: Bunlardan ilki, mağdur suçun konusunu oluşturan materyalin üretilmesine ya da belli bir kişiye gönderilmesine rıza göstermiş olsa dahi, bu durumun materyalin kamuya açık hale getirilmesinin suç niteliğine halel getirmeyeceğidir. İkinci olarak ise suç konusu materyalin üretilmesinin, üzerinde oynama veya değişiklik yapılması fiilinin, yapay zekâ ile "deepfake" üretimini de kapsadığının açıkça ifade edilmesidir. "Deepfake" tabiri bu bağlamda, materyalde yer alan kişi, nesne, mekan, diğer varlık ya

<sup>132</sup> Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. maddesi, Avrupa Birliği'ni kuran temel değerleri, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na atıfta bulunmak suretiyle, düzenlemektedir. Bu kapsamda Avrupa Birliği'nin temel değer ve ilkeleri insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı olarak ifade edilebilir.

<sup>133</sup> Aleniyet kavramının anlamı hakkında daha geniş açıklama için bkz. Efe Can Karabulut, *Karşılaştırmalı Olarak Objektif Cezalandırılabilir Şartları ve Muhakeme Şartları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013) 49 vd. Ayrıca bkz. Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 66.

da olayların, bir cinsel aktiviteyi ifade edecek şekilde, gerçek [kişilere, nesnelere...] *oldukça benzer olması*<sup>134</sup> ve diğer insanlara gerçekçi ve özgünmüş gibi görünmesi anlamında kullanılmaktadır.

Gerek yukarıda zikredilen suçlara gerekse Direktif'te düzenlenen diğer suç tiplerine yönelik olarak, belli hususların, cezayı artıran nitelikli hal (ya da farklı hukuk sistemleri bakımından ağırlaştırıcı neden) olarak düzenlenmesi de bir yükümlülük olarak tahmil edilmiş ve bu minvalde 16 farklı nitelikli hale yer verilmiştir (m. 11). Bunların arasında mağdurun çocuk, eş ya da eski eş olması gibi mağdura yönelik özellikler olduğu gibi, failin daha önce aynı suçu işlemiş olması gibi faile dair ve silahla işlenmesi gibi fiile dair özellikler de yer almaktadır (m. 11, bent a, g, k).

Direktif'te yalnızca suç tiplerine yer verilmekle yetinilmeyerek, cezaların da uyumlandırılmasının sağlanması amacıyla, birtakım yükümlülüklerin tahmil edilmesi yoluna gidilmiştir. Bu kapsamda, Direktif'in 10. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, öncelikle taraf devletler bu fiillerin **etkin, orantılı** ve **caydırıcı** bir biçimde cezalandırılmasını temin edecektir (m. 10, f. 1). Direktif'in 5. maddesinde yer alan fiillere verilecek cezaların **üst sınırının** ise **en az 1 yıl hapis cezası** olarak belirlenmesi gerekmektedir (m. 10, f. 4). Bu noktada şu hususa dikkat çekilmelidir: Her ne kadar Birlik, cezanın üst sınırı bakımından cezanın yalnızca ağırlığına değil türüne de karar vermiş ise de bu durum mezkûr fiillerin muhakkak hapis cezasıyla cezalandırılmasını gerektirmemektedir. Hapis cezasına da yer vermek suretiyle birden fazla seçenek yaptırımın bu suçun karşılığı olarak öngörülmüş olması mümkündür.

Esasen çalışmanın doğrudan konusunu oluşturmamakla birlikte, AB'nin "siber taciz" fiillerinin de suç olarak düzenlenmesini bir yükümlülük olarak üye devletlere tahmil ettiği de ifade edilmelidir. Bu hususta birçok fiil zikredilmiş olmakla birlikte, çalışmanın konusu bakımından önem arz eden husus 7. maddenin c bendinde yer alan "*bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılması suretiyle, bir başkasına, bir kişinin cinsel organlarının fotoğrafını, videosunu veya benzer bir içeriğin, talep olmaksızın [ve bağlamı dışında] gönderilmesinin, bu fiilin mağdurda ciddi bir psikolojik zarara sebep olmasının muhtemel olması koşuluyla [cezalandırılması]*" hükmüdür.

Kanaatimizce, yalnızca bir kişinin cinsel bölgelerine ait video veya fotoğrafların talep olmaksızın (ve bağlam dışı) gönderilmesinin bizatihi cezalandırmayı gerektirmemesi, fiilin haksızlık içeriğinin azlığı karşısında, doğru bir yaklaşımdır. Buna karşılık, haksızlık içeriğinin tayininde dikkate alınması öngörülen koşulun, fiilin mağdurda ciddi psikolojik zarara yol açma olasılığı olarak kabul edilmesi isabetli olmamıştır. Türk ceza adaleti sistemi, cinsel suçların mağdur üzerindeki psikolojik etkilerinin tespitindeki güçlükleri ve bu neviden hükümlerin yarattığı sorun ve tartışmaları, halihazırda mülga TCK m. 102, f. 5 hükmü nedeniyle birinci elden tecrübe etmiş ve bunun doğru bir çözüm yolu olmadığını idrak etmiş durumdadır.

Nihayet belirtmelidir ki, Direktif'in 10. maddesinde bu suçun karşılığında uygulanacak yaptırım konusunda bir belirleme yoktur. Hatta aynı maddedeki diğer bütün fiiller bakımından bu yönde düzenlemeler yapılmış olmasına rağmen (m. 10, f. 4) bu fiilin dışarıda bırakılmış olması bundan özellikle sakınıldığını göstermektedir. Mezkûr fiilin yaygınlığı ve haksızlık içeriğinin nispeten az olması karşısında bu düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Nihayet belirtmek gerekir ki, bu tür Birlik tasarruflarında mutat olduğu üzere, yukarıda zikredilen yükümlülükler, taraf devletlerin yapacakları düzenlemeler bakımından asgari düzenlemeler niteliğindedir. Taraf devletler, Direktif'te öngörülmeyen benzer fiilleri de suç olarak tanımlayabilecekleri ve cezayı artıran nitelikli haller belirleyebilecekleri gibi, yukarıdaki asgari hadlere uymak koşuluyla bu suçların karşılığında daha ağır cezalar öngörmekte de serbesttirler.

<sup>134</sup> Orijinal metinde "...*appreciably resembles...*" ifadesine yer verilmiştir.

### III. Türk Hukukundaki Mevcut Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Yapay zekâdan yararlanan programların ortaya çıkardığı yeni riskler ve bu husustaki uluslararası standartlar değerlendirme konusu yapıldıktan sonra, Türk hukukundaki düzenlemelerin değerlendirilmesi ve mevcut düzenlemelere yönelik önerilerde bulunulması önem arz etmektedir. Bu maksatla, öncelikle birtakım temel açıklamalara yer verdikten sonra, yaygın birer sosyal sorun olarak karşımıza çıkan fiillerin Türk hukukunda suç olarak tanımlanıp tanımlanmadığı, eğer tanımlanmış ise hangi suçlara vücut verdiği ve bu düzenlemelerin mevcut sorunla mücadeleye elverişli olup olmadığı değerlendirme konusu yapılacaktır.

Bu bağlamda yukarıda ele alınan fiilleri ayrı ayrı değerlendirmeden önce, özellikle müstehcenlik suçuna ilişkin olarak bazı genel açıklamalarda bulunmak gerekmektedir. Zira Türk hukukunda, bireylerin cinsel davranışlarda bulunduğu ya da özel vücut bölgelerinin görüldüğü fotoğraf, video ve benzeri içeriklerin ve müstehcen yazıların üretimi ve yayılması ile ilgili suç tipleri, Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde *müstehcenlik* başlığı altında düzenlenmektedir<sup>135</sup>.

İlk olarak, "müstehcen" kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulması gerekir. Bu hususta gerek kanun gerekçesinde kimi açıklamalara yer verilmekte gerekse doktrinde farklı izahlara başvurulmaktadır. Bunları tekrarlayanın çalışmanın amaçları bakımından anlamlı olduğu kanısında değiliz<sup>136</sup>. Dolayısıyla yalnızca TCK m. 226 bağlamında zikredilen müstehcenliğin pornografi ile sınırlı olarak anlaşılması gerektiği yönündeki görüşe<sup>137,138</sup> iştirak ettiğimizi belirtmekle yetiniyoruz. Bu nedenle ilk olarak, pornografik nitelik taşımayan görüntü, ses ve sözlerin oluşturulmasının TCK m. 226 bağlamında suç teşkil edemeyeceği, buna karşılık şartları varsa başka suçları oluşturabileceği veya yeni suç tiplerinin ihdası yoluna gidilmesini gerektireceği kanaatindeyiz. Aynı nedenle, aşağıda yapacağımız ayrımlarda *özel ama pornografik olmayan* içerikleri ayrı bir kategori olarak değerlendirdik. Pornografik olmayan içeriklerin de müstehcen olabileceğinin kabulü halinde, aşağıdaki izahlara hanel gelmeyecek olmakla birlikte, bu takdirde her iki grup içeriğin de pornografik içerikler bakımından yapılan açıklamalara tabi olacağı düşünülmelidir.

Eğer üretilen materyal, **bir çocuğa** benzetilerek yapılmış ise, bu takdirde TCK m. 226, f. 3 hükmünün uygulanması gündeme gelebilecektir. İlgili hükme göre müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde *çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan...* kişiler cezalandırılacaktır.

Belirtmek gerekir ki deepfake ile belli bir çocuğu andıracak şekilde üretilen görüntüler, çocukların ya da çocuk gibi görünen kişilerin kullanılması olarak yorumlanamaz. Zira bu durumda ortada gerçek bir çocuğa ait görüntü söz konusu olmadığı gibi, çocuk gibi görünen bir kişi de mevcut değildir. Ayrıca doktrinde, TCK m. 226, f. 3 bağlamında "kullanma" fiilinin çocuğa yönelik cinsel davranışı gerektirdiği ve çocuğun çıplak pozlarının çekilmesinin dahi bu bağlamda kullanma olarak kabul edilemeyeceği de savunulmaktadır<sup>139</sup>. Bir an için çocuğu kullanmanın, ona cinsel davranışta bulunmayı gerektirmediği

<sup>135</sup> Müstehcenlik suçu hakkında detaylı açıklamalarda bulunmak bu çalışmanın konusunu oluşturmamakta olup, ilgili düzenlemelere yalnızca ele alınan hukuki meseleler ile bağlantılı olduğu ölçüde değinilmekle yetinilecektir. Müstehcenlik suçuna ilişkin geniş bilgi için bkz. Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009)

<sup>136</sup> Müstehcenlik kavramına yönelik tartışmalar için bkz. Tuğçe Işıkoğlu, *Müstehcenlik Suçu*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2021), 7 vd.; Özbek, *Müstehcenlik*, 45 vd.; Çakıroğlu, "*Çocuk Pornografisi*", 85; Neslihan Can, "Sosyal Medyada Paylaşılan Çocuklara Ait Görüntülerin Müstehcenlik Suçları (TCK m. 226/3 ve 226/5) Bağlamında Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 29/1, (2023), 276-313, 286 vd.

<sup>137</sup> Özbek, *Müstehcenlik*, 50. Yazarın da isabetle belirttiği üzere, gerek "müstehcenlik" gerekse madde gerekçesinde müstehcenliğin izahında kullanılan "ortak edep", "edep töresi", "iffet, ar ve haya duyguları" gibi kavramlar fevkalade göreceli olup, belirlilik ilkesi bağlamında hukuki sonuç çıkarmaya uygun değildirler.

<sup>138</sup> ABD'de de müstehcenlik (obscenity) suçunun, Yüksek Mahkeme içtihadında "*ciddi edebi, sanatsal, politik veya bilimsel ifadelere hanel getiremeyeceği*" ve bu bağlamda yalnızca pornografik içeriklerin müstehcenlik suçunu oluşturabileceği kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. Pascale, "*Deeply Dehumanizing*", 348.

<sup>139</sup> Özbek, *Müstehcenlik*, 126.

kabul edilse dahi, *bir çocuğun alalede fotoğraf ve videolarını kullanarak içerik oluşturmanın, çocuğu kullanmak olmadığı* bellidir.

Buna karşılık bu görüntülerin, en azından bazı ihtimallerde, “temsili çocuk görüntüleri” olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Bu görüntülerin temsili çocuk görüntüsü olarak kabulü halinde, TCK m. 226, f. 3 uyarınca bizatihi bu materyalin üretimi suç olarak kabul edilebilecektir.

Nihayet, müstehcen içerikli materyalin bilimsel eserlerle, içerisinde çocukların yer almadığı ve çocuklara ulaşmasının engellenmesi koşulu ile sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır (TCK m. 226, f. 7). Böyle bir istisnaya kanunda yer verilmesi isabetlidir ve Direktif’in 5. maddesinin 2. fıkrası ile genel olarak uyum içinde olduğu söylenebilir. Bununla birlikte “sanatsal ve edebi değeri olan eserler” ifadesinin muğlak olduğu ve bir eserin sanatsal veya edebi değeri olup olmadığına kim tarafından ve nasıl karar verileceği yönünde şüphelere sebebiyet vereceği de belirtilmelidir.

Bir sanat icra edilerek ortaya konulan eserlerin sanatsal ve edebi değerleri sübjektif olarak takdir edilir ve bu husustaki değerlendirmeler kişiden kişiye büyük farklılıklar arz eder. Bu bağlamda düzenlemenin bu şekilde eserin değerine yönelik olarak değil, Direktif’te olduğu üzere sanat ve bilim özgürlüğü çerçevesinde ihdas edilmesi daha yerinde olurdu<sup>140,141</sup>. Özellikle dil işleme programları ile cinsel sohbetlerin bu kapsamda mütalaa edilip edilemeyeceğinin gelecekte hem Türkiye’de hem de farklı hukuk sistemlerinde tartışmalara sebebiyet vereceğini öngörmekteyiz.

Yaptığımız inceleme sonucunda, günümüzde yapay zekâ ile ortaya çıkan veya yeni boyutlar kazanan cinsel nitelikli 12 farklı fiil tespit etmiş bulunuyoruz. Her ne kadar yapay zekâ ile doğrudan bağlantılı olmasa da, gerek Direktif’te yer alması gerekse konuyla çok yakından bağlantılı olması nedeniyle cinsel nitelikli tehditleri ve talep olmaksızın özel içerik gönderimi fiillerini de kısaca değerlendirme konusu yaparak, toplam 14 fiili ayrı ayrı ele almak suretiyle Türk hukukundaki konularını kısaca değerlendireceğiz.

*i) Bir yetişkin kişinin özel içeriklerinin rıza olmaksızın ifşası*, nispeten en kolay çözümlenecek meseleyi teşkil etmektedir. TCK m. 134, f. 2 hükmü uyarınca kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimselerin, özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan cezalandırılmaları yoluna gidilecektir<sup>142</sup>. Bilgi ve iletişim teknolojilerinden yararlanılması, bu bağlamda verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması olarak mütalaa edilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda ve Direktif ile de uyumlu olarak, TCK m. 137’de düzenlenen nitelikli haller arasına, cezayı artıracak şekilde; failin, mağduru aşağılamak, ona zarar vermek, onda korku veya sıkıntı uyandırmak amaçları ile hareket etmesi, mağdurun intiharına sebebiyet vermesi, mağdurun din, dil, ırk,

<sup>140</sup> Aynı yönde Özbek, *Müstehcenlik*, 25. Yazara göre müstehcenliğin suç olarak düzenlenmesi dahi bu özgürlüklerin alanını ölçsüz ve gereksiz biçimde daraltmakta olup, Avrupa’daki örneklerde olduğu üzere müstehcenlik yerine pornografi ile sınırlı bir tanımlamaya gidilmesi gerekirdi. Buna karşılık yazar daha sonra kendisi de “bilimsel ve sanatsal değeri bulunmayan... eserlerin [müstehcen olduğu]” tespitini yapmaktadır.

<sup>141</sup> Bu bağlamda örneğin *The Human Centipede* (2009) ve *Srpski Film* (2010) gibi filmlerin sanatsal değerinin şüpheli olduğu ve her ikisinin de açıkça şiddet pornografisi olduğu kanaatindeyiz. Aynı şekilde *Marquis de Sade’in La Philosophie Dans le Boudoir* (1795) başta olmak üzere bilumum eserlerinin de aynı nitelikte olduğu, hatta yazarı tarafından bizatihi ahlaki düzene başkaldırı amacıyla provokatif bir tarzda yazıldığı aşikardır. Buna karşılık bu durum, bu eserlerin üretiminin cezalandırılabilir olması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi’nin *İrfan Sancı Başvurusu*’nda isabetle belirttiği üzere “açıklanan ve yayılan bir düşüncenin içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından “değerli-değersiz” veya “yararlı-yararsız” biçiminde ayrıştırılmasının sübjektif unsurlar ihtiva edeceği için bu özgürlüğün keyfî biçimde sınırlandırılması tehlikesini [doğurabilecektir]... Bir eserin sanatsal veya edebî değerinin bulunup bulunmadığının değerlendirmesinde yargı yerlerinin tam bir serbestiye sahip olduğu kabul edilemez.” İrfan Sancı Başvurusu, 2014/20168, 26.10.2017.

Kanaatimizce müşahhas bir çalışmayı hak eden sanat özgürlüğü kapsamında müstehcenlik tartışmasına bu ölçüde değinmekle yetiniyoruz. Bu hususta daha kapsamlı bir okuma için ayrıca bkz. Faruk Turinay, “Müstehcenlik Suçunun Hukuka Aykırılık Unsuru Bakımından Edebi Eserler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4 (Aralık 2019), 77-138.; Özbek, *Müstehcenlik*, 75 vd.; Işıkoğlu, *Müstehcenlik Suçu*, 75 vd.

<sup>142</sup> Bu hususta çeşitli Yargıtay kararları için bkz. Yıldız, “*Flört Şiddeti*”, 117 vd.

politik görüş, cinsel yönelim gibi özellikleri nedeniyle bu suçu işlemesi gibi hallere de yer verilmesi uygun olur. Esasen daha doğru bir çözüm yolu, *Aksoy Retornaz*'ın da önerdiği üzere, bu fiilin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi olacaktır<sup>143</sup>.

ii) *Bir çocuğun özel içeriklerinin rıza olmaksızın ifşası* esasen bir özellik arz etmemekte ve TCK m. 134, f. 2'de tanımlı özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaktadır. Buna karşılık, çocuğun özel içeriklerinin ifşasının onu eğitim hakkından mahrum etmek ve psikolojisinde çok daha ağır bir yıkıma sebebiyet vermek zımında daha büyük zararlara sebebiyet verebileceği gözetilerek ve Direktif'in de bir gereği olarak, fiilin çocuğa karşı işlenmesinin de cezayı artıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Hemen belirtmek gerekir ki, Yargıtay müstehcenliğin geniş anlamını benimsediği için, bu suçları TCK m. 134, f. 2 değil, TCK m. 226, f. 5 kapsamında mütalaa etmekte ve cezalandırmaktadır<sup>144</sup>. Bu içtihadı katılmadığımız gibi, bu durumun hem müstehcenlik suçuna yönelik normun yetersizliğini hem de yeni bir ceza normuna duyulan ihtiyacı açıkça ortaya koyduğunu düşünürüz.

iii) *Bir yetişkinin özel içeriklerinin deepfake ile oluşturulması* konusu değerlendirilmeden önce belirtmek gerekir ki, kanaatimizce, deepfake kullanılması ve bu şekilde yapay içerik üretilmesi, bu içeriklerin muhtevası pornografik dahi olsa, ceza hukukunun konusunu oluşturmamalıdır. Bu fiiller yalnızca çocukların korunması ve bireylerin cinsel dokunulmazlığının, şeref ve saygınlığının korunması bağlamında ceza hukukunun konusunu oluşturabilirler. Bunun için de fiilin ancak diğer kişiler bakımından bir zarara yol açıyorsa cezalandırılması gerektiği kanaatindeyiz<sup>145</sup>.

Eğer gerçek bir bireye ait özgün içerikler kullanılarak yapay zekâ eğitilmiş ve o kişiye ait özel içerikler oluşturulmuş ise, kanaatimizce bu takdirde de failin ceza sorumluluğuna gidilmemelidir. Aksi yönde görüşler de bulunmakla birlikte<sup>146</sup>; kanaatimizce bu içeriklerin yalnızca üretilmesi, eğer içeriklerde temsili bulunan kişi de dahil hiç kimse tarafından haber alınmamış ve idrak edilmemiş ise, herhangi bir zarara yol açmaz<sup>147</sup> ve ceza hukukunun konusunu oluşturmazlar<sup>148</sup>. Nitekim, yukarıda ele alınarak

<sup>143</sup> Yazarın da isabetle belirttiği üzere, "kişisel veri" ve "özel yaşamın gizliliği" arasındaki ayrım belirsizdir. Aksoy Retornaz, *Siber Taciz*, 84. Ayrı bir düzenleme yapılmasıyla bu sorun ortadan kalkacağı gibi, gerek ceza belirlenirken gerekse nitelikli haller tayin edilirken TCK m. 134'ün kapsamına giren diğer fiillerin gözetilmesi mecburiyeti de kalmayacaktır.

<sup>144</sup> Çok sayıda karar örneği için bkz. Can, "*Sosyal Medyada*", 295.

<sup>145</sup> Aynı yönde Phelan, "*Legal Responses*", 28.

<sup>146</sup> Yalnızca bu içeriklerin üretilmesinin de cezalandırılabilir bir fiil olduğu yönünde bkz. McGlynn - Rackley, "*Image-Based*," 14. Yazarlara göre, bu fiilin cezalandırılabilir olması için mağdurun bu fiilden dolayı herhangi bir zarara uğraması gerekmez. Bu içeriklerin bizatihi üretilmesi ve/veya paylaşılması özel hayatın gizliliğinin ihlali olduğundan cezalandırmaya layık bir fiildir.

<sup>147</sup> Aynı yönde Harris, "*False Pornography*", 125.

<sup>148</sup> Bu hususta bkz. Carl Öhman, "Introducing the Pervert's Dilemma: A Contribution to the Critique of Deepfake Pornography", *Ethics and Information Technology*, 22 (2020), 133-140, 134 vd. Yazarın, meseleyi ahlaki açıdan değerlendirdiği çalışmasında ortaya koyduğu "*sapık ikilemi*" (pervert's dilemma) argümanı gerçekten ilginçtir. Yazar, kanaatimizce de isabetli olarak, üretenden başka hiç kimsenin bilmediği bir cinsel materyalin, hayal niteliğinde kalan bir cinsel fanteziden etik açıdan hiçbir farkının bulunmadığını ve bu itibarla birinin ahlaken kabul edilebilir bulunurken diğerinin bulunmamasının bir çelişki olduğunu ifade etmektedir. Belirtmek gerekir ki yazar bu ikilemin çözümü için bir cevap da sunmaktadır. Özetle ifade etmek gerekirse, eylemlerin ahlaki değeri, kimi zaman onların bir araya gelerek oluşturdukları bağlama göre değişkenlik gösterebilir. Bir eylem tekil olarak ahlaken nötr (veya iyi) iken, toplu bir bağlam içinde ahlaken kötü olabilir. Deepfake ile içerik üretimi tek başına ahlaken kabul edilebilir bir eylem olsa da, deepfake üretimi genel olarak eril bir eylemdir ve kadınları aşağılamaya yöneliktir. Bu bağlamın bir parçası olan her eylem de dolayısıyla ahlaken kötü olarak kabul edilebilir. Öhman, "*Pervert's Dilemma*", 137 vd. Yazar, bu gerekçeyle meseleye hangi sosyal ve kültürel soyutlama düzeyi ile (*level of abstraction-LoA*) bakıldığına göre varılacak sonucun değişeceğini kabul etmekte ve bunlardan hangisinin hangi durumda uygulanması gerektiği konusunda ise yorum yapmamaktadır.

Kanaatimizce müeyyidenin mahiyeti ağırlaştıkça, kullanılacak bağlamın da daralması gerekir. Bir başka deyişle, informal toplumsal kınama bu tür bir değerlendirmenin sonucu olarak ortaya çıkabilecek iken, ceza hukuku sorumluluğunun tayininde olayın tekil özelliklerinin ön plana çıktığı dar bir bağlamda değerlendirme yapılmalıdır. Fiilin mağduru aşağılayıcı yönü, o müşahhas fiilde ortaya çıkmadıkça, cezalandırmanın konusunu da oluşturamamalıdır. Bunun olması da materyalin üretimini değil, yayılmasını, en azından mağdura bu durumun bildirilmesini gerektirmektedir.

Ayrıca, deepfake -ve genel olarak pornografik içerik üretiminin- kadınları aşağılamaya ve seks objesi haline getirmeye yönelik bir eylem olduğu ileri sürülmeğe de, özellikle yakın tarihte ortaya çıkan yeni akımlar tam aksine pornografiyi kadınları güçlendirme ve onların üzerindeki damgalamayı kaldırma aracı olarak da mütalaa etmektedir. Bu hususta bkz. Rini - Cohen,

tartışılmış olan zararlar, esasen bu içeriklerin üretilmesi nedeniyle değil, mağdur tarafından *bilinmesi* veya içeriğin *kamunun erişimine açılması* nedeniyle ortaya çıkmaktadır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda bu fiil suç olarak düzenlenmediği gibi, AB Direktifi'nde de suç olarak düzenlenmesi öngörülmemektedir. Bununla birlikte Türk doktrininde bu fiilin de suç olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde önerilere rastlanabilmektedir<sup>149</sup>. Kanaatimizce bu değerlendirme isabetli olmamakla birlikte, eğer bu yola gidilecek ise, en azından bu içeriklere başkaları tarafından vakıf olunması bir **objektif cezalandırılabilme şartı** olarak suçun tanımında yer almalıdır.

iv) *Bir yetişkinin deepfake ile oluşturulan özel içeriklerinin paylaşılması*, kanaatimizce Türk hukukunda tanımlı olan suç tiplerinin hiçbirinin kapsamına girmemektedir. Her ne kadar kaynak materyal olarak belli bir kişiye ait gerçek içerikler kullanılıyor ise de, ortaya çıkan sonuç içeriği **o kişiye ait ve tamamen ya da kısmen özgün olan bir içerik değildir**. Bu itibarla bu suç, TCK m. 134'te yer alan özel hayatın gizliliğini ihlal veya TCK m. 136'da tanımlı kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme suçunu oluşturmayacaktır<sup>150</sup>. İçeriklerdeki kişi yetişkin olduğundan, bu suç, çocuğa izletilmesi haricinde, müstehcenlik suçunu da oluşturmayacaktır. Her ne kadar birtakım hukuk sistemlerinde bu fiiller hakaret veya iftira suçu kapsamında mütalaa edilebilmekte ise de Türk hukukundaki suç tanımlarının benzer bir değerlendirmeye uygun olmadığı aşıkardır<sup>151</sup>.

Yukarıda detaylı olarak izah edildiği üzere, bu fiilin giderek ciddi bir sosyal soruna dönüştüğü ve mağdurlar bakımından büyük zararlara neden olduğu gözetildiğinde, bu fiilin ayrı bir suç olarak tanımlanması gerektiği kanaatindeyiz.

v) *Hiçbir gerçek çocuk kullanılmaksızın, deepfake ile özel (ama pornografik olmayan) çocuk içeriği oluşturulması* halinde ortada gerçek bir kişiye ait herhangi bir içerik bulunmadığından, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçların hiçbirinin gündeme gelebilmesi mümkün değildir. Bu takdirde müstehcenlik suçunun nasıl yorumlandığına göre farklı sonuçlara ulaşılabilmesi mümkündür.

"Deep Harms", 146. Dolayısıyla yazarın (esasen yanlış olmayan) varsayımının ilk bakışta görüldüğü kadar tartışmasız olmadığı ve yakın gelecekte pornografinin sosyal anlamının daha da değişeceği kanısındayız.

<sup>149</sup> Babayiğit, "Öneriler", 691. Aksoy Retornaz da ihdas edilmesini önerdiği yeni suç tipinde üretme fiiline seçimlik olarak yer vermektedir. Aksoy Retornaz, *Siber Taciz*, 115-116. Yazarlar bu fiilin *neden* suç haline getirilmesi gerektiği konusunda bir tartışma yapmamakta, yalnızca bunun "bu tür görüntülerle etkin bir mücadele yöntemi olduğunu" belirtmektedirler. Bu düşüncenin itiraz edilecek bir yanı olmamakla birlikte; bir fiili cezalandırmak için yegâne argümanın o fiille etkin mücadele olamayacağını, zira bu yaklaşımın ceza hukukunun son çare ilkesiyle açıkça çeliştiğini belirtmek gerekir. Ayrıca, haksızlığın ve ona binaen kusurun varlığı ortaya konulmaksızın cezalandırma yoluna gidilmesi kusur ilkesine de aykırıdır. Biz bu itibarla yukarıda da belirttiğimiz gibi bu fiilin ceza hukukunun konusunu oluşturamayacağı kanısındayız.

<sup>150</sup> Aynı yönde Babayiğit, "Öneriler", 670. Aksi yönde Yıldız, "Flört Şiddeti", 124. Yazara göre bu durumda kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme suçu işlenmiş olacaktır. Kanaatimizce yazar, kişisel verilerin yalnızca programın eğitim verisi olarak kullanıldığını; oluşturulan ve paylaşılan içeriğin kişisel veri ihtiva etmediğini gözden kaçırmaktadır.

<sup>151</sup> Aksi yönde Babayiğit, "Öneriler", 671; Yıldız, "Flört Şiddeti", 123. Babayiğit, bu suçun neden somut bir olgu veya fiil isnadı içerdiği konusunda bir değerlendirme yapmamıştır. Yıldız'a göre ise göre bir kimsenin "cinsel içerikli görüntülere 3. kişilerde gerçek algısı yaratacak şekilde bir kişinin fotoğrafının ve ses kaydının montajlanması ve bu görüntülerin... bu kişiye karşı kişinin şeref ve haysiyetine saldırı teşkil eden "cinsel içerikli görüntüde yer aldığı" somut fiili ve olgusu isnat etme..." niteliğindedir. Kanaatimizce salt montaj veya deepfake ile içerik oluşturma fiili, başkaca iddialarla da desteklenmemiş ise, tek başına somut olgu veya fiil isnadı olarak kabul edilemeyeceği gibi, sövme de değildir. Yazarların atıfta bulunduğu yabancı eserlerin kaleme alındığı hukuk sistemlerinde hakaret ve iftira suçlarının unsurlarının farklı olduğu akıld tutulmalıdır.

Bir an için aksi görüş doğru kabul edilse dahi, dikkat edilirse hakaret suçunun oluşması için birçok unsurun bir araya gelmesi gerekir: İlk olarak, failin bu görüntüleri üretmesi değil, **başka kişilerle paylaşması** da gerekmektedir. Zira "isnat" unsuru, içeriğin başkalarının idrakine sunulmasını gerektirir (ve bu husus içerikteki kişiler olduğunda önemli bir sorundur). İkinci olarak bu görüntülerin **gerçek olduğu izlenimi uyandıracak şekilde hazırlanması** ve **gerçek olduğunun iddia edilmesi** gerekmektedir ki intikam pornosu alt kültüründe genellikle bunun tersi yapılmaktadır. Nitekim *Pascale* de benzer bir eleştiri yaparak, meseleyi hakaret suçuyla çözmeye çalışmanın faillere -bu içeriklerin "parodi" olduğunu belirtmekle yetinebilecekleri- çok kolay bir kaçış yolu sunduğunun altını çizmektedir. Pascale, "Deeply Dehumanizing", 347. Ayrıca, bu içeriği paylaşan kişi, eğer içeriği bizzat ürettiği de ispatlanamazsa "gerçek olduğu zannıyla hareket ettiğini" belirterek de sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu hususta bkz. Olson, "Double-Side of Deepfakes", 874, dn. 54.

Dolayısıyla, bir an için hakaret suçunun oluşacağı kabul edildiğinde dahi, toplumun yüzleşmekte olduğu sosyal sorunun çözümü bakımından bu düzenlemenin, özellikle cinsel nitelikli paylaşımlar için, son derece yetersiz kaldığı ifade edilmelidir.

Kanaatimizce pornografik olmayan içerikler müstehcenlik suçu kapsamında mütalaa edilemeyeceğinden, bu fiil de hukukumuzda suç olarak tanımlanmamaktadır.

Yukarıda da tartışıldığı üzere, kanaatimizce gerçek bir çocuğun kullanılmadığı görüntüler dahi; pedofiliyi ve dolaylı olarak çocuk pornografisini normalleştirilmesi, bu içeriklere maruz kalan kişilerin psikolojisinde zararlı etkilere neden olması<sup>152</sup> ve bu içeriklere maruz kalan kişilerin gerçek çocuklara istismarda bulunmak ya da gerçek çocukların bulunduğu içeriklere erişmeye çalışmak için bir ilk adım oluşturma riski nedeniyle suç olarak tanımlanması gereken bir haksızlık teşkil etmektedir<sup>153</sup>.

*vi) Hiçbir gerçek çocuk kullanılmaksızın deepfake ile çocuk pornografisi oluşturulması* halinde bu fiilin temsili çocuk görüntüleri kullanılarak müstehcenlik suçunu oluşturacağı kanaatindeyiz (TCK m. 226, f. 3). Buna karşılık, gelecekte yalnızca yazıyla (text-to-image/video) çocuk pornografisi oluşturulabileceği gözetildiğinde, bu fiilin “çocuk **görüntüleri** kullanma” olarak mütalaa edilip edilemeyeceği bakımından sorunlar doğabileceğini öngörmekteyiz. Kanaatimizce yazıyla komut verilerek oluşturulan çocuk pornografisi de son tahlilde bu kapsamda mütalaa edilebilir ise de maddenin yazımı her halükârda güncel sorunları çözmeye elverişli olmadığından, yeni bir hüküm ihdas edilmesine taraftarız.

*vii) Gerçek bir çocuğa ait içerikler kullanılarak çocuk pornografisi oluşturulması* halinde bu fiilin TCK m. 226, f. 3'te tanımlı suçu oluşturup oluşturmayacağı kanaatimizce şüphelidir. Fail, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde **çocukları** değil *onlara ait görüntüleri* kullanmaktadır. Aynı şekilde failin **temsili çocuk görüntüleri** kullandığını da ileri sürmek güçtür zira fail *gerçek çocukların görüntülerini* kullanmaktadır. Kanaatimizce mezkûr hükmü deepfake ile gerçek bir çocuğa ait içerikler kullanılarak çocuk pornografisi oluşturulmasını kapsayacak şekilde değerlendirmek, kıyas yasağına aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle mevcut hükmün mezkûr fiili cezalandırmak için elverişli olmadığı kanaatindeyiz<sup>154</sup>.

Gerçek bir çocuğun ses ve görüntüsü ile çocuk pornografisi içerikleri oluşturulmasının ne denli ağır bir haksızlık teşkil ettiği düşünüldüğünde, meselenin ne denli vahim olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Her ne kadar çocuk pornografisi içeriğinin oluşturulması esnasında çocuk zarar görmemiş olsa da bu içeriğin ortaya çıkması ve yayılması ile birlikte etkileri çocuğun hayatı boyunca devam edecek olan zararlar ortaya çıkacaktır<sup>155</sup>.

*viii) Gerçek bir çocuğa ait içerikler kullanılarak deepfake ile özel (ama pornografik olmayan) içerik oluşturulması* durumunda, yukarıda yapılan açıklamaları tekrarlamaksızın, bu fiilin halihazırda suç oluşturmadığı ve bunun çok önemli bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz.

*ix) Bir kişiden rızası ile veya rızası olmaksızın alınan özel içeriklerin yayılacağı tehdidi ile ondan para ya da menfaat temin edilmesi veya salt aşağılama amacıyla belli davranışlarda bulunmaya zorlanması*

<sup>152</sup> Seda Çağlar - Sevim Savaşer, "İnternet ve Çocuk Pornografisi," *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, 7/1 (2010): 1002-1008, 1006 vd.

<sup>153</sup> Bu düşünceyi savunmakla birlikte, bir kez daha altını çizmek isteriz ki bu mesele bilimsel temelde yeterince tartışılmış değildir. Özellikle yapay içeriklerin etkilerinin kontrollü bir biçimde gözlemlenmesi ve buradan çıkarılacak sonuçlara göre suç siyasetinin tayin edilmesi gerekir.

<sup>154</sup> *Babayiğit*, bir çocuğun yüzü, müstehcen bir içerikle birleştirildiğinde TCK m. 226, f. 3'te tanımlı suçun oluşacağını belirtmekle yetinmektedir. Babayiğit, "Öneriler", 669-670. Bununla birlikte bu görüşün birtakım sorunları bulunmaktadır: İlk olarak yazar, bu fiilin çocukları mı, temsili çocuk görüntülerini mi yoksa çocuk gibi görünen kişileri mi kullanmak olduğu konusunda herhangi bir belirleme yapmamıştır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bu fiil esasen hiçbirine uymamaktadır. İkinci olarak, bir çocuğun fotoğrafının kullanılması ile çocuğun kullanılması aynı şey değildir. Bizim de iştirak ettiğimiz görüş, fotoğrafın kullanılmasını TCK m. 226, f. 3 kapsamında mütalaa etmemektedir. Üçüncü olarak bu görüş, bir çocuğun çıplaklık içeren veya bir şekilde erotik çağrışımları bulunan içeriklerini kapsam dışında bırakmaktadır. Söz gelimi, deepfake ile beş yaşındaki bir çocuğun muz yediği ya da dondurma yaladığı ve açıkça erotik bir ima içeren fotoğraflarının oluşturulması halinde, TCK m. 226, f.3 kapsamında failin ceza sorumluluğuna gidilmesi mümkün görünmemektedir.

Belirtmek gerekir ki, tıpkı yukarıda hakaret suçu bakımından yapılan değerlendirmelerde olduğu üzere, mevcut hükümlerden yararlanmaya çalışmak hem birçok haksızlığı cezalandırma alanı dışında bırakmakta hem de belirlilik ilkesi bakımından sorunlara yol açmaktadır.

<sup>155</sup> Steinberg, "Changing Faces", 912.

şeklindeki fiillerin, kural olarak tehdit suçunu (TCK m. 106, f. 1) oluşturacağına şüphe bulunmamaktadır. Buna karşılık, bu tehdit ile mağdurun ne yapmaya zorlandığına göre çok sayıda başka suç tipinin de oluşması mümkündür. Karşı taraftan bu tehditle maddi menfaat temin edilmesi halinde yağma (TCK m. 148), intihara zorlanması halinde tehdidin ağırlığına göre kasten öldürme (TCK m. 84, f. 4), cinsel ilişkiye girilmesi halinde cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı (TCK m. 102-103) gibi çok sayıda suçtan söz edilmesi mümkündür. Bunun yanında, eğer fail mağdura başka suçlar işletiyorsa, bu suçlardan dolayı, özellikle mağdurun çocuk olduğu durumlarda, dolaylı fail olarak cezalandırılması gündeme gelecektir. Eğer fail elindeki içerikleri gerçekten de ifşa ederse bu takdirde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 134, f. 2) söz konusu olacaktır.

x) *Bir kişiye, talebi olmaksızın ve bağlamı dışında özel içerikler gönderilmesi* hukukumuzda cinsel taciz (TCK m. 105, f. 2, bent e) suçu kapsamında mütalaa edilmektedir. Kanaatimizce bu değerlendirme isabetli olup, bu hususta bir sorun görünmemektedir<sup>156</sup>. Esasen bu hususta AB Direktifi'nde bir düzenleme yükümlülüğü öngörülmesinin temel sebebi, Türk hukukunun aksine birçok hukuk sisteminde bu fiilin bizatihi suç teşkil etmiyor olmasıdır.

Doktrinde bir üçüncü kişiye cinsel organın gösterilmesi şeklindeki fiillerin cinsel taciz suçunu oluşturacağı, kanaatimizce de isabetli olarak, kabul edilmektedir<sup>157</sup>. Cinsel organ yerine cinsel organın fotoğraflarının veya videosunun gönderilmesi de bu anlamda kanunilik ilkesi bakımından sorun teşkil etmemektedir. Nitekim cinsel taciz fiillerinin posta veya elektronik haberleşme araçlarıyla işlenebileceği açıkça hüküm altına alınmıştır (TCK m. 105, f. 1, bent d). Dolayısıyla bu tür fiiller cinsel taciz suçunun posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle ve teşhir suretiyle işlenen nitelikli halini oluşturmaktadırlar (TCK m. 105, f. 1, bent d, e).

Bununla birlikte belirtilmelidir ki cinsel organın fotoğraf veya videosunun özel bir talep olmaksızın gönderilmesi her durumda bu suçun oluşması için yeterli görülmemeli, yargılama makamı tarafından olayın bağlamı değerlendirilmelidir. Taraflar arasında önceden hiçbir konuşma geçmemiş olsa dahi, özellikle cinsel partner arama ve fetiş temalı web sitelerinde bu fotoğraf veya videoların gönderimi bakımından olayın koşullarına göre karar verilmelidir<sup>158</sup>. Bu eylemin çocuklar arasında "rıza"ya dayalı olarak gerçekleşmesi halinde ne şekilde hareket edilmesi gerektiği hususunu çalışmamızın konusu dışında mütalaa etmekle birlikte, karşılaştırmalı hukukta genel eğilimin bu fiilleri cezalandırmama yönünde olduğu ifade edilebilir<sup>159</sup>.

xi) Dil işleme programlarına ilişkin ise ilk olarak, *bir yetişkinin, dil işleme programına gerçek bir yetişkin karakteri vererek sözlü, yazılı veya görsel olarak cinsel sohbette bulunması* hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce böyle bir fiil, bir yetişkinin başka bir yetişkine ait içerikleri kullanarak deepfake ile özel içerik oluşturması ile haksızlık içeriği bakımından benzeşmektedir. Yukarıda bu fiile yönelik olarak ortaya koyduğumuz gerekçelerle, bu fiilin cezalandırılmasını gerektiren bir neden olduğu kanaatinde değiliz. Buna karşılık sorun, gerçek bir yetişkinin özellikleri ile oluşturulan karakterin, kamuya açık bir şekilde herkesin cinsel amaçlı kullanımına sunulmasıdır.

Burada temel sorun, bir kişinin deepfake ile oluşturulan sesli ileti, fotoğraf veya videolarında kim olduğunun görece kolay bir biçimde tespit edilebilmesi mümkün iken, yazılı bir karakterin oluşturulmasında aynı tespitin yapılmasının mümkün olmamasıdır. Bir kişinin *kimliği* çok fazla farklı boyutu bulunan, kalıcı veya değişken özelliklerin bir araya gelmesiyle oluşmuş ve kişinin kendisi

<sup>156</sup> Daha geniş bilgi için ayrıca bkz. Yıldız, "Flört Şiddeti", 127 vd.

<sup>157</sup> Mahmut Koca - İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 383.

<sup>158</sup> Söz gelimi, profilinde bu tür görüntülerin kendisine gönderilmesini istemediğini belirten bir kişiye buna rağmen fotoğraf veya video gönderilmesi halinde, o sitede mutad olarak özel bölgelerin fotoğraf veya videoları talep olmaksızın gönderiliyor olsa dahi, bu fiilin cinsel taciz suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

<sup>159</sup> ABD Hukukunda meselenin ne şekilde ele alındığına dair bkz. US Dept. of Justice, *National Strategy*, 97 vd. Türk hukukuna yönelik bazı değerlendirmeler için bkz. Yıldız, "Flört Şiddeti", 127 vd. Konunun uluslararası dayanaklarına ve farklı uygulamalara dair Aksoy Retornaz, *Siber Taciz*, 53 vd.



tarafından bile tanımlanması çok güç bir yapıdır<sup>160</sup>. Bu bağlamda bir kişinin kimliğinin ne zaman yapay zekâya verilerek *o kişinin sanal karakterinin yaratıldığı* tespiti bile başlı başına çok sorunlu bir konudur. Hiç şüphesiz salt aynı ismin ve genel fiziksel özelliklerin kullanılmış olması, o kişinin sanal karakterinin yaratıldığını kabul için yeterli gelmeyecektir. Bu nedenle uygulamada bu fiilin suç olarak tanımlansa dahi çok özel durumlar hariç cezalandırılabilirdiği kanısında değiliz. Bu durum günümüzde büyük bir sorun gibi görünmese de özellikle cinsel amaçlı robotlar gelecekte gündelik hayatın bir parçası haline geldiğinde ve onlara da “kişilik” kazandırılabilirdiğinde önemli etik ve hukuki sorunlara gebe olacağı kanaatindeyiz.

*xii) Bir yetişkinin, dil işleme programı ile gerçek olmayan bir çocuk karakteri vererek, sözlü, yazılı veya görsel olarak cinsel sohbette bulunması* hususu da ele alınmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, dil işleme programlarına belli karakterler verilebilmekte veya daha önce başkaları tarafından hazırlanmış olan karakterler kullanılabilir. Bu davranışın suç teşkil etmesi gerekip gerekmediği bağlamında yukarıda genel açıklamalar kısmında gerekli izahlarda bulunmuş idik. Kanaatimizce temsili çocuk görüntüleriyle oluşturulan müstehcen içeriklerin üretiminin cezalandırıldığı bir hukuk sisteminde, bu fiilin de cezalandırılması gerekir. Bu bağlamda TCK m. 226, f. 3'ün hukuk sistemimizdeki yeri ve bu ceza normu ile korunan hukuki değer düşünüldüğünde, bu fiilin de cezalandırılması gerekecektir. Aynı tespit, *bu karakterin yaratılarak kamuya açık bir şekilde başkalarının kullanımına sunulması* için de geçerlidir<sup>161</sup>.

*xiii) Bir yetişkinin, dil işleme programıyla, ona gerçek bir çocuk karakteri vererek, sözlü, yazılı veya görsel olarak cinsel sohbette bulunması* hususu, yukarıda açıklanan gerekçelerle suç olarak tanımlanması gereken bir fiil olup, karakterin gerçek bir kişiye ait sanal bir karakter olup olmadığının tespiti tıpkı yetişkinlerde olduğu üzere oldukça güçtür. Bununla birlikte, çocuk karakteri gerçek bir kişiye ait olmasa da ortada cezalandırmaya layık bir fiil olduğu için, *karakterin gerçek bir kişiyi andırması veya ona benzemesi amacıyla tasarlanmasının* bir nitelikli hal olarak düzenlenmesinin önünde bir engel olmadığı kanısındayız.

Hemen belirtmek gerekir ki her üç durum da Türk hukukunda herhangi bir suç teşkil etmemektedir. Bu değerlendirmeler bütünüyle bu fiillerin toplumsal kınamayı gerektirip gerektirmediği ve suç olarak tanımlanmasının gerekip gerekmediğine yöneliktir.

*xiv) Bir çocuğun dil işleme programı kullanarak sözlü, yazılı veya görsel olarak cinsel sohbette bulunması* halinde bu durumun Türk hukukunda suç teşkil edip etmediği konusu tartışmaya konu olabilecek niteliktedir. Her ne kadar müstehcen içerikli yazıların çocuklara okutulması suç olarak kabul edilmiş ise de bu takdirde çocuklara önceden yazılmış bir yazının okutulması değil, bizzat çocuğun o yazıları yapay zekâ yardımı ile oluşturması söz konusudur. Bir başka deyişle, dil işleme programları, hususen cinsel içerikli sohbet etmek üzerine kurgulanmış olsalar dahi, müstehcen içerik değil; ancak **müstehcen içerik üretme aracı** olabilirler. Kanunilik ilkesi gereğince halihazırda bu fiillerin TCK m. 226, f. 1 hükmü uyarınca cezalandırılmasının mümkün olmadığı kanısındayız. Aynı şekilde, bu programların paralı üyeliklerinin satılmasının TCK m. 226, f. 1 uyarınca müstehcen içeriğin satışa arzı olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir.

Bu fiilin suç olarak düzenlenmesi yoluna gidilse dahi, salt çocukların erişebileceği ihtimali dolayısıyla içerik sağlayıcının her durumda sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün olmamalıdır. Tıpkı pornografik içerikli sitelerde olduğu üzere, eğer çocukların bu siteye erişememesi için gerekli tedbirler alınmış ve uyarılarda bulunulmuş ise içerik sağlayıcının ceza sorumluluğunun bulunmadığının kabulü gerekir. Bu

<sup>160</sup> Bu hususta daha geniş değerlendirmeler için bkz. Efe Can Karabulut, "Cinsel Suçların Hileyle İşlenmesi: Rıza Gösterilen Kişinin Kimliğine İlişkin Sorunlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26/1 (2024), 587-640, 597 vd.

<sup>161</sup> Bununla birlikte bu karakterle cinsel sohbet yapılabiliyor olması, bizzat karakteri paylaşan kişinin cezalandırılması için bir neden değildir. Zira özel olarak cinsel sohbet amaçlı yaratılmamış olan karakterler de yapay zekanın manipüle edilmesiyle bu amaçla kullanılabilir. Bu noktada karaktere verilen kişilik özellikleri ve karakterin amacı dikkate alınarak olay bazlı karar verilmesi gerekir.

bağlamda 5651 sayılı Kanun'da erişim sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler uyarınca bir sonuca varılmalıdır.

## Sonuç

Yapay zekâ, bilgi ve iletişim teknolojileri gibi alanlardaki atılımlar, büyük faydalar sağladıkları gibi, çalışma boyunca tartışıldığı üzere yeni haksızlıklara da vücut vermektedirler. Politika üreticilerin ve akademisyenlerin bu hususta elbirliği ile çalışarak, bu alandaki düzenlemelerin güncelliklerini korumaları elzemdir.

Kanaatimizce bu çalışmada ele alınan sorunların çözümü, teknolojik araçların yasaklanmasından ya da onlara ağır sınırlamalar getirilmesinden geçmemektedir. Bu yasaklar, özellikle de internet yasakları, genellikle kolay bir biçimde delinmekte ve tek etkileri kanunu alay konusu haline getirmek olmaktadır<sup>162</sup>. Kanaatimizce politika oluşturucular bakımından doğru tutum, bu araçların sosyal etkilerinin kontrol altında tutulmasını sağlayacak şekilde, ilgili alanda hukuki düzenlemeler yapmak suretiyle gözetim ve denetimini sağlamaktır.

Nitekim doktrinde de deepfake kullanımının tümüyle yasaklanması veya kullanımının suç haline getirilmesi yerine, kullanımına yönelik kurallar konulması ve denetlenmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>163</sup>. 2022 yılı itibarıyla ABD'de yalnızca 3 eyalette deepfake düzenlemelerinin bulunması doktrinde eleştiri konusu yapılmıştır<sup>164</sup>. Aynı eleştiri, CSE 2023 raporunda Kanada için de yapılmaktadır<sup>165</sup>. Kanaatimizce bu eleştiriler Türkiye bakımından da tekrarlanabilir.

Bu çalışmada, sorunu çözmek iddiasıyla değil, soruna işaret etmek iddiası ile tespitlerde bulunmayı tercih ettik. Bu nedenle, doktrindeki başka çalışmalarda örneklerine rastlanabileceği üzere, belli bir ya da birkaç suç tipinin nasıl kaleme alınması gerektiği yönünde değerlendirmelerde bulunmayacağız<sup>166</sup>. Zira bu mesele, bir hukukçunun tek başına çözümlenebileceği ya da politika oluşturucuların belli bir düzenleme ortaya koymakla tek seferde halledebileceği bir mesele değildir.

Her şeyden önce, yeni nesil cinsel suçların, birer siber suç niteliği taşıdığı akılda tutularak, bu alanda politikalar oluşturulmadan önce, hukukçuların, bilgi ve iletişim teknolojisi uzmanlarının ve politika oluşturucuların birlikte hareket etmesi gerekir<sup>167</sup>. Alanın büyük bir hızla değiştiği ve geliştiği akılda tutulmalıdır.

Hukukçuların, ne denli iyi niyetli çabalar gösterirlerse gösterebilirler, uzmanlıklarının bu alanda düzenleme yapmakta daima yetersiz ve eksik kaldığının farkında olunmalıdır. Yukarıda örnekleri görüldüğü üzere, bir aracın teknik işleyişini bilmeden, ondan zuhur edecek haksızlıkları doğru bir biçimde kapsayacak bir madde de yazılamamaktadır. Bu nedenle, daha önce önermiş olduğumuz geçici yaptırım (alt) komisyonlarının bir örneği olarak<sup>168</sup>, siber suçlara ilişkin bir komisyonun, en azından birkaç yıl süreyle görev yapması, olası tehditleri ve savunma mekanizmalarını tespit etmesi, politika oluşturuculara yol göstermesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu tespitleri yapmakla birlikte, yukarıdaki izahlar çerçevesinde sonuçlara ulaşılması ve önerilerde bulunulması da mümkündür:

<sup>162</sup> 2008 yılında *Youtube* isimli web sitesine erişim engeli getirilmesinin akabinde, dönemin başbakanının, kendisine bu hususun sorulması üzerine "*Ben (VPN ile) giriyorum, siz de girin!*" demesi, bu durumun çarpıcı bir örneğidir. <https://www.haberturk.com/polemik/haber/524368-ben-giriyorum-siz-de-girin-demisti>, E.T: 10.06.2024.

<sup>163</sup> Harris, "*False Pornography*", 127; Olson, "*Double-Side of Deepfakes*", 878.

<sup>164</sup> Olson, "*Double-Side of Deepfakes*", 878.

<sup>165</sup> Communications Security Establishment, *Cyber Threats*, 19.

<sup>166</sup> Bu bağlamda kıymetli bir örnek için bkz. Aksoy Retornaz, *Siber Taciz*, 81.

<sup>167</sup> Aynı yönde Brundage vd., *Forecasting*, 51.

<sup>168</sup> Bu hususta bkz. Efe Can Karabulut, *Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 447 vd.

Çalışmada da ortaya konulduğu üzere, Türk hukukunda halihazırda yeni nesil cinsel suçların büyük bölümü yalnızca müstehcenlik suçu ile karşılanabilecek durumdadır. Bu düzenlemenin güncel gelişmeler karşısında fevkalade yetersiz olduğu kanısındayız. Bilhassa çıplaklığın tek başına müstehcenlik olarak kabul edilmediği dikkate alındığında<sup>169</sup>, deepfake ile üretilen çıplak fotoğrafların, temsili çocuk görüntüleri içermeleri veya eğitim verilerinde gerçek çocuk görüntüleri olan bir yapay zekâ ile üretilmeleri durumunda dahi, cezalandırılmamaları sorunu ortaya çıkacaktır. Ayrıca, deepfake ile üretilen her içeriğin, hatta pornografik olanların dahi, istisna hükmü dolayısıyla müstehcenlik suçunu oluşturup oluşturmayacağı belirsizdir<sup>170</sup>. Dolayısıyla hem içeriğin üretim tarzı bakımından (yapay zekânın kullanılması) hem de içeriğin belirlilik ilkesine uygun bir şekilde belirlenmesi bakımından, yeni bir suç tipi ihdas edilmesi ya da müstehcenlik suçunun yeniden kurgulanması daha yerinde olacaktır.

Deepfake teknolojisi ile bir kişinin yüzünün başka bir kişinin vücuduna eklenebileceği ve hatta teknik olarak hiç kimseye ait olmayan vücutların yaratılabileceği gözetilerek, yasal düzenlemenin bu fiilleri kapsayacak şekilde ihdas edilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, yalnızca failin yüzünün, vücudunun, özel bölgelerinin veya sesinin değil; bunları andıracak şekilde özel olarak hazırlanmış içeriklerin de bu kapsamda değerlendirilmesini sağlanmalıdır<sup>171</sup>. Bunun nasıl gerçekleştirilebileceğine dair bazı örnekler yukarıda zikredilmiş durumdadır.

Unutulmamalıdır ki, en azından mevcut teknoloji ile, derin öğrenme metodunu kullanan yapay zekâ programlarının yapay ve inandırıcı görüntüler oluşturabilmesi için çok miktarda eğitim datasına ihtiyacı vardır<sup>172</sup>. Bu nedenle, bu sorun ile mücadelenin önemli bir boyutunu da bireylerin özel ve kişisel verilerinin korunması oluşturmaktadır. Doğrudan bir ceza hukuku çalışmasının konusunu oluşturmamakla birlikte, alanında uzman araştırmacıların internette kişisel verilerin korunmasını hususunu bu tehditleri de göz önünde bulundurarak değerlendirmeleri yararlı olacaktır.

Ceza hukuku araçları ile ne kadar önlenmeye çalışılırsa çalışılsın, bu fillerin işlenmeye devam edeceği ve özellikle kadın ve çocukların bu fiillerin yıkıcı etkilerine maruz kalacakları bellidir. Bu nedenle, bu fiillere maruz kalan kişilerin haklarının; özellikle kadınların çalışma, çocukların ise eğitim hakkının korunması için ilgili bakanlıkların eylem planları oluşturması gerekmektedir. Daha açık bir söyleyişle, söz gelimi Milli Eğitim Bakanlığı'nın, bir çocuğun deepfake ile pornografik içeriğinin oluşturulduğu ve çevresine yayıldığı bir senaryoda nasıl hareket edileceğini önceden bilmesi ve okullarda uygulatabilecek durumda olması gerekir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Türkiye'de ilgili kurum ve kuruluşlar böyle bir hazırlık seviyesinin çok uzağındadır.

Sahte içerikler, sentetik pornografi, cinsel nitelikli tehditler ve muhtelif çocuk pornografisi içerikleri bugün önemli bir sorundur; yarın ise bir sosyal kriz halini alacaktır. Çünkü eskiden yalnızca belli araç ve yeteneklere sahip kişilerin üretim tekelinde bulunan bu içerikler, yakın gelecekte herkesçe kolaylıkla üretilebilir hale gelecektir. Bu çalışmanın, karşımızda duran bu kaçınılmaz gerçeğin farkına varılmasına, başka çalışmaların ortaya çıkmasına ve politika oluşturucuların harekete geçmesine katkı sağlayacağını umuyoruz.

<sup>169</sup> Özbek, *Müstehcenlik*, 126; Aksoy Retornaz, *Siber Taciz*, 94; Pascale, *Deeply Dehumanizing*, 349. Bu bağlamda, Alman Ceza Kanunu'nun 201a maddesinin 3. fıkrasındaki gibi çocuklara ait çıplaklık içeren görüntülerin oluşturulmasının (fotoğraf çekmek ya da deepfake ile oluşturmak suretiyle) ayrı bir suç olarak düzenlenmesi yoluna gidilebilmesi mümkündür.

<sup>170</sup> Bu bağlamda bazı pornografik deepfake içeriklerin dahi müstehcenlik suçunu oluşturamayacağına dair bkz. Pascale, *Deeply Dehumanizing*, 349 vd. Bu hususta ABD Yüksek Mahkemesi kararları için ayrıca bkz. Gieseke, *Weapon of Choice*, 1491 vd.

<sup>171</sup> Bu hususta kelime seçimleri ve meselenin teknik boyutuna dair ayrıca bkz. Harris, *False Pornography*, 122-123.

<sup>172</sup> Pascale, *Deeply Dehumanizing*, 338. Yazarın da isabetle belirttiği üzere, bu durum halka açık bol miktarda ses ve görüntüsü bulunan ünlü kişilerin daha büyük bir tehlike içerisinde olduğuna da işaret etmektedir.

## Kaynakça

- Ajder, Henry - Giorgio Patrini, Francesco Cavalli - Laurence Cullen. *The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact*. (Deeptrace Labs, 2019).
- Akbulut, Berrin. "Yapay Zekâ ve Ceza Sorumluluğu". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/4 (2023), 267-319.
- Aksoy-Retornaz, Emine Eylem. *Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake)*. (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021).
- Anderson, Wade. "Criminalizing 'Virtual' Child Pornography Under the Child Pornography Prevention Act: Is it Really What it 'Appears to Be'?". *University of Richmond Law Review* 35/2 (2001), 393-421.
- Arman, Perçem. "Otonom Silah Sistemlerinin Uluslararası İnsancıl Hukukun Ayrım Gözetme İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi". *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/2 (2023), 457-483.
- Arslan, Fatih. "Deepfake Technology: A Criminological Literature Review". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/1 (2023), 701-720.
- Babayiğit, Beşir. "Deepfake'in Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi ve De Lege Feranda Öneriler". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25/4, (2021), 655-704.
- Bacaksız, Pınar – Sümer, Seda Yağmur. *Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021).
- Barua, Archana – Barua, Ananya. "Gendering the Digital Body: Women and Computers". *AI and Society*, 27 (2012), 465-477.
- Bates, Samantha. "Revenge Porn and Mental Health: A Qualitative Analysis of the Mental Health Effects of Revenge Porn on Female Survivors". *Feminist Criminology*, 12 (2017), 22-42.
- Beshiri, Arbër - Susuri, Arsim. "Dark Web and Its Impact in Online Anonymity and Privacy: A Critical Analysis and Review". *Journal of Computer and Communications*, 7/3, (2019), 30-43.
- Branch, Kathryn - Hilinski-Rosick, Carly – Johnson, Emily, Solano, Gabriela. "Revenge Porn Victimization of College Students in the United States: An Exploratory Analysis". *International Journal of Cyber Criminology*, 11 (2017), 128-142.
- Brundage vd. *The Malicious Use of Artificial Intelligence: Forecasting, Prevention, and Mitigation*. (Oxford: Future of Humanity Institute, 2018).
- Bundesministerium für Inneres. *Aktionsplan Deepfake*. (Wien: Digitalprintcenter des Bundesministeriums für Inneres, 2023).
- Can, Neslihan. "Sosyal Medyada Paylaşılan Çocuklara Ait Görüntülerin Müstehcenlik Suçları (TCK m. 226/3 ve 226/5) Bağlamında Değerlendirilmesi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 29/1 (2023), 276-313.
- Carlton, Alessandra. "Sextortion: The Hybrid 'Cyber-Sex' Crime". *North Carolina Journal of Law & Technology*, 21/3 (2020), 177-215.
- Citron, Danielle. "Sexual Privacy". *The Yale Law Journal*, 128/7 (2019), 1870-1960.
- Communications Security Establishment. *Cyber Threats to Canada's Democratic Process*. (Ministry of National Defence, 2023).

- Cyber Civil Rights Initiative. "Nonconsensual Porn Infographic." 2014. Accessed May 31, 2024. <https://cybercivilrights.org/revenge-porn-infographic/>.
- Çağlar, Seda - Savaşer, Sevim. "İnternet ve Çocuk Pornografisi". *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, 7/1 (2010), 1002-1008.
- Çakıroğlu, Şölen, "Uluslararası Sözleşmeler Işığında Türk Hukukunda Çocuk Pornografisi Kavramı". *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 11 (2023): 73-93.
- Çam, Şerife. "Çocuk Pornografisi Tartışmalarına İlişkin Sorular". *İletişim Araştırmaları Dergisi*, 1/2 (2003), 55-86.
- Delfino, Rebecca. "Pornographic Deepfakes: The Case for Federal Criminalization of Revenge Porn's Next Tragic Act". *Fordham Law Review*, 88/3 (2019), 887-938.
- Diamond, Milton – Jozifkova, Eva – Weiss, Petr. "Pornography and Sex Crimes in the Czech Republic". *Archives of Sexual Behavior*, 40/6 (2011), 1037-1043.
- Eaton, Asia – Jacobs, Holly – Ruvalcaba, Yanet. *2017 Nationwide Online Study of Nonconsensual Porn Victimization and Perpetration*. (Florida: Florida National University, Cyber Civil Rights Initiative, 2017).
- Gieseke, Anne Pechenik. "'The New Weapon of Choice': Law's Current Inability to Properly Address Deepfake Pornography". *Vanderbilt Law Review*, 73/5 (2020), 1479-1516.
- Grace, Katja - Harlan Stewart - Julia Fabienne Sandkühler - Stephen Thomas- Ben Weinstein-Raun ve Jan Brauner, "Thousands of AI Authors on the Future of AI", *ArXiv*, 1 (2024), 1-38.
- Harris, Douglas. "Deepfakes: False Pornography is Here and the Law Cannot Protect You". *Duke Law & Technology Review*, 17 (2019), 99-128.
- Henry, Nicola – Flynn, Asher – Powell, Anastasia. "Image-based Sexual Abuse: Victims and Perpetrators". *Trends & Issues in Crime and Criminal Justice no. 582*. (Canberra: Australian Institute of Criminology, 2019).
- Hopkins, David. "Knowing Just Enough to be Dangerous: The Sociological Effects of Censoring Public AI". *Cybersecurity Undergraduate Research Showcase*, 8 (2023), 1-8.
- Işıkoğlu, Tuğçe. *Müstehcenlik Suçu*. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2021).
- Kamal, Mudasir – Newman, William. "Revenge Pornography: Mental Health Implications and Related Legislation". *Journal of American Academy of Psychiatry and the Law*, 44 (2016), 359-367.
- Kangal, Zeynel. *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*. (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021).
- Karabulat, Efe Can. *Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti*. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024).
- Karabulat, Efe Can. "Cinsel Suçların Hileyle İşlenmesi: Rıza Gösterilen Kişinin Kimliğine İlişkin Sorunlar". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26/1 (2024), 587-640.
- Karabulat, Efe Can. *Karşılaştırmalı Olarak Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve Muhakeme Şartları*. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016).
- Koca, Mahmut – Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020).
- Kommey, Benjamin – Oniti, Isaac – Tamakloe, Elvis – Opoku, Daniel. "A Reinforcement Learning Review: Past Acts, Present Facts and Future Prospects". *IT Journal Research and Development*, 8/2 (2024), 120-142.
- Konert, Anna – Balcerzak, Tomasz. "Military Autonomous Drones (UAVs) - From Fantasy to Reality: Legal and Ethical Implications". *Transportation Research Procedia*, 59 (2021), 292-299.

- Kutchinsky, Berl. "Pornography and Rape: Theory and Practice?" *International Law of and Psychiatry*, 14 (1991), 47-64.
- LeCun, Yann – Bengio, Yoshua – Hinton, Geoffrey. "Deep Learning." *Nature*, 521 (2015), 436-444.
- Lenhart, Amanda, Ybarra, Michele, Price-Feeney, Myeshia. "Nonconsensual Image Sharing: One in 25 Americans Has Been Victim of Revenge Porn". (Data & Society Research Institute, 2016).
- Maddocks, Sophie. "'A Deepfake Porn Plot Intended to Silence Me': Exploring Continuities Between Pornographic and 'Political' Deep Fakes." *Porn Studies* 7, no. 4 (2020): 415-423.
- McGlynn, Clare - Rackley, Erika. "Image-Based Sexual Abuse". *Oxford Journal of Legal Studies*, 37/3, (2017), 1-28.
- Nelson, Sharon D. – Simek, John W. – Maschke, Michael. "Detecting Deepfakes." *Law Practice* 46/1 (2020), 42-47.
- Olson, Abigail. "The Double-Side of Deepfakes: Obstacles and Assets in the Fight against Child Pornography". *Georgia Law Review* 56/2 (2022), 865-892.
- Öhman, Carl. "Introducing the Pervert's Dilemma: A Contribution to the Critique of Deepfake Pornography". *Ethics and Information Technology*, 22 (2020), 133-140.
- Özbek, Veli Özer. *Müstehcenlik Suçu*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009).
- Palmer, Tanya. "Rape Pornography, Cultural Harm and Criminalisation". *Northern Ireland Legal Quarterly*, 69/1 (2018), 37-58.
- Pascale, Emily. "Deeply Dehumanizing, Degrading, and Violating: Deepfake Pornography and the Path to Legal Recourse". *Syracuse Law Review*, 73/1 (2023), 335-366.
- Phelan, Patrick. "Are the Current Legal Responses to Artificial Intelligence Facilitated 'Deepfake' Pornography Sufficient to Curtail the Inflicted Harm?" *North East Law Review*, 9/2 (2022), 20-29.
- Rini, Regina – Cohen, Leah. "Deepfakes, Deep Harms". *Journal of Ethics and Social Philosophy*, 22/2 (2022), 143-161.
- Ruvalcaba, Yanet – Eaton, Asia. "Nonconsensual Pornography Among U.S. Adults: A Sexual Scripts Framework on Victimization, Perpetration, and Health Correlates for Women and Men". *Psychology of Violence*, 10/1 (2020), 68-78.
- Sarker, Iqbal H. "Deep Learning: A Comprehensive Overview on Techniques, Taxonomy, Applications and Research Directions". *SN Computer Science*, 2(420) (2021), 1-20.
- Sandvik, Kristin – Lohne, Kjersti. "The Struggle against Sexual Violence in Conflict: Investigating the Digital Turn". *International Review of the Red Cross*, 102(913) (2020), 95-115.
- Steinberg, Stacey. "Changing Faces: Morphed Child Pornography Images and the First Amendment". *Emory Law Journal*, 68/5, (2019), 909-938.
- Thombre, Madhura. "Deconstructing Deepfake: Tracking Legal Implications and Challenges." *International Journal of Law Management & Humanities*, 4 (2021), 2267-2274.
- Turinay, Faruk. "Müstehcenlik Suçunun Hukuka Aykırılık Unsuru Bakımından Edebi Eserler". *Ankara Barosu Dergisi*, 4 (2019), 77-138.
- US Department of Justice. *National Strategy for Child Exploitation Prevention and Interdiction*. 2023.
- Yıldız, Mehmet Emre. "Yargıtay Kararları Işığında Dijital Flört Şiddeti Teşkil Eden Yöntemlerden Doğan Ceza Sorumluluğu". *Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2 (2023), 93-143.

## **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Ceza Normunun Yorumlanmasında Bir Araç Olarak Madde Gerekçesi

### *Explanatory Notes as a Tool for the Interpretation of Criminal Norms*

Derya Tekin 

Medeniyet Üniversitesi, Hukuk  
Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi  
Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul,  
Türkiye, derya.tekin@medeniyet.edu.tr



Geliş Tarihi/Received: 28.10.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 15.12.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
25.12.2024

**Öz:** Ceza hukukunda yorum, diğer tüm hukuk dallarında olduğu gibi, soyut normun anlam ve kapsamını ortaya çıkarmak ve böylece somut olaya uygulanabilir olup olmadığını tespit etmek adına yapılan zihinsel bir faaliyettir. Bağlayıcı gücü olmamakla beraber, madde gerekçeleri, normun nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiği noktasında gerek mahkemeler gerekse doktrin için oldukça aydınlatıcı bir rol oynayabilmektedir. Bununla beraber, kanunilik ilkesinin ve kıyas yasağının geçerli olduğu ceza normları bakımından madde gerekçelerinin ne ölçüde kullanılabilir olduğunu tespit etmek önem arz eder. Dahası, kıyasın mümkün olduğu ceza muhakemesi normları bakımından da kanunun lafzı ile madde gerekçesi arasındaki uyum aynı ölçüde önemlidir. Ceza muhakemesi hukukunda kanunda hüküm bulunmayan hallerde kıyasen uygulama yapmak mümkünse de, kanunda açıkça düzenlenen bir konuda kanun lafzını aşar yorum yapılması yasaktır. Çalışmada, lafzi yorum yönteminin yeterli olmadığı hallerde, normun nihai amacını bulmada amaçsal yorum yönteminin hangi araçlardan faydalandığı ortaya konulmuştur. Hazırlık çalışmalarının somut bir görünümü olan ve bir nevi uzlaşmayı temsil eden madde gerekçelerinin bu yorum yöntemindeki işlevi ve değeri, seçili ceza normu örnekleri ışığında okuyucuya sunulmuştur. Çalışmada, belirlilik ilkesinin ihlali olarak görülebilecek bazı ceza normlarında madde gerekçelerinin normun kapsamının sınırlandırılmasına yönelik ihtiyaca cevap verebildiği, fakat ne kadar açıklayıcı olursa olsun, kanunun lafziyle ve sistematikle veya genel ilkeler ile çatışır görünen madde gerekçelerinin göz ardı edilmesinin gerektiği savunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Yorum, Madde Gerekçesi, Ceza Normu, Kanunilik, Belirlilik

**Abstract:** In criminal law, as in all other branches of law, interpretation is a mental activity in order to reveal the meaning and scope of the abstract norm and thus to determine whether it is applicable to the case in hand. Although they do not have the binding power, explanatory notes can play a very enlightening role for both the courts and the doctrine in terms of how the norm should be understood and applied. However, it is important to determine the extent to which they can be used in the interpretation of criminal norms where the principle of legality and the prohibition of analogy apply. Moreover, the harmony between the letter of the law and the explanatory note is equally important in terms of criminal procedure norms where analogy is possible. In criminal procedure law, although the application by analogy is possible in cases where there is no provision in the law, it is still forbidden to make an interpretation that exceeds the letter of the law on a subject clearly regulated in the law. In this study, in cases where the method of literal interpretation is not sufficient, the tools utilised by the method of purposive interpretation in finding the ultimate purpose of the norm are revealed. The function and value of the explanatory notes, which are the solid manifestation of the preparatory work and represent a kind of consensus, in this interpretation method are presented to the reader in light of the examples of selected criminal norms. In the study, it is argued that in some criminal norms that may be seen as a violation of the principle of certainty, explanatory notes may respond to the need for limiting the scope of the norm, but no matter how informative they are, explanatory notes that seem to conflict with the letter and the systematics of the law or the general principles of the law should be disregarded.

**Keywords:** Interpretation, Explanatory Notes, Criminal Norm, Legality, Certainty

### Extended Abstract

In criminal law, as in all other branches of law, interpretation is a mental activity in order to reveal the meaning and scope of the abstract norm and thus to determine whether it is applicable to the case in hand. Although they do not have the binding power, explanatory notes can play a very enlightening role

**Cite as (ISNAD):** Tekin, Derya. "Ceza Normunun Yorumlanmasında Bir Araç Olarak Madde Gerekçesi". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2) (2024), 1112-1137. <https://doi.org/10.56701/shd.1575230>



for both the courts and the doctrine in terms of how the norm should be understood and applied. However, it is important to determine the extent to which they can be used in the interpretation of criminal norms where the principle of legality and the prohibition of analogy apply. Moreover, the harmony between the letter of the law and the explanatory note is equally important in terms of criminal procedure norms where analogy is possible. In criminal procedure law, although the application by analogy is possible in cases where there is no provision in the law, it is still forbidden to make an interpretation that exceeds the letter of the law on a subject clearly regulated in the law.

Although there are various classifications of interpretation methods in the doctrine, literal and purposive interpretation are considered as the two main interpretation methods in this study. Although literal interpretation emerges as the first method of interpretation for the authority to interpret the norm, it may not be sufficient in determining the meaning and scope of the norm. Purposive interpretation interprets the norm based on the purpose of the norm and utilises more than one interpretation tool in doing so. The preparatory work behind the law is an important tool in terms of revealing the subjective will of the legislator. However, the subjective purpose of the legislator does not fulfil the ultimate purpose of the norm. In the method of purposive interpretation offered by *Barak* in the doctrine and also adopted in this study, the ultimate purpose of the norm is a synthesis of the subjective and objective purposes of the norm.

In this study, in cases where the method of literal interpretation is not sufficient, the tools utilised by the method of purposive interpretation in finding the ultimate purpose of the norm are revealed. The function and value of the explanatory notes, which are the solid manifestation of the preparatory work and represent a kind of consensus, in this interpretation method are presented to the reader in light of the examples of selected criminal norms. In our opinion, the interpretation activity in question requires the subjective will of the legislator to be taken into consideration, but does not require its absolute adoption. What is important is to make a choice between the objective will of the norm and the subjective will while revealing the ultimate purpose of the law, and in any case, not to engage in an interpretation activity that exceeds the wording of the law.

As it is not possible to examine the explanatory notes of all criminal norms in Turkish legislation one by one, an analysis on their function as a tool of interpretation and the extent to which they are acceptable in the context of the principle of legality can only be made by referring to a limited number of norms. The criminal norms selected for this purpose are the provisions of the Turkish Criminal Code regulating the crimes of torture, torment and ill-treatment and the provision of the Criminal Procedure Code regulating the relationship between the suspension of the pronouncement of the judgement and the conciliation. In the study, it is argued that in some criminal norms that may be seen as a violation of the principle of certainty, explanatory notes may respond to the need for limiting the norm, but no matter how informative they are, explanatory notes that seem to conflict with the letter and the systematics of the law or the general principles of the law should be disregarded. This conclusion is valid not only for the substantive or procedural criminal law norms where the principle of legality prevails, but also for some criminal procedure norms where analogy is permitted. This is because an application that contradicts the letter of the law on a matter that is clearly regulated in the law means a violation of the separation of powers.

Finally, the fact that explanatory notes are non-binding and can be easily disregarded in interpretation can be considered as an incentive for the legislator to express his subjective will clearly and distinctly in the wording of the law in both substantive and procedural criminal norms. This also places a responsibility on those involved in the preparation of explanatory notes to formulate a rationale that is compatible with the other interpretative tools that the interpreter should take into account.

## Giriş

Ceza hukukunda yorum, diğer tüm hukuk dallarında olduğu gibi, hâkimin, soyut normun anlam ve kapsamını ortaya çıkarmak ve böylece somut olaya uygulanabilir olup olmadığını tespit etmek adına yaptığı zihinsel bir faaliyettir. Madde metnine dâhil olmaması nedeniyle hâkimi bağlayıcı gücü olmamakla beraber, madde gerekçeleri, ceza normlarının yorumlanmasında karşımıza çıkan önemli araçlardandır. Kanun koyucunun normu ihdas ederken gerçek iradesini ortaya koyduğu bu gerekçeler, gerek mahkemeler gerekse doktrin için oldukça aydınlatıcı bir rol oynayabilmektedir. Kanunilik ilkesinin geçerli olduğu ceza normları bakımından madde gerekçelerinin ne ölçüde kullanılabilir olduğunu tespit etmek önem arz eder. Çünkü kanunilik ilkesi bir taraftan kanun koyucunun gerek suç olarak düzenlemek istediği hususların gerekse ceza muhakemesinin işleyişine yönelik yaptığı bazı tercihlerin kanunda ve herkesin anlayabileceği şekilde yer alması için kanun koyucuya yönelik bir ödev içerir. Dolayısıyla yorum konusu olan ceza normlarının mutlaka maddi ceza normu niteliğinde olması gerekmez, ceza muhakemesi normlarında da kural olarak kanunilik ilkesi geçerlidir. Ceza muhakemesi normlarında kanunilik ilkesi daha sınırlı olarak ele alınmakta, fakat istisnai ve sınırlayıcı normlar ile koruma tedbirlerinde kanunilik ilkesinin ve kıyas yasağının geçerli olduğu noktasında tartışma bulunmamaktadır. Dahası, karma hukuki niteliğe sahip normlar da doğası gereği maddi ceza normlarının tabi olduğu ilkelerin ve bu kapsamda kanunilik ilkesinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır. Kanunilik ilkesinin hitap ettiği diğer taraf ise söz konusu normları somut olaya uygulayacak olan muhakeme sùjeleridir. Yorum faaliyeti gerçekleştirilirken kanun koyucunun veya kanunun kendisinin başka bir amacı esas aldığından hareketle kanun metni ile çelişir uygulamaların yapılması da kanunilik ilkesinin gereklerine aykırılık teşkil eder. Ceza muhakemesinde kıyas yasağının sadece belirli normlarla sınırlı olarak ele alınıyor olması, hâkimin diğer ceza muhakemesi normlarını yorumlarken sınırsız bir yorum faaliyetinde bulunabileceği anlamına gelmez. Ceza muhakemesi hukukunda kanunda hüküm bulunmayan hallerde kıyasen uygulama yapmak mümkünse de, kanunda açıkça düzenlenen bir konuda kanun lafzını aşar yorum yapılması yasaktır.

Doktrinde yorum yöntemlerine dair çok çeşitli sınıflandırmaya rastlanmakla beraber, lafzi ve amaçsal yorum bu çalışmada iki ana yorum yöntemi olarak ele alınmıştır. Lafzi yorum, normu yorumlayacak merci için ilk başvurulacak yorum yöntemi olarak ortaya çıkmakta ve fakat normun anlam ve kapsamının belirlenmesinde yeterli olmayabilmektedir. Amaçsal yorum ise, normun amacından yola çıkarak normu yorumlamakta ve bunu yaparken birden fazla yorum aracından faydalanmaktadır. Kanuna ilişkin hazırlık çalışmaları, kanun koyucunun sübjektif iradesini ortaya koyması nedeniyle önemli bir araçtır. Fakat kanun koyucunun sübjektif amacı normun nihai amacını karşılamayabilir. Doktrinde *Barak* tarafından ortaya koyulan ve bu çalışma kapsamında da benimsenen amaçsal yorum yönteminde, normun nihai amacı, normun sübjektif ve objektif amaçlarının bir sentezidir. Yorumcu bu amacın ortaya çıkarılmasında her iki amacı da göz önünde bulundurur ve duruma göre birini göz ardı etme yoluna gidebilir.

Madde gerekçeleri, kanunun hazırlık çalışmalarının somut bir görünümü olup, kanun koyucunun sübjektif iradesini belirginleştirir. Fakat böylesine elverişli ve ulaşılabilir olan bu yorum aracının, normun nihai amacını karşılayan bir işlevi olabileceği gibi göz ardı edilmesi gereken bir yorum aracı olması da mümkündür. Türk mevzuatındaki tüm ceza normlarının madde gerekçelerinin tek tek analiz edilmesi mümkün olmayıp, böyle bir analiz çalışmanın kapsamını da fazlasıyla aşmak anlamına gelir. Dolayısıyla madde gerekçelerinin yorum aracı olarak işlevine ve kanunilik ilkesi bağlamında ne derecede kabul edilebilir olduğuna yönelik sadece sınırlı sayıda norma atıfla bir analiz gerçekleştirilebilir. Bu amaç doğrultusunda seçilen ceza normları işkence, eziyet ve kötü muamele suçlarını düzenleyen Türk Ceza Kanunu<sup>1</sup> (TCK) m. 94, 96 ve 232 hükümleri ile hükmün açıklanmasının

<sup>1</sup> Türk Ceza Kanunu (TCK), *Resmî Gazete* 25611 (12 Ekim 2004), Kanun No. 5237.

geri bırakılması (HAGB) kurumu ile uzlaştırma kurumunun ilişkisini düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu<sup>2</sup> (CMK) m. 231/5 hükmüdür.

## I. Ceza Hukukunda Yorum

### A. Yorumun amacı ve kanunilik ilkesi

Ceza hukukunda yorum diğer hukuk dallarında yapılan yorum faaliyetinden yorum çeşitleri ve yorumda başvurulan araçlar noktasında bir farklılık göstermez. Diğer hukuk dallarında olduğu gibi ceza hukukunda da yorum serbesttir ve hatta yapılması zorunlu bir faaliyet olarak kendisini gösterir<sup>3</sup>. Ceza hukukunda hâkimin yorum faaliyetinin çerçevesini çizen, kanunilik ilkesi ve bu ilkenin bir uzantısı olan kıyas yasağıdır. Kıyas, kanundaki boşluğun, benzer bir durumu düzenleyen mevcut bir kanun hükmünden yola çıkarak ve dolayısıyla hukuk yaratılarak doldurulması için yapılan bir faaliyettir<sup>4</sup>. Fakat burada kanun koyucunun bilerek bıraktığı boşlukların doldurulması kıyas değil, güçler ayrılığına aykırı şekilde kanun koyucunun yerine geçme faaliyeti olacağından kabul edilebilir değildir<sup>5</sup>. Dolayısıyla kıyasta, kanun koyucu tarafından bilinçli olarak bırakılmamış bir boşluğun doldurulması söz konusudur. Yorumda ise mevcut kanun hükmünün anlam ve kapsamının belirlenmesi söz konusudur<sup>6</sup>.

Doktrinde, yorumun, kanun koyucunun gerçek iradesini ortaya koymak için yapılan bir faaliyet olduğu yönündeki tanımlamalara rastlamak mümkündür.<sup>7</sup> Kanaatimizce kanun koyucunun normu ihdas ettiği zamanki iradesi normun yorumlanmasında değerli bir araçtır, fakat normun yorumlanmasının amacı buna hasredilemez. Nitekim bazı yazarlar tarafından kanun koyucunun, bazıları tarafından ise kanunun amacının esas alınarak normun yorumlanması olarak tarif edilen amaçsal yorum, yorum yöntemlerinden sadece biridir. Örneğin aşağıda yer verilecek olan lafzi yorum yönteminde kanun metninin kendisi esas alınmakta olup, bu yöntemin yorum için yeterli olduğu hallerde kanun koyucunun ilgili norm ile neyi irade ettiği araştırılmaz<sup>8</sup>. Dahası, eğer kanun koyucunun kanunu yaptığı sıradaki iradesini belirlemek yorumun amacı olarak kabul edilirse, bu iradenin açığa çıkarılmasından sonraki aşamada normu somut olaylara uygularken esas alınacak başka bir yorum aracına ihtiyaç duyulmaz. Bu durum aynı zamanda, madde gerekçesi gibi kanun koyucunun iradesini apaçık ortaya koyan bazı araçların neredeyse bağlayıcı bir şekilde dikkate alınmasını zorunlu kılabilir. Diğer taraftan kanun koyucunun iradesinin tespit edilemediği bazı hükümler bakımından nasıl bir yol izlenmesi gerektiği konusunda ise hâkimi araçsız bırakır. Kanaatimizce yorumda amaç, normun anlam ve kapsamını

<sup>2</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), *Resmi Gazete* 25673 (17 Aralık 2004), Kanun No. 5271.

<sup>3</sup> Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısında Türk Ceza Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1973), 87, 90; Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri Cilt 1* (Manisa: Şafak Basım ve Yayınevi, 1982), 90; Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: 1* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997), 172; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2021), 147; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), s. 27; Nur Centel - Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2024), 46; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2021), 94; Türkan Yalçın Sancar, "Ceza Hukukunda Sistematik Yorum ve Uluslararası Sözleşmelerin Değeri", *TBBD* 11/1 (1999), 33; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 130; Soner Hamza Çetin, *Türk Ceza Hukukunda Yorum ve Kıyas* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2014), 20-24.

<sup>4</sup> Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1963), s. 70; Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki*, 175; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020), 367. Konuya ilişkin detaylı inceleme için ayrıca bkz. Abdullah Batuhan Baytaç, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018), 307-378.

<sup>5</sup> Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 55, 57.

<sup>6</sup> Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 46; Bahri Öztürk - Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 71; Muharrem Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 50; Zafer, *Genel Hükümler*, 94; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 61; Çetin, *Yorum ve Kıyas*, 17.

<sup>7</sup> Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki*, 174, 176; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 132-133; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2022), 138, 141; Elvan Keçelioğlu, "Ceza Hukukunda İctihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 3/11 (2012), 98.

<sup>8</sup> Öztürk - Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 73; Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 118-119; Gabriel Hallevy, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law* (Heidelberg: Springer, 2010), 150.

belirlemek ve böylece somut olayda uygulanabilir olup olmadığını belirlemektir. Bu hedef doğrultusunda hâkim, lafzi/gramatik yorum yöntemiyle normun anlamını tespit edemiyorsa, kanun koyucunun veya normun amacından yola çıkarak bu belirlemeyi yapabilir ve hatta yapması tercih edilir. Dolayısıyla yorum faaliyeti, kanun koyucunun iradesinin göz önünde bulundurulmasını gerektirir; fakat bunu tek amaç ve yöntem olarak benimsemez. Hatta çalışmanın ilerleyen bölümlerinde açıklanacağı üzere, bazı durumlarda kanun koyucunun madde gerekçeleri ile açığa çıkan iradesinin göz ardı edilmesi dahi gerekebilir.

Anayasa m. 1-3 ve TCK m. 2’de dayanağını bulan kanunilik ilkesi<sup>9</sup> ise, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilememesi ve güvenlik tedbiri uygulanamaması, kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaması, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaması ve kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamamasına ilişkindir. TCK m. 2/3 ikinci cümlede ayrıca suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. 765 sayılı mülga TCK’de kıyas yasağı, kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak kabul edilmekle beraber, bu şekilde açıkça öngörülmediğinden, mahkemelerin, genişletici yorum altında kıyasa varan uygulamalar yaptıkları ve böylece eski kanun döneminde kıyas yasağının dolanıldığı ifade edilmektedir<sup>10</sup>.

Kanunilik ilkesi aynı zamanda belirlilik ilkesini de gerekli kılar. Buna göre kanunda hangi fillerin suç oluşturduğunun açık ve herkes tarafından anlaşılabilir şekilde formüle edilmesi gerekir<sup>11</sup>. “Belirsiz ceza kanunları yapma yasağı” olarak da tanımlanan bu ilkenin, hâkime çok geniş ve sübjektif bir yorum alanını bırakılmasını ve bunun sonucu olarak da yasama alanına müdahale edilmesini önleme fonksiyonunu vardır<sup>12</sup>.

Kanunilik ilkesi sadece maddi ceza hukuku normlarına özgü bir ilke değildir. Ceza muhakemesi hukuku normları bakımından da kanunilik ilkesi geçerli olup, bunun kanuni ve anayasal dayanakları mevcuttur<sup>13</sup>. Doktrinde bazı yazarlar ceza muhakemesinde kanunilik ilkesini temel hak ve özgürlüklere ilişkin işlemlerle sınırlı olarak ele almaktadır<sup>14</sup>. Koruma tedbirleri bunun en bariz örneğidir. Temel hak ve özgürlüklere getirdiği sınırlamalar nedeniyle koruma tedbirlerinde kanunilik ilkesi geçerlidir ve kıyas yasaktır<sup>15</sup>. Bunların yanı sıra sınırlayıcı hükümler ile istisnai hükümlerde de kanunilik ilkesi geçerli olup, bu hükümler söz konusu olduğunda da kıyas yapılamaz<sup>16</sup>. Dahası CMK’de düzenlenmekle beraber karma hukuki niteliğe sahip bazı normlar bakımından da kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı gündeme gelebilir. Örneğin uzlaştırma, hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) gibi kurumlar sadece devletle fail arasındaki usul ilişkisine ilişkin olmayıp, aynı zamanda bu ilişkiyi sona erdirici nitelikte olduklarından, karma hukuki niteliğe sahip oldukları kabul edilmekte ve maddi hukuka ilişkin ilkeler uygulama alanı bulmaktadır<sup>17</sup>. Bu noktada, fail hakkında lehe olan kanunun geçmişe etkili olarak uygulanması, bu ilkeler içinde en fazla öne çıkan husus olmakla beraber, konumuz bakımından bu tür normların yorumlanmasında da kanunilik ilkesinin göz ardı edilmemesi gerektiği bir gerçektir.

<sup>9</sup> Bu ilke hakkında detaylı inceleme için bkz. Zeynel Kangal, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, *Ceza Hukuku Dergisi* 17 (2011), 61-106.

<sup>10</sup> Bkz. Adem Sözüer vd., *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı* (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 2017), 27.

<sup>11</sup> M. Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 179; Özgenç, *Genel Hükümler*, 130; Öztürk - Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 45. Bu ilke hakkında detaylı inceleme için bkz. Güneş Okuyucu Ergün, *Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023).

<sup>12</sup> Sözüer vd., *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, 26.

<sup>13</sup> Yener Ünver - Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 27.

<sup>14</sup> Bkz. Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 23.

<sup>15</sup> Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 56; Ünver - Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 93.

<sup>16</sup> Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt 1, Genel Kısım* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981), 108-109; Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 56; Ünver - Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 93.

<sup>17</sup> Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 62, 887.

Tüm bu açıklamalardan sonra, bu bölümde öncelikle hukukta kullanılan yorum çeşitleri, yöntemleri ve araçları ceza hukukunun kanunilik ilkesi ile ilişkilendirilerek ortaya konulmuş, sonrasında ise bir yorum aracı olarak madde gerekçelerinin yorum faaliyetinde nasıl bir işlev görebileceği ifade edilmiştir.

## B. Yorum çeşitleri, yöntemleri ve araçları

Yorum çeşitleri, normun yorumunu yapan organa göre ve yorumun niteliğine göre ikili bir ayırmda ele alınmaktadır. Yorum araçları ise yorumu gerçekleştiren organın kullanabileceği verileri ifade etmek için kullanılmaktadır. Yorumu yapan organa göre yorum çeşitlerinin ne olduğu konusunda doktrinde yapılan ayırım aynı olmakla beraber, niteliğine göre yorum çeşitleri çok çeşitli ayrımlara tabi olarak incelenmiştir. Tüm bu ayrımlara çalışmada yer vermek makalenin sınırlarını aşmak anlamına geleceğinden, bu bölüm altında önce yorumu yapan organa göre yorum çeşitlerinden bahsedilmiş, sonrasında ise sonuçlarına göre yorum çeşitleri ortaya konulmuştur. Çalışmanın ana konusu olan madde gerekçeleri bir yorum aracı niteliğinde olduğundan, yorum araçları ayrı bir başlık altında incelenmiş ve kullanılan yorum aracına göre yorum yöntemlerine de bu başlık altında yer verilmiştir.

### 1. Yorumu yapan organa göre yorum çeşitleri

Yorumu yapan organa göre yorum çeşitleri yasama yorumu, yargı yorumu ve doktrin yorumudur. Yasama yorumu, yasa koyucu tarafından normun yorumunun da bizzat yapıldığı yorum türünü ifade eder. Yorum hükmü ve yorum kararı/kanunu olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilecek olan bu yorum türünde, normun anlamını en iyi belirleyebilecek olanın onu yapan organ olduğu anlayışı söz konusudur<sup>18</sup>. Kanun koyucunun kanunda geçen bazı kavramlara kendisinin bir tanım getirdiği ve bu kavramı içeren normların bu doğrultuda anlaşılmasını istediği yorum hükümlerine “tanımlar” başlığını taşıyan TCK m. 6 ve CMK m. 2 hükümleri örnek gösterilebilir. Yorum kararı veya yorum kanunu olarak adlandırılan bir diğer yasama yorumunda ise mahkeme tarafından uygulanacak normun anlamının belirlenmesinde tereddüde düşülmesi halinde kanun koyucunun normu bizzat yorumlanması ve bunun mahkemeleri bağlayıcı olması söz konusudur. Türk hukukunda 1876 Anayasası (Kanun-i Esasi) döneminden 1961 Anayasası’na kadarki süreçte yorum kanunu şeklindeki yasama yorumu uygulanmış, İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasa mahkemelerinin yaygınlık kazanmasının da etkisiyle, 1961 ve 1982 Anayasalarında terkedilmiştir<sup>19</sup>. 1961 Anayasası’nda hem Anayasa Mahkemesi’ne yer verilmiş hem de yasaların meclis tarafından yorumlanması yöntemine, yasamanın/meclisin üstünlüğünden anayasanın üstünlüğüne geçişin bir göstergesi olarak son verilmiş, kanunların yorumlanması ve anlamlandırılması yetkisi parlamentolardan yargı organlarına bırakılmıştır<sup>20</sup>. 1961 Anayasası’nın gerekçesinde bu tercih şu şekilde açıklanmıştır<sup>21</sup> :

*“Kanunun resmi tefsiri, normal olarak, yargı yetkisine giren bir husustur. Tamamiyle bağımsız bir hale getirilmiş olan yargının teşri bir tefsirle bağlanabilmesi düşünülemez. Yasama, eğer çıkardığı kanunun maksudını karşılamadığını da mahkemelerin tatbikatı sebebiyle görürse, bu kanun istediği muhtevayı*

<sup>18</sup> Tahir Taner’den (Ceza Hukuku Umumi Kısım, 1953, s. 161) aktaran Artuk vd., Genel Hükümler, s. 204.

<sup>19</sup> Kanun-i Esasi’nin 117. maddesine göre, “Bir madde kanuniyenin tefsiri lâzım geldikte umuru adliyeye müteallik ise tâyini manası Mahkemei Temyize ve idarei mülkiyeye dair ise Şurayı Devlete ve işbu Kânûn-ı Esâsîden ise Heyeti Ayana aittir.” Kanun-i Esasi’nin tasarladığı meclis sistemi üyeleri halk tarafından seçilen Heyeti Mebusan ve üyeleri doğrudan padişah tarafından seçilen Heyeti Âyan olmak üzere iki heyetten oluşmaktaydı. 117. madde uyarınca adli yargının içinde yer alan ceza kanunlarının yorumu Yargıtay’a ait olup sadece Anayasa hükümlerinin yorumu Heyeti Ayan adı verilen meclis heyetine bırakılmıştır. 1921 Anayasası (Teşkilâtı Esasiye Kanunu, Kanun Numarası: 85) ise yorum konusunda bir hüküm içermez. Fakat 1921 Anayasası döneminde 1876 Anayasası da yürürlükte olduğu için, her ne kadar 1876 Anayasası’nda sadece anayasayı yorumlama yetkisi Meclis’e verilmişse de Meclis fiiliyatta hem anayasayı yorumlama yetkisini hem de kanunları yorumlama yetkisini kullanmıştır. Bkz. Şeref İba, “Türk Parlamento Hukukunda Yasama Tefsiri”, *Ombudsman Akademik* 9/17 (2022), 50; İsmail Köküsarı, “Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu ve Uygulaması”, *AÜHF* 67/4 (2018), 826.

1924 Anayasası (Teşkilâtı Esasiye Kanunu, Kanun Numarası: 491) m. 26’da ise Büyük Millet Meclisi’nin kanunların tefsirini bizzat kendisinin ifa edeceği hüküm altına alınmış ve böylece kanunların yorumlanması da açıkça yasama organına verilmiştir. 1961 Anayasası’na kadar süren dönemde yasama yorumu TBMM’nin tefsir kararları ile yapılmış, usulünce yürürlüğe girdikten sonra kanunlar gibi bağlayıcı etki göstermiştir. Bkz. Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki*, 179.

<sup>20</sup> İba, “Yasama Tefsiri”, 60; Köküsarı, “Yasama Yorumu”, 850.

<sup>21</sup> Server Feridun’dan (Anayasalar ve Siyasal Belgeler, 1962, s. 236) aktaran Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki*, 178.

*taşıyor demektir. Bu takdirde yapılacak şey kanunu değiştirmekten ibarettir. Bu bakımdan modern hukuk anlayışı ile bağdaşmayan tefsir yetkisi tasarıya alınmamıştır.”*

Görüldüğü üzere normun somut olaya uygulanmasında yapılması gereken yorum faaliyeti, Türk hukukunda yargı merciine ait bir yetki olup, bu yorum türüne yargı yorumu denmektedir. Yasama yorumundan farklı olarak bir mahkeme tarafından yapılan yorum, diğer mahkemeleri bağlayıcı bir etki göstermez. Nitekim bu yetkinin, hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine uygun olarak hüküm vereceklerini düzenleyen Anayasa m. 138 hükmü ile de uyumlu olduğu ifade edilmektedir<sup>22</sup>. Burada önemli olan mahkemenin yaptığı yorumun denetimi olanaklı kılacak şekilde bir gerekçeyi içermesidir. Mahkemenin başka mahkemelerin yorumu ile bağlı olmaması kuralının iki istisnası ise Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ve Anayasa Mahkemesi kararlarıdır. Bu kararlar Anayasa m. 153/6<sup>23</sup> ve Yargıtay Kanunu m. 45/5<sup>24</sup> uyarınca tüm mahkemeleri bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Bu istisnalar dışında mahkemelerin özellikle kendi kararlarının denetime tabi tutulduğu yüksek mahkeme kararlarını emsal olarak kullanmalarının, içtihat birliğinin ve hukuki istikrarın sağlanmasında faydalı olduğunu da belirtmek gerekir.

Yorumu yapan organa göre yorum çeşitleri altında zikredilmesi gereken son yorum türü ise doktrin yorumudur. Bilimsel yorum olarak da adlandırılan bu yorum türünde hukuk bilginlerinin çeşitli ihtimaller dâhilinde hukuk normunun nasıl anlaşılması gerektiğine dair yaptıkları değerlendirmeler söz konusudur. Genelde soyut bir nitelikte olmakla beraber, doktrin yorumunun, karar analizi veya bilimsel uzman mütalaası gibi somut bir olaya ilişkin olarak yapıldığı durumlar da mevcuttur. Her halükarda mahkemeler açısından bağlayıcı olmayan bu yorumların, uygulayıcılar için aydınlatıcı ve yol gösterici olması nedeniyle hukukun gelişimine doğrudan katkı sağladığı bir gerçektir<sup>25</sup>.

## 2. Sonucuna göre yorum çeşitleri

Sonucuna göre yorum çeşitleri, doktrinde çoğunlukla “niteliğine göre yorum türleri” kategorisi altında konumlandırılarak, daraltıcı, genişletici ve düzeltici yorum şeklinde ifade edilmektedir<sup>26</sup>. Doktrinde bazı yazarlar amaçsal (teleolojik) yorumu da bu yorum çeşitleri ile beraber incelemektedir<sup>27</sup>. Kanaatimizce daraltıcı, genişletici, ilerletici ve düzeltici yorum olarak adlandırılan yorum türleri yorumda kullanılan araçtan veya yorum yönteminden bağımsız olarak yorum sonucunu niteler özellikler taşıdıklarından, kategorik olarak amaçsal yorumdan ayrı ele alınmaları daha yerindedir.

Kanun koyucunun normda kullandığı kelimenin kuralın kapsamını aştığı hallerde asıl kastedilen anlama indirgenerek yorumlanmasına daraltıcı yorum denir<sup>28</sup>. Örneğin eziyet suçunda eziyet ifadesi günlük dilde kullanıldığı şekilde anlaşılırsa çok geniş bir eylem topluluğunun eziyet suçunu oluşturduğu söylenebilir. Fakat burada sadece belirli ağırlıktaki fiillerin eziyet suçunun maddi unsurunu oluşturduğuna yönelik daraltıcı bir yorum yapıldığı görülmektedir. Kanun koyucunun normda kullandığı kelimenin kuralın kapsamını göstermekte yetersiz kaldığı hallerde, kelimenin daha geniş bir

<sup>22</sup> Baytaç, *Yorum*, 187.

<sup>23</sup> “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.”

<sup>24</sup> “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.”

<sup>25</sup> Baytaç, *Yorum*, 184-186.

<sup>26</sup> Artuk vd., *Genel Hükümler*, 206-210; Özen, *Genel Hükümler*, 56-60; Akbulut, *Genel Hükümler*, 62-63; Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Hukuk Akademisi, 2021), 91-94. *Tosun*'a göre bunlar daraltıcı, genişletici, ilerletici, örneksemeli ve düzelticidir. Bkz. Tosun, *Suç Muhakemesi*, 100-111. *Centel/Zafer, Öztürk/Erdem, Özbek/Doğan/Bacaksız/Başbüyük ve Zafer*'e göre bunlar sadece daraltıcı veya genişleticidir. Bkz. Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 53; Öztürk - Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 72; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 125; Zafer, *Genel Hükümler*, 93. *Soyaslan*'a göre bunlar açıklayıcı, daraltıcı ve genişleticidir. Bkz. Soyaslan, *Genel Hükümler*, 131.

<sup>27</sup> Örn. bkz. Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki*, 183; Artuk vd., *Genel Hükümler*, 206; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 141-142; Çetin, *Yorum ve Kıyas*, 63. *Baytaç* ise daraltıcı ve düzeltici yorumu, amaçsal yorumun alt türleri olarak konumlandırmaktadır. Bkz. Baytaç, *Yorum*, 267-278.

<sup>28</sup> Tosun, *Suç Muhakemesi*, 101; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 125; Zafer, *Genel Hükümler*, 93.

anlamı ifade ettiğinden hareketle yapılan yorum ise genişletici yorumdur<sup>29</sup>. Örneğin konut dokunulmazlığını ihlal suçunda yer alan konut ifadesinin yorumlanmasında genişletici yorumdan yararlanıldığı görülmektedir. Bu suçun oluşumunda sadece dört duvardan teşekkül eden yapıların değil, kişinin konut olarak kullanma iradesini gösterdiği diğer yapıların da konut olarak sayıldığı görülmektedir<sup>30</sup>. Kanaatimizce bu suç tipinde hâkim hem genişletici hem de daraltıcı bir yorum faaliyetinde bulunarak kelimenin kapsamını belirlemek durumundadır. Çünkü kişinin konut olarak kullanma iradesini gösterdiği her yer suçun konusunu oluşturabilmekle beraber, kişinin kiralamak maksadında olduğu ve boş olarak duran konutu suçun kapsamında değildir<sup>31</sup>. Bu suç hürriyete karşı suçlar arasında düzenlenmekte olup, suç ile korunan hukuki değer mülkiyet hakkı değil, kişinin özgürlük hakkının bir görünümü olan barış, huzur ve güvenlik içinde konutunda yaşama hakkıdır<sup>32</sup>.

*Tosun*'un bir çeşit genişletici yorum olarak gördüğü ve ilerletici yorum olarak adlandırdığı yorum türü ise normda kullanılan ifadenin kanun koyucunun normu koyduğu zamanda mevcut olmayan, dolayısıyla kanun koyucunun o dönem öngöremediği ve fakat zamanla ortaya çıkan olaylara uygulanabilir şekilde yorumlanmasıdır<sup>33</sup>. Yazar, bu yorum türünün de kabul edilebilir bir yorum türü olduğunu, çünkü kanun bir kez ortaya çıktıktan sonra onu yapanların isteğinden bağımsız hale geldiğini, onu hazırlayanların sonradan ortaya çıkabilecek olay veya kavramları bilecek durumda olmamalarının önemli olmadığını savunur. Bu konuda verdiği örnek ise elektriğin olmadığı bir dönemde hazırlanan bir kanunun, daha sonra elektrik hırsızlığını da kapsayacak şekilde yorumlanmasıdır<sup>34</sup>. Kanaatimizce günümüzde benzer tartışmalar bilişim suçlarının yorumlanmasında gündeme gelebilir. Hızla değişen ve gelişen teknolojik imkânlar karşısında kanunun kendi içinde taşıdığı amaca uygun ilerletici bir yorum yapılması mümkün olmakla beraber, kanunilik ilkesi ve kıyas yasağının ihlali sayılabilecek yorumların önlenmesi adına kanun koyucunun kanunda gerekli değişiklikleri zamanında yaparak müdahale etmesi önemlidir.

Sonucuna göre yorum türleri içerisinde zikredilen son yorum türü ise düzeltici yorumdur. Bu yorumda genel hukuk düzeni ile çatışır şekilde ifade edilen bir norma doğru anlama gelecek şekilde anlam verilmektedir<sup>35</sup>. Örneğin 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu m. 1472/2 uyarınca "*Kaçması veya delilleri yok etmesi veya delillerin gereği gibi toplanmasına engel olması tehlikesi mevcud olduğu takdirde kaptan maznunu tevkif edebilir.*" hükmündeki kaptanın tevkif (tutuklama) yetkisini yakalama olarak kabul etmek gerekir, çünkü tutuklama kararı sadece hâkim tarafından gerçekleştirilebilecek bir koruma tedbiridir<sup>36</sup>. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca düzeltici yorumun, kanundaki bu tür maddi hatalar ya da tercüme hataları dışında kullanılması kabul edilebilir değildir<sup>37</sup>.

Tüm bu yorum türlerinde dikkat çeken husus, yorum faaliyetinde normda kullanılan ifadelerin anlamının belirlenmesinde birden fazla aracın kullanılarak ifadenin gerçek anlamına ulaşmaya çalışılmasıdır. Çünkü kanunun lafzı tek başına normun anlamını ortaya çıkarmakta yetersiz kalmakta, diğer yorum araçlarına başvurmak hâkim için kaçınılmaz olmaktadır. Örneğin konut dokunulmazlığını ihlal suçunda konut ifadesinin yorumlanmasında kanunun sistematiği göz önünde bulundurularak

<sup>29</sup> Tosun, *Suç Muhakemesi*, 102-103; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 125; Zafer, *Genel Hükümler*, 94.

<sup>30</sup> Örneğin bkz. Artuk vd., *Genel Hükümler*, 209; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 506-508; Serap Keskin Kızıroğlu, "Konut Dokunulmazlığının İhlali", *Özel Ceza Hukuku Cilt III: Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (TCK m. 106-140)*. Yazarlar: Köksal Bayraktar vd. (İstanbul: Onikilevha, 2018), 175-181.

<sup>31</sup> Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2015/5809, (19 Mart 2015); Yargıtay 2. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2014/14482, (26 Mayıs 2014); Yargıtay 2. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2015/13327, (25 Haziran 2015); Yargıtay 22. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2016/4953, (30 Mart 2016).

<sup>32</sup> Örneğin bkz. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 502; Keskin Kızıroğlu, "Konut Dokunulmazlığının İhlali", 173; Hakan Hakeri - Derya Tekin, *Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 239.

<sup>33</sup> Tosun, *Suç Muhakemesi*, 103-104. Ayrıca bkz. Çetin, *Yorum ve Kıyas*, 70-71.

<sup>34</sup> Tosun, *Suç Muhakemesi*, 104.

<sup>35</sup> Tosun, *Suç Muhakemesi*, 110.

<sup>36</sup> Tosun, *Suç Muhakemesi*, 110-111.

<sup>37</sup> Artuk vd., *Genel Hükümler*, 207; Çetin, *Yorum ve Kıyas*, 72.

konut kelimesinin anlam ve kapsamı belirlenmekte ve ortaya çıkan yorum duruma göre genişletici veya daraltıcı nitelikte olabilmektedir.

### 3. Yorum yöntemleri ve araçları

Alman hukukçu *Friedrich Karl von Savigny*'nin geliştirdiği ve literatüre kazandırdığı dörtlü yorum sistemi, yorum yöntemlerini, gramatik yorum, mantıksal yorum, tarihsel yorum ve sistematik yorum olmak üzere dörde ayırmaktadır<sup>38</sup>. Tüm bu yorum yöntemlerinin esasen yorumda kullanılan araçtan ismini aldığı görülmektedir. Nitekim doktrinde de kanun metninin kendisi (gramatik araç), hazırlık çalışmaları, kanunun sistematigi ve mantık kuralları en çok başvurulan yorum araçları olarak gösterilmektedir<sup>39</sup>. Günümüzde *Savigny*'nin sistemindeki mantıksal yorum yöntemi yerine amaçsal (teleolojik) yorum denilen yorum türü bir yorum yöntemi olarak bu sisteme dâhil olmuş, yorum faaliyeti zaten mantık kuralları çerçevesinde yapılacağından ayrı bir yöntem olarak görülmemeye başlamıştır<sup>40</sup>. Türk hukukunda da gramatik, tarihsel, sistematik ve amaçsal olmak üzere dörtlü bir sisteme atıfla yorum yöntemlerini sınıflandıran yazarlar mevcuttur<sup>41</sup>. Mantık kuralları ise, normun tarihsel kökeni, sosyolojik gerçekler, karşılaştırmalı hukuk ve hukukun genel ilkeleri gibi araçlarla beraber yorum faaliyetine yardımcı araçlar olarak nitelendirilmiştir<sup>42</sup>.

Kanaatimizce yorum yöntemlerinin sınıflandırılmasında ikili bir ayrımın yapılması yeterlidir. *Hallevy* tarafından savunulan bu yaklaşımda iki aşamalı bir yorum faaliyeti gerçekleştirilir: ilk aşama, ceza normunun sözel mantığa (*ratio verborum - verbal logic*) dayalı katı yorumudur; ikinci aşama ise hukuki mantığa (*ratio legis - legal logic*) dayalı amaçsal yorumdur<sup>43</sup>. Çoğu durumda, ilk aşama yeterlidir ve yalnızca ceza normunun sözel mantığı yasal mantığıyla tutarsızsa ikinci aşamaya ihtiyaç duyulur<sup>44</sup>. Dolayısıyla ceza normunun yorumlanmasında hâkimin yararlanacağı ilk araç kanun metninin kendisidir. İlgili normda yer alan dilbilgisi özelliklerinin ve kelimelerin anlamının esas alındığı bu yoruma, lafzi/gramatik yorum, kullanılan bu araçlara da gramatik araç adı verilir<sup>45</sup>. Ceza normunda yer alan bazı terimlerin gündelik dildeki kullanımları hukuktaki kullanımdan farklı olabileceğinden, TCK m. 6, çocuk, silah, gece vakti gibi bazı terimleri kendisi tanımlamış ve tereddütleri gidermek istemiştir. Kanunun somut olaya uygulanabilir olup olmadığı kanun metninde yer alan ifadelerden kolaylıkla anlaşılabilirse, diğer yorum araçlarına ihtiyaç duyulmaksızın yorum faaliyeti gerçekleştirilmiş olur<sup>46</sup>.

<sup>38</sup> *Friedrich Karl von Savigny*'den (System Des heutigen römischen Rechts, 1981, 212-214) aktaran Baytaz, *Yorum*, 210. "Savigny, yargıcın yorum yapmasının yasaklandığı bir dönemde, yasa koyma faaliyetinin kendisini şüphe ile karşılamakta, böylece zorunlu olarak yargıcın yorum faaliyetini ve bunun usullerini öne çıkarmaktadır. Bugün hâlâ kullandığımız dört yorum usulü (gramatik veya lafzi, mantıksal, tarihsel ve sistematik yorum usulleri), *System*'de Roma hukukunda kullanılan nesnel yorum usulleri olarak ele alınmıştır." şeklindeki açıklama için bkz. Kasım Akbaş, "Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", *İÜHF* 74/1 (2016), 65.

<sup>39</sup> İçel, *Genel Hükümler*, 149-150; Artuk vd., *Genel Hükümler*, 198-203; Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 53; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 123-124; Zafer, *Genel Hükümler*, 95; Akbulut, *Genel Hükümler*, 61; Fatih Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2016), 30-31; Çetin, *Yorum ve Kıyas*, 31-53. *Özen*'e göre yorum araçları yöntemin uygulanmasında kullanılan vasıtalar olup, bunlar akıl ve mantıktan ibarettir. Yorum yöntemleri ise kanun metninin yorumunda dayanılacak unsurları veya başvurulacak dayanak noktalarını ifade etmekte olup, lafzi yorum, mantık kuralları, kanunun sistematigi, kanunun konulma nedeni, kanunun amacı, kanunların tarihçesi, hukukun genel ilkeleri ve karşılaştırmalı hukuktur. Bkz. Özen, *Genel Hükümler*, 50.

<sup>40</sup> Baytaz, *Yorum*, s. 211. Ayrıca bkz. Altan Heper, "Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi* 1 (2012), 79-80.

<sup>41</sup> Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri*, 98; Öztürk - Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 71-73; Dülger, *Genel Hükümler*, 85-88. *Soyaslan*'a göre ise yorum yöntemleri, mantıki yapıcı method ve amaçsal methodtur. Bkz. Soyaslan, *Genel Hükümler*, 134.

<sup>42</sup> Bkz. Baytaz, *Yorum*, 209-305. Tüm bunlar, Türk hukukunda birçok yazar tarafından yorum aracı olarak kabul edilmektedir. Örneğin bkz. Tosun, *Suç Muhakemesi*, 111-122; Öztürk - Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 73; Artuk vd., *Genel Hükümler*, 198-203; Özgeçen, *Genel Hükümler*, 133; Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 48-53.

<sup>43</sup> Hallevy, *A Modern Treatise*, 150. *Ratio legis*, normun korumak istediği hukuki değerlere karşılık gelecek şekilde anlaşılabilir. Bkz. Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 50; Zafer, *Genel Hükümler*, 100. *Baytaz*'a göre *ratio legis*'in, normun temelinde yatan diğer amaçları da kapsayacak şekilde geniş tanımlanması daha doğrudur. Bkz. Baytaz, *Yorum*, 258.

<sup>44</sup> Hallevy, *A Modern Treatise*, 150; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 118; Zafer, *Genel Hükümler*, 96.

<sup>45</sup> Tosun, *Suç Muhakemesi*, 111; Akbulut, *Genel Hükümler*, 61; Hallevy, *A Modern Treatise*, 143. Lafzi yorum yöntemine ilişkin olarak detaylı bilgi için ayrıca bkz. Baytaz, *Yorum*, 211-234.

<sup>46</sup> Birtek, *Genel Hükümler*, 30.



Yukarıda da ifade edildiği üzere kanunda yer alan eziyet, konut gibi ifadelerin anlamının ortaya çıkarılmasında lafzi yorum yeterli olmamakta, başka yorum araçlarının kullanılması zaruri olabilmektedir. İşte bu noktada teleolojik yorum olarak da adlandırılan amaçsal (*purposive*) yorum yöntemi gündeme gelmektedir.

Amaçsal yorum yöntemine göre, bir yasa hükmünün en iyi veya gerçek anlamı, amacını ortaya koyan anlamdır<sup>47</sup>. Normun amacından hareketle anlam ve kapsamını ortaya koyan bu yöntemde esasen birden çok yorum aracının ve dolayısıyla birden çok yorum yönteminin kullanıldığı görülmektedir<sup>48</sup>. Örneğin kanunun sistematigi ve hazırlık çalışmaları gibi araçlar normun amacının belirlenmesinde işlevsel olabilir. Doktrinde de normun amacının lafzi yorum ile ortaya konulmadığı hallerde başvurulacak ilk aracın sistematik araç olması gerektiği savunulmaktadır<sup>49</sup>. Normun kanunda düzenlendiği yere göre anlamının tespit edildiği bu yorum türü, sistematik yorum olarak adlandırılmaktadır<sup>50</sup>. Örneğin, Türk Ceza Kanunu sistematik olarak kitap, kısım ve bölüm olmak üzere alt başlıklar altında normları düzenlemektedir. Özel hükümler başlığını taşıyan İkinci Kitap İkinci Kısım altında kişilere karşı suçlar düzenlenmekte, bu kısım altında yer alan bölümler ise suç ile korunan hukuki değerlere (hayata karşı, vücut dokunulmazlığına karşı, hürriyete karşı suçlar gibi) işaret etmektedir. Bununla beraber sistematik yorumun sadece ceza normunun bulunduğu kanuna hasredilmemesi gerekir. Çünkü ilgili kanun dışında da bir hukuk sistematigi mevcut olup, her hüküm bir şekilde diğer hükümlerle ilgilidir ve dikkate alınmaları gerekir<sup>51</sup>.

Normun anlamının ortaya çıkarılmasında başvurulacak bir diğer araç ise hazırlık çalışmalarıdır. Nihayetinde, geçmişli olmayan bir kanun, kökü olmayan bir ağaç gibidir<sup>52</sup>. Kanunun mecliste kabul edilmesine kadarki süreçte geçirdiği aşamaları ifade eden hazırlık çalışmalarını somutlaştıran teklif, tasarı, komisyon raporları, kanunun genel gerekçesi, madde gerekçeleri, görüşme metinleri gibi normun tarihini ortaya koyan belgelerin esas alınması itibarıyla bu tarz yoruma tarihsel yorum denmektedir<sup>53</sup>. Esasen bu belgeler kanun koyucunun norma ilişkin sübjektif iradesini ortaya koymaları bakımından oldukça önemlidir.

Amaçsal yorum yöntemi normun amacını tespit etmeye çalışırken sistematik yorumun ve tarihsel yorumun araçlarından yararlanmak zorundadır. Bu noktada normun amacı ile kastedilenin kanun koyucunun sübjektif iradesi olarak mı yoksa normun özünde taşıdığı objektif amaç olarak mı anlaşılması gerektiği noktasında bir belirlemenin yapılması elzemdir. Türk hukuku bakımından günümüzde baskın görüş, amaçsal yorum yönteminde kanun koyucunun değil, kanunun amacının esas alınması gerektiğidir<sup>54</sup>. Bu görüş *Tosun*'nun, kanunların yapıldıktan sonra onu yapanların isteğinin dışında bir varlık kazanacağı ve kendilerine özgü isteklerinin olacağı fikri ile uyumludur<sup>55</sup>. Benzer şekilde *Erem* de

<sup>47</sup> Zaklina Harasic, "More About Teleological Argumentation in Law", *Pravni Vjesnik* 31/3 (2015), 25. Türk doktrininde aynı yönde görüş için bkz. Demirbaş, *Genel Hükümler*, 141; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 135.

<sup>48</sup> Tosun, *Suç Muhakemesi*, 123-124; Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 50; Dülger, *Genel Hükümler*, 88; Baytaç, *Yorum*, 259-260.

<sup>49</sup> Baytaç, *Yorum*, 235. Centel/Zafer ve İçel'e göre sistematik yorum, lafzi yorumu tamamlayıcı niteliktedir. Bkz. Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 50; İçel, *Genel Hükümler*, 150.

<sup>50</sup> Erem, *Ümanist Doktrin*, 102; Zafer, *Genel Hükümler*, 98; Akbulut, *Genel Hükümler*, 61.

<sup>51</sup> Erem, *Ümanist Doktrin*, 102-103; Sancar, 34; Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, çev. Çeviren Sari Bashi (New Jersey: Princeton University Press, 2005), 254-255. Baytaç, normun hukuk düzenindeki yerinden yararlanılmasını sistematik yorumun ikinci basamağı olarak adlandırmaktadır. Bkz. Baytaç, *Yorum*, 236.

<sup>52</sup> Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 355.

<sup>53</sup> Akbulut, *Genel Hükümler*, 61; Baytaç, *Yorum*, 244-245. *Tosun*, hazırlık çalışmalarının tarihsel yorum altında mütalaa edilmesine karşındır. Yazara göre tarihsel yorumda kullanılan araç söz konusu hukuki müessesenin tarihçesidir. Bkz. Öztekin Tosun, "Ceza Kanunlarının Tefsir Vasıtaları Arasında Çalışmaları", *Adalet Dergisi* 48/9 (1957), 787, 796. Baytaç ayrıca doktrinde taraftar bulan tarihsel yorum-genetik yorum ayırımına da dikkat çekmekte, bu çalışmada benimsenen ve kanunlaşma sürecini esas alan tarihsel yorum yönteminin genetik yorum olarak da adlandırıldığını, kanun koyucunun niyetinden bağımsız olarak norm öncesi durumun objektif şekilde esas alındığı yorum türünün ise tarihsel yorum olarak tanımlandığını aktarmaktadır. Bkz. Baytaç, *Yorum*, 246-248.

<sup>54</sup> Centel - Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 50; Hakeri, *Genel Hükümler*, 27; Zafer, *Genel Hükümler*, 100; Soyaslan, *Genel Hükümler*, 132-133; Baytaç, *Yorum*, 257.

<sup>55</sup> Tosun, *Suç Muhakemesi*, 104.

yorumu, kanun maddesinin hakiki anlamını araştırma ve tayin etme faaliyeti olarak tanımladıktan sonra, bu hakiki anlamın kanunun objektif iradesi olduğunu ve bunun kanun koyucunun sübjektif iradesine uymayabileceğini ifade eder<sup>56</sup>. Doktrinde yorumun amacını kanun koyucunun iradesinin ortaya çıkarılması olarak gören bazı yazarlar ise kanun koyucunun iradesinin kanunun kabul edildiği dönemdeki değil, uygulandığı zamanın sosyal şartlarına göre anlaşılması gerektiğini ifade ederek bu görüşe yaklaşmaktadır<sup>57</sup>. Bu noktada, birleştirici görüş ya da birlik teorisi olarak adlandırılan bir diğer görüşte ise kanunun, kanun koyucunun sübjektif iradesi tamamen göz ardı edilmeksizin, günün şartları ve yeni ihtiyaçlar göz önüne alınarak, kanun koyucunun öngöremediği olaylara da hitap edecek şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>58</sup>.

Birleştirici görüş ile uyumlu bir anlayışı benimseyen yazarlardan olan *Barak*, bir normun amacının soyut bir kavram olduğunu ve hem sübjektif hem de objektif amaçtan teşekkül ettiğini savunmaktadır<sup>59</sup>. Sübjektif amaç, metnin yazarının tarihsel-sübjektif niyetini yansıtırken, objektif amaç, makul bir yazarın güncel sosyal-objektif niyetini ve hukuk sisteminin temel değerlerini yansıtır<sup>60</sup>. Bir normun objektif ve sübjektif amaçları arasındaki sentez ise, onun nihai amacını (*ultimate purpose*) oluşturur<sup>61</sup>:

*“Yorumcular bu iki tür amacı varsayımlar (presumptions) olarak görürler. Bir yandan, yorumcular normun amacının onu koyanın niyetini gerçekleştirmek olduğunu varsayarlar. Diğer yandan, normun amacının hukuk sisteminin amacını gerçekleştirmek olduğunu varsayarlar. Nihai amaca ulaşmak için, yorumcular varsayımları birlikte değerlendirir ve her birine önemine veya ağırlığına göre bir statü atarlar. Önem, metinden metne ve metin türünden metin türüne değişir. Örneğin, bir vasiyetnamede sübjektif niyet belirleyici faktör olacak kadar ağır basarken, bir anayasada hukuk sisteminin niyeti ön plana çıkar. Bir sözleşmede, tarafların niyeti önemli bir ağırlık taşır, ancak sistemin niyetine de ağırlık verilir. Bir kanunda, kanun koyucunun niyeti (yasama niyeti) ve sistemik niyet (kanunun niyeti) her ikisi de önemlidir ve bunların göreceli ağırlığı mevzuat türleri arasındaki ikincil ayrımlara bağlıdır (eski veya yeni, özel veya genel, kurallara veya ilkelere dayalı, vb.) Göreceli ağırlığı ne olursa olsun, sübjektif veya objektif her bir varsayım, yorumlama süreci boyunca etki gösterir.”*

*Barak*'ın bütünlendirici sübjektif-objektif yorumlama sistemleri (*integrative subjective-objective systems of interpretation*) olarak adlandırdığı ve amaçsal yorum yöntemini de bir parçası gördüğü sistemlerde yorumcu, öznellik (metnin yazarının niyeti) ve nesnellik (makul bir yazarın veya sistemin niyeti) arasında serbestçe hareket edebilir ve bu ikisini bütünlendirme girişiminde bulunabilir<sup>62</sup>. Yazar ayrıca, normun nihai amacının bulunmasında sistematik araç ve hukukun genel ilkelerine özellikle dikkat çeker. Buna göre yorum, sistemin parçalarının uyum içinde çalışabilmesi ve farklı normlar arasındaki iç çatışmanın önlenmesi adına, ilk olarak, sistem içinde normatif uyumu hedeflemelidir<sup>63</sup>. Herhangi bir hukuki metni yorumlayan kişi, bu metni anayasanın demokratik karakterini, hukuk sisteminin temel ilkelerini ve amaçlarını ve anayasa hukukunu yansıtan birtakım değerler ile de entegre etmelidir<sup>64</sup>. Yazarın, her hukuk normunun amentüsü (*credo*), habitatu veya üzerini kaplayan normatif şemsiyesi olarak ifade ettiği bu değerler, bazen metnin yazarının niyetinin (sübjektif amaç) ve her zaman makul yazarın ve sistemin niyetinin bir parçasıdır (objektif amaç)<sup>65</sup>. Eşitlik, adalet, hukuk devleti, suçsuzluk karinesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği, insan haysiyetinin dokunulmazlığı gibi ilkeler “hukukun genel

<sup>56</sup> Erem, *Ümanist Doktrin*, 87.

<sup>57</sup> Örneğin bkz. Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki*, 177; Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 127-128.

<sup>58</sup> Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri*, 101, 104, 105; Artuk vd., *Genel Hükümler*, 207; Özbek vd., *Genel Hükümler*, 122; Baytaç, *Yorum*, 180-183.

<sup>59</sup> Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 90

<sup>60</sup> Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 90.

<sup>61</sup> Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 91.

<sup>62</sup> Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 37, 182.

<sup>63</sup> Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 254

<sup>64</sup> Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 254.

<sup>65</sup> Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 254.

ilkeleri” adıyla Türk hukukunda da önemli bir yorum aracı olarak gösterilmektedir<sup>66</sup>. Hatta yapılan yorum sonucunda adalete aykırı bir sonuca ulaşılmışsa, yorum yöntem veya aracının değiştirilmesi gerektiği de vurgulanmaktadır<sup>67</sup>.

Kanaatimizce ceza normlarının yorumlanmasında lafzi yorumun, kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak, asli yorum yöntemi olduğu noktasında şüphe yoktur. Fakat yeterli olmadığı durumlarda normun nihai amacının belirlenmesi için sübjektif ve objektif amaçların ortaya konularak sentezci bir yaklaşım benimsenebilir. Dolayısıyla bu görüş, kanun koyucunun sübjektif iradesinin göz ardı edilmesini gerektirmez. Aksine, yorum faaliyeti sonunda benimsenmese dahi, kanun koyucunun iradesini mutlaka başvurulması gereken bir araç olarak görür. Esasen kanun koyucunun bu sübjektif iradesini kanun metninde açıkça ortaya koyması beklenir. Dahası, *Barak*’ın yorum yönteminde bu iradenin bazen doğrudan hukukun genel ilkelerini yansıtabileceği de görülmektedir. Normun objektif amacı ise her zaman bu değerleri yansıtan bir karakterdedir. Diğer bir deyişle objektif amacın sistemin temel ilkelerinden sapmak değil onları gerçekleştirmek olduğu kabul edilmelidir<sup>68</sup>. Dolayısıyla bir ceza normunun yorumunda da ilgili norm ile ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku ve hatta hukukun genel ilkelerinden bir sapmanın amaçlandığı konusunda yorumcu şüpheye düşmemelidir. Kanun koyucunun böyle bir sapma yönünde iradesi varsa, bunu metinde açıkça belirtmesi gerekir. Kanunilik ilkesi ve onun bir uzantısı olan belirlilik ilkesi bunu gerektirir. Diğer taraftan yasa metni her zaman için yorumda ölçüyü belirler. Ceza hâkimi, kanun metninde bu tür bir sapmanın açık olduğu hallerde, normu, normun sözel mantığına aykırı olacak şekilde yorumlayıp kanunilik ilkesine aykırı da davranamaz. Kanunun lafzının dışına çıkan böyle bir “taşkın yorumun”, ceza hukukunda kıyasa eşdeğer olarak kabul edilmesi gerekir<sup>69</sup>. Bu noktada yapılacak olan, lafzına rağmen normu yorum yoluyla genel ilkelere uygun hale getirip ona uygulama alanı açmak değil, somut norm denetimi yoluyla anayasal denetime tabi tutulması için girişimde bulunmaktır.

## II. Yorum Aracı Olarak Madde Gerekeçleri

### A. Hazırlık çalışmalarının bir görünümü olarak madde gerekeçleri

Ceza normunun amacını belirlerken hazırlık çalışmalarına başvurmak doğru bir usul olmakla beraber, nisbi bir değer taşır<sup>70</sup>. Bu çalışmalar sırasında ortaya çıkan fikir çatışmalarından bir sonuç çıkarmanın zor olmasının yanı sıra, bu fikirler esasen kişisel fikir niteliğinde olduğundan somut bir kişiliği olmayan kanun koyucuya atfedilmeleri de mümkün değildir<sup>71</sup>. Madde gerekeçleri söz konusu fikirler üzerindeki bir nevi uzlaşının somut bir görünümü olması nedeniyle yorum faaliyetinde kullanılmaya çok daha elverişli bir araçtır. Öyle ki bu gerekeçlere resmi bir değer atfetmenin mecburi olduğuna yönelik bir görüş dahi ileri sürülmüştür<sup>72</sup>. Amaçsal yorum yöntemini, bir normun objektif ve sübjektif amaçları arasındaki sentezini yani onun nihai amacını bulma olarak nitelendirmemiz sonucunda, madde gerekeçlerinin bu yorum yönteminde bir araç olarak kullanılabilmesi uygun ve aynı zamanda gereklidir. Kanun koyucuların kanunu yürürlüğe koydukları zamanki anlayışları doğal olarak bir yorumcunun kanunun “orijinal” anlayışını formüle etmesine yardımcı olur ve bu nedenle yorumlama sürecinin bir parçası olarak her zaman başvurulmalıdır<sup>73</sup>.

<sup>66</sup> Tosun, *Suç Muhakemesi*, 117; Artuk vd., *Genel Hükümler*, 203; Zafer, *Genel Hükümler*, 104; Akbulut, *Genel Hükümler*, 62.

<sup>67</sup> Tosun, *Suç Muhakemesi*, 117; Zafer, *Genel Hükümler*, 104.

<sup>68</sup> Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 254.

<sup>69</sup> Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda İctihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas”, 98.

<sup>70</sup> Baytaz, *Yorum*, 252; Erem, *Ümanist Doktrin*, 104; Tosun, *Tefsir Vasıtaları*, 796.

<sup>71</sup> Erem, *Ümanist Doktrin*, 104. Ayrıca bkz. Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 350. Bu yorum aracına yönelik eleştiriler için bkz. Tosun, *Tefsir Vasıtaları*, 793-795.

<sup>72</sup> Erem, *Ümanist Doktrin*, 104.

<sup>73</sup> Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri*, 101; Barak, *Purposive Interpretation in Law*, 355. “Bir yasanın doğru olarak uygulanması yasanın ortaya çıkışında düzenlenmesi istenen, öngörülen sorunu, alanı, durumu uygulamacının anlamasını şart koşar; fakat bu, uygulamacının kendini, bizzat norm koyucusunun yerine geçip düşüncesini anlamasını zorunlu kılmaz” şeklindeki görüş için ayrıca bkz. Heper, “Almanya’da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler”, 83.

Gerekçeler, kanun gerekçesi ve madde gerekçesi olmak üzere iki şekilde söz konusu olabilir. Mevzuat hazırlığına ilişkin düzenlemeler, gerekçelerin kanun yapma sürecinin her aşamasında önemli olduğunu ortaya koymaktadır. TBMM İçtüzüğü<sup>74</sup> uyarınca kanun teklifleri, gerekçesi ile birlikte Meclis Başkanlığı'na verilir (m. 74/2) ve Başkanlık, tekliflerin hangi komisyonlarda görüşüleceğini, esas ve tali komisyonların hangisi olacağını tespit eder (m. 23/1). Kanun teklifleri, Başkanlıkça komisyonlara doğrudan doğruya havale edildikten sonra (m. 74/4), komisyonlar, şartlarına uymayan kanun tekliflerini sahiplerine tamamlamaya yetkilidir (m. 74/3). Teklif edilen kanunlar ve gerekçeleri meclis genel kuruluna gelene kadar söz konusu esas ve tali komisyonlardaki tartışmalar sonucunda revize edilir<sup>75</sup>. 21. Yasama Döneminden itibaren, madde gerekçelerinin de bir parçası olduğu hazırlık çalışmalarına ilişkin tutulan kayıtlara TBMM'nin resmi çevrimiçi kaynaklarından erişim mümkündür<sup>76</sup>.

Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar, bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan mevzuat taslaklarını kapsayan Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (MHUEHY)<sup>77</sup> de gerekçelerin işlevine dair çeşitli hükümler ihtiva eder. Yönetmelik uyarınca, mevzuat taslakları Cumhurbaşkanlığına sunulmadan önce görüş alınması zorunlu olan kurum ve kuruluşlara gönderilirken görüş isteme yazısına genel gerekçe ile varsa madde gerekçeleri eklenir<sup>78</sup>. İlgili kurum ve kuruluşlardan alınması gereken görüşler tamamlandıktan sonra, Bakanlıklarca hazırlanarak elektronik ortamda Cumhurbaşkanlığına gönderilecek teklif yazısı ekinde, nihai taslakla beraber genel gerekçenin, Kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi taslaklarında ayrıca madde gerekçelerinin bulunması zorunludur<sup>79</sup>. MHUEHY m. 23 uyarınca,

*“(1) Genel gerekçede, taslağın amacı ve hazırlanmasını gerektiren nedenler açıkça belirtilir.*

*(2) Madde gerekçesinde, maddenin düzenlenme nedeni ve amacı açıklanır. Kaldırılması, değiştirilmesi veya eklenmesi istenen hükümlerin neler olduğu ve kaldırma, değiştirme veya ekleme sebepleri açıkça belirtilir. Madde gerekçeleri, her madde için ayrı ayrı düzenlenir. Madde gerekçesi, madde metninin tekrarı biçiminde hazırlanamaz.”*

TBMM Adalet Komisyonu'nun Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na ilişkin 08.03.2004 tarihli ve 1/593-60 sayılı raporunda madde başlığı ve gerekçesinin, madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu ve bu hususun, madde hükümlerinin yorumlanması açısından büyük bir önem taşıdığı belirtilmiştir<sup>80</sup>. Bununla beraber madde gerekçelerinin her zaman kanun metniyle tam bir uyum gösterdiği söylenemez. Madde gerekçelerinin ve dolayısıyla kanun koyucunun subjektif iradesinin esas alındığı bir yorumda sınırın aşılması ve kıyasa varan uygulamaların yapılması söz konusu olabilir. Bu durum özellikle maddenin lafzından çıkarılamayacak bir anlamın madde gerekçesinde yer aldığı hallerde gündeme gelir. Bir sonraki bölümde seçili ceza normları özelinde bu husus değerlendirilmiştir.

## **B. Seçili ceza normlarının yorumunda madde gerekçeleri**

Çalışmanın giriş bölümünde de belirtildiği üzere tüm ceza normlarının madde gerekçelerinin tek tek analiz edilmesi mümkün değildir. Bu durum madde gerekçelerinin yorum aracı olarak kullanılmasının kanunilik ilkesi bağlamında ne derecede kabul edilebilir olduğu konusunda sadece sınırlı sayıda norma atıfla yapılacak bir analizi zorunlu kılar. Madde gerekçeleri ilgili kanun hükmünün yorumlanmasında

<sup>74</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü (TBMM), *Resmî Gazete* 14506 (13 Nisan 1973).

<sup>75</sup> Süreç hakkında bilgi için bkz. Baytaç, *Yorum*, 249-250.

<sup>76</sup> Komisyon tutanakları için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), “Komisyon Raporları” (Erişim 10 Ekim 2024). 21. Yasama Döneminden itibaren, kanunlara ilişkin bilgiler ile kabul edildiği haliyle kanun metinlerine, ilgili Komisyon Raporu ve Genel Kurul görüşme tutanaklarına erişim için ayrıca bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), “Kanunlar” (Erişim 10 Ekim 2024).

<sup>77</sup> Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (MHUEHY), *Resmî Gazete* 31760 (24 Şubat 2022).

Yönetmelik m. 1/3 uyarınca, “Milletvekilleri tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan kanun teklifleri bu Yönetmeliğin kapsamı dışındadır.”

<sup>78</sup> MHUEHY, m. 6.

<sup>79</sup> MHUEHY, m. 8,9,10.

<sup>80</sup> M. Emin Artuk vd., *Gerekçeli Ceza Kanunları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 9-10.

elverişli bir araç olmakla beraber bazı durumlarda ceza normuna dair hiçbir açıklama getirmez, sadece suçun ayrıca düzenlendiğine dair bir tespitte bulunur<sup>81</sup>. Diğer taraftan, madde gerekçesinin, ceza normunun neden ihdas edildiğine, normun neyi amaçladığına ve nasıl anlaşılması gerektiğine dair oldukça ayrıntılı bilgiler içerebildiği görülmektedir. Suç ve ceza içeren hükümler söz konusu olduğunda kanunilik ilkesinin esas olduğu, bunun da belirlilik ilkesini beraberinde getirdiği tartışmasız olmakla birlikte, bazı suç tiplerinde madde gerekçesi olmaksızın uygulama yapılması zorlayıcı olabilmektedir. İşkence suçunu düzenleyen TCK m. 94<sup>82</sup> ile eziyet suçunu düzenleyen m. 96<sup>83</sup> bunun en çarpıcı örneklerindedir. Belirlilik ilkesinin ihlali olarak eleştirilebilecek bu tür normlarda kanun metninde yer alan fiil unsurunun sınırlandırılması noktasında büyük bir ihtiyaç ortaya çıkar ve madde gerekçesinin açıklamaları bu ihtiyacın giderilmesinde önemli bir rol üstlenebilir.

Diğer taraftan, ceza normunun benzer suçlardan farkını ortaya koyan ya da normun nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiğine ilişkin detaylı bilgiler içeren bazı madde gerekçelerinin, kanunun lafzına, sistematığına veya genel ilkelere uyum göstermemesi nedeniyle göz ardı edildiği veya göz ardı edilmesi gerektiği durumlar da olabilir. Maddi ceza normları bakımından kötü muamele suçunun (TCK m. 232) madde gerekçesi, ceza muhakemesi normları bakımından ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararını düzenleyen CMK m. 231/5'te yer alan "uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır" ifadesine yönelik madde gerekçesi bu durumların söz konusu olduğu sadece iki örnektir. Daha önce de belirtildiği üzere, bu örneklerin sayısı çoğaltılabilmekle beraber, makale niteliğindeki tek bir çalışma kapsamında okuyucuya sunabilmek ne yazık ki mümkün değildir.

## 1. İşkence (TCK m. 94) ve eziyet (TCK m. 96) suçları

İşkence suçunun madde gerekçesinde öncelikle norma duyulan ihtiyaç konusunda ayrıntılı bir açıklama yer almaktadır<sup>84</sup>. Buna göre, "Türkiye, taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde işkencenin yasak olduğunu kabul ederek, işkencenin önlenmesiyle ilgili gerekli tedbirleri alma konusunda taahhüt altına girmiştir". Söz konusu milletlerarası sözleşmelerde ve Anayasa'da işkenceyi yasaklayan hükümlerin sunulmasından sonra ise, suç ile korunan hukuki değerın karma nitelikte olduğu belirtilir. Buna göre işkence teşkil eden fiiller, "bir yandan buna maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına ve onuruna saldırı niteliği taşımakta, beden ve ruh sağlığını bozmakta", diğer taraftan ise "belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvurulmuş işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilmektedir". Normun ihdas amacına yönelik söz konusu

<sup>81</sup> Örneğin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen TCK m. 104'ün, 6545 sayılı Kanun ile değişmeden önceki ilk halinde gerekçesi, "Madde metninde, reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkide bulunmak, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır." şeklinde bir cümleden ibarettir. Bkz. Artuk vd., *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 141.

### <sup>82</sup> TCK m. 94 - İşkence

"(1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (Ek cümle:12/5/2022-7406/4 md.) Suçun kadına karşı işlenmesi hâlinde cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz.

(2) Suçun;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla,

İşlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.

(5) Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.

(6) (Ek: 11/4/2013-6459/9 md.) Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez."

### <sup>83</sup> TCK m. 96 - Eziyet

"(1) Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (Ek cümle:12/5/2022-7406/5 md.) Suçun kadına karşı işlenmesi hâlinde cezanın alt sınırı iki yıl altı aydan az olamaz.

(2) Yukarıdaki fıkra kapsamına giren fiillerin;

a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,

b) Üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe veya boşandığı eşe karşı,

İşlenmesi halinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

<sup>84</sup> Artuk vd., *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 126-128.

açıklamalardan sonra ise normun kapsamına hangi fiilleri aldığına dair bir açıklama gelmektedir. TCK m. 94 kapsamında düzenlenen işkence suçunun fiil unsuru madde metninde, kişinin “bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar” şeklinde belirlenmiştir. Bu hareketler nedeniyle işkence suçunun seçimlik hareketli, serbest hareketli, sırf hareket suçu ya da neticeli suç olup olmadığı yönündeki doktrinel tartışmalar<sup>85</sup> makalenin kapsamını aştığından, burada hareketlerin icrasının devam edip etmemesine ilişkin olarak kanun metni ile madde gerekçesi arasındaki uyuma dikkat çekilmiştir. Gerekçeye göre, “işkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir; ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler”. İşkence suçunun kanunda yer alan diğer suçlardan ayırt edilmesi noktasında önemli olan sistematiklik ve süreklilik unsurunun sadece madde gerekçesinde yer alıp, kanun metninde yer almaması haklı olarak eleştirilmektedir<sup>86</sup>.

Madde gerekçesinin bir diğer vurgusu ise işkence suçunu oluşturan fiillerin kasten yaralama, hakaret, tehdit ve cinsel taciz niteliği taşıyan fiiller olduğuna yönelik belirlemeleridir. Nitekim TCK m. 94/3 kapsamında, fiilin, cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesinin bir nitelikli hal oluşturduğu görülmektedir. Doktrinde suçun cinsel dokunulmazlığa yönelik hareketlerle de işlenmesi mümkün olduğundan, fiziksel temas içermeden cinsel rahatsızlık veren hareketleri cezalandıran cinsel taciz suçunun bu şekilde nitelikli hal olarak düzenlenmesi haklı olarak eleştirilmektedir<sup>87</sup>. Gerçekten de cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri “insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine yol açan” davranış tanımına uymaktadır. Söz konusu suçların madde gerekçesinde sayılmaması ve sadece suçun cinsel taciz şeklinde işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmesi karşısında, işkence suçunun cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarını oluşturan hareketlerle işlenmesi halinde failin ayrıca bu suçlardan da cezalandırılması gerekir. Bu durum esasen TCK m. 44 ile getirilen fikri içtima kuralını bertaraf etmektedir<sup>88</sup>. Bu noktada madde gerekçesinin, işkence suçunun işlenme biçimleri olarak kasten yaralama, hakaret, tehdit ve cinsel taciz niteliği suçlarını zikretmesinin oldukça etkili olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim Yargıtay’ın da işkence suçunu diğer suçlardan ayırt ederken madde gerekçesindeki suçun maddi unsuruna ilişkin açıklamaları istikrarlı olarak benimsediği, bir diğer deyişle kanun koyucunun madde gerekçesinde somutlaşan sübjektif iradesinin uygulamaya da yön verdiği görülmektedir<sup>89</sup>.

TCK m. 96’da düzenlenen eziyet suçu ise işkence suçuna kıyasen belirlilik açısından çok daha eleştiriye açık bir normdur. Madde metninde suçun fiil unsuru olarak sadece “bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışlar” gösterilmiştir. Eziyetin nasıl anlaşılması gerektiği konusundaki belirsizliğin çözümünde en büyük araç olarak madde gerekçesi ortaya çıkmaktadır. Madde gerekçesinde eziyet suçunun “bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlardan” teşekkül ettiği, bu fiillerin de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabildiği ve bu fiillerin, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlendiği ortaya konulmuştur<sup>90</sup>. Dolayısıyla işkence suçu maddi unsur bakımından işkence suçu ile aynı özelliklere sahip bir suç olarak değerlendirilmelidir. Her iki suç tipini birbirinden ayıran unsur ise suçun failidir. Özgü bir suç olan işkence suçunun faili kamu görevlisi iken, eziyet suçu herkes

<sup>85</sup> Örneğin bkz. Durmuş Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 264, 279; M. Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 301- 306; Mahmut Koca - İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 344; Tuğrul Katoğlu, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Tanımı”, *Legal Hukuk Dergisi* 4/Rona Aybay’a Armağan (2014), 1470.

<sup>86</sup> Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 271-272; Artuk vd., *Özel Hükümler*, 303; Katoğlu, “İşkence Tanımı”, 1472, 1480; İsa Başbüyük, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/Özel Sayı (2012), 1465.

<sup>87</sup> Artuk vd., *Özel Hükümler*, 308.

<sup>88</sup> Artuk vd., *Özel Hükümler*, 311.

<sup>89</sup> Örn. bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2016/17, (19 Ocak 2016); Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2019/497, (25 Haziran 2019).

<sup>90</sup> Artuk vd., *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 129-130.

tarafından işlenebilen bir suç tipidir. Doktrinde de kanunilik ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğu ifade edilmekle beraber eziyet suçunun suç genel teorisine göre analiz edilmesinde, gerekçenin sunduğu açıklamalar esas alınmaktadır<sup>91</sup>. Yargıtay uygulamasında eziyet suçu bakımından da madde gerekçesinin açıklamalarının istikrarlı olarak benimsendiği görülmektedir<sup>92</sup>.

İşkence ve eziyet suçlarının kanun metninde belirlilik ilkesine aykırı bir şekilde formüle edilmesi, normun yorumunda uygulayıcıyı, lafzi yorumun ötesinde bir yorum faaliyeti yapmaya zorlamaktadır. Her iki suç tipinin de güncel uygulaması, kanun koyucunun madde gerekçesi ile ortaya koyduğu subjektif amacın, normun nihai amacı olarak kabul edildiğini ve benimsendiğini göstermektedir.

## 2. Kötü muamele suçu (TCK m. 232)

TCK m. 232'de düzenlenen kötü muamele suçunun ilk fıkrasında aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunulması, ikinci fıkrasında ise failin idaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması cezalandırılmaktadır. Madde metninde geçen kötü muamele ifadesinin hangi fiilleri kapsadığı ise belirsizdir. Madde gerekçesine göre, "her türlü kötü muamele, suçun oluşmasını olanaklı kılmaz; kötü muamelenin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte bulunması gereklidir"<sup>93</sup>. Gerekçe, "yarı aç veya susuz bırakmak, uyku uyutmamak, zor koşullarda çalışmaya mecbur etmek" gibi hareketleri örnek olarak göstermektedir. Merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte olma şartının kanun metninde değil de gerekçede yer alması eleştirilmekle beraber<sup>94</sup>, Yargıtay'ın kötü muamele ifadesini yorumlarken bu açıklamaya itibar ettiği görülmektedir<sup>95</sup>.

Bu noktada failin, merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak şekilde aynı konutta yaşadığı mağdura karşı kasten yaralama suçunu işlemesi halinde, TCK m. 232/1 uyarınca mı yoksa kasten yaralamayı düzenleyen TCK m. 86 uyarınca mı cezalandırılacağı sorusu gündeme gelir. Madde gerekçesine göre "bu muamele biçimi kişide basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmiş ise, artık kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir". Gerekçenin bu çözümü maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçu için de geçerlidir: disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen davranış kişide BTM ile giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmişse kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir<sup>96</sup>.

Madde gerekçesinin bu açıklamaları göz önünde bulundurulduğunda, disiplin yetkisini kullandığından bahisle çocuğuna tokat atan bir babanın veya öğrencisinin kulağını çeken bir öğretmenin kasten yaralama suçundan değil, TCK m. 232 birinci veya ikinci fıkra uyarınca sorumlu olması gerekir. Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında BTM ile giderilebilecek ölçüdeki yaralamaların kötü muamele suçunun bir unsuru olarak ele alındığı fakat bu kararlarda, kötü muamelenin süreklilik arz etmesi gerektiğinden bahisle, tek bir BTM ile giderilebilecek derecede yaralamanın kasten yaralama suçuna, fakat süreklilik arz edecek şekilde tekrarlanan BTM ile giderilebilecek derecede yaralamanın ise kötü

<sup>91</sup> Örn. bkz. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik*, 283-296; Koca - Üzülmüş, *Özel Hükümler*, 351-356; Handan Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu", *İÜHFMLXXI/1* (2013), 1273-1290.

<sup>92</sup> Örn. bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2014/19386, (10 Eylül 2014); Yargıtay 8. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2018/7245, (21 Haziran 2018).

<sup>93</sup> Artuk vd., *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 280-281.

<sup>94</sup> Bu eleştiri için bkz. Ayşe Nuhoğlu, *Aile Düzenine Karşı Suçlar* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2009), 110-111.

<sup>95</sup> Örneğin bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2018/8723, (15 Mayıs 2018); Yargıtay 4. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2023/24338, (21 Kasım 2023); Yargıtay 18. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2017/1535, (13 Şubat 2017); Yargıtay 18. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2017/8552, (07 Temmuz 2017).

<sup>96</sup> Gerekçeye göre, "Keza, hakaret oluşturan fiiller, bu disiplin yetkisi kapsamına girmedikleri gibi, kötü muamele suçu olarak değil, hakaret suçundan dolayı cezalandırılmayı gerektirir." Bkz. Artuk vd., *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 280.

muamele suçuna yol açacağına yönelik bir anlayışın hâkim olduğu görülmektedir<sup>97</sup>. Oysaki güncel Yargıtay uygulamasında, TCK m. 232/1 bakımından kötü muamele, yaralama, tehdit, sövme gibi kanunun başka maddelerinde açıkça düzenlenmiş suçlar dışında kalan eylemleri kapsar. Dolayısıyla söz konusu eylem BTM ile giderilebilecek yaralama boyutunda dahi olsa fail kasten yaralama kapsamında cezalandırılır<sup>98</sup>. Dahası, güncel Yargıtay uygulamasında kötü muameleyi oluşturan fiilin süreklilik arz etmesi de gerekmez. Hatta kötü muamele niteliğindeki fiillerin sistematik ve/veya süreklilik arz etmesi halinde eziyet suçunun oluşabileceğine dair birçok güncel içtihadı da mevcuttur<sup>99</sup>.

Aynı uygulama disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçu (TCK m. 231/2) için de geçerlidir. Örneğin, öğrencinin eline bir sopayla vurarak BTM ile giderilebilecek nitelikteki yaralama eylemi, eğitim ve öğretim yükümlülüğü nedeniyle sahip olunan terbiye hakkı ve disiplin yetkisi kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, TCK m. 86/2 ve 86/3-d maddesinde öngörülen kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanarak BTM ile giderilebilecek şekilde kasten yaralama suçu dolayısıyla ceza sorumluluğu belirlenir<sup>100</sup>. Yargıtay'ın bu yerleşik uygulaması, anne ve babanın çocuğuna karşı sahip olduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisi söz konusu olduğunda da geçerlidir<sup>101</sup>. Ebeveynin çocuğa onu terbiye etmek adına tokat atması gibi BTM ile giderilebilecek olaylarda TCK'nin 86/2 ve 86/3-a maddelerine uyan altsoya karşı BTM ile giderilebilecek şekilde kasten yaralama suçu söz konusu olur.

Dolayısıyla Yargıtay uygulaması söz konusu suçların kapsamına dair madde gerekçesinden farklı bir anlayış benimsemektedir. Kanaatimizce bu farklılık, kulak çekme, tokat atma gibi geçmişte ebeveyn, öğretmen, usta gibi kişilerin disiplin yetkisinin içinde addedilen eylemlerin, günümüzde haksızlık içeriği olarak kötü muameleden daha ağır görülmeleri ile de açıklanabilir. Nitekim bu durum, nispeten iki suç arasındaki cezalara da yansımıştır. Söz konusu kişilerin işlediği BTM ile giderilebilecek ölçüde yaralama eyleminin karşılığı olan ceza, TCK m. 86/2 ve TCK m. 86/3-a,b,d hükümleri uyarınca 6 aydan 1,5 yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıdır. TCK m. 232 kapsamında faile verilecek ceza ise 1 yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür<sup>102</sup>.

Esasen böyle bir anlayış değişikliği mevcut olmasa dahi, kanunda ayrıca suç olarak düzenlenen ve anne, baba, öğretmen gibi kişiler tarafından işlenmesi nitelikli hal olarak cezalandırılan bir eylemin, sırf madde gerekçesinden hareketle, TCK m. 231/1,2 kapsamında cezalandırılması kanunun sistematığına de aykırılık oluşturur. Gerçekten de kötü muamele suçu, topluma karşı suçlar kısmında aile düzenine karşı suçlar bölümü altında düzenlenirken, kasten yaralama suçu, kişilere karşı suçlar kısmında vücut dokunulmazlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Kişinin doğrudan vücut dokunulmazlığını ihlal eden ve belirli kişiler tarafından belirli kişilere karşı işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren bir eylemin, münhasıran aile ve toplum düzenini ihlal eden eylemlerden ayırt edilmesi gerekir. Söz konusu

<sup>97</sup> Örneğin bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2008/197, (15 Ocak 2008): "Sanığın eyleminde aile bireylerine kötü davranma suçuna özgü sürekliliğinin ne suretle oluştuğuna ilişkin kanıtlar gösterilmeden ve sanığın eşini basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek biçimde yaraladığı kabul edilmesine karşın TCY'nın 86/2-3. maddeleri yerine 232/1. maddesi uyarınca hükümlülük kararı verilmesi"

<sup>98</sup> Örneğin bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2010/6251, (06 Nisan 2010); Yargıtay 8. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2014/25085, (06 Kasım 2014).

<sup>99</sup> Bu konudaki Yargıtay kararları ve açıklamalar için bkz. Hakeri - Tekin, *Tartışmalı Sorularla*, 121-127.

<sup>100</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2008/14702, (25 Haziran 2008). Aynı yönde bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2010/9623, (29 Mart 2010); Yargıtay 3. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2018/11089, (19 Haziran 2018); Yargıtay 14. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2012/6328, (04 Haziran 2012).

<sup>101</sup> Örneğin bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2014/3516, (30 Ocak 2014); Yargıtay 3. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2015/5232, (11 Şubat 2015); Yargıtay 3. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2019/11145, (22.05.2019); Yargıtay 3. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2019/21550, (26 Kasım 2019); Yargıtay 18. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2015/6926, (08 Ekim 2015).

Bu konuda ayırık ve hatalı bulduğumuz bir karar örneği olarak bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi (Yargıtay), K. 2014/30559, (22 Eylül 2014): "Olay tarihinde 16 yaşında olan ve birden fazla kez evden kaçan mağdura yönelik babası olan sanığın bir kez tokat atması şeklinde gerçekleşen eylemde, babanın mağdura yönelik tedip hakkını kullandığına dair kabulde bir isabetsizlik görülmediğinden, tebliğnamedeki bozma görüşüne iştirak olunmamıştır."

<sup>102</sup> TCK m. 232/1 bakımından, 2 aydan 1 yıla kadar.



suçlar arasında kurulacak bir birleşik suç ya da fikri veya görünüşte içtima ilişkisinin ise madde metninde şüpheye düşürmeyecek şekilde yer alması beklenir.

### 3. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması ve uzlaşma (CMK m. 231/5, 2. cümle)

Türk hukukunda ilk kez Çocuk Koruma Kanunu<sup>103</sup> ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanması öngörülen hükümün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı, Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK) 5560 sayılı Kanun<sup>104</sup> ile eklenmiş ve uygulamada yaşanan sorunlar nedeniyle birçok kez değişikliğe uğramış önemli bir kurumdur. CMK m. 231'in 5-14. fıkraları arasında düzenlenen bu kurum, hükmolunan sonuç cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması halinde, müsadereye ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder. İlgili maddenin 5. fıkrasında yer alan "uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır" ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği yoruma muhtaçtır.

Esasen uzlaşmanın bir muhakeme şartı olmasından dolayı, uzlaşmaya tabi suçlarda bu usule başvurulmadan hüküm kurulması hukuka aykırıdır. 5560 sayılı Kanun'un yasalaşma sürecinde kanun taslağının gerekçesinde bu ifadenin nasıl anlaşılması gerektiği şu şekilde açıklanmıştır<sup>105</sup>:

*"Böylece, yargılama konusu fiil 255 inci madde uyarınca uzlaşmaya tabi ise, öncelikle uzlaşma yoluyla uyumsuzluğun sona erdirilmesi denenecektir. Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini defaten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, şartları aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Uzlaşma gerçekleşmediği takdirde ise, mahkeme; mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşmayı kabul etmemesi halinde, şartları aranmaksızın, uzlaşmayı kabul eden sanık hakkında kovuşturma konusu suçla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilir. Mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşmayı kabul etmesine rağmen sanığın kabul etmemesi halinde, 231 inci maddedeki şartlar gerçekleşmiş olsa bile, sanık hakkında kovuşturma konusu suçla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez."*

Görüldüğü üzere gerekçeye göre, uzlaşmaya tabi suçlarda önce uzlaşma yolu denenecek, uzlaşıldığı takdirde edimin niteliğine göre düşme veya HAGB kararı verilecektir. Bu kapsamda verilecek HAGB kararının CMK m. 231'deki şartlara tabi olmadan verileceği zaten mahkeme tarafından uzlaşmayı düzenleyen CMK m. 254'ün 2. fıkrasında<sup>106</sup> da açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla tarafların uzlaşması halinde yapılacak uygulama konusunda madde gerekçesi ve CMK uyumludur. Uzlaşmanın gerçekleşmemesi halinde sanık hakkında HAGB kararının verilebilmesi noktasında ise gerekçe, uzlaşmanın sanıktan kaynaklı olup olmadığını esas alarak bir ayırım yapmaktadır. Buna göre sanık uzlaşmak istediği halde mağdur uzlaşmayı istememiş ve bu nedenle uzlaşma sonuçsuz kalmışsa sanık hakkında HAGB kararı, HAGB'nin diğer şartları dahi aranmaksızın, verilebilecektir. Diğer taraftan, mağdur uzlaşmayı kabul etmesine rağmen sanık kabul etmemişse, HAGB'nin diğer şartları mevcut olsa dahi, HAGB kararı verilemeyecektir. Gerekçe, her iki tarafın da uzlaşmayı kabul etmemesi halinde nasıl uygulama yapılacağı konusunda ise bir açıklama getirmemiştir.

Madde gerekçesinde yer alan ve fakat kanunda yer almayan bu ayırımın mahkemeler tarafından somut olayda göz önünde bulundurulmasının ne derece kabul edilebilir olduğu tartışmaya açıktır. Nitekim

<sup>103</sup> Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK), *Resmî Gazete* 25876 (15 Temmuz 2005), Kanun No. 5395.

<sup>104</sup> Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, *Resmî Gazete* 26381 (19 Aralık 2006), Kanun No. 5560, m. 23.

<sup>105</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), "Mevzuat" (Erişim 24 Ekim 2024).

<sup>106</sup> "Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini defaten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır."

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) önüne gelen bir davada, söz konusu gerekçeyi esas alarak uygulama yapan bir ilk derece mahkemesinin kararı denetime tabi tutulmuştur<sup>107</sup>. İlgili karara konu olayda, yerel mahkeme dava devam ederken sanığa uzlaşmayı isteyip istemediği yönünde bir teklifte bulunmuş, sanığın bunu kabul etmemesi üzerine hüküm verme aşamasına gelindiğinde sanığın uzlaşma teklifini daha önce reddetmesinden hareketle HAGB kararı verilmesinin olanaklı olmadığı sonucuna varmıştır. Özel Daire ilgili kararı onanmış, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise itirazda bulunmuştur. Özel Daire ile Başsavcılık arasında oluşan ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, sanık hakkında HAGB'nin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığına ilişkindir. Çünkü şikâyete bağlı kasten yaralama ve mala zarar verme suçlarını işleyen sanık 12.07.2006 günlü duruşmada mahkeme tarafından kendisine yapılan uzlaşma teklifini kabul etmemiş, 03.04.2007 tarihli hüküm duruşmasında uygulanma olanağı bulunan HAGB konusunda yerel mahkeme tarafından herhangi bir değerlendirme yapılmadan karar verilmiştir. YCGK ise "mahkeme tarafından kendisine yapılan uzlaşma teklifini kabul etmemek suretiyle, zararın giderilmemesi yönünde iradesini açıkça ortaya koyan, yargılama aşamasında da giderim yönünden herhangi bir faaliyette bulunmayan sanık hakkında, hükmün açıklanmasının objektif koşullarından birisini oluşturan "suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesi" koşulu gerçekleşmediğinden, hükmün açıklanmasının geri bırakılması olanağı bulunmadığını belirten Özel Daire onanma kararının" usul ve yasaya uygun bulunduğuna karar vermiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sanığa uzlaşma teklifinin sunulduğu 12.07.2006 tarihinde mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi gereken uzlaştırma prosedürü güncel uzlaştırma prosedüründen farklıdır. Türk hukukuna ilk olarak 5237 sayılı TCK m. 73/8 ile giren uzlaştırma kurumunda, mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmayacağı veya davanın düşürülmesine karar verileceği hüküm altına alınmıştı. 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun ile TCK m. 73/8 ilga edilmiş, uzlaşma kurumu CMK m. 253-254 kapsamında düzenlenmiştir. 2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun<sup>108</sup> ile Cumhuriyet savcısı ve hâkimin uzlaştırma yapma yetkisi tamamen alınarak, uzlaştırmacıya verilmiştir. Dolayısıyla 12.07.2006 tarihinde mahkeme tarafından gerçekleştirilen uzlaştırma prosedürü o günün mevzuatı uyarınca yetkili merci bakımından hukuka uygundur.

YCGK kararına konu olayda, kendisine yapılan uzlaşma teklifini daha önce kabul etmeyen sanık hakkında HAGB kararı verilemeyeceği şeklinde yapılan uygulama hukuka uygun bulunmuştur. Söz konusu uygulamanın HAGB'nin düzenlendiği CMK m. 231 ile uyumlu olduğu savunulmuştur. Oysaki maddede sadece "uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır" şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Maddede açıkça yer almayan böyle bir uygulamanın, kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğundan bahisle benimsenmesi sanığı kendisine tanınmış bir usul hakkından yoksun bırakmak olarak da yorumlanabilir. Nitekim karara karşı oy kullanan üyelerden birinin tespitleri de bu yöndedir. Söz konusu karşı oyda öncelikle uzlaşmanın maddi ve şekli hukukta hukuki sonuçlar doğuran bir muhakeme şartı olduğu, savcı veya hâkimin zorunlu olarak doğrudan ele alması gerektiği vurgulanmıştır. Sonrasında duruşmada sanığa yapılan uzlaşma teklifinin ise şeklen mevcut olduğu fakat içerikte usulsüz olduğu savunulmuştur. Dahası mağdur tarafa açıkça bir uzlaşma teklifinde dahi bulunulmadığı görülmüştür: çünkü katılan vekiline anılan celse ile ilişkin diyecekleri sorulduğunda katılan vekili, bir diyeceği olmadığını ancak, uzlaşma konusu kendilerine teklif edilseydi, onların da kabul etmeyecekleri şeklinde bir beyanda bulunmuştur. Karşı oy yazısında esasen olayda dava konusu suçlar nedeniyle dosyaya yansıyan bir zararın da olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla kovuşturma şartı olan bu usul kuralı, maddi zarar belirlenmeden, CMK m. 253/5 kapsamında uzlaşmanın kabulü veya reddinin hukuki sonuçları taraflara anlatılıp tutanağa geçirilmeden, şeklen geçirilmiş ve sanığın "uzlaşmayı" kabul etmediğinden bahisle

<sup>107</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2010/85, (13 Nisan 2010).

<sup>108</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, *Resmî Gazete* 29906 (2 Aralık 2016), Kanun No. 6763, m. 34.

ve madde gerekçesinden hareketle, HAGB'nin koşullarının oluşmadığı sonucuna varılmıştır. Karşı oy yazısında ayrıca gerekçenin madde metniyle taban tabana zıtlık arz etmekte olduğu, anılan otoriter hüküm ifade eden kuralın metinde yer almamakta olduğu vurgulanmıştır. Çünkü yasa metinleri asıl uygulanması gereken hükümler, gerekçeler ise ancak yol gösterici, yorumlamada yardımcı metinlerdir. Bu şekilde çelişen gerekçenin yasa metninin önüne geçmesinin düşünülmesi "kanunilik" ilkesine aykırılık oluşturur. Karşı oy yazısında son olarak, 5237 sayılı TCK'nin genel gerekçesinde yer alan "madde başlığı ve gerekçesinin, madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturdukları ve bu hususun madde hükümlerinin yorumlanması açısından büyük önem taşıdığı" ifadesinin anılan madde ve gerekçesinin uyumlu olması halinde geçerli olacağı, madde gerekçesi ile kanun metninin ile çelişmesi halinde ise göz ardı edileceği ifade edilmiştir. Nitekim madde gerekçelerinin metne dâhil olmadığına ilişkin 8.12.1982 gün ve 4/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Bölümü Genel Kurul Kararı'nın da bunu gerektirdiği savunulmuştur.

Kanaatimizce de madde gerekçesinin "uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır" ifadesine kanunda yer almayan bir anlam ve kapsam getirmesi hukuka aykırıdır. Uzlaştırma ve HAGB farklı koşulların mevcudiyetini öngören bağımsız kurumlardır. Gerekçede yer alan, "*Mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşmayı kabul etmesine rağmen sanığın kabul etmemesi halinde, 231 inci maddedeki şartlar gerçekleşmiş olsa bile, sanık hakkında kovuşturma konusu suçla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.*" ifadesi madde metniyle çelişkilidir.

Öncelikle HAGB kararı vermek hâkim için bir zorunluluk değildir. Nitekim CMK m. 231/5 ilk cümle uyarınca, "Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir". Kanun koyucu burada "verilir" değil, "verilebilir" şeklinde bir ifade kullanmış, HAGB kararı verilemeyecek halleri ise sınırlı olarak belirtmiştir<sup>109</sup>. Daha önce belirtildiği üzere sınırlayıcı normlarda kanunilik ilkesi geçerli olup, kıyas yapılamaz. Madde gerekçesinde yer alan "*231. maddedeki şartlar gerçekleşmiş olsa bile, sanık hakkında kovuşturma konusu suçla ilgili olarak HAGB kararı verilmez*" ifadesi bu anlamda kanunun lafzına aykırıdır. Madde gerekçesinin madde metniyle çeliştiği bir diğer husus ise hem uzlaşmada hem de HAGB kararının verilmesinde aranan "zararın giderilmesi" şartının sadece uzlaştırma işlemi sırasında göz önünde bulundurulmasıdır. Oysaki uzlaşma sırasında zararı ödemeyeceğini beyan eden bir sanık, hükmün açıklanacağı duruşmaya gelindiğinde bu zararı ödemeye istekli olabilir ve hatta aradan geçen zaman zarfında zararı ödemiş dahi olabilir. Dolayısıyla HAGB'nin bir koşulu olan "suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın; aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi" koşulunun yerine getirilip getirilmediğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

"*Uzlaşma gerçekleşmediği takdirde ise, mahkeme; mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşmayı kabul etmemesi halinde, şartları aranmaksızın, uzlaşmayı kabul eden sanık hakkında kovuşturma konusu suçla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilir.*" ifadesi de bu anlamda sorunludur. Gerekçede geçen "şartları aranmaksızın" ifadesi HAGB kurumunu sadece mağdurun zararının karşılanması temelinde ele almakta ve HAGB kurumunun diğer koşullarını önemsiz addetmektedir. Oysaki sanık hakkında HAGB kararı verilebilmesi için zararın tazmin edilmesinin yanı sıra, "sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması" ve "mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması" gerekir. Bu koşullar hâkim için dikkate alınması zorunlu koşullar olup, madde gerekçesinde aksinin belirtildiğinden bahisle göz ardı edilmesi düşünülemez.

<sup>109</sup> Örneğin, CMK m. 231/8 uyarınca "Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez." veya CMK m. 231/14 uyarınca "Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz."

Madde gerekçesinde sadece taraflardan her ikisinin de uzlaşmayı kabul ettiği ya da taraflardan birinin uzlaşmayı kabul edip diğerinin reddetmesi halinde nasıl bir yöntem izleneceği yönünde açıklama getirilmiştir. Gerekçenin öne çıkardığı husus, uzlaşma sırasında failin mağdurun zararını karşılamaya ne kadar gönüllü olduğudur. Bundandır ki mağdur kabul etmemesine rağmen uzlaşma iradesini ortaya koyan failin HAGB'den mutlaka yararlanması yönünde bir tercih yapılmıştır. Oysaki her iki tarafın da uzlaşmayı kabul etmediği bir senaryoda nasıl bir uygulama yapılacağı belirsizdir. Esasen burada yer verilen YCGK kararına konu olayda da mağdurun zaten uzlaşmak istemediği anlaşılmış ve madde gerekçesinin öngördüğünden farklı bir senaryo ortaya çıkmıştır. Fakat mahkeme burada önemli olanın, mağdurun iradesinden bağımsız olarak, failin uzlaşma ya da uzlaşmama iradesi olduğunu ortaya koymuştur.

Söz konusu YCGK kararına konu olayda o dönemin mevzuatına göre de usulsüz olan bir uzlaşma süreci yürütülmüş ve madde gerekçesinin yönlendirmesine göre bir karar verilmiştir. Bir an için usulüne uygun bir uzlaşma süreci yürütüldüğü düşünülse bile, sanık hakkında HAGB kararı verilmemesinin nedeninin uzlaşma sonucuna bağlanmasının hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz. CMK m. 231/5 uyarınca uzlaşmaya ilişkin hükümlerin saklı tutulması, uzlaşmaya tabi suçlarda uzlaşma psoedürünün, kovuşturma evresinde de öncelikli olarak uygulanması gerektiğinden başka bir anlama sahip değildir. Uzlaşmanın sonucu olumlu olursa, CMK m. 254/2 uyarınca, mahkeme tarafından duruma göre düşme veya HAGB kararı verilir ve bu aşamada verilen HAGB kararında 231. maddedeki şartlar aranmaz. Uzlaşmanın sonucunun olumsuz olması halinde ise kovuşturma evresi devam eder, hüküm verme aşaması geldiğinde ise HAGB'nin şartlarının mevcut olup olmadığı ayrıca değerlendirilir. Böyle bir yorum, ceza muhakemesi hukukunda sınırlı da olsa geçerli olan kanunilik ilkesi ile uyumludur. Çünkü HAGB Kurumu, devletle fail arasındaki ceza ilişkisini sona erdiren bir boyutu olması nedeniyle karma nitelikli bir normdur ve maddi ceza normlarına ilişkin ilkelerin göz önünde bulundurulması noktasında hâkime bir ödev yükler. Kanunilik ilkesinin söz konusu olduğu böyle bir normda, kanunda yer almayan bir uygulamanın sırf madde gerekçesinde yer aldığından bahisle benimsenmesi hukuka aykırıdır. Bu sonuca, HAGB kararı verilemeyecek olan hallerin kanunda sınırlı olarak sayılmasından dolayı, sınırlayıcı normlarda da kanunilik ilkesinin geçerli olduğu gerekçesi ile de ulaşılabilir. Dahası ceza muhakemesinde kıyasın mümkün olması, sadece kanunda kanun koyucu tarafından bilinçsizce boşluk bırakılan hallere özgü olduğundan ve söz konusu normda yer alan “uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır” ifadesi bir kanun boşluğu olarak görülemeyeceğinden, CMK m. 231'in sayılan niteliklere sahip olmaması dahi sonucu değiştirmez.

## **Sonuç**

Yorumda amacı, normun anlam ve kapsamını ve böylece somut olayda uygulanabilir olup olmadığını belirlemek olarak belirlediğimiz bu çalışmada, yorum yöntemleri iki ana başlıkta incelenmiştir. Çalışmada lafzi yorum yönteminin hâkimin başvuracağı ilk yöntem olduğu, bu yöntemle normun anlam ve kapsamının belirlenemediği hallerde de amaçsal yorumun söz konusu olacağı ortaya konulmuştur. Amaçsal yorumda birden fazla yorum aracından ve yorum yönteminden yararlanarak normun nihai (esas) amacının bulunması ve normun buna göre yorumlanması söz konusudur. Kanaatimizce söz konusu yorum faaliyeti kanun koyucunun sübjektif iradesinin göz önünde bulundurulmasını gerektirir, fakat bunun mutlak şekilde benimsenmesini gerektirmez. Önemli olan kanunun nihai amacını ortaya koyarken normun objektif iradesi ile sübjektif irade arasında bir seçim yapılabilmesi ve her halükarda kanunun lafzını aşan bir yorum faaliyetine girişilmemesidir. Bu sonuç sadece kanunilik ilkesinin hâkim olduğu maddi veya şekli ceza hukuku normları için değil, kıyasın serbest olduğu bazı ceza muhakemesi normları için de geçerlidir. Çünkü kanunda açıkça düzenlenmiş olan bir konuda kanunun lafzı ile çelişen bir uygulama yapılması, kuvvetler ayrılığının ihlal edilmesi anlamına gelir.

Çalışma kapsamında hazırlık çalışmalarının somut bir görünümü olan ve bir nevi uzlaşmayı temsil eden madde gerekçelerinin yorum faaliyetindeki işlevi analiz edilmiştir. Madde gerekçesinin, ceza normunun

neden ihdas edildiğine, normun neyi amaçladığına ve nasıl anlaşılması gerektiğine dair içerdiği açıklamalarla hâkim için ceza normunun yorumunda asli bir araç konumunda olduğu durumlar olabilir. Kanaatimizce belirlilik ilkesinin ihlali olarak görülebilecek bazı ceza normlarında madde gerekçeleri normun kapsamının sınırlandırılmasına yönelik ihtiyaca cevap verebilir. İşkence ve eziyet suçunda madde gerekçelerinin oldukça işlevsel rol oynadığı ve kanun koyucunun madde gerekçesine yansıyan sübjektif iradesinin uygulamada da benimsendiği görülmektedir. Bununla beraber ne kadar açıklayıcı olursa olsun, kanunun lafziyle, sistematığıyla veya genel ilkeler ile çatışır görünen madde gerekçelerinin göz ardı edilmesi gerekir. Kötü muamele suçu ile yaralama suçunun farkını ortaya koyan kötü muamele suçunun madde gerekçesi ile HAGB kararı ile uzlaşma kurumunun bağlantısına ilişkin CMK m. 232/5, 2. cümle hükmünün gerekçesi bu konuda seçilmiş ve analiz edilmiş sadece iki ceza normu örneğidir.

Sonuç olarak, madde gerekçelerinin bağlayıcı olmaması ve onları kolayca göz ardı edebilecek bir yorum faaliyetinin de mümkün olması, kanun koyucunun, gerek maddi ceza normları gerekse ceza muhakemesi normlarında sübjektif iradesini kanun metninde belirgin şekilde ifade etmesi için önemli bir teşvik olarak değerlendirilebilir. Bu durum aynı zamanda madde gerekçelerinin yazımında görev alan kişilere de yorumcunun kullanmak durumunda olduğu diğer yorum araçları ile uyumlu bir gerekçe formüle etme konusunda bir sorumluluk yüklemektedir.

## Kaynakça

- Akbaş, Kasım. "Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği". *İÜHF 74/1* (2016), 53-72.
- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 11. Baskı, 2023.
- Aktaş, Sururi. "Hukukta Yorum Çabaları". *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/3-4 (2011), 1-33.
- Artuk, M. Emin vd. *Gerekçeli Ceza Kanunları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 21. Baskı, 2020.
- Artuk, M. Emin vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 17 Baskı, 2024.
- Artuk, M. Emin vd. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 21. Baskı, 2024.
- Barak, Aharon. *Purposive Interpretation in Law*. çev. Çeviren Sari Bashi. New Jersey: Princeton University Press, 2005.
- Başbüyük, İsa. "Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/Özel Sayı (2012), 1443-1485.
- Baytaz, Abdullah Batuhan. *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018.
- Birtek, Fatih. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Centel, Nur - Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 22. Baskı, 2024.
- Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Kanun No. 6763). *Resmî Gazete* 29906 (2 Aralık 2016). Erişim 20.10.2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/12/20161202-1.htm>
- CMK, Ceza Muhakemesi Kanunu (Kanun No. 5271). *Resmî Gazete* 25673 (17 Aralık 2004). Erişim 20.10.2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5271&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
- Çağıl, Orhan Münir. *Hukuk Başlangıcı Dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 2. Basım, 1963.
- Çetin, Soner Hamza. *Türk Ceza Hukukunda Yorum ve Kıyas*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2014.
- Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (Kanun No. 5560). *Resmî Gazete* 26381 (19 Aralık 2006). Erişim 20.10.2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/12/20061219-1.htm>
- ÇKK, Çocuk Koruma Kanunu (Kanun No. 5395). *Resmî Gazete* 25876 (15 Temmuz 2005). Erişim 20.10.2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5395&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, 2022.
- Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: 1*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 13. Bası, 1997.
- Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Hukuk Akademisi, 2021.
- Erem, Faruk. *Ümanist Doktrin Açısında Türk Ceza Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler*. Ankara: Sevinç Matbaası, 10. Bası, 1973.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 17. Baskı, 2020.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 28. Baskı, 2023.

- Hakeri, Hakan - Tekin, Derya. *Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 3. Baskı, 2023.
- Halleve, Gabriel. *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*. Heidelberg: Springer, 2010.
- Harasic, Zaklina. "More About Teleological Argumentation in Law". *Pravni Vjesnik* 31/3 (2015), 23-50.
- Heper, Altan. "Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler". *Ankara Barosu Dergisi* 1 (2012), 71-85.
- İba, Şeref. "Türk Parlamento Hukukunda Yasama Tefsiri". *Ombudsman Akademik* 9/17 (2022), 43-62.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 6. Bası, 2021.
- Kangal, Zeynel. "Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi". *Ceza Hukuku Dergisi* 17 (2011), 61-106.
- Katoğlu, Tuğrul. "Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Tanımı". *Legal Hukuk Dergisi* 4/Rona Aybay'a Armağan (2014), 1457-1482.
- Keçelioğlu, Elvan. "Ceza Hukukunda İctihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 3/11 (2012), 77-100.
- Keskin Kızıroğlu, Serap. "Konut Dokunulmazlığının İhlali", *Özel Ceza Hukuku Cilt III: Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (TCK m. 106-140)*. Yazarlar: Köksal Bayraktar vd. İstanbul: Onikilevha, 2018.
- Koca, Mahmut - Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 8. Baskı, 2022.
- Köküsarı, İsmail. "Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu ve Uygulaması". *AÜHFD* 67/4 (2018), 807-855.
- MHUEHY, Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik. *Resmi Gazete* 31760 (24 Şubat 2022). Erişim 20.10.2024.  
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5210&MevzuatTur=21&MevzuatTertip=5>
- Nuhoglu, Ayşe. *Aile Düzenine Karşı Suçlar*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2009.
- Okuyucu Ergün, Güneş. *Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Özen, Muharrem. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 8. Baskı, 2023.
- Özbek, Veli Özer vd. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, 2023.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 17. Bası, 2021.
- Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 21. Baskı, 2021.
- Sevük, Handan. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71/1 (2013), 1273-1290.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 9. Baskı, 2020.
- Sözüer, Adem vd. *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 4. Baskı, 2017.
- TBMM, Türkiye Büyük Millet Meclisi. "Kanunlar". Erişim 10 Ekim 2024.  
<https://www.tbmm.gov.tr/yasama/kanunlar>

- TBMM, Türkiye Büyük Millet Meclisi. "Komisyon Raporları". Erişim 10 Ekim 2024.  
<https://www.tbmm.gov.tr/yasama/komisyon-raporlari>
- TBMM, Türkiye Büyük Millet Meclisi. "Mevzuat". Erişim 24 Ekim 2024.  
<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-ecfc-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=5560#step-2>
- TBMM İçtüzüğü, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü. *Resmî Gazete* 14506 (13 Nisan 1973). Erişim 20.10.2024.  
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=584&MevzuatTur=17&MevzuatTertip=5>
- TCK, Türk Ceza Kanunu (Kanun No. 5237). *Resmî Gazete* 25611 (12 Ekim 2004). Erişim 20.10.2024.  
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
- Tezcan, Durmuş vd. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 21. Baskı, 2023.
- Tosun, Öztekin. "Ceza Kanunlarının Tefsir Vasıtaları Arasında Çalışmaları". *Adalet Dergisi* 48/9 (1957), 783-796.
- Tosun, Öztekin. *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt 1, Genel Kısım*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 3. Bası, 1981.
- Ünver, Yener - Hakeri, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I*. Ankara: Adalet Yayınevi, 20. Baskı, 2023.
- Yalçın Sancar, Türkan. "Ceza Hukukunda Sistematik Yorum ve Uluslararası Sözleşmelerin Değeri". *TBB* 11/1 (1999), 23-38.
- Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2010/85 (13 Nisan 2010).
- Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2016/17 (19 Ocak 2016).
- Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu. K. 2019/497 (25 Haziran 2019).
- Yargıtay, Yargıtay 2. Ceza Dairesi. K. 2015/5809 (19 Mart 2015).
- Yargıtay, Yargıtay 2. Ceza Dairesi. K. 2014/14482 (26 Mayıs 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 2. Ceza Dairesi. K. 2015/13327 (25 Haziran 2015).
- Yargıtay, Yargıtay 2. Ceza Dairesi. K. 2010/9623 (29 Mart 2010).
- Yargıtay, Yargıtay 3. Ceza Dairesi. K. 2014/3516 (30 Ocak 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 3. Ceza Dairesi. K. 2015/5232 (11 Şubat 2015).
- Yargıtay, Yargıtay 3. Ceza Dairesi. K. 2018/8723 (15 Mayıs 2018).
- Yargıtay, Yargıtay 3. Ceza Dairesi. K. 2018/11089 (19 Haziran 2018).
- Yargıtay, Yargıtay 3. Ceza Dairesi. K. 2019/21550 (26 Kasım 2019).
- Yargıtay, Yargıtay 3. Ceza Dairesi. K. 2014/30559 (22 Eylül 2014).
- Yargıtay, Yargıtay 3. Ceza Dairesi. K. 2019/11145 (22 Mayıs 2019).
- Yargıtay, Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2023/24338 (21 Kasım 2023).
- Yargıtay, Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2008/197 (15 Ocak 2008).
- Yargıtay, Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2010/6251 (06 Nisan 2010).
- Yargıtay, Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2008/14702 (25 Haziran 2008).
- Yargıtay, Yargıtay 8. Ceza Dairesi. K. 2014/25085 (06 Kasım 2014).



Yargıtay, Yargıtay 14. Ceza Dairesi. K. 2012/6328, (04 Haziran 2012).

Yargıtay, Yargıtay 18. Ceza Dairesi. K. 2017/1535, (13 Şubat 2017).

Yargıtay, Yargıtay 18. Ceza Dairesi. K. 2017/8552 (07 Temmuz 2017).

Yargıtay, Yargıtay 18. Ceza Dairesi. K. 2015/6926 (08 Ekim 2015).

Yargıtay, Yargıtay 22. Ceza Dairesi. K. 2016/4953 (30 Mart 2016).

Yokuş Sevük, Handan. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu". *İÜHFİM LXXI/1* (2013), 1273-1290.

Yüce, Turhan Tufan. *Ceza Hukuku Dersleri Cilt 1*. Manisa: Şafak Basım ve Yayınevi, 1982.

Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 8. Bası, 2021.

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Devletlerarası Başvuru Usulü ve Başvuruların Temelleri

### *Inter-State Application Procedure to the European Court of Human Rights and Bases of Applications*

Özgür Aydın 

Akdeniz Üniversitesi, Antalya, Türkiye  
xozaydin@hotmail.com



Geliş Tarihi/Received: 20.08.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 24.12.2024  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:  
27.12.2024

**Öz:** Makalenin araştırma sürecinde yöneldiği soru, devletlerarası başvuruların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenmesinde takip ettiği usul ve başvuru yapan devletlerin arasındaki çekişmeler ve başvuruların temel gerekçelerinin ne olduğunun anlaşılmasıdır. 5 Mayıs 1949 tarihinde imzalanan bir statü ile kurulan Avrupa Konseyi'nin temel amacı; insan hakları, hukukun üstünlüğü ve çoğulcu demokrasi ilkelerini korumaktır. Avrupa Konseyi, Avrupa kültürel benliğinin oluşmasına ve gelişmesine katkıda bulunmak, ortak değerler ve idealler etrafında toplanan üye devletlerin güçlü bir birlik oluşturması amacıyla çeşitli faaliyetler göstermektedir. Avrupa Konseyi yapısal olarak başta Bakanlar Komitesi, Parlamenterler Meclisi, Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Hakları Komiseri ve Genel Sekreterlik olmak üzere temel amaçları gerçekleştirmek için örgütlenmiş organlardan oluşmaktadır. Bu organlar içinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insan haklarının korunması bakımından büyük öneme sahiptir. Avrupa Konseyi'nin mücevheri olarak değerlendirilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin diğer sözleşmelere nazaran etkin şekilde uygulanmasını sağlayan kurum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. 1959 yılında kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, sözleşmeye taraf olan devletlerin gerçekleştirildiği iddia edilebilecek insan hakları ihlalleri ile temellendirilmek kaydıyla hem bireysel başvuruda hem de devletlerarası başvuruda bulunulabilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Avrupa Konseyi'nin amacına aykırı olarak hak ihlallerinin yapıldığını iddia eden devletlerin başvuruları araştırmanın konusunu ve sınırını oluşturmaktadır. Devletlerarası başvurularda; mahkemenin başvuruları inceleme usulü ile karar alma sürecindeki eğilimi ve başvuruların arka planında devletlerin gerekçelerinin ne olduğu sorusu cevaplanmaya çalışılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyi, Devletlerarası Başvuru, Başvuruların Temellendirilmesi, Yargısal Egemenlik

**Abstract:** The research question addressed in this article is to understand the procedure followed by the European Court of Human Rights in the examination of inter-state applications, the conflicts between the applicant states and the main grounds of the applications. Founded on 5 May 1949 with a statute signed on 5 May 1949, the main purpose of the Council of Europe is to protect the principles of human rights, the rule of law and pluralistic democracy. The Council of Europe carries out various activities in order to contribute to the formation and development of the European cultural identity and to create a strong union of member states gathered around common values and ideals. Structurally, the Council of Europe consists of bodies organised to achieve its main objectives, namely the Committee of Ministers, the Parliamentary Assembly, the Congress of Local and Regional Authorities, the European Court of Human Rights, the Commissioner for Human Rights and the General Secretariat. Among these bodies, the European Court of Human Rights is of great importance for the protection of human rights. The European Court of Human Rights is the institution that ensures the effective implementation of the European Convention on Human Rights, which is considered as the jewel of the Council of Europe, compared to other conventions. Established in 1959, both individual and inter-state applications can be made to the European Court of Human Rights, provided that they are based on human rights violations allegedly committed by the states party to the Convention. Applications to the European Court of Human Rights by states claiming that violations of rights have been committed in violation of the purpose of the Council of Europe constitute the subject and limit of the research. In inter-state applications, it is tried to answer the question of the tendency of the court in the procedure of examining the applications and the decision-making process and what the justifications of the states are in the background of the applications.

**Keywords:** Council of Europe, European Court of Human Rights, Inter-State Application, Judicial Sovereignty, Justification of Applications

## Extended Abstract

It is observed that there is a delicate line between the protection of human rights at the global level and the preservation of political sovereignty at the national level in terms of orientation towards justice. It is not always possible for these two foci to form an axis that progresses with the same understanding of justice. Of course, the claim that there is a conflict between conventional value judgements and values believed to be valid for everyone has gaps that can be easily criticised by those at both ends of the equation. However, the same gaps also apply to the two extremes trying to dominate the equation. Likewise, in addition to the examples of decisions that the approach claiming that there are values valid for everyone has difficulty in getting political powers to accept, there may also be examples that show that their own value judgements do not coincide with the values valid for everyone.

The Council of Europe is one of the best examples in practice of a community of sovereigns that wants to be effective in global human rights politics by protecting its national sovereignty. The Council of Europe is the result of the will of the sovereigns to form a strong unity in favour of the rule of law and the protection of human rights. One of the most valuable organs of the Council is the European Court of Human Rights. The limits and subject matter of this article are the applications to the European Court of Human Rights by states against other states claiming that violations of rights have been committed in violation of the purpose of the Council of Europe. The main subject of the article is the question of the court's procedure of examining the applications, its tendency in the decision-making process and the question of what the justifications of the states are in the background of the applications. The European Court of Human Rights is expected to fulfil the qualifications expected of a court in inter-state applications, such as oversight of sovereignty, acting with sensitivity to the protection of human rights, and being able to reach an opinion by conducting the research expected from a court. The fulfilment of this expectation is important for the stability of the Council of Europe and for the member states to act with the will to become a rule of law. What makes the issue topical is the understanding of the role of the European Court of Human Rights in inter-state applications, especially in the first quarter of the 21st century, when news of war is widely covered. Likewise, the applications made by the member states of the Council of Europe reveal data that require scrutiny in terms of the continuity of the reliability of the European Court of Human Rights and its guidance to states seeking solutions in extraordinary situations.

Inter-State complaints often involve political issues when they are seen as one State directly accusing another of human rights violations. This situation is significantly affected by diplomatic relations in the international arena and complicates international politics. As can be seen in the examples discussed in this article, with the exception of the applications against Denmark, Croatia and the Czech Republic, all applications to the ECtHR are based on war, coup d'état and the fight against terrorism. The Council of Europe has undertaken the task of preventing tensions that may arise between member states by acting with the idea of preventing the emergence of new battlefields with the influence of the Second World War, which was effective in its establishment. On the other hand, in the examination of inter-state applications, as a judicial method, the files submitted by the states are examined, but the extent of the cases experienced in war zones cannot be examined in detail. Even if the reasons for some cases can be understood through the file, this examination is not sufficient for some cases. Especially the cases experienced by states during periods of emergency have to be understood through the characterisation of those who hold judicial sovereignty. Problems of access and co-operation between States may hinder the process of interpreting cases. Interpretations made in favour of the states that hold judicial sovereignty and are able to obtain international diplomatic support are a stain on the credibility of the Council of Europe for the states against which the application is made. The ECtHR's interpretation of inter-state applications and the Council of Europe's policy of accusing one state vis-à-vis another may also cause grievances for the citizens of the state against which the application is made. It may be more appropriate to evaluate this type of proceedings, which involves the equation of national sovereignty

and global human rights politics, within a protection mechanism different from individual protection. In the article, it is suggested that rather than the direct initiation of the judicial process in inter-state applications, the matters applied for should be examined by the prosecutor's office similar to the International Criminal Court. Trials initiated without a prosecutor's office may lead to the initiation of proceedings without the necessary preliminary examination, and to a large extent, the proceedings and their results face political reactions. The departure of some members from the Council of Europe raises the suspicion that the Council may become a dispersible organisation and that problems may arise in the long term with regard to the objective of protecting human rights.

## Giriş

İnsan haklarının küresel düzeyde korunması ile siyasi egemenliğinin ulusal anlamda kaybedilmemesi arasında adalete yönelim bakımından hassas bir çizginin olduğu görülmektedir. Bir taraftan kadim zamanlardan bu yana siyasi iktidar altında yönetilen topluluğun ve bu toplulukla yaşamaya çalışan biricik insanın görece adalete yönelimi, diğer taraftan salt insan olmanın getirdiği onurlu yaşamaya dayanan hakların korunması inancı, egemen siyasi iktidarlara ve küresel kuralları icar eden otoriteler arasında iki odaklı bir denklem oluşturmaktadır. Bazı iddialar ulusal egemenlik ile küresel insan hakları düşüncesinin denklemde karşı taraflarda yer aldığını ifade etmekteyken; bazıları egemenlik düşüncesinin güvenlik anlayışını, insan haklarının korunması gereksinimiyle örtüştürmektedir.<sup>1</sup> Bu iki odağın, aynı adalet anlayışı ile ilerleyen bir eksen oluşturması her zaman mümkün olamamaktadır. Elbette alışlagelmiş değer yargıları ile herkes için geçerli olduğuna inanılan değerler arasında çekişmenin olduğu iddiası, denklemin iki ucunda olanlar tarafından kolaylıkla eleştirilebilecek boşluklar taşımaktadır. Ancak, aynı boşluklar denklemde baskın gelmeye çalışan iki uç için de geçerlidir. Keza herkes için geçerli değerler olduğunu iddia eden yaklaşımın siyasi iktidarlara kabullendirmekte zorlandığı karar örneklerinin yanı sıra, kendi değer yargılarının herkes için geçerli değerler ile örtüşmediğini gösteren örnekler de ortaya çıkabilmektedir.

Öte yandan, bu denklemdeki iki görüşün çekişmesi yeni değildir. Devlet teorisi bakımından tarihsel süreçte ilk devlet modeli olarak değerlendirilen Site Devleti çöküşe geçtiğinde, Epikürcü Okul ile Stoacı Okul arasındaki çekişme, bugün ulus devletinin egemenlik anlayışı ile küreselleşme anlayışı arasındaki çekişmeye temel oluşturabilir.<sup>2</sup> Stoacı Okul ile Epikürcü Okulun insan anlayışındaki farklılaşma gibi herkesin yönelmesi beklenen değerler tahayyülü ve her kültürde görelileşen değer yargılarının varlığı iddiası arasındaki ayrışma; hem devlet teorileri konuları bakımından hem de alanın araştırmacıları bakımından halen güncelliğini korumaktadır.<sup>3</sup> İnsanın ne olduğu ve toplumsal yaşamda kendini nasıl konuşturduğu sorularına verilecek cevap ile bağlantılı olarak ortaya çıkan bu arayış, temelde küreselleşme ile modern devlet ilişkisine de dayanak alınabilmektedir.<sup>4</sup> Teorik olarak yukarıda verilen farklılıklar temelinde açıklamalar yapılırken, uygulama bir yörüngede ilerlemektedir. Uygulamada devletler, küresel gelişmelerden payesini almak ya da kendi egemenliklerini dinamik tutmak amacıyla

<sup>1</sup> Kate Nash, *The Cultural Politics of Human Rights Comparing the US and UK*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) s.71.

<sup>2</sup> Site devletinin çöküşü sürecinde Epikürcü Okul ile Stoacı Okul arasındaki farklılıklar devlet teorisi ders kitaplarında işlenen ilk konulardandır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2014), s. 133 vd.; Mehmet Akad- Bihterin Vural Dinçkol – Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 2021), s.33-34.

<sup>3</sup>Bilindiği üzere Epikürizm ve Stoacılık, antik Yunan felsefesinin iki önemli akımı olup, bireyin mutluluğu ve yaşam amacına ilişkin farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Her iki okul da insanın mutlu bir yaşam sürmesini hedefler, ancak bu mutluluğun nasıl elde edileceği konusunda farklı yaklaşımlar sunarlar. Epikürizm, Epiküros (MÖ 341-270) tarafından kurulan ve mutluluğu en yüksek iyi olarak gören bir felsefi akımdır. Epiküros'a göre, bireyin amacı haz (hedonizm) arayışıdır, ancak burada kastedilen haz anlık veya aşırı fiziksel zevklerden ziyade akılcı ve kalıcı hazdır. Bu da bedeninin acılardan, zihnin ise endişe ve korkulardan arındırılmasıyla mümkün olur. Stoacılık, Zenon (MÖ 334-262) tarafından kurulan bir okul olup, bireyin yaşam amacının erdemli ve doğaya uygun bir yaşam sürmek olduğunu savunur. Stoacılar için mutluluğun anahtarı, dış koşullardan bağımsız olarak bireyin ruhsal sağlığıdır. Yani birey, dışsal olaylar üzerinde kontrolü olmadığını kabul etmeli ve içsel huzuru dış dünyaya bağlamamalıdır. Julia Annas, *The Morality Of Hippiennes*, (New York: Oxford University Press, 1993), s. 334 vd.

<sup>4</sup> Mehmet Akad- Bihterin Vural Dinçkol – Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, s. 33-34.

bir uluslararası sözleşmeye taraf olabilmektedir. Devletler, uluslararası ilişkilerin doğası gereği yapılan sözleşmeler mucibince yerine getirmeyi vadettikleri birtakım yükümlükler ile elde edecekleri çıkarlar arasında denge gözetirler.<sup>5</sup> Herhangi bir uluslararası sözleşme ile devletler açısından kurulan denge, devletlerin sözleşme kurulurken rıza gösterdikleri yargılama makamınca takip edilebilir. Bu yargılama yetkisi ya da sözleşmeden doğan beklentileri yerine getirme yükümlülüğü, egemenliğin devredildiği anlamını taşımamaktadır.<sup>6</sup>

Ulusal egemenliğini koruyarak küresel insan hakları siyasetinde etkili olmak isteyen egemenler topluluğuna, uygulamadaki en iyi örneklerinden birini Avrupa Konseyi oluşturmaktadır. 5 Mayıs 1949 tarihinde Londra'da imzalanan bir statü<sup>7</sup> ile kurulan Avrupa Konseyi'nin amaçları; insan haklarının korunması, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve çoğulculuk başta olmak üzere demokratik toplum ilkelerinin sürdürülmesi olarak sayılmaktadır.<sup>8</sup> Avrupa Konseyi'nin kuruluşunda, İkinci Dünya Savaşı (Soğuk Savaş) sürecinde görülen Nazizm ve faşizmin gibi totaliter rejimlerin insan hakları ve özgürlükleri yıkıcı etkileri belirleyici olmuştur. Bu yıkıcı deneyimlerden çıkarılan temel ilkeler doğrultusunda ırkçılıkla mücadele etmek, hoşgöründen uzak toplum yapısını dönüştürmek, toplum içindeki yabancı düşmanlığını önlemek, sosyal alanlarda dışlanma sorununu gidermek, uyuşturucu madde ve çevre konularındaki sorunlara çözüm aramak yanında Avrupa kültürel benliğinin oluşmasına ve gelişmesine katkı sağlamak Avrupa Konseyi'nin idealleri içinde yer almaktadır.<sup>9</sup> Avrupa Konseyi, ortak değerler ve idealler etrafında toplanan üye devletlerin güçlü bir birlik oluşturması amacıyla çeşitli faaliyetler göstermek üzere yapılanmıştır. Yapısal olarak Avrupa Konseyi'nde stratejik planlamadan, iş programının, bütçenin yönetilmesinden sorumlu olan bir Genel Sekreterlik; üye devletlerin dışişleri bakanı ya da onun yetkilendirdiği bir temsilcisinden oluşan ve Konsey adına hareket eden Bakanlar Komitesi; üye devletlerin parlamentolarından seçilen temsilcilerden oluşan Parlamenterler Meclisi; belediye başkanı gibi yerel otoriterler tarafından seçilmiş temsilcilerden oluşan bir de Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi; İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bulunmaktadır.<sup>10</sup> Bu organlar içinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi insan haklarının korunması bakımından büyük öneme sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyi'nin mücevheri olarak kabul edilen<sup>11</sup> ve yaygın olarak kullanılan kısa adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunan hakların ihlali durumunda yargılama yapan mahkemedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin diğer sözleşmelere nazaran etkin şekilde uygulanmasını sağlayan kurum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. 1959 yılında kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, sözleşmeye taraf olan ülkelerin gerçekleştirildiği iddia edilebilecek insan hakları ihlalleri ile temellendirilmek kaydıyla bireysel başvuruda bulunabileceği gibi Avrupa Konseyi'ne taraf olan devletler de konseyin amacı doğrultusunda yaşanan ihlallerinden dolayı devletlerarası başvuru yapabilmektedir.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Bununla birlikte, uluslararası hukuk, tüm devletlerin menfaatine olduğu düşüncesi ile devletlere uluslararası toplumun varlığına saygı gösterme yükümlülüğünü getirmektedir. Uluslararası hukukta erga omnes olarak adlandırılan bu yükümlülükler, tüm devletlerin karşılıklı olarak birbirlerine ve uluslararası topluma karşı uyması gereken yükümlülükleri ifade eder. Bu tür yükümlülükler, insan hakları ihlalleri, soykırım, kölelik yasağı gibi temel konularla ilgilidir. Erga omnes yükümlülükleri, yalnızca belirli bir devlete değil, tüm uluslararası topluma karşı sorumluluk doğurur. Bu tür haklar, evrensel niteliktedir ve herkesin bu kurallara uyması beklenir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Christian J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), s. 8 vd.

<sup>6</sup> Devletlerin egemenliği, uluslararası hukukun temel ilkelerinden biridir ve uluslararası ilişkilerde devletlerin eşit ve bağımsız olmasını sağlar. Ancak, egemen devletler bazı durumlarda yargı yetkisine tabi tutulabilir. Bu durumlar, uluslararası hukukta çeşitli mekanizmalar ve prensiplerle düzenlenmiştir. Devletlerin uluslararası ve ulusal mahkemeler tarafından yargılanmaması gerektiği fikri, egemen bağımsızlık (sovereign immunity) ilkesiyle korunur. Egemen bağımsızlık ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Malcolm N. Shaw, *International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), s. 621 vd.

<sup>7</sup> Avrupa Konseyi Statüsü, [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001\\_tur.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001_tur.pdf), E.T. 4 Ağustos 2024.

<sup>8</sup> Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, (Ankara: Orion Kitapevi, 2012), s. 323.

<sup>9</sup> Avrupa Konseyi'nin ideallerini gösteren açıklama için bkz. Türkiye Dış İşleri Bakanlığı, [https://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi\\_tr.mfa](https://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_tr.mfa), E.T. 4 Ağustos 2024.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Konseyi Yapısı, <https://www.coe.int/en/web/about-us/structure>, E.T. 4 Ağustos 2024.

<sup>11</sup> Yaşar Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), s. 26-27.

<sup>12</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 33, [https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs\\_tr.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf), E.T. 5 Ağustos 2024.

Bu makalenin sınırlarını ve konusunu; Avrupa Konseyi'nin amacıyla örtüşen ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunan hakların ihlal edildiğini iddia eden devletlerin, diğer üye devletler aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaptığı başvurular oluşturmaktadır. Devletlerarası başvurularda; mahkemenin başvuruları inceleme usulü, karar alma sürecindeki eğilimi ve başvuruların arka planında devletlerin gerekçelerinin ne olduğu sorusu, makalenin temel araştırmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin devletlerarası başvurularda egemenliğin gözetimi, insan haklarının korunması hassasiyetiyle hareket etmesi ve bir mahkemeden beklenen araştırmayı yaparak kanaate varabilmiş olması gibi yeterlilikler sağlaması beklenmektedir. Bu beklentinin yerine getirilmesi, Avrupa Konseyi'nin istikrarlı olabilmesi ve üye devletlerin hukuk devleti olma iradesi ile hareket edebilmesi bakımından önem arz etmektedir. Doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne devletlerarası başvuru konusuna odaklanan yabancı literatürde çalışma çeşitliliği görülse de yerli literatürde birkaç çalışma bulunmaktadır. Yerli literatürde makale olarak yayınlanmış iki çalışma öne çıkmaktadır. Bunlardan birisi Prof. Dr. Şeref Gözübüyük tarafından 1991 yılından yayınlanan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Devlet Başvurusu" başlıklı makale, diğeri Prof. Dr. Selman Karakul tarafından 2020 yılında yayınlanan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Açılan Devletlerarası Davalar" başlıklı makaledir. Bunların dışında İnsan Hakları Hukuku ve Devlet Teorisi alanında yayınlanmış kitaplar içinde bilgilendirici metinler yer almaktadır. Prof. Dr. İlyas Doğan, Yaşar Salihpaşaoğlu ve Prof. Dr. Mustafa Erdoğan; devletlerarası başvuru sürecine ilişkin konuyu işleyen araştırmacıların bazılarıdır. Konuya ilişkin sınırlı sayıda çalışmanın bulunmasının gerekçesine, başvuru yolunun yaygın olarak kullanılmıyor olması yerleştirilebilir. Öte yandan, Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında yaşanan siyasi gerilimlerin artması ihtimali, bu başvuru yolunun daha fazla kullanılma olasılığını yükseltmektedir. Konuyu güncel kılan husus; özellikle savaş haberlerinin yaygın olarak işlendiği 21. yüzyılın ilk çeyreğinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin devletlerarası başvurulardaki öneminin artmasıdır. Özellikle Rusya'nın Avrupa Konseyi üyeliğinin sonlanması ve halen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde Rusya aleyhine yapılan başvuruların incelenmeye devam ediyor olması konunun yeniden değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. Avrupa Konseyi üyesi ülkeler tarafından gerçekleştirilen başvurular, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Rusya aleyhine yapılan başvurulardaki tutumu, Rusya'nın Avrupa Konseyi üyeliğinden ayrılma süreci; başvurulara ilişkin yargılamanın güvenilirliği ve olağan dışı durumlarda çözüm arayışında olan devletlerin planlamaları bakımından yol gösterici ve irdelemeyi gerektirir yeni veriler ortaya koymaktadır.

## **I. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM)'ne Devletlerarası Başvuru ve İnceleme Usulü**

Bilindiği üzere AİHM nezdindeki başvuruların büyük çoğunluğu özel kişiler tarafından yapılan bireysel başvurulardır. Bununla birlikte bir devlet, Avrupa Konseyi üyesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)'ne ile ilgili ek protokollere taraf olan başka bir devlete karşı başvuruda bulunabilmektedir.

İkinci Dünya Savaşı sürecinde maddi ve manevi büyük kayıplar yaşamasından sonra bölgede uzlaşmayı sağlamak amacıyla kurumsallaşan Avrupa Konseyi'ne üye ülkeleri gösteren tablo şu şekildedir:

Tablo 1: Avrupa Konseyine Üye Devletler<sup>13</sup>

Kurucu Üye Statüsündeki Ülkeler	Belçika, Birleşik Krallık, Danimarka, Fransa, Hollanda, İrlanda, İsveç, İtalya, Lüksemburg, Norveç, Türkiye ve Yunanistan
10 Ağustos 2024 Tarihinde Üyeliği Devam Eden Ülkeler	Almanya, Andorra, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Çekya (Başvurular zamanında devletin ismi Çek Cumhuriyetidir), Ermenistan, Estonya, Finlandiya, GKRY, Gürcistan, Hırvatistan, İspanya, İsviçre, İzlanda, Karadağ, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Macaristan, Makedonya, Malta, Moldova, Monako, Polonya, Portekiz, Romanya, San Marino, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Ukrayna,
Gözlemci Ülkeler	ABD, Japonya, Kanada, Meksika, Vatikan
Üyeliği Sonlanan Ülkeler	Rusya (28 Şubat 1996-16 Mart 2022)

Aslında devletlerarası başvurular ile özel kişiler tarafından yapılan başvurular, insan haklarının korunması bakımından genel olarak birbirine benzerlik göstermektedir. Ancak; bazı noktalarda bireysel başvurulardan ayrılmaktadır. Devletlerarası başvurular için gerekli olan kabul edilebilirlik kriterlerinin, bireysel başvurulara kıyasla daha esnek olduğu söylenebilir.<sup>14</sup> Özellikle usul açısından iki nokta özel kişilerin bireysel başvurularından ayrılmaktadır. Bunlardan birincisi, özel kişilerin başvurularında başvuru yapan devletin herhangi bir devletin vatandaşı olması şartı aranmaz iken, devletlerarası başvurularda hem başvuru yapan devletin hem de aleyhine başvuru yapılan devletin Avrupa Konseyi üyesi ve AİHS'yi onaylamış bir devlet olması şarttır.<sup>15</sup> İkinci nokta, devletlerarası başvurularda iç hukuk yollarının tüketilmesi şartındaki esnekliktir. Bilindiği üzere özel kişilerin başvurularında, bireysel başvuru yapan kişinin hak ihlali iddiasında bulunduğu devletin iç hukuk yollarını tüketmesi şartıdır. Öte yandan; devletlerarası başvurular bakımından, ihlal iddiası kendi vatandaşlarına yönelmiş eylemler istisna olmak üzere, soyut kanunların denetlenmesini de kapsayan ihlal iddialarında iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmamaktadır.<sup>16</sup> Esasında, aleyhine başvuru yapılan devletin iç hukuk yollarının tüketilmemesi, başvuruya cevap veren devletlerin yoğun olarak kullandığı savunma başlıklarından birisidir. Ayrıntılarını daha sonra işleyeceğimiz devletlerarası başvurularda, iç hukuk yollarının tüketilmemesi savunmasıyla devletlerin yargısal egemenliklerine saygı duyulması beklentisi yer almaktadır. Keza; halen iç hukukta yargılanmakta olan bir konunun uluslararası mecrada ihlal ile itham edilmesi, yargılanan ülke bakımından işleyen demokratik düzenlerine bir müdahale olarak değerlendirilebilir. Öte yandan; salt bireye yönelen ihlallerin dışında kalan soyut işlemlerin AİHS'de yer alan insan haklarını ihlal ettiği iddiasında, iç hukukta tüketilecek bir yargı yolu olmayabilir. Bu durumda iç hukuk yollarının tüketilmesini beklemeden devletlerarası başvurunun yapılabilmesi, yukarıda açıklandığı üzere Avrupa Konseyi'nde devletlerin ortak sorumluluğu anlayışından türemektedir.

AİHS'nin ilk metninde devletlerarası davalar 24. maddede düzenlenmiş ve AİHK, AİHM ve AK Bakanlar Komitesi'ne denetim sürecinin farklı aşamalarında yetkiler veren AİHS'nin orijinal metninin 24. maddesi uyarınca taraf devletlerden her birinin tek başına veya diğer taraf devletlerle birlikte, sözleşmeye taraf devletlerden herhangi birinin sözleşme hükümlerini ihlal ettiği iddiasıyla AİHK'ya müracaat etme yetkisi bulunmaktaydı.<sup>17</sup> AİHS'nin oluşturduğu denetim mekanizmasının yeniden yapılanmasına ilişkin 11 No'lu Protokolle yapılan değişikliğin ardından devletlerarası başvuruların AİHS'deki dayanağını 33. madde oluşturmaktadır.<sup>18</sup> İlgili düzenlemeye göre; "Her Yüksek Sözleşmeci

<sup>13</sup> Tablo-1'in benzeri için bkz. Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, s.20; Avrupa Konseyi'nin teşkilatlanma süreci ve üye ülkelerin durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Dışişleri Bakanlığı, [https://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi\\_tr.mfa#:~:text=Almanya%2C%20Andorra%2C%20Arnavutluk%2C%20Avusturya,%2C%20Litvanya%2C%20L%C3%BCksemburg%2C%20Macaristan%2C](https://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_tr.mfa#:~:text=Almanya%2C%20Andorra%2C%20Arnavutluk%2C%20Avusturya,%2C%20Litvanya%2C%20L%C3%BCksemburg%2C%20Macaristan%2C), E.T. 11 Ağustos 2024.

<sup>14</sup> William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, (New York, Oxford University Press, 2015), s.727.

<sup>15</sup> İlyas Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, (Ankara: Astana Yayınları, 2015), s. 725; Ayrıca devletlerarası başvuru tanım için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Devletlerarası Başvurular, bkz. <https://www.echr.coe.int/en/inter-state-applications>, E.T. 5 Ağustos 2024.

<sup>16</sup> Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 726-727.

<sup>17</sup> Selman Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Açılan Devletlerarası Davalar", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, (İstanbul 2020), s. 137.

<sup>18</sup> Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Açılan Devletlerarası Davalar", s. 139.

Taraf, diğer bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'a karşı Sözleşme ve Protokol hükümlerinin ihlali iddiası ile Mahkeme'ye başvurabilir.<sup>19</sup> Devletlerarası başvuru ve inceleme usulünde esas alınan mevzuat ise AİHM İchtüzüğü'dür. İlgili mevzuatlara göre; başka bir devlete karşı AİHM'de dava açmak isteyen herhangi bir devlet, olayların ve iddia edilen ihlallerin açıklamasına yaracak delilleri ortaya koyan imzalı (ilgili devletin temsilcisi tarafından) bir başvuruda bulunmalıdır. (AİHM İchtüzüğü m. 45)<sup>20</sup> AİHM önüne taşınan herhangi bir başvuruda, başvuru yapan ve aleyhine başvuru yapılanın bilgilerinin tam ve eksiksiz olması beklenir. Genel olarak her başvuruda gözetilen en belirgin şartlardan birisi, şikâyete konu olayların AİHS'de düzenlenmiş bir hak ile temellendirilmesidir. Esasen yukarıda da açıklandığı üzere devletlerarası başvuruların temelinde, Avrupa Konseyi statüsünün 3. maddesinde düzenlenen üye devletlerin sorumluluğu yer almaktadır.<sup>21</sup> Ortak güvence olarak karşılık bulan devletlerarası başvuru, AİHS'de düzenlenen her hak ve özgürlüğün korunmasından üye devletlerin ayrı ayrı sorumlu olması prensibine dayanmaktadır. Bu noktada AİHM'ye başvuru yapan devletin doğrudan menfaatine yönelmiş bir ihlal iddiasında bulunması da gerekmez.<sup>22</sup> Başvurucu devletin, Avrupa Konseyi statüsünde güdülen amacın bir parçası olarak AİHS'nin ihlal edildiğini iddia etmesi yeterlidir.<sup>23</sup> AİHS'nin ihlalini tespit eden devletin başvurusu, ilgili devletin hem hakkı hem de yükümlülüğü olarak değerlendirilmektedir.<sup>24</sup> Öte yandan, AİHM önüne taşınan devletlerarası başvurular bakımından da başvuru yapacak olan devletin şikâyet konusu ettiği vakayı açıklarken delillerini sunması ve ilgili vakayı AİHS'de düzenlenmiş bir hak ile temellendirmesi kabul edilebilirlik bakımından önemlidir. Buna göre; devletlerarası başvuru yapılırken, başvuruda şu bilgilerin yer alması gereklidir (AİHM İchtüzüğü m. 46):<sup>25</sup>

- (a) Aleyhine başvuruda bulunulan sözleşmeye taraf devletin adı,
- (b) Vakaların açıklaması,
- (c) Başvuruda dayanılan ihlallerin ve ilişkilendirilen delillerin açıklanması,
- (d) Başvurunun kabul edilebilirlik kriterlerine uyulduğuna dair beyan,
- (e) Başvurunun amacı ve zarara dair ileri sürülen iddialardan kaynaklı taraf veya taraflar adına yapılan adil tazmin taleplerinin genel hatları ile belirlenmesi,
- (f) Başvuran devleti temsilen atanan kişi veya kişilerin adı ve adresi,
- (g) Başvuru ile ilgili olduğu belirtilen her türlü belgenin ve özellikle de başvurunun konusuna ilişkin kararların kopyaları.

Yukarıdaki şartları taşıyan bir devletlerarası başvuru yapıldığında, AİHM başvuruyu aleyhine başvuru yapılan devlete bildirir. Bu bildirim amacı, aleyhine başvuru yapılan devletin gerekli savunmalarını, delillerini ve açıklamalarını mahkemeye sunabilmesidir. AİHM, ilgili başvuruyu takip etmek üzere bölümlerden birine yönlendirir. Görevlendirilen bölümün başkanı, başvurunun havale edilmesi üzerine inceleme yapacak daireyi oluşturur. (AİHM İchtüzüğü m. 51)<sup>26</sup> Bu noktada, bir devlet adına kabul edilebilirlik aşamasında olan yargılama başlamıştır. Aslında, bir devlet aleyhine başvuru yapılması ile birlikte doğrudan uluslararası yargılamanın başlamış olması uluslararası ilişkiler ve ulusal egemenlik yaklaşımı bakımından tartışmalıdır.<sup>27</sup> Uluslararası alanda bir devletin insan hakları ihlali gerekçesi ile yargılama başlatılması, ilgili devletin birçok konuda aleyhinedir. İnsan hakları, hukuk güvenliği ve demokrasi ihlallerinin konu yapılabildiği bir başvuruya muhatap olmak; ilgili devletin uluslararası ilişkilerine ve ekonomik politikasına zarar verme potansiyeli taşımaktadır. Bu

<sup>19</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, [https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs\\_tr.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf), E.T. 5 Ağustos 2024.

<sup>20</sup> AİHM İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 5 Ağustos 2024.

<sup>21</sup> Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, s. 51-52.

<sup>22</sup> Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 725.

<sup>23</sup> Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2013), 257.

<sup>24</sup> A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Devlet Başvurusu*, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, (Ankara 1991), s. 3.

<sup>25</sup> AİHM İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 5 Ağustos 2024.

<sup>26</sup> AİHM İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 5 Ağustos 2024.

<sup>27</sup> Tomuschat'a göre, devletlerarası başvuru usulü, diplomatik ilişkilerle çözülemeyen insan hakları ihlalleri bakımından uluslararası başvuru mekanizmaları arasında adeta bir son çaredir. Christian Tomuschat, *Human Rights Between Idealism and Realism*, (Oxford: Oxford University Press, 2008), s. 194.



sebeple; devletlerarası başvurulara ön inceleme aşamasının uzun tutularak ciddi delillerin varlığı halinde ve aleyhine başvuru yapılan devletin savunmalarını sunduktan sonra kabul edilebilirliği de kapsayan yargılama aşamasına geçilmesi daha yerinde olabilir.

Mevcut yargılama sürecinde devletlerarası başvurulara inceleme ve karar verme yetkisi kural olarak oluşturulan daireye aittir.<sup>28</sup> İktüzüğün 26. maddesi uyarınca, başvuran ve davalı devletler adına AİHM'e seçilen yargıçlar, davayı incelemek üzere oluşturulan dairenin re'sen üyeleri olarak yer alırlar. Eğer başvuran veya aleyhine başvuru yapılan devlet birden fazlaysa, görevlendirilen dairenin başkanı, tarafların talebi üzerine veya kendiliğinden iki veya daha fazla başvurunun birleştirilmesine karar verebilir. Daire başkanı; taraflara danıştıktan sonra, aynı daireye havale edilen başvurulara ilişkin yargılamaların eş zamanlı olarak yürütülmesine de karar verebilir. (AİHM İktüzüğü m.42)<sup>29</sup> Başvuran veya aleyhine başvuru yapılan devlet birden fazla olması durumunda, daire başkanı, dairede re'sen görev alacak taraf devletlerin yargıçları arasından tek bir yargıcın seçilmesini isteyebilir. Taraflar bu konuda anlaşamaz ise, dairenin başkanı önerilen yargıçlar içerisinde birisini kura ile belirlemektedir. (AİHM İktüzüğü m.30)<sup>30</sup>

Yapılan başvuruyu incelemek üzere oluşturulan daire, yargıçlarından birini veya birkaçını raportör yargıç olarak tayin eder. Devletlerarası başvurulara, özel kişilerin başvurularından farklı olarak genellikle birden çok raportör görevlendirilmektedir.<sup>31</sup> İlgili daire; davalı devletin yazılı görüşlerini sunmasını bekler ve gelen görüşler üzerine başvuran devletin cevaplarını bildirmesi için süre tanır. AİHM'e yapılan devletlerarası başvurulara, savunma için ilgili devlete verilen süre 4 (dört) hafta ile 12 (on iki) hafta arasında değişmektedir. Bu süre, Mahkeme tarafından iletilen resmi yazışmada belirtilir ve başvuru sürecindeki belirli koşullara ve davanın karmaşıklığına bağlı olarak değişebilir. Ancak, AİHM gerektiğinde bu süreyi uzatabilir. Devletlerin savunmalarını hazırlarken ek zamana ihtiyaç duyması halinde, Mahkeme'ye başvurarak süre uzatımı talebinde bulunabilirler. Savunma için verilen süre ve talep üzerine verilecek süre Mahkeme'nin takdirine bağlıdır ve makul gerekçelere dayanmalıdır.<sup>32</sup> Raportör yargıçlar, ilgili devletlerin yazılı görüşlerini aldıktan sonra, görevli oldukları daireye ve başkanına, dairenin görevini yerine getirmelerinde yardımcı olabilecek belgeleri ve kabul edilebilirlik hakkında raporlarını sunarlar. (AİHM İktüzüğü m. 48, 51)<sup>33</sup> Daire; raportör yargıçların değerlendirmelerini de dikkate alarak, tarafları duruma ilişkin başka görüşleri varsa yazılı olarak sunmaya davet edebilir. Daire başkanı, re'sen ya da taraflardan birinin veya birkaçının talebi üzerine duruşma yapılmasına karar verebilir. (AİHM İktüzüğü m.51)<sup>34</sup> Daire veya bölüm başkanı, önüne gelen bilgi ve raporları değerlendirerek başvuruyu tamamen veya kısmen kabul edilemez olarak değerlendirebileceği gibi, taraflardan vakalar hakkında başka bilgi ve belgeleri sunmasını da talep edebilir. (AİHM İktüzüğü m. 54)<sup>35</sup> İlgili başvuru hakkında kısmen veya tamamen kabul edilemezlik kararı verilirse, başvuru kısaca gerekçelendirilerek ilgili devletlere bildirilir. (AİHM İktüzüğü m.54)<sup>36</sup> Bazen devletlerarası başvurulara tedbir talep edilmiş olabilir.<sup>37</sup> Karar alma sürecine benzer

<sup>28</sup> Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 729.

<sup>29</sup> AİHM İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 5 Ağustos 2024.

<sup>30</sup> AİHM İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 5 Ağustos 2024.

<sup>31</sup> Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, s.729.

<sup>32</sup> AİHM İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 6 Ağustos 2024.

<sup>33</sup> AİHM İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 6 Ağustos 2024.

<sup>34</sup> AİHM İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 6 Ağustos 2024.

<sup>35</sup> AİHM İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 6 Ağustos 2024.

<sup>36</sup> AİHM İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 6 Ağustos 2024.

<sup>37</sup> Talep edilebilecek geçici tedbirlerlere (interim measures) örnek olarak şunlar verilebilir: Sivil halkın korunması kararı (Saldırı veya çatışmalar sırasında sivillerin zarar görmesini önlemek amacıyla alınan tedbir), yaşama hakkının korunması kararı (Ölüm riski taşıyan durumlarda müdahalelerden kaçınılması tedbiri), mal ve mülk güvenliğinin sağlanması kararı (Maddi zararları önlemek için alınan tedbir), yargılamanın sonucunu bekleme kararı (İhlallerin sürdürülmemesi için önleyici tedbirler). Bu tedbirler, ciddi insan hakları ihlallerini engellemeye yönelik acil talepler niteliğindedir. "Ukrayna v. Rusya (Kırım)" davasında AİHM, Rusya'nın Kırım'da kontrolü ele geçirmesiyle ilgili iddialar üzerine Ukrayna'nın talebiyle geçici tedbir kararı vermiştir. Mahkeme, Rusya'nın Kırım'daki sivil halka zarar verecek herhangi bir eylemde bulunmaması ve halkın güvenliğini sağlama gerektiğine hükmetmiştir. Bu tedbir, çatışma sırasında sivil hakların korunmasına yönelik acil bir

şekilde, tedbir talebi daire veya bölüm başkanı tarafından açıklamalarından sonra değerlendirilir. Tedbir talebi kabul edilmez ise başvurucaya özet bir gerekçe ile bildirilir. (AİHM İÇTÜZÜĞÜ m.54.) Daire esas yönünden incelenebilir bir başvuru olup olmadığını, tarafların vakaya ilişkin görüşlerini sorduktan sonra verir. İnceleme sürecinde kabuledilebilirlik kararını verdikten sonra, iddialar etrafında taraflar dostane çözüme davet edilir. Eğer dostane çözüm olursa, daire tarafından davanın listeden çıkartılmasına karar verilir. Bu durum bakanlar komitesine bildirilir. (AİHM İÇTÜZÜĞÜ m. 43, m. 54, m. 56)<sup>38</sup> Dostane çözüme ulaşılamaz ise, daire esasa ilişkin kararını verir. Kararın gerekçesi ve karar oylaması (oy çokluğu ya da oy birliği ile alınıp alınmadığı), başvurunun taraflarına ve davaya ilişkin üçüncü taraflara<sup>39</sup> bildirilir. (AİHM İÇTÜZÜĞÜ m. 54, m. 58)<sup>40</sup> Bu noktada mahkemenin tarafların ileri sürdüğü iddialar ve savunma doğrultusunda dosya üzerinde kanaate vardığı görülmektedir. Mahkemenin inceleme sürecinde iddiaları yerinde inceleme olanağı olmamaktadır. İddialar ve savunmalar ekseninde kanaate varabilmek, mahkemenin kararında yanılma ihtimalini arttırmaktadır.

## II. AİHM'de Devletlerarası Başvurular ve Temelleri

### A. Devletlerarası başvurulara ilişkin genel veriler

Devletlerarası başvurunun erga omnes niteliğinin karşılığı olarak; bir devletin aleyhine başvuru yapıldığında, başvuran devlet vatandaşlarından birine zarar verdiğini iddia etmek ya da özel menfaatinin ihlal edildiğini göstermek zorunluluğu bulunmamaktadır.<sup>41</sup> Devletlerarası başvurunun herhangi bir birey için telafi araması gerekmez, bunun yerine 'Avrupa'nın kamu düzeninin' korunmasına hizmet etmesi esastır.<sup>42</sup> Bu husus göz ardı edildiğinde, iddiada bulunan devletin her vakayı bir hakla temellendirmesi şartı aranır. Ancak; mağdur olarak doğrudan, dolaylı veya potansiyel bir hukuki menfaat göstermesi gereken bireysel başvuru sahibinin aksine, bir Devletin başka bir Devlete karşı başvuruda bulunurken herhangi bir özel hukuki menfaat göstermesinden ziyade Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uyulmasına ilişkin genel durumu belirlemesi durumunda başvuru kabul edilebilir. Bu sebeple, devletlerarası başvurular özel kişilerin başvurularından farklı olarak genellikle devletlerin olağanüstü dönemlerinde ortaya çıkmaktadır. Özel kişilerin AİHM'ye yaptığı bireysel başvuruların da devletlerin olağan dönemlerine nazaran olağanüstü dönemlerinde daha yoğun olduğu iddia edilebilir. Ancak devletlerarası başvuruların olağan dönemlerde ortaya çıkması istisna denebilecek seviyededir. Devletlerarası başvurular; bazen Avrupa Konseyi üyesi devletlerin aralarında yaşanan şiddet vakalarının, bazen bir devletin kendi içerisinde yaşadığı darbe ve benzeri karışıklıkların, bazen de devletlerin terör örgütleri ile verdiği mücadelenin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Olağan dönemlerde devletlerarası başvuruların olmamasının sebebi, devletlerin birbirlerine karşı yapacakları başvuru sonucunda uluslararası ilişkilerinin zarar görmesi ihtimalidir.

Verileri incelemek için AİHM'nin devletlerarası başvurulara ilişkin açıklamaları ve içtihatları yayınladığı internet sayfasına bakıldığında; 6 Ağustos 2024 tarihi itibarıyla AİHM önünde bekleyen 14 (on dört),

---

tedbir olarak alınmıştır. Ukrayna v. Rusya (Kırım), (no: 20958/14 et 38334/18), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-235138>, E.T. 30 Eylül 2024.

<sup>38</sup> AİHM İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 6 Ağustos 2024.

<sup>39</sup> AİHM önünde görülen devletlerarası başvurunun tarafı olmamakla birlikte ilgili davaya davanın kendilerini etkilediğini savunan devletler müdahil olabilirler. Devletlerarası başvurularda, üçüncü taraf olmak isteyen devletin davada bir menfaati olduğunu, başvuruya konu olan ihlallerin kendisini etkilediğini belirterek mahkemeye müdahil olma başvurusunda bulunması gerekir. Mahkeme, üçüncü tarafın sunduğu bilgi ve görüşlerin davaya katkı sağlayacağına kanaat getirirse müdahaleye izin verebilir. AİHM İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 30 Eylül 2024.

<sup>40</sup> AİHM İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 6 Ağustos 2024.

<sup>41</sup> İnsan hakları sözleşmelerinin büyük kısmı 10 sözleşmede güvenceye alınan hakların erga omnes yükümlülükler çerçevesinde korunmasını engelleyici hüküm içermemektedir. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) istisnai bir düzenleme içermektedir. AİHS'nin 55. maddesine göre taraf devletler özel uzlaşma halleri dışında, Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde Sözleşme dışındaki hukuki yollara müracaat etmemeyi taahhüt etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Açılan Devletlerarası Davalar", s. 134.

<sup>42</sup> William A. Schabas, The European Convention on Human Rights, s. 728.

tamamlanan 23 (yirmi üç) olmak üzere toplam 37 (otuz yedi) devletlerarası başvuru görülmektedir.<sup>43</sup> AİHM nezdinde ihlal iddiasıyla aleyhine devletlerarası başvuru yapılan ülke sayısı 11 (on bir)'dir. Bu ülkeler arasında aleyhine en çok başvuru yapılan ülkeler sıralaması; Rusya, Türkiye, Bileşik Krallık, Azerbaycan, Ermenistan, Yunanistan ve diğerleri şeklindedir. Yakın zamana kadar ilk sırada Türkiye görünmekteyken, son gelişmelerden sonra ilk sırayı Rusya almıştır. Rusya'ya karşı toplam 14 (on dört) başvuru yapılmış olup, bunlardan 9(dokuz) tanesi tamamlanmış (beş) tanesi ise bekleyen durumdadır. Ayrıntılarına aşağıda değinileceği üzere, Rusya'ya karşı yapılan başvuruların genellikle tamamlananmış olanları Gürcistan ile yaşadığı çatışmalar iken devam eden başvuruların çoğunluğu halen sürmekte olan Ukrayna ile yaşadığı çatışmalardır. İkinci sırayı Kıbrıs Barış Harekâtı ve 1980 darbesi sebebiyle aleyhine birçok başvuru yapılan Türkiye almaktadır. Üçüncü sırada yer alan Birleşik Krallık aleyhine yapılan başvurular, İrlanda Cumhuriyeti'nin bağımsızlık mücadelesi ve Birleşik Krallık tarafından Kıbrıs'ta gerçekleştirilen sömürü faaliyetlerine dayandırılmaktadır. Daha sonra Azerbaycan ile Ermenistan arasında yaşanan çatışmalardan kaynaklı iki devlet gelmektedir. Azerbaycan'a karşı yapılan başvuruların tamamı bekleyen durumdadır. Ermenistan'a ve Yunanistan'a karşı 2 (iki) başvuru yapılmıştır. İtalya, Danimarka, Ukrayna, Çekya (Çek Cumhuriyeti) ve Hırvatistan'a karşı birer başvuru yapılmıştır. AİHM'nin devletlerarası başvurulara ilişkin yukarıda sayılan içtihatları ve istatistikleri gösteren internet sayfasından alınan verilerden oluşturulan tablo şu şekildedir:

Tablo 2: Aleyhine Başvuru Yapılan Devletler ve İddialar ile Bağlantılı Vakalar<sup>44</sup>

AİHM'de Aleyhine Başvuru Yapılan Devletler	AİHM'de Başvuruyu Yapan Ülkeler	İddialar ile Bağlantılı Vakalar
1. Rusya	Ukrayna	Rusya & Ukrayna Savaşı <sup>45</sup>
	Gürcistan	Rusya & Gürcistan Savaşı <sup>46</sup>
2. Birleşik Krallık	İrlanda	İrlanda Cumhuriyeti & Birleşik Krallık Savaşı <sup>47</sup>
	Yunanistan	Birleşik Krallık & Kıbrıs Sömürüsü <sup>48</sup>
3. Türkiye	Kıbrıs	Türkiye & Kıbrıs Barış Harekâtı <sup>49</sup>
	Danimarka	Türkiye & PKK Terör Örgütü Mücadelesi <sup>50</sup>
	Ermenistan	Azerbaycan & Ermenistan Dağlık Karabağ Harekâtı <sup>51</sup>

<sup>43</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Devletlerarası Başvurular, <https://www.echr.coe.int/en/inter-state-applications>, E.T. 6 Ağustos 2024.

<sup>44</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Devletlerarası Başvurular, <https://www.echr.coe.int/en/inter-state-applications>, E.T. 6 Ağustos 2024.

<sup>45</sup> Ukrayna ve Rusya arasında birden fazla başvuru olmuştur. Kararların listesi ve ayrıntıları hakkında bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Devletlerarası Başvurular, <https://www.echr.coe.int/en/inter-state-applications>, E.T. 12 Ağustos 2024; Ukrayna v. Rusya, (no. 49537/14, 20958/14, 55855/18, 20958/14 ve 38334/18), <https://hudoc.echr.coe.int/engpress#%22fulltext%22:%2255855/18%22,%22sort%22:%22kdate%20Descending%22,%22languageisocode%22:%22ENG%22>, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>46</sup> Gürcistan ve Rusya arasında birden fazla başvuru olmuştur. Kararların listesi ve ayrıntıları hakkında bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Devletlerarası Başvurular, <https://www.echr.coe.int/en/inter-state-applications>, E.T. 12 Ağustos 2024; Gürcistan v. Rusya, (39611/18, 61186/09, 38263/08, 38263/08, 13255/07), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-189019%22>, E.T. 9 Ağustos 2024.

<sup>47</sup> İrlanda ve Birleşik Krallık arasında birden fazla başvuru olmuştur. Kararların listesi ve ayrıntıları hakkında bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Devletlerarası Başvurular, <https://www.echr.coe.int/en/inter-state-applications>, E.T. 12 Ağustos 2024

<sup>48</sup> Yunanistan v. Birleşik Krallık, (no. 176/56, 299/57), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-142535%22>, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>49</sup> Kıbrıs ve Türkiye arasında Kıbrıs Barış Harekâtı sebebiyle birden fazla başvuru olmuştur. Kararların listesi için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Devletlerarası Başvurular, <https://www.echr.coe.int/en/inter-state-applications>, E.T. 12 Ağustos 2024; İlgili başvurular hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özde Dereboylular – Perçem Arman, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs'la İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye'ye Etkisi", <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-136-1777>, E.T. 12 Ağustos 2024; Kıbrıs v. Türkiye, (no. 25781/94, 8007/77, 6780/74 ve 6950/75), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-74150%22>, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>50</sup> Danimarka v. Türkiye, (34382/97), <https://www.echr.coe.int/w/denmark-v-turkey-no-34382/97->, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>51</sup> Ermenistan v. Türkiye, (43517/20) <https://www.echr.coe.int/w/armenia-v-turkey-no-43517/20->, E.T. 12 Ağustos 2024.

		Fransa, Danimarka, Hollanda, İsveç	1980 Askeri Darbesi <sup>52</sup>
4.	Azerbaycan	Ermenistan	Azerbaycan & Ermenistan Çatışmaları <sup>53</sup>
5.	Ermenistan	Azerbaycan	Azerbaycan & Ermenistan Çatışmaları <sup>54</sup>
6.	Yunanistan	Danimarka, Norveç, İsveç, Hollanda	1967 Askeri Darbesi <sup>55</sup>
7.	İtalya	Avusturya	Güney Tirol Sorunu <sup>56</sup>
8.	Danimarka	Letonya	Letonya Vatandaşının Üçüncü Ülkeye İadesi <sup>57</sup>
9.	Ukrayna	Rusya	Rusya & Ukrayna Savaşı <sup>58</sup>
10.	Çekya (Çek Cumhuriyeti)	Lihtenştayn	Lihtenştayn Vatandaşlarının Mülkiyet Hakkı <sup>59</sup>
11.	Hırvatistan	Slovenya	Sloven Bankasının Alacakları <sup>60</sup>

## B. Rusya aleyhine başvuruların temelleri

Tabloda görüldüğü üzere aleyhine başvuru yapılan devletler sıralamasında ilk sırada yer alan Rusya'nın tüm dosyaları Gürcistan ve Ukrayna ile yaşamış olduğu çatışmalarla ilişkilidir. Başvuruların 7 (yedi) tanesinde Gürcistan, 7 (yedi) tanesinde Ukrayna başvuru devlet durumundadır. Gürcistan'ın Rusya aleyhine yaptığı ilk başvuru, 2006 sonbaharında Rusya Federasyonu'nda "Gürcü vatandaşlarını tutuklama, gözaltına alma ve sınır dışı etme konusunda koordineli bir politika" benimsediği iddiasına dayanmaktadır. Gürcistan ile Rusya arasında yaşanan bu gerilim, Güney Osetya bölgesinde 2008 yılında meydana gelen savaşın öncü vakalarıdır. AİHM; Rusya'nın yaklaşık 1500 Gürcistan vatandaşına karşı gerçekleştirdiği uygulama sebebiyle AİHS'ni ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme; Rusya Federasyonu'nda Gürcistan vatandaşlarını tutuklama, gözaltına alma ve sınır dışı etme konusunda koordineli bir politikanın yürürlüğe konulduğunu ve bunun Sözleşme içtihatları açısından idari bir uygulama teşkil ettiğini belirtmiştir.<sup>61</sup> Mahkeme; 21 Ocak 2021 tarihinde Gürcistan lehine verdiği kararda, Güney Osetya ve Abhazya'da, Gürcü vatandaşlarının Rusya destekli güçler tarafından kötü muameleyle maruz kaldığını ve bu durumun özellikle sözleşmenin 2. (yaşam hakkı), 3. (işkence yasağı), 5. (özgürlük ve güvenlik hakkı) ve 8. (özel yaşama ve konuta saygı) maddelerini ihlal ettiğini tespit etmiştir. AİHM, çatışmanın sona ermesinden sonra bu bölgelerin fiilen Rusya'nın kontrolü altında olduğunu ve Rusya'nın bu ihlallerden sorumlu olduğunu belirlemiştir.<sup>62</sup> Gürcistan ve Rusya arasında

<sup>52</sup> 1980 Darbesi sebebiyle Fransa, Danimarka, Hollanda ve İsveç'in Türkiye aleyhine başvuruları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 729; Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, s. 53.

<sup>53</sup> Azerbaycan v. Ermenistan, (no. 39912/22), <https://www.echr.coe.int/w/azerbaijan-v.-armenia-ii-no.-39912/22->, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>54</sup> Ermenistan ve Azerbaycan arasında birden fazla başvuru olmuştur. Kararların listesi için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Devletlerarası Başvurular, <https://www.echr.coe.int/en/inter-state-applications>, E.T. 12 Ağustos 2024; Ermenistan v. Azerbaycan, (no. 15389/22, 42445/21, 33412/21, 42521/20), <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22fulltext%22:%2215389/22%22,%22languageisocode%22:%22ENG%22>}, E.T. 14 Ağustos 2024.

<sup>55</sup> Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Denmark\\_v\\_Greece](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Denmark_v_Greece), E.T. 12 Ağustos 2024; Danimarka, Norveç, İsveç, Hollanda v. Yunanistan, (no. 4448/70, 3321/67 - 3323/67 ve 3344/67), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-95638%22>}, E.T. 13 Ağustos 2024.

<sup>56</sup> Avusturya v. İtalya, (no. 788/60), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-115598%22>}, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>57</sup> Letonya v. Danimarka, (no. 9717/20), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-203914%22>}, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>58</sup> Rusya v. Ukrayna, (no. 36958/21), <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:%22003-7085775-9583164%22>}, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>59</sup> Lihtenştayn v. Çek Cumhuriyeti, (no. 35738/20), <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:%22003-6769236-9041940%22>}, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>60</sup> Slovenya v. Hırvatistan, (no. 54155/16), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-206897%22>}, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>61</sup> Gürcistan v. Rusya, (39611/18, 61186/09, 38263/08, 38263/08, 13255/07), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-189019%22>}, E.T. 9 Ağustos 2024.

<sup>62</sup> Gürcistan v. Rusya, (39611/18, 61186/09, 38263/08, 38263/08, 13255/07), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-189019%22>}, E.T. 9 Ağustos 2024.

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin dağılmasından sonra süregiden gerilimli ilişkinin tezahürü olarak değerlendirilebilecek AİHM başvurusu, iki ülke arasındaki çekişmeyi uzlaşmayla çözememiştir.

Rusya, öteden beri rahatsızlık duyduğu Gürcistan'ın Batı yanlısı tutumundan kaynaklı birtakım sert politikaları yürürlüğe koymuştur. Rusya'nın Gürcistan'a karşı politikasının sertleşmesindeki nedenlerin başında Saakaşvili'nin Batı ile ilişkileri geliştirme ve derinleştirme çabaları olarak gösterilebilecek NATO'ya üyelik talebi, ABD yanlısı politikaları ve enerji alanında Rusya'nın tekeline kıvrarak devreden çıkartacak enerji projelerine destek vermesi gösterilmektedir.<sup>63</sup> Rusya, Gürcistan'ın tutumu karşısında Güney Osetya bölgedeki etkisini artırmış ve bu gücü Gürcistan'a karşı bir koz olarak kullanmaktan çekinmemiştir. Rusya'nın bu politikasının temelinde Gürcistan üzerindeki Batı'nın hâkimiyeti kırmaktır. Başlangıçta, Gürcistan-Güney Osetya çekişmesi olarak beliren gerilimin, daha geniş anlamda Rusya ile Gürcistan arasındaki ilişkileri savaşa sürüklemiştir.<sup>64</sup> İki Avrupa Konseyi devlet arasındaki gerilim, yukarıda açıklanan devletlerarası başvuru olarak AİHM önünde görülmüştür.

AİHM önüne taşınan Ukrayna ve Rusya başvuruları bakımından durum silahlı çatışmalar temelinde Gürcistan ve Rusya arasında yaşanan gerilimden çok farklı değildir. Batı ve Rusya arasındaki çekişmenin coğrafi olarak en önemli cephesini Ukrayna devletinin konuşlanmış olduğu yer oluşturmaktadır. Hem Batı hem de Rusya; cephe olarak gördüklerin coğrafi bölgenin öneminin farkında olarak, Ukrayna üzerindeki hegemonyalarını sürdürmek istemiştir ve günümüzde bu mücadelelerini devam ettirmektedir. Bu sebeple; Kırım ile birlikte dil, etnik yapı, din/mezhep bakış açısı, Batı ya da Rusya yanlısı kültürel ve ekonomik toplumsal tutumlar, Rusya ya da Batı tarafından Ukrayna içinde uluslararası sorun haline getirilmektedir.<sup>65</sup> İki devlet arasında uzun zamandır yaşanmakta olan gerilim, Rusya Ukrayna savaşına dönüşmüştür. Bu gerilim süreci ve savaş, Avrupa Konseyi ve AİHM önüne devletlerarası başvuru olarak taşınmıştır. Ukrayna ve Rusya arasındaki ilk devletlerarası başvuru; 2014 yılında Kırım Tatar etnik grubuna mensup bir Ukrayna vatandaşı olan Dzhemilov'un, Rus makamlarının kendisine karşı yürüttüğü cezai kovuşturma kapsamında özgürlüğünden yoksun bırakılması ve gördüğü muamele hakkında şikâyete dayanmaktadır. İlgili vatandaşın aynı zamanda bireysel başvuruda bulunmuş olması sebebiyle, iki devletin rızasına müteakip başvuru işleminden kaldırılmıştır.<sup>66</sup> Aynı yıl Ukrayna Rusya'nın Kırım'da sistematik olarak etnik ve mezhepsel ayrımcılık ve insan hakları ihlalleri gerçekleştirdiğini iddia eden başvurusunu yapmıştır.<sup>67</sup> Ukrayna'nın Rusya aleyhine başvuruları özetle Rusya'nın Kırım'da uyguladığı askeri müdahaleye dayanmaktadır. Müdahale esnasında Rusya'nın Kırım'da bulunan mahkûmları kendi egemenliği altında olan hapisanelere naklettiğini, idari olarak Kırım'da sözleşmede güvence altına alınan birçok hakkı ihlal ettiğini iddia etmiştir.<sup>68</sup> Kırım'ın Rusya tarafından 2014 yılında ilhak edilmesinden sonra Ukrayna, Rusya'ya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvurmuştur. Başvuru; Kırım'ın ilhaki ve doğu Ukrayna'daki çatışmalara bağlı olarak ortaya çıkan insan hakları ihlallerini konu almıştır. Ukrayna, Kırım'ın ilhaki sürecinde Rusya tarafından gerçekleştirilen operasyonlar sırasında sivillerin öldürüldüğünü ve yaşam hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür. Rusya'nın Kırım'da yaşayan Ukrayna yanlısı kişiler ve Tatarlar başta olmak üzere belirli gruplara işkence, kötü muamele ve keyfi tutuklama eylemlerinde bulunduğu Ukrayna

<sup>63</sup> Ebru Oğurlu, "Ağustos 2008 Rusya-Gürcistan Savaşı Çerçevesinde Avrupa Birliği'nin Güney Kafkasya Politikası", *Avrasya Etüdüleri*, Cilt 38, Sayı. 2, (Ankara 2010), s. 104.

<sup>64</sup> Oğurlu, "Ağustos 2008 Rusya-Gürcistan Savaşı Çerçevesinde Avrupa Birliği'nin Güney Kafkasya Politikası", s.104.

<sup>65</sup> Şaban Öztürk, "Rusya-Ukrayna Savaşı Üzerinden Uluslararası Sisteme Dair Bir Değerlendirme", *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (Dicle Üniversitesi'nin 50. Yılına Özel 50 Makale)*, (Diyarbakır 2023), s.457.

<sup>66</sup> Ukrayna v. Rusya, (no. 49537/14, 20958/14, 55855/18, 20958/14 ve 38334/18), <https://hudoc.echr.coe.int/engpress#%7B%22fulltext%22:%5B%2255855/18%22%2C%22sort%22:%5B%22kdate%20Descending%22%2C%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%2C%22E.T.%22%5D%7D>, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>67</sup> Ukrayna v. Rusya, (no. 49537/14, 20958/14, 55855/18, 20958/14 ve 38334/18), <https://hudoc.echr.coe.int/engpress#%7B%22fulltext%22:%5B%2255855/18%22%2C%22sort%22:%5B%22kdate%20Descending%22%2C%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%2C%22E.T.%22%5D%7D>, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>68</sup> Ukrayna v. Rusya, (no. 49537/14, 20958/14, 55855/18, 20958/14 ve 38334/18), <https://hudoc.echr.coe.int/engpress#%7B%22fulltext%22:%5B%2255855/18%22%2C%22sort%22:%5B%22kdate%20Descending%22%2C%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%2C%22E.T.%22%5D%7D>, E.T. 12 Ağustos 2024.

tarafından iddia edilmiştir. Ukrayna, Rusya'nın Kırım'da kamu mülklerine ve özel mülklere yasadışı bir şekilde el koyduğunu ve insanların mülkiyet haklarını ihlal ettiğini belirtmiştir. Ocak 2021'de AİHM, Ukrayna'nın başvurusu hakkında kabul edilebilirlik kararı vermiş ve Ukrayna'nın Rusya'ya karşı bazı iddialarının Mahkeme önünde incelenmeye devam edebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, 27 Şubat 2014'ten itibaren Kırım'da Rusya'nın etkin kontrolü olduğu sonucuna varmış, bu nedenle bu tarihten sonraki olaylardan Rusya'nın sorumlu olabileceği vurgulamıştır.<sup>69</sup> Kırım meselesine ilişkin AİHM önünde bekleyen ve Ukrayna ile Rusya arasında görülen devletlerarası başvurularının bazıları şu şekildedir: Ukrayna v. Rusya, başvuru no. 20958/14, başvuru tarihi 13 Mart 2014; Ukrayna v. Rusya, başvuru no. 38334/18, başvuru tarihi 10 Ağustos 2018. Başvurular; Rusya Federasyonu'nun Kırım'da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen Yaşam Hakkını (AİHS Madde 2), İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele Yasağını (AİHS Madde 3), Mülkiyet Hakkını İhlali (AİHS Ek 1 No'lu Protokol, Madde 1), Özgürlük ve Güvenlik Hakkını (AİHS Madde 5), Adil Yargılanma Hakkını (AİHS Madde 6), Toplanma ve İfade Özgürlüğünü (AİHS Madde 10 ve Madde 11) ve Ayrımcılık Yasağını (AİHS Madde 14) ihlal ettiğini iddia etmektedir. Kırım ile ilgili başvurular, hem Kırım Özerk Cumhuriyeti'ni hem de Sivastopol Şehri'ni kapsamaktadır. Kırım ile ilgili başvurulara Büyük Daire tarafından kısmen kabul edilebilirlik kararı verilmişken, esasa ilişkin nihai karar bekleyen durumundadır.<sup>70</sup>

Ukrayna ve Rusya arasındaki bir başka başvuru 29 Kasım 2018 tarihinde yapılmıştır. İlgili başvuru 55855/18 numarasıyla kaydedilmiştir. Başvurunun gerekçesi, 2018'de Kerç Boğazı'nda üç Ukrayna donanma gemisinin ve mürettebatının ele geçirilmesine yol açan deniz olayıyla ilgilidir. Dava şu anda Mahkemenin Birinci Bölümünde beklemektedir.<sup>71</sup> Bekleyen başvurular açısından ihlal iddiaları yeni eklemelerle geliştirilebilir olmak ile birlikte devletlerarası başvurularda sözleşmenin birçok maddesinin ihlal edildiği ileri sürülmektedir. Ukrayna'nın Kerç Boğazı ile ilgili başvurusunda da, Rusya'nın Ukrayna gemilerine ateş açarak mürettebatın hayatını tehlikeye attığını, denizcilerin hukuka aykırı bir şekilde gözaltına alınması ve Rusya'da alıkonulmasının özgürlük ve güvenlik haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir.<sup>72</sup>

Ukrayna ve Hollanda'nın birlikte Rusya'ya karşı yaptıkları başvurular da Rusya Ukrayna savaşının uzantısı olarak gerçekleşmiştir. Başvurular sırasıyla 8019/16, 43800/14 ve 28525/20, numaralarıyla kaydedilmiştir. Başvurular; 1 Mart 2014, 13 Haziran 2014 ve 10 Temmuz 2020 tarihinde gerçekleşmiştir. İlgili başvuruların dayanağı Temmuz 2014'te düşürülen Malezya Havayolları MH17 sefer sayılı uçağının düşmesi ve Doğu Ukrayna'daki olaylar olarak gösterilmiştir. Bu başvuruda, uçakta hayatını kaybedenlerden dolayı yaşam hakkının ihlal edildiği iddia edilmektedir. İlgili başvurular Büyük Daire'de beklemededir.<sup>73</sup> Rusya'nın Ukrayna karşısında yaptığı tek başvuruda da benzer iddialar yer almaktadır. İlgili başvuruda Rusya, Ukrayna'yı; öldürmeler, kaçırmalar, zorla yerinden etme, oy kullanma hakkına müdahale, Rus dilinin kullanımına ilişkin kısıtlamalar, Rus elçiliklerine saldırılar,

<sup>69</sup> Ukrayna v. Rusya, (no. 49537/14, 20958/14, 55855/18, 20958/14 ve 38334/18), <https://hudoc.echr.coe.int/engpress#%22fulltext%22:%2255855/18%22,%22sort%22:%22kdate%20Descending%22,%22languageisocode%22:%22ENG%22>, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>70</sup> Ukrayna v. Rusya, (no. 49537/14, 20958/14, 55855/18, 20958/14 ve 38334/18), <https://hudoc.echr.coe.int/engpress#%22fulltext%22:%2255855/18%22,%22sort%22:%22kdate%20Descending%22,%22languageisocode%22:%22ENG%22>, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>71</sup> Ukrayna v. Rusya, (no. 49537/14, 20958/14, 55855/18, 20958/14 ve 38334/18), <https://hudoc.echr.coe.int/engpress#%22fulltext%22:%2255855/18%22,%22sort%22:%22kdate%20Descending%22,%22languageisocode%22:%22ENG%22>, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>72</sup> Ukrayna v. Rusya, (no. 49537/14, 20958/14, 55855/18, 20958/14 ve 38334/18), <https://hudoc.echr.coe.int/engpress#%22fulltext%22:%2255855/18%22,%22sort%22:%22kdate%20Descending%22,%22languageisocode%22:%22ENG%22>, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>73</sup> Ukrayna v. Rusya, (no. 49537/14, 20958/14, 55855/18, 20958/14 ve 38334/18), <https://hudoc.echr.coe.int/engpress#%22fulltext%22:%2255855/18%22,%22sort%22:%22kdate%20Descending%22,%22languageisocode%22:%22ENG%22>, E.T. 12 Ağustos 2024.

Kuzey Kırım Kanalı'nda Kırım'a su temininin kapatılması ve Malezya Havayolları'nın MH17 sefer sayılı uçağındaki kişilerin ölümü olaylarından sorumlu olduğunu iddia etmektedir.<sup>74</sup>

Avrupa Konseyi, Rusya ve Ukrayna arasında yaşanan savaş sebebiyle önemli yıpranmalar yaşamıştır. AİHM, Rusya ve Ukrayna gerilimi sırasında yapılan devletlerarası başvurunun savaş sürecinde arttığına şahit olmuştur. Avrupa Konseyi; Rusya ve Ukrayna savaşı sebebiyle Rusya'nın üyeliğini 16 Mart 2022 tarihinde sonra sonlandırmıştır. Rusya'nın Avrupa Konseyi üyeliğinden ihracına gerekçe olarak, yukarıda açıklanan Avrupa Konseyinin amacına ilişkin düzenlemeler içeren statünün üçüncü maddesinde korunan değerlerin ihlal edildiğine vurgu yapılmıştır. Rusya, AİHM nezdinde aleyhine yapılan başvurulara Avrupa Konseyi üyeliği sonlanıncaya kadar cevap sunarken, üyelik sona erdikten sonra herhangi bir cevap ya da belge sunmamıştır. Rusya; ihraç kararı alınmadan bir gün önce, 15 Mart 2022 tarihinde, Avrupa Konseyi üyeliğinden çekilme talebini de iletmıştır. Rusya'nın Avrupa Konseyi'ne iletmiş yazının içeriği şu şekildedir:<sup>75</sup>

“Sayın Genel Sekreter, Avrupa Konseyinde Rusya Federasyonu'na karşı alınan ayrımcı kararlar bizi bu organizasyondan ayrılmaya zorlamaktadır. Statünün 7. maddesi uyarınca Rusya'nın Avrupa Konseyinden çekilmesini size bildiriyorum. Kıtadaki ortak insani ve hukuki alanla ilgili olarak atılan bu adımın sonuçlarından doğan bütün sorumluluk gerilimi kasten tırmandıranlara ve jeopolitik hedeflerine ulaşmak amacıyla organizasyonu bir araç haline getirenlere aittir. Rusya ve vatandaşlarına yönelik emsali görülmemiş yaptırım baskısı göz önüne alındığında, Avrupa Konseyinden kendi şartlarımıza göre çekilme hakkımızı saklı tutuyoruz. Ayrıca Rusya Federasyonu'nun 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini sözleşmenin 58/1. maddesi uyarınca feshetme konusundaki niyeti hakkında sizi bilgilendiriyorum.”<sup>76</sup>

Rusya'nın Avrupa Konseyi'nden ihraç edilmesi, Rusya'ya karşı AİHM'ye yapılmış olan başvuruların otomatik olarak iptal edilmesine yol açmamaktadır. İhraç tarihi olan 16 Mart 2022'ye kadar işlenmiş olan ihlallerle ilgili başvurular AİHM'nin yargılama yetkisi dâhilindedir. Yani bu tarihe kadar meydana gelen insan hakları ihlalleriyle ilgili başvurular AİHM tarafından ele alınabilir. Öte yandan, Rusya'ya karşı yeni başvuru yapabilmek mümkün değildir. Ukrayna'nın Rusya'ya karşı yaptığı devletlerarası başvurular hala AİHM'nin önünde görülmeye devam edebilmekte ancak ihraç sonrası ortaya çıkan ihlallerle ilgili yeni başvurular AİHM'nin yetkisi dışında kalacağından kabul edilmeyecektir. Halihazırda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Ukrayna'ya karşı Rusya ve Ukrayna ve Hollanda'ya karşı Rusya olmak üzere, Temmuz 2014'te MH17 sefer sayılı uçağın düşürülmesi de dahil olmak üzere Doğu Ukrayna'daki olaylar ve Rusya'nın 24 Şubat 2022'den bu yana Ukrayna topraklarında yürüttüğü askeri operasyonlarla ilgili olarak derdest üç dava bulunmaktadır. Mahkeme önünde Kırım, Doğu Ukrayna ve Azak Denizi'ndeki olaylar ve Rusya'nın 24 Şubat 2022'den bu yana Ukrayna topraklarındaki askeri operasyonlarıyla ilgili olduğu anlaşılan yaklaşık 8.500 bireysel başvuru bulunmaktadır. Ayrıca Rusya v. Ukrayna başlıklı bir dava da derdesttir.<sup>77</sup> Rusya'nın Avrupa Konseyi'nden ihraç edilmesi, AİHM tarafından alınan kararların Rusya'da uygulanabilirliğini önemli ölçüde zayıflatmıştır. Rusya, artık Avrupa Konseyi'nin üyesi olmadığı için Mahkeme'nin kararlarına uymakla yükümlü olmadığını iddia edebilir. Avrupa Konseyi'nin Bakanlar Komitesi gibi mekanizmalar aracılığıyla ihraç öncesi davalarla

<sup>74</sup> Rusya v. Ukrayna, (no. 36958/21), [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:\[%22003-7085775-9583164%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:[%22003-7085775-9583164%22]), E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>75</sup> Avrupa Konseyi'nden Rusya'nın ayrılış sürecine ve Rusya'nın çekilme talebine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Metin Gökler, “Çeyrek Asırlık Yolculuğun Sonu: Avrupa Konseyinin Rusya'yı Üyelikten İhracı, Süreçte Yaşananlar ve İhraç Kararın Sonuçları”, [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/304202316333227\\_inhak9\\_1072022102133\\_inhakdergi9.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/304202316333227_inhak9_1072022102133_inhakdergi9.pdf), E.T. 12 Ağustos 2024, s. 7.

<sup>76</sup> Gökler, “Çeyrek Asırlık Yolculuğun Sonu: Avrupa Konseyinin Rusya'yı Üyelikten İhracı, Süreçte Yaşananlar ve İhraç Kararın Sonuçları”, s. 7.

<sup>77</sup> İlgili veriler için bkz. Avrupa Konseyi, “Russia's war against Ukraine: Follow up”, <https://www.coe.int/en/web/portal/war-in-ukraine/follow-up>, E.T. 4 Ekim 2024.

ilgili kararlara uyulması için baskı yapması hatta ihraç sonrası insan hakları ihlalleri gerekçesi ile uluslararası ilişkilerden kaynaklanan gücünü kullanması doğaldır.

### C. Türkiye aleyhine başvuruların temelleri

AİHM önünde aleyhine devletlerarası başvuru yapılan devletler sıralamasında 2. sırada Türkiye yer almaktadır. Türkiye'nin aleyhine yapılan başvurular çoğunlukla Kıbrıs Barış Harekâtı'na ve 1980 darbesine dayanmaktadır. Bilindiği üzere Avrupa Konseyi KKTC'nin devlet statüsünü kabul etmezken, Kıbrıs Rum Yönetimi'ni Kıbrıs Cumhuriyeti olarak kabul etmektedir. Kıbrıs Rum Yönetimi, Türkiye'nin Kıbrıs'a 1974 müdahalesinden sonra Türkiye aleyhine 4 ayrı devlet başvurusu yapmış; Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, bu başvuruları birleştirerek 1974 ve 1975 tarihli iki dosya olarak incelemiştir.<sup>78</sup> Kıbrıs Rum Yönetimi; Türkiye'yi 20 Temmuz 1974'te savaş ilan etmeden önce Kıbrıs'ı işgal etmekle, topraklarına askeri operasyonlar düzenlemekle, Kıbrıs'ın kuzey kesiminde önemli bir alanı işgal etmekle, 14 Ağustos 1974'te Türkiye, daha ileri askeri harekâtlarla işgalini Kıbrıs Cumhuriyeti topraklarının yaklaşık %40'ına kadar genişletmekle, askeri operasyonlar ve işgal sürecinde sistematik olarak sivillerin ayrımını gözetmeksizin öldürülmekle, birçok kişiyi keyfi olarak ve yasal bir yetki olmaksızın tutuklamakla, birçok kişiyi ikamet yerlerinden etmekle ve birçok kişinin özel hayatlarına müdahale etmekle suçlamıştır. Bu uygulamaların sadece Kıbrıslı Rumlara yönelik olduğunu iddia ederek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenmiş tüm hakları ihlal etmekle itham edilmiştir.<sup>79</sup> Oysa Kıbrıs Barış Harekâtı, birçok verilerde gösterildiği üzere, Kıbrıs Rum Kesimi'nin yaygın ve sistematik olarak Kıbrıs adasında yaşayan Türklere karşı giriştiği soykırımın önlenmesi maksadıyla gerçekleştirilmiştir. Rum Dışişleri eski Bakanı ve Müzakere Heyeti Üyesi Erato Kozakou Marcoullis katliamlar için Kıbrıslı Türklere 16 Ağustos 2016 tarihinde sosyal mediasından yayınladığı bir mektupla özür dilemiştir. İlgili özür metni şu şekildedir:

“14 Ağustos 1974'te EOKA-B aşırı unsurları tarafından Muratağa-Athlar-Sandallar köylerinden 126 kadın ve çocuğa karşı ve Dohni köyünden 85 sivil erkeğe karşı (aralarında 12 yaşında bir de çocuk vardı) işlenen korkunç suçlar nedeniyle kamuoyu önünde samimi biçimde Kıbrıslı Türk yurttaşlarımızdan özür dileme ihtiyacı hissediyorum.

Ne yazık ki resmi Kıbrıs Cumhuriyeti devleti aradan geçen 42 yıl süre boyunca, bu cinayetlerin ardındaki gerçeği ortaya çıkarmak için herhangi bir soruşturma yapmadı ve bu suçları işleyenlerden hiçbiri de adaletle teslim edilmedi.”<sup>80</sup>

Türkiye, Kıbrıs'ın bu başvurularındaki iddialarına karşı Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin bir devlet olduğunu, iddia edilenler hakkında iç hukuk yollarının tüketilmediğini, Kıbrıs Rum Yönetiminin Kıbrıs Cumhuriyeti'ni temsil yetkisi bulunmadığını, Komisyonun yer bakımından yetkisiz olduğunu ve başvurunun kötüye kullanıldığını ileri sürmüştür. Komisyon Türkiye'nin bu itirazlarını reddederek, Rum Yönetiminin Kıbrıs Cumhuriyeti'ni geçerli olarak temsil ettiğine kanaat getirerek başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.<sup>81</sup> AİHM, Kıbrıs Rum Kesimi'nin başvurusu neticesinde Türkiye aleyhine adil tazminata hükmedilmiştir.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> Gökler, “Çeyrek Asırlık Yolculuğun Sonu: Avrupa Konseyinin Rusya'yı Üyelikten İhracı, Süreçte Yaşananlar ve İhraç Kararın Sonuçları”, s.7.

<sup>79</sup> Kıbrıs v. Türkiye, (no. 25781/94, 8007/77, 6780/74 ve 6950/75), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-74150%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-74150%22]}), E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>80</sup> Kıbrıs Barış Harekâtı öncesinde Kıbrıs'ta yaşayan Türklere uğradığı insan hakları ihlallerine dair birçok tez ve makale bulunmaktadır. Ancak Erato Kozakou Marcoullis'in açıklamaları sürecin birinci ağızdan anlatısı niteliğindedir. İlgili açıklama için bkz. Londra Gazetesi, “Eski Güney Kıbrıs Dışişleri Bakanı KKTC'den Özür Diledi”, <https://londragazete.com/kibris-haberleri/75432/eski-guney-kibris-disisleri-bakani-kktcden-ozur-diledi/>, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>81</sup> Dereboylular – Arman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs'la İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye'ye Etkisi”, s. 9.

<sup>82</sup> Kıbrıs v. Türkiye, (no. 25781/94, 8007/77, 6780/74 ve 6950/75), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-144151%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-144151%22]}), E.T. 12 Ağustos 2024.



Türkiye'nin aleyhine yoğun olarak başvuru yapılmasına sebep olan vakalardan birisi de 1980 darbesidir. Türkiye'de gerçekleşen darbe sonrasındaki uygulamaları gerekçe gösteren Fransa, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda; siyasi partilerin kapatılması, sivil toplum örgütlerinin kapatılması, basın özgürlüğünün ortadan kaldırılması, barışçıl toplantı ve gösterilerin kısıtlanması, siyasi liderlerin ve aydınların haksız yere tutuklanması, işkence yasağının ihlal edilmesi gibi iddialarla Türkiye aleyhine 1982 yılında 5 (beş) tane başvuruda bulunmuştur.<sup>83</sup> Benzer şekilde Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda; 1967 yılında Yunanistan'da meydana gelen askeri darbe yönetimine karşı başvurularda bulunmuşlardır.<sup>84</sup> Yunanistan cunta darbesi sürecinde yapılan başvuruların etkisiyle Avrupa Konseyi üyesi devlet statüsünden ayrılmayı talep eden ilk devlettir.<sup>85</sup> Daha sonra Rusya bu sürece giren ikinci devlet olmuştur.<sup>86</sup> Türkiye ve Yunanistan aleyhine darbeler neticesinde yapılan başvurular, genellikle devletlerarası başvurularda gözlemlenen iki devlet arasındaki gerilimden ziyade Avrupa Konseyi üyesi devletlerin statüdeki 3. maddeyi koruma iradesine dayandırılmaktadır.

Türkiye aleyhine yapılan başvurulardan birisi, Türkiye'nin PKK ile mücadelesi ile ilişkilendirilebilir. Danimarka'nın vatandaşına Türkiye'de usulsüz gözaltı ve tutuklama tedbirleri uygulandığı ve bu süreçte ilgiliye işkence ve kötü muamele yapıldığı iddiasıyla yaptığı başvuru, Türkiye'nin PKK ile bağlantısı olduğunu iddia ettiği şüpheliyi soruşturması yer almaktadır. Başvuru, Türkiye ve Danimarka'nın dostane çözüm yolunu kullanması ile sonuçlanmıştır.<sup>87</sup>

#### D. Azerbaycan aleyhine başvuruların temelleri

Hem Azerbaycan hem de Türkiye aleyhine AİHM'ye başvuru yapılan konulardan birisi de Dağlık Karabağ bölgesinde yaşanan gerilimlerdir. Halen mahkeme önünde bekleyen başvurularda; Ermenistan devleti Laçın Koridoru olarak bilinen geçitte ulaşımın güvenli şekilde sağlanmadığını, Azerbaycan tarafından bölgede yaşayan Ermeni vatandaşlarına karşı işkence kötü muamele, kişi özgürlüğü ve güvenliği yaşam hakkı başta olmak üzere sözleşmede korunan birçok hakkın ihlal ettiği iddia edilmektedir. AİHM, Ermenistan başvurusunda ileri sürülen iddiaları dikkate alarak Laçın Koridoru üzerinden güvenli geçişin izin verilmesi konusunda tedbir kararı almıştır.<sup>88</sup> Mahkeme Ermenistan'ın Türkiye'yi de doğrudan ve dolaylı yollarla sorumlu tuttuğu Dağlık Karabağ gerilimine ilişkin başka bir başvuruda, Türkiye'nin itirazlarını dikkate alarak Türkiye aleyhine verdiği tedbir kararını kaldırmıştır.<sup>89</sup> Ermenistan ve Azerbaycan arasında uzun yıllar süregelen Dağlık Karabağ gerilimi, iki devlet arasında şiddetli çatışmalara sebep olmuştur. Güney Kafkasya bölgesinde yer alan Dağlık Karabağ, 1990'lı yılların başında Ermenistan tarafından işgal edilmiştir. Ermenistan; Azerbaycan topraklarının neredeyse yarısına karşılık gelen bölgeyi kendi toprakları gibi göstermeye çalışmış ve işgalini otuz yıldan fazla süre devam etmiştir.<sup>90</sup> Rusya karşıtı söylemleri ile bilinen Nikol Paşinyan, Azerbaycan'a yönelik saldırgan bir politika takip etmiş ve 27 Eylül 2020'de işgal ettiği toprakları genişletmek için yeni bir saldırı başlatmıştır. Ermenistan'ın saldırısına Azerbaycan'ın karşılık vermesi üzerine yaklaşık iki ay devam eden İkinci Karabağ Savaşı, Azerbaycan ordusunun Türkiye ile gerçekleştirdiği ortak tatbikatlarla çok daha iyi durumda olmasının da etkisiyle, 10 Kasım 2020'de

<sup>83</sup> Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, s. 53; Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 729.

<sup>84</sup> Danimarka, Norveç, İsveç, Hollanda v. Yunanistan, (no. 4448/70, 3321/67 - 3323/67 ve 3344/67), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-95638%22%5D%7D>, E.T. 13 Ağustos 2024.

<sup>85</sup> Münci Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutu*, (Ankara: Bilgi Yayınevi, 2011), s. 52.

<sup>86</sup> Gökler, "Çeyrek Asırlık Yolculuğun Sonu: Avrupa Konseyinin Rusya'yı Üyelikten İhracı, Süreçte Yaşananlar ve İhraç Kararın Sonuçları", s.7.

<sup>87</sup> Danimarka v. Türkiye, (no. 34382/97) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-67799%22%5D%7D>, E.T. 14 Ağustos 2024.

<sup>88</sup> Ermenistan v. Azerbaycan, (no. 15389/22, 42445/21, 33412/21, 42521/20), <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22fulltext%22:%5B%2215389/22%22%5D%2C%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%7D>, E.T. 14 Ağustos 2024.

<sup>89</sup> Ermenistan v Türkiye, (43517/20), <https://hudoc.echr.coe.int/fre-press#%7B%22fulltext%22:%5B%2242521/20%22%5D%2C%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22003-6872610-9215680%22%5D%7D>, E.T. 14 Ağustos 2024.

<sup>90</sup> Fatih Erarslan - Fatma Nur Özdemir, "Azerbaycan-Türkiye İlişkilerinde Önemli Bir Kavşak: İkinci Karabağ Savaşı", *Türk Dünyası Araştırmaları*, Cilt: 129, Sayı: 255, (İstanbul 2021), s. 317.

Azerbaycan'ın zaferiyle sonuçlanmıştır. Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya arasında imzalanan mutabakat ile çatışmalar durdurulmuştur.<sup>91</sup>

### E. Büyük Britanya aleyhine başvuruların temelleri

AİHM önünde aleyhine ilk başvuru yapılan devlet Birleşik Krallık'tır. Birleşik Krallık aleyhine çok başvuru yapılan devletler sıralamasında da üst sıralarda yer almaktadır. Aleyhine başvuru yapan devletler Yunanistan ve İrlanda Cumhuriyeti'dir. Yunanistan, başvurusunda Birleşik Krallık tarafından Kıbrıs'ta yaygın ve sistematik olarak insan hakları ihlalleri gerçekleştirdiğini ve bu vakaların bir nevi sömürgecilik faaliyeti niteliği taşıdığını iddia etmektedir.<sup>92</sup> İlgili iddiaların temelinde Kıbrıs Adası üzerinde Büyük Britanya'nın hâkimiyet kurma çabası yer almaktadır. Kıbrıs Adası'nda Büyük Britanya'nın hâkimiyet kurma çabası, 1877-78 (93 harbi) Osmanlı Rus savaşına kadar dayandırılmaktadır. Ancak ada üzerinde Büyük Britanya hâkimiyetine olanak sağlayan en belirgin gelişme Lozan Antlaşması olarak bilinmektedir. İlgili anlaşma mucibince Büyük Britanya, 10 Mart 1925 yılında adanın kendisine ait bir Taç Kolonisi olduğunu ilan eder. Taç kolonisi 1960 yılında kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti'ne kadar devam edecektir.<sup>93</sup> Bu süreçte yaşananlar, Kıbrıs Adası'nda yaşayan Türkleri ve Rumları sürekli rahatsız etmiş ve arayışa sürüklemiştir. Yunanistan ve Büyük Britanya arasında yaşanan çekişmelerin gerekçesi, ada üzerinde hâkimiyet kurma sürecinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu vakalar, Yunanistan tarafından Büyük Britanya'ya karşı devletlerarası başvuru mekanizmasını kullanmaya yöneltmiştir. Yunanistan; Büyük Britanya tarafından, adada Rumlara yönelik işkence ve kötü muamele başta olmak üzere birçok idari eylemin gerçekleştirildiğini iddia etmiştir.<sup>94</sup> Başvuran devlete göre çeşitli işkence vakaları, kırbaç cezası ve kolektif ceza çeşitlerinin varlığı AİHS'nin 3. maddesini; keyfi gözaltı, tutukluluk ve sınır dışı işlemleri AİHS'nin 5. ve 6. maddelerini; zorla konutlara girilmesi, iletişimin sansürlenmesi, serbestçe görüşleri açıklama hakkının engellenmesi gibi uygulamalar ise AİHS'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerini ihlal etmektedir.<sup>95</sup> Birleşik Krallık ve Yunanistan arasındaki başvurular, iki devlet arasındaki müzakereler neticesinde Kıbrıs'ta varılan çözüm üzerine ayrıca bir işlem yapılmasına gerek olmadığını gerekçesiyle sonlanmıştır.<sup>96</sup>

Birleşik Krallık aleyhine yapılan en çok başvuru İrlanda tarafından gerçekleştirilmiştir. Başvuruların arka planında, İrlanda Adası'nda 1921 yılında gerçekleşen Bağımsızlık Savaşı yer almaktadır. 1916 yılında Bağımsızlık Savaşı'nın temelinde yer alan Paskalya Ayaklanması'nın ardından Birleşik Krallık karşısı İrlandalılar, IRA (İrlanda Cumhuriyet Ordusu) kurarak bağımsızlık mücadelesine başlamıştır. Bağımsızlık Savaşı sürecinde İrlandalılar arasında mezhep farklılıklarından kaynaklanan bir bölünme gerçekleşmiş, Kuzey İrlanda'da yaşayan Protestan İrlandalılar dini gerekçelerle Birleşik Krallık karşısında bağımsızlık mücadelesi vermeyi reddetmiştir. Güney İrlanda'da yaşayan Katolik İrlandalılar ise bağımsız devlet olma mücadelesini sürdürmüş ve 1960'lı yıllardan 1998'e kadar süren şiddet eylemleri bölgede uzun dönem insan hakları ihlallerinin yaşanmasına sebep olmuştur. Yaklaşık 3.500 kişinin hayatını kaybetmesine sebep olan çatışmalar, Birleşik Krallık Başbakanı Tony Blair ile İrlanda Cumhuriyeti Başbakanı Bertie Ahern arasında 1998 yılında imzalanan Hayırlı Cuma (Good Friday Agreement) anlaşması ile durulmuştur.<sup>97</sup> Ancak, İrlanda henüz 2024 yılında yine aynı temellere yeni bir

<sup>91</sup> Erarslan – Özdemir, "Azerbaycan-Türkiye İlişkilerinde Önemli Bir Kavşak: İkinci Karabağ Savaşı", s. 317.

<sup>92</sup> Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 728; Yunanistan v. Birleşik Krallık, (no. 176/56, 299/57), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-142535%22>}, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>93</sup> KKTC Enformasyon Dairesi, <https://pio.mfa.gov.ct.tr/kibrista-ingiltere-donemi-1878-1960/>, E.T. 14 Ağustos 2024.

<sup>94</sup> Yunanistan v. Birleşik Krallık, (no. 176/56, 299/57), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-142535%22>}, E.T. 14 Ağustos 2024.

<sup>95</sup> Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Açılan Devletlerarası Davalar", s. 147.

<sup>96</sup> Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Açılan Devletlerarası Davalar", s. 148.

<sup>97</sup> Çağdaş Cengiz – Erdi Kutlu, "İrlanda Sorunu'nun Tarihsel Kökleri ve Brexit Sonrası İrlanda Sorunu: Birleşik Bir Krallık Mı, Birleşik Bir İrlanda Mı?", *International Journal of Eurasia Social Sciences (IJOESS)*, Vol: 12, Issue: 44, (Antalya 2021), s. 370,371.

başvurusunu AİHM'e sunmuştur.<sup>98</sup> Başvurudan da anlaşılacağı üzere; Brexit sürecinin de etkisiyle İrlanda ve Birleşik Krallık arasında çözülemeyen birtakım sorunların devam edeceği görülmektedir.

#### **F. Aleyhine başvuru yapılan diğer devletler ve başvuruların temelleri**

Devletlerarası başvurular arasında; aleyhlerine birer kez başvuru yapılan Ukrayna, İtalya, Danimarka, Çek Cumhuriyeti, Hırvatistan, Ermenistan ve iki kez başvuru yapılan Yunanistan da bulunmaktadır. Ukrayna, Ermenistan ve Yunanistan aleyhine yapılan başvuruların gerekçeleri sırasıyla yukarıda verilen Rusya, Azerbaycan ve Türkiye aleyhine yapılan başvurular altında açıklanmıştır.

AİHM önünde görülen Avusturya ve İtalya arasındaki başvurunun arka planında Birinci Dünya Savaşı sürecinde iki devlet arasında Güney Tirol üzerinde hâkimiyet sağlama mücadelesi yer almaktadır. Birinci Dünya Savaşı sonucunda, İtilaf Devletleri ile Avusturya arasında imzalanan Saint-Germain anlaşmasının etkisiyle, çoğunluğu Almanca konuşan Güney Tirol bölgesi 10 Ekim 1920'de İtalya tarafından resmen ilhak edilmiştir.<sup>99</sup> Bu tarihten itibaren İtalya'nın Güney Tirol bölgesine yönelik baskıcı uygulamaları, tarihî topraklar vurgusu ve bölgenin İtalyan kimliği lehine homojenleştirilmesi uğraşları<sup>100</sup> farklı etnik kökene sahip topluluklarda insan hakları ihlallerine sebep olmuştur. AİHM önünde görülen Avusturya'nın İtalya aleyhine yapılan devletlerarası başvuru, bu sorunların sirayeti olarak Güney Tirol'de bulunan Fundres/Pfunders (Yukarı Adige) köyünde yaşanan vakalar ve bu vakaların yargılamaları yer almaktadır. Başvuruda İtalya, işkence kötü muamele ve adil yargılanma hakkı başta olmak üzere farklı insan hakları ihlalleri ile suçlanmaktadır.<sup>101</sup>

AİHM önünde görülen devletlerarası başvurulardan birisi de Hırvatistan aleyhine Slovenya başvurusudur. Başvurunun temelinde; Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti yıkılmadan önce kurulan ve ülke genelinde borçluları olan bir bankanın, Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti yıkıldıktan sonra Slovenya Cumhuriyeti'nde faaliyet göstermekte olması sebebiyle Hırvatistan hâkimiyetinde olan borçlulardan alacağını tahsil edememesi yer almaktadır. Slovenya, Hırvatistan aleyhine yaptığı başvuruda, davalı devletin tahsilatı zorlaştırmak suretiyle adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.<sup>102</sup>

Devletlerarası başvurulardan birisi de Danimarka aleyhine Letonya tarafından gerçekleştirilmiştir. Başvurunun gerekçesi; Danimarka'da tutuklu bulunan Letonya vatandaşının Danimarka tarafından Güney Afrika'ya iade edilmesi kararıdır. Bu kararın AİHS'nin 3, 5 ve 8. maddelerinin ihlali olacağından şikayetçi olan Letonya başvurusunun sonucunda, 3 Mart 2020 tarihinde ilgili vatandaş Danimarka tarafından Letonya'ya iade edilmiştir. 13 Mart 2020 tarihinde Letonya, mahkemeye davanın çözüme kavuşturulduğunu bildirmiştir. AİHM, sürecin sonunda davayı işleminden kaldırmıştır.<sup>103</sup>

AİHM önünde beklemekte olan devletlerarası başvurulardan birisi de Çek Cumhuriyeti aleyhine Lihtenştayn başvurusudur. Lihtenştayn; Çek Cumhuriyeti sınırları içerisinde yer alan Lihtenştayn Prensi Vakfı'na ve bazı Lihtenştayn vatandaşlarına ait mülklere davalı devlet tarafından el konulduğunu iddia etmektedir. Başvuruda; davalı devlet tarafından adil yargılanma hakkının, özel hayata ve aile

<sup>98</sup> İrlanda v Birleşik Krallık, (no. 5451/72, 5310/71), <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22fulltext%22:%221859/24%22,%22languageisocode%22:%22ENG%22>, E.T. 14 Ağustos 2024.

<sup>99</sup> Gökberk Yücel – Fatih Doğan, "İtalyan İrredentizmi ve Güney Tirol Sorunu", *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, (Karaman 2022), s. 102.

<sup>100</sup> Yücel – Doğan, "İtalyan İrredentizmi ve Güney Tirol Sorunu", s. 103.

<sup>101</sup> Avusturya v İtalya, (no. 788/60), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-115598%22>, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>102</sup> Slovenya v. Hırvatistan, (no. 54155/16), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-206897%22>, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>103</sup> Letonya v. Danimarka, (no. 9717/20), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-203914%22>, E.T. 12 Ağustos 2024.

hayatına saygı hakkının, etkili başvuru hakkının, mülkiyet hakkın ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddia edilmektedir.<sup>104</sup>

## Sonuç

Devletlerarası başvurular, bir devletin diğerini doğrudan insan hakları ihlalleriyle suçlaması olarak görüldüğünde, genellikle siyasi meseleler içermektedir. Bu durum uluslararası alanda diplomatik ilişkilerden önemli ölçüde etkilenmekte ve uluslararası siyaseti karmaşık hale getirmektedir. Yukarıdaki verilerden görüleceği üzere Danimarka, Hırvatistan ve Çekya (Çek Cumhuriyeti) aleyhine yapılan başvurular hariç; AİHM'ye yapılan tüm başvurular savaş, darbe ve terörle mücadele temeline dayanmaktadır<sup>105</sup>. Avrupa Konseyi; kuruluşunda etkili olan İkinci Dünya Savaşı'nın etkisiyle, yeni savaş alanlarının oluşmaması düşüncesinden hareket ederek üye devletler arasında çıkabilecek gerilimleri önleme görevini üstlenmiştir. Öte yandan devletlerarası başvuruların irdelenmesinde, yargılama yöntemi olarak devletlerin sundukları dosyalar üzerinden inceleme yapılmakta, fakat savaş alanlarında yaşanan vakaların boyutu ayrıntılı incelenememektedir. Dosya üzerinden bazı vakaların sebepleri anlaşılabilirse bile, bazı vakalar bakımından bu inceleme yeterli olmamaktadır. Özellikle devletlerin olağanüstü dönemlerde yaşadığı vakalar, yargısal egemenliği elinde tutanların nitelemesi ile anlaşılabilir durumdadır. Devletlerarası davalarda delil toplamak ve sunmak, özellikle de delil başka bir ülkede bulunuyorsa, zor olabilmektedir<sup>106</sup>. Devletler arasındaki erişim ve işbirliği sorunları, vakaları yorumlama sürecini engelleyebilmektedir. Yargısal egemenliği elinde bulunduran ve uluslararası diplomatik desteği alabilen devletlerin lehine yapılan yorumlar, aleyhine başvuru yapılan devletler bakımından Avrupa Konseyi'nin güvenilirliği noktasında leke oluşturmaktadır. AİHM'nin devletlerarası başvurulardaki yorumu ve Avrupa Konseyi'nin bir devleti diğer devlet karşısında suçlayan politikası, aleyhine başvuru yapılan devletin vatandaşları bakımından da mağduriyetlere sebebiyet verebilmektedir. Örneğin; Gürcistan v. Rusya ile Ukrayna v. Rusya başvurularından çıkan sonuçlar, Rusya'nın Avrupa Konseyi üyeliğinden ayrılması ile neticelenmiştir. Bu durum, Rusya vatandaşlarının Rusya'ya karşı yaptıkları bireysel başvuru neticesinde koruduğu haklarından mahrum olmasına sebebiyet vermiştir. Benzer şekilde, darbeler neticesinde cunta rejiminin başa geçmesi ile yaygın olarak insan hakları ihlallerinin yaşandığı gözlemlenen Yunanistan, Avrupa Konseyi tarafından çıkartılma tehdidi ile karşılaşınca, üyelikten çekilmiştir. Bu durum Yunanistan'da hayatını sürdüren bireyler için daha fazla mağduriyetler ortaya çıkarmıştır.<sup>107</sup> Elbette, hiçbir devletin keyfiyetle insan hakları ihlali yapmasına Avrupa Konseyi'nin seyirci kalması beklenemez. Bununla birlikte, insan hakları ihlalleri gündemde olan bir devletin vatandaşları da yaptırımın sonucu olarak insan haklarını koruma mekanizmasından mahrum olmamalıdır.

AİHM'nin devletlerarası başvurularla ilgili davaları sonuçlandırma süresi genellikle çok uzun sürmektedir. Kıbrıs, Gürcistan ve Ukrayna'nın yapmış olduğu başvurularda görüldüğü üzere, başvuruların sonlandırılması sürecinin uzun sürmesi, mağduriyetlerin giderilmesi noktasında ihtiyacı

<sup>104</sup> Lihtenştayn v. Çek Cumhuriyeti, (no. 35738/20), <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6769236-9041940%22%7D>, E.T. 12 Ağustos 2024.

<sup>105</sup> İnsan hakları ihlallerini önlemenin yollarından birisi olan devletlerarası başvuru usulü Birleşmiş Milletler temel insan hakları sözleşmelerinde de (sözleşme içi denetim usulleri) yer almaktadır. Evrensel düzeyde bu usul 2018 yılına kadar hiç kullanılmamış; ilk olarak Katar'ın Suudi Arabistan ve Birleşik Arap Emirlikleri aleyhine ve hemen ardından Filistin'in İsrail aleyhine Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesine yaptığı başvurularla işletilmiştir. Bu süreç de benzer şekilde olağanüstü ve hatta süregelen durumlarla ilgili olarak bir son çare olarak işletilmiştir. Süreç ve usul hakkında detaylı bilgi için bkz. Bilge Bingöl Schrijer, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Yargı Dışı Korunması*, *BM İnsan Hakları Konseyi ve İnsan Hakları Sözleşmelerinin Denetim Organları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), s. 313-322.

<sup>106</sup> Uluslararası alanda vaka tespiti ve delil toplama süreci ulusal süreçlere göre daha karmaşıktır ve kendi içinde birtakım çelişkileri de barındırmaktadır. Örneğin De Smet, vaka tespiti sürecinin üç ögesi olan delil, hipotez ve delilin hipotezi kanıtlanması olgularının uluslararası alanda temel epistemolojik öğelerden yoksun olduğunu ifade etmektedir. Simon DE SMET, "Justified Belief in the Unbelievable", *Quality Control in Fact-Finding*, (Florence: Torkel Opsah Academic EPublisher, 2013), s. 73-137; Benzer şekilde BM temel insan hakları sözleşmelerine ilişkin vaka tespiti ve delil toplama sorunlarına ilişkin bkz. Schrijer, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Yargı Dışı Korunması*, s. 439-444.

<sup>107</sup> Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutu*, s. 52.

karşılıyamadır. Mahkemenin iş yükünün yoğun olması ve devletlerarası başvuruların politik boyutlarının bulunması, mahkemenin politik davranabileceği şüphesine yol açmaktadır. Süreçlerin uzunluğu, hak ihlallerinin zamanında çözüme kavuşturulamaması anlamına gelmekte ve adaletin gecikmesi, etkili bir hak arama yolunu baltalamaktadır. Mahkeme, özellikle devletlerarası başvurular gibi karmaşık davalarda politik olma şüphesinden uzaklaşmak için daha hızlı hareket etmeye teşvik edilmektedir. AİHM'nin karar verirken, özellikle büyük ve güçlü devletlerin politik baskılarından etkilenmemesi için hızlı hareket etmesi yararına olacaktır. Mahkemenin politik dengeleri gözetmek yerine, sadece hukuki ilkeler doğrultusunda karar vermesi gerektiği aşikârdır.

Devletlerarası davalar genellikle devlet egemenliği, uluslararası hukukun yorumlanması ve Sözleşme'nin çeşitli bağlamlarda uygulanması konuları da dâhil olmak üzere hassasiyetle işlenmesi gereken özel nitelikler gerektirmektedir. AİHM'nin devletlerarası başvurular sonrasında verdiği tazminat kararlarının yetersiz olmaması, tazminatların ödenmesi veya ihlallerin düzeltilmesi konusunda etkili yöntemleri kurgulaması gerekmektedir. Bilindiği üzere, Avrupa Konseyi'nin Bakanlar Komitesi, kararların uygulanmasını denetleyerek devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamaya çalışır. Ancak süreç, diplomatik engellerle karşılaşabilir ve yaptırım mekanizmalarının sınırlı olması, zaman zaman kararların tam anlamıyla icra edilememesine yol açabilir. Başvuran devlet lehine karar verilmesi, kararın uygulanması noktasında sorunlar çıkarabileceğinden, icrai anlamda da bireysel başvurudan ayrı nitelikler taşınmalıdır. Keza; devletler, egemenliklerini veya ulusal çıkarlarını ihlal ettiğini düşündükleri kararların uygulanmasına rıza göstermeyeceklerdir. Her ne kadar Avrupa Konseyi insan haklarının bölgesel korunmasına ilişkin bir örnek olsa da, ulusal egemenlik ve küresel insan hakları siyaseti denklemini barındıran bu yargılama türünün, bireysel korumadan farklı bir koruma mekanizması içinde değerlendirilmesi daha isabetli olabilir. Bu noktada, devletlerarası başvurulardaki yargılamaların içtihatları ile bireysel başvuru yargılamalarının içtihatları dönüşüm ve gelişim bakımından da farklılık taşıyabilir. İki yargılama biçiminin tek bir örgütlenme altında yapılması, bu dönüşüm ve gelişim sürecini sekteye uğratabilecektir.

Devletlerarası başvurularda yargılama sürecinin doğrudan başlatılmasından ziyade başvuru konularının Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne benzer şekilde savcılık incelemesinden geçirilmesi değerlendirilebilir. Aslında Avrupa Konseyi'nin ilk kuruluş sürecinde devletlerarası şikâyet mekanizması değerlendirilirken Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne benzeşen ve ayrışan yönler üzerinde tartışmalar yaşanmıştır.<sup>108</sup> Ancak, mevcut hali ile devletlerarası başvurularda herhangi bir savcılık değerlendirmesi olmadan yargılama aşamasına geçilebilmektedir. Bu durum gerekli ön inceleme yapılamadan yargılamanın başlatılmasına sebep olabilmekte ve büyük oranda yargılama süreci ve sonuçları siyasi tepkilerle karşılaşmaktadır.

<sup>108</sup> Schabas, *The European Convention on Human Rights*, s. 723-724.

## Kaynakça

- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan, (no. 4448/70, 3321/67 - 3323/67 ve 3344/67), [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Denmark\\_v\\_Greece](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Denmark_v_Greece), E.T. 12 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG), E.T. 5 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avusturya v İtalya, (no. 788/60), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-115598%22%5D%7D>}, E.T. 12 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Azerbaycan v. Ermenistan, (no. 47319/20), <https://www.echr.coe.int/w/azerbaijan-v.-armenia-ii-no.-39912/22->, E.T. 12 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Danimarka v. Türkiye, (no. 34382/97) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-67799%22%5D%7D>}, E.T. 14 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Danimarka v. Türkiye, (no. 34382/97), <https://www.echr.coe.int/w/denmark-v.-turkey-no.-34382/97->, E.T. 12 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Denmark\\_v\\_Greece](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Denmark_v_Greece), E.T. 12 Ağustos 2024
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ermenistan v Türkiye, (43517/20), [https://hudoc.echr.coe.int/freres#%7B%22fulltext%22:%5B%2242521/20%22%5D,%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22itemid%22:%5B%22003-68726109215\\_680%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/freres#%7B%22fulltext%22:%5B%2242521/20%22%5D,%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22itemid%22:%5B%22003-68726109215_680%22%5D%7D)}, E.T. 14 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ermenistan v. Azerbaycan, (no. 15389/22, 42445/21, 33412/21, 42521/20), <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22fulltext%22:%5B%2215389/22%22%5D,%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%7D>}, E.T. 14 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ermenistan v. Türkiye, <https://www.echr.coe.int/w/armenia-v.-t%C3%BCrkiye-no.-43517/20->, E.T. 12 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Gürcistan v. Rusya, (39611/18, 61186/09, 38263/08, 38263/08, 13255/07), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-18901\\_9%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-18901_9%22%5D%7D)}, E.T. 9 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İrlanda v Birleşik Krallık, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22fulltext%22:%5B%221859/24%22%5D,%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%7D>, E.T. 14 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kıbrıs v. Türkiye, (no. 25781/94, 8007/77, 6780/74 ve 6950/75), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-74150%22%5D%7D>, E.T. 12 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Letonya v. Danimarka, (no. 9717/20), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-203914%22%5D%7D>}, E.T. 12 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Lihtenştayn v. Çek Cumhuriyeti, (no. 35738/20), [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6769236-90\\_41940%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6769236-90_41940%22%5D%7D)}, E.T. 12 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Rusya v. Ukrayna, (no. 36958/21), <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-7085775-9583164%22%5D%7D>}, E.T. 12 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Slovenya v. Hırvatistan, (no. 54155/16), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-206897%22%5D%7D>}, E.T. 12 Ağustos 2024.

- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ukrayna v. Rusya, (no. 20958/14), <https://www.echr.coe.int/w/ukraine-v-russia-re-crimea-no-20958/14->, E.T. 12 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ukrayna v. Rusya, (no. 49537/14, 20958/14, 55855/18, 20958/14 ve 38334/18), <https://hudoc.echr.coe.int/engpress#%22fulltext%22:%2255855/18%22,%22sort%22:%22kupdate%20Descending%22,%22languageisocode%22:%22EN G%22>, E.T. 12 Ağustos 2024.
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yunanistan v. Birleşik Krallık, (no. 176/56, 299/57), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-142535%22>}, E.T. 12 Ağustos 2024.
- AİHS, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, [https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs\\_tr.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf), E.T. 5 Ağustos 2024.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Devletlerarası Başvurular, <https://www.echr.coe.int/en /inter-state-applications>, E.T. 6 Ağustos 2024.
- Avrupa Konseyi Statüsü, [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001\\_tur.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001_tur.pdf), E.T. 4 Ağustos 2024.
- Avrupa Konseyi Yapısı, <https://www.coe.int/en/web/about-us/structure>, E.T. 4 Ağustos 2024.
- Avrupa Konseyi, "Russia's war against Ukraine: Follow up", <https://www.coe.int/en/web/portal/war-in-ukraine/follow-up>, E.T. 4 Ekim 2024.
- Akad, Mehmet - Dinçkol, Bihterin Vural - Bulut, Nihat. *Genel Kamu Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 2021.
- Annas, Julia. *The Morality Of Happpiennes*, New York: Oxford University Press, 1993.
- Cengiz, Çağdaş - Kutlu, Erdi. "İrlanda Sorunu'nun Tarihsel Kökleri ve Brexit Sonrası İrlanda Sorunu: Birleşik Bir Krallık Mı, Birleşik Bir İrlanda Mı?", *International Journal of Eurasia Social Sciences (IJOESS)*, (12/ 44), (2022), 365-383.
- Christian Tomuschat, *Human Rights Between Idealism and Realism*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- De Smet, Simon, "Justified Belief in the Unbelievable", *Quality Control in Fact-Finding*, Florence: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2013.
- Dereboylular, Özde / Arman, Perçem, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs'la İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye'ye Etkisi", <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-136-1777>, E.T. 12 Ağustos 2024.
- Doğan, İlyas. *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara: Astana Yayınları, 2015.
- Erarşlan, Fatih - Özdemir, Fatma Nur. "Azerbaycan-Türkiye İlişkilerinde Önemli Bir Kavşak: İkinci Karabağ Savaşı", *Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi*, (129 / 255), (2021), 315 - 334.
- Erdoğan, Mustafa. *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara: Orion Kitapevi, 2012.
- Gökler, Ahmet Metin, "Çeyrek Asırlık Yolculuğun Sonu: Avrupa Konseyinin Rusya'yı Üyelikten İhracı, Süreçte Yaşananlar ve İhraç Kararın Sonuçları", [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/304202316333227\\_inhak9\\_1072022102133inhakdergi9.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/304202316333227_inhak9_1072022102133inhakdergi9.pdf), E.T. 12 Ağustos 2024.
- Gözübüyük, A. Şeref. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Devlet Başvurusu", *Amme İdaresi Dergisi*, (24/1), (1991), 3 - 17.
- Kalabalık, Halil. *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2013.
- Kapani, Münci. *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutu*, Ankara: Bilgi Yayınevi, 2011.

Karakul, Selman, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Açılan Devletlerarası Davalar", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (7 / 2), (2020), 131-172.

KKTC Enformasyon Dairesi, <https://pio.mfa.gov.ct.tr/kibrista-ingiltere-donemi-1878-1960/>, E.T. 14 Ağustos 2024.

Londra Gazetesi, "Eski Güney Kıbrıs Dışişleri Bakanı KKTC'den Özür Diledi", <https://londra.gazete.com/kibris-haberleri/75432/eski-guney-kibris-disisleri-bakanikkctden-ozur-diledi/>, E.T. 12 Ağustos 2024.

Nash, Kate. *The Cultural Politics of Human Rights Comparing the US and UK*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Oğurlu, Ebru. "Ağustos 2008 Rusya-Gürcistan Savaşı Çerçevesinde Avrupa Birliği'nin Güney Kafkasya Politikası", *Avrasya Etüdüleri*, (38 / 2), (2010), 99 - 127.

Öztürk, Şaban, "Rusya-Ukrayna Savaşı Üzerinden Uluslararası Sisteme Dair Bir Değerlendirme", *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, (32 / Dicle Üniversitesi'nin 50. Yılına Özel 50 Makale), (2023), 449-462.

Salihpaşaoğlu, Yaşar. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Schrijer, Bilge Bingöl. *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Yargı Dışı Korunması, BM İnsan Hakları Konseyi ve İnsan Hakları Sözleşmelerinin Denetim Organları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Shaw, Malcolm N. *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Tams, Christian J. *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Türkiye Dış İşleri Bakanlığı, [https://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi\\_.tr.mfa](https://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_.tr.mfa), E.T. 4 Ağustos 2024.

Türkiye Dışişleri Bakanlığı, [https://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi\\_.tr.mfa#:~:text=Almanya%2C%20Andorra%2C%20Arnavutluk%2C%20Avusturya,%2C%20Litvanya%2C%20L%C3%Bcksemburg%2C%20Macaristan%2C](https://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_.tr.mfa#:~:text=Almanya%2C%20Andorra%2C%20Arnavutluk%2C%20Avusturya,%2C%20Litvanya%2C%20L%C3%Bcksemburg%2C%20Macaristan%2C), E.T. 11 Ağustos 2024.

Uygun, Oktay. *Devlet Teorisi*, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2014.

William, A. Schabas. *The European Convention on Human Rights*, New York: Oxford University Press, 2015.

Yücel, Gökberk / Doğan, Fatih, "İtalyan İrredentizmi ve Güney Tirol Sorunu", *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, (24 / 42), (2022), 97-113.

## **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkısı:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır