

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜHF D

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt / Volume: 73 • Sayı / Number: 4 • Yıl / Year: 2024

Ankara Üniversitesi Basımevi
<http://basimevi.ankara.edu.tr>

81.YIL



YAYIN SAHİBİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Fakülte Dekanı Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. İsmail DEMİR

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR, Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

İNGİLİZCE DİL EDİTÖRÜ

Doç. Dr. Tuğçe ORAL, Dr. Öğr. Üyesi Deniz POLAT

ALMANCA DİL EDİTÖRÜ

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

FRANSIZCA DİL EDİTÖRÜ

Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

EDİTÖR YARDIMCILARI

Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN, Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN, Dr. Öğr. Üyesi Deniz POLAT,
Arş. Gör. Merve İrem YENER, Arş. Gör. Hira Nurhacı ÇERİ, Arş. Gör. Sümeyye Sena FIRAT, Arş. Gör. Alaz TARHAN, Arş. Gör. Kardelen ALTUN

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Murat DOĞAN (Erciyes Üniversitesi)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (AHBV Üniversitesi)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Nevin Ünal ÖZKORKUT (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN (Ankara Üniversitesi)

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Arzu OĞUZ (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Asuman TURANBOY (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Hakan KARAN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Levent AKIN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Rifat ERTEN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Süha TANRIVER (Çankaya Üniversitesi)
Prof. Dr. Tuğrul ARAT (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Zariye ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)

YAYIN İDARE MERKEZİ ADRESİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cemal Gürsel Caddesi, No:58 06590 Cebeci, Ankara-TÜRKİYE

SÜRDÜRÜM VE İLETİŞİM

auhfd@law.ankara.edu.tr

URL: http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/

YAYIN İDARE MERKEZİ TELEFONU: 0 (312) 595 50 00

FAX: 0 (312) 363 56 96

YAYININ TÜRÜ: Yerel Süreli Yayın

YAYININ ARALIĞI: Yılda dört sayı olarak yayınlanan, ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında taranan hakemli bir dergidir.

DİLİ: Türkçe ve yabancı diller

BASIM YERİ: Ankara Üniversitesi Basımevi, İncitaşı Sokak No:10, 06510 Beşevler/ANKARA Tel: 0 (312) 213 66 55

BASIM TARİHİ: 28/03/2025

ISSN 1301-1308

© Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. Bu Derginin tamamı ya da Dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı Yasanın hükümlerine göre

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ya da herhangi bir kayıt sistemiyle çoğaltılamaz, yayımlanamaz.

İÇİNDEKİLER / Contents

MAKALELER / Articles

KAMU HUKUKU

Muradiye ÇEVİKÇELİK

Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Kamu Görevlileri Açısından
Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağı
*Prohibition on Engaging in Trade and Other Profit-Generating Activities for
Public Personnel Working at Higher Education Institutions 2181*

Halil ALTINDAĞ, Emin ÇAMURCU

Kamu Tüzel Kişilerinin Sermaye Şirketi Kurabilme ve Sermaye Şirketine
Ortak Olabilme Yetkisinin Dayanağı ve Sınırları
*The Basis and Limits of the Authority of Public Legal Entities to Establish a
Capital Company and to Become a Shareholder in a Capital Company 2233*

Tuğçe İSAYEV

Türk Devletleri Teşkilatı'nın ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin
(KKTC) Türk Devletleri Teşkilatı'ndaki Gözlemci Üye Statüsünün
Uluslararası Hukuk Açısından İncelenmesi
*Examination of the Organization of Turkic States and the Observer Status of
the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) in the Organization of
Turkic States in Terms of International Law 2281*

Zeynep ÖZKAN GÜNEŞ

Anayasal Kimlik Kavramı ve Türkiye Üzerine Kısa Bir Değerlendirme
The Concept of Constitutional Identity and a Brief Assessment on Turkey 2327

Murat Aybars TUNCA

Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu
Prevention of Public Duty..... 2379

Habib Yesuf YİMAM

*Ginsburg'un Sigorta Teorisi Işığında Etiyopya'nın Siyasi Denetim Sistemi:
Sihir Sihirbaza Dönüştüğünde*
*Ethiopia's political Review System in Light of the Ginsburg's Insurance
Theory: When the Magic Turns on the Magician* 2403

Ali D. ULUSOY

Maden Ruhsat ve İzinleri ve İdarenin Takdir Yetkisi
Mining Licences and Permits and Discretionary Power of the Administration ... 2447

Erdem ERCAN

Düzenleme Ortaklık Payının Vergi Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme
An Evaluation on the Tax Nature of the Development Readjustment Share..... 2485

Şerife YILDIZ AKGÜL

Yerel Yönetimlerin Mali Özerkliği Çerçevesinde Konaklama Vergisi
*Accommodation Tax within the Framework of the Financial Autonomy of
Local Governments* 2517

Merve AĞZITEMİZ

Din ve Vicdan Özgürlüğü İle Hayvan Refahı Arasındaki Denge Arayışı:
Avrupa Özelinde Bir İnceleme
*Balancing Freedom of Religion and Conscience with Animal Welfare:
An Analysis in the European Context* 2571

ÖZEL HUKUK

Rabia ÖZSOY

Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Resmi Nikahsız Karı Koca Hayatı Yaşayanlar Aleyhine Yapılan İndirimler
The Reductions Applied Against Couples Living Together Without Formal Marriage in Compensation for Loss of Support 2621

Zeynep BAHADIR

Konkordatoda Çekişmeli Alacaklar Hakkında Dava Açılmadan Önce Arabuluculuğa Başvurma Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığının Değerlendirilmesi
Assessment of Whether There is an Obligation to Apply to Mediation Before Filing an Action About Contentious Debts in Concordat 2641

Deniz BAYTEMÜR KÖKSAL / Karar İncelemesi

Alman Federal Mahkemesi'nin Limited Şirketten Çıkarılma ve Ayrılma Akçesi Ödenmesine İlişkin 11.07.2023 Tarihli ve II Zr 116/21 Sayılı Kararının İncelenmesi
A Review of the Decision by the German Federal Court of Justice of 11.07.2023 – II ZR 116/21 on the Exclusion of a Member from a Limited Liability Company and the Payment of Fair Value Compensation 2691

Ayşegül KÜÇÜKDAĞLI

Alman Hukukunun Yeni Düzenlemeleri Işığında Aile ve Doğum Adı
In the Light of New Regulations of German Law Family and Birth Name 2721

Zehra ÖZKAN ÜNER

Metaverse Teknolojisinin Fikri Mülkiyet Hukukunda Doğurabileceği Olası Sorunlar
Metaverse Technology and IP Law: Emerging Challenges 2749

Berna ÖZTÜRK YILMAZ

Toplu İş Sözleşmesi Yetkisine İlişkin Yasal Düzenlemelerin Gözden Geçirilmesi Gerekliliği: Anayasa Mahkemesi'nin 15.02.2024 Tarihli Nakliyat-İş Sendikası Kararının Olası Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme
The Need to Review the Legal Regulations on Collective Bargaining Authorization: An Evaluation on the Possible Impacts of the Transport Workers Union Decision of the Constitutional Court Dated 15.02.2024 2795

Meryem SOLMAZ

Uygulamadan Örneklerle Eski ve Yeni Vakıflarda Amaç Değişikliği
*Change of Purpose in Old and New Foundations Through Cases from
Turkish Practice.....* 2877

Büşra ŞAHİN AYDIN

Viyana Satım Antlaşması (CISG) Kapsamında Satıcının ve Alıcının
Yükümlülükleri, Uygulama Örnekleri ve Türk Borçlar Kanunu ile
Karşılaştırılması
*Obligations of the Seller and Buyer under the Vienna Sales Convention
(CISG), Implementation Examples and Comparison with the Turkish Code
of Obligations* 2925

Gamze TURAN BAŞARA

Avrupa Dijital Düzenleme Sisteminde Yapay Zekâ Yasası
Artificial Intelligence Law in the European Digital Regulatory System..... 2983

Semih YÜNLÜ

Sözleşme Özgürlüğü ve İstisnaları: Özellikle Sosyal Medya Platformlarının
Sözleşme Yapma ve Yürütme Zorunluluğu
*Freedom of Contract and Its Exceptions: Especially the Obligation of Social
Media Platforms to Make and Enforce Contracts* 3017

Nefise Hürriyet İŞGÜZAR

Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerinde Tüketicinin Cayma Hakkı ve
Yasal Uyuşmazlıklar
*Consumer's Right of Withdrawal and Legal Disputes in Pre-paid Housing
Sale Contracts.....* 3067

MAKALELER / Articles

YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA GÖREV YAPAN KAMU GÖREVLİLERİ AÇISINDAN TİCARET VE DİĞER KAZANÇ GETİRİCİ FAALİYETLERDE BULUNMA YASAĞI

*Prohibition on Engaging in Trade and Other Profit-Generating
Activities for Public Personnel Working at Higher
Education Institutions*

Muradiye ÇEVİKÇELİK*

ÖZ

İdarenin personeli, kamu hizmetlerinin sunumunda temel bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmetlerinin gereği gibi sunulabilmesi amacıyla kamu görevlileri için mevzuatta çeşitli ödevler, yükümlülükler ve yasaklar öngörülmüştür. Bu kapsamda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen yasaklardan biri, ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağıdır. Anılan yasa, yükseköğretim kurumlarında görev yapan memurlar ve 657 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmeli personel açısından da uygulanmaktadır. Öğretim elemanları açısından ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinde "*ilgili kanunların tanıdığı istisnalar dışında ticaret yapmak, yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak*" fiili, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nun 20. maddesinde, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde 2547 sayılı Kanun ile 657 sayılı Kanun'un uygulanacağı düzenlense de gerek Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendirmesi gerekse akademik personelin yerine getirdiği faaliyetin niteliği nedeniyle

Makalenin Geliş Tarihi: 22.01.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 23.12.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: mcevickelik@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6502-4076.

öğretim elemanları açısından öngörülen ticaret ve yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma disiplin suçunun 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu makalede ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının kapsamı ve sınırları, yükseköğretim kurumlarında görev yapan personel ve özellikle öğretim elemanları açısından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avukatlık, Disiplin Hukuku, Öğretim Elemanı, Telif Hakkı, Ticaret Yasağı.

ABSTRACT

The personnel of administration is one of the most crucial elements in providing public services. To provide public services properly, certain duties, obligations, and prohibitions are stipulated in legislation for public personnel. One of the restrictions prescribed by Law on Civil Servants (Law no. 657) is the prohibition on engaging in trade and other profit-generating activities. This prohibition will also be applied to civil servants and contracted personnel working in higher education institutions under Law No. 657. However, for academic staff, there is no clear regulation in Law on Higher Education (Law no. 2547). Nonetheless, in Article 53 of Law No. 2547, trading with some exceptions in codes and other prohibited profit-generating activities are regulated as a disciplinary offense. Disciplinary offense of engaging in trade and other profit-generating activities should be evaluated within the framework of Article 36 of Law No. 2547 due to its close relevance to fundamental rights and freedoms regulated in the Constitution and unique nature of activities carried out by academic staff. In this article, scope and limits of the prohibition of engaging in trade and other profit-generating activities are examined in terms of public officials, especially academic staff, working in higher education institutions.

Keywords: Advocacy, Disciplinary Law, Academic Staff, Full-Time Law, Copyright, Prohibition of Trade.

GİRİŞ

Kamu hizmetleri; yasama organı tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilen, devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında özel hukuk kişileri tarafından toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını karşılamak ve kamu yararını sağlamak amacıyla yürütülen

faaliyetlerdir¹. Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun temel başlıklarından biridir. Zira idare ve idari yargılama hukukunda pek çok kurum ve kavram, kamu hizmeti kavramına atıf yapılarak tanımlanmaktadır. Keza idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden biri de kamu hizmeti ölçütüdür. İlk olarak Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin (Tribunal des Conflits) 8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararında² kabul edilen kamu hizmeti ölçütü Fransız Danıştay (Conseil d'État) tarafından da benimsenmiş ve Danıştayın verdiği Terrier³ ve Thérond⁴ kararları başta olmak üzere pek çok uyuşmazlığın çözümünde temel ölçüt olarak kullanılmıştır.

İdarenin personeli, kamu hizmetlerinin sunumunda temel bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza Anayasa'nın 128. maddesinin ilk fıkrasında, asli ve sürekli nitelikteki kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından görüleceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesi ve hizmet kusuruna mahal verilmemesi adına idarenin personel seçiminde, personelin eğitiminde, denetlenmesinde ve organizasyonunda özenli hareket etmesi gerekir. Danıştay da adli bir olaya müdahale ettiği esnada polis memurunun tabancasından çıkan kurşunla bir kişinin ölmesi olayında “*davalı idarenin çalıştırdığı personelin eğitimi, seçimi ve denetlenmesi konusunda sorumluluğu da bulunduğu*” gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin davalı idareyi mali olarak sorumlu tutmasını yerinde bulmuştur⁵. Benzer bir uyuşmazlıkta Danıştay, ilk derece mahkemesinin “*genel güvenliğin sağlanmasına ilişkin kamu hizmetini yürüten davalı idarenin bu hizmetin gereği olarak çalıştırdığı personelinin seçiminde, yetiştirilmesinde yönetim ve gözetiminde gereken dikkat ve özeni göstermediği, bu nedenle zararın meydana gelmesinde hizmet kusuru olduğu sonucuna varıldığı*” gerekçesiyle verdiği kararın maddi tazminata ilişkin kısmını onamıştır⁶.

¹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 18. Bası (Ankara: Seçkin Yayınevi 2024), 577 vd.

² Tribunal des Conflits, 8 Şubat 1873, Blanco, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007605886/>, Erişim Tarihi: 20.09.2023.

³ Conseil d'État, 6 Şubat 2023, Terrier, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634922/>, Erişim Tarihi: 20.09.2023.

⁴ Conseil d'État, 4 Mart 1910, Thérond, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007631419/>, Erişim Tarihi: 20.09.2023.

⁵ D10D, E. 2016/14962 K. 2021/2353, T. 18.05.2021, Lexpera.

⁶ D10D, E. 2011/3692 K. 2015/1473, T. 30.03.2015, Lexpera.

Kamu hizmetlerinin gereği gibi sunulabilmesi amacıyla kamu görevlileri için mevzuatta birtakım ödevler, yükümlülükler ve yasaklar öngörülmüştür. Anayasa'nın 128. maddesinde memurlar ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu hususlar devlet memurları ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu⁷ kapsamındaki sözleşmeli personel için 657 sayılı Kanun'da, diğer kamu görevlileri açısından ise kendi özel personel kanunlarında düzenlenmiştir. Bu kapsamda 657 sayılı Kanun'da devlet memurlarının Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve kanunlarına sadakatle bağlı olma (m. 6), tarafsız ve devlete bağlı olma (m. 7), resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene yaraşır şekilde davranma (m. 8), iş birliği içinde çalışma (m. 8), yurt dışındaki davranışlarında devlet itibarını veya görev haysiyetini göz önünde tutma (m. 9), hiyerarşik üstlerine itaat etme (m. 11), kendilerine teslim edilen devlet malını koruma ve hizmete hazır hâlde bulundurma (m. 12), mal bildiriminde bulunma (m. 14), basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç vermeme (m. 15), görevleriyle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri yetki verilen yerler dışına çıkarmama (m. 16), mevzuatta öngörülen kılık ve kıyafet kurallarına uyma (Ek m. 19) gibi çeşitli yükümlülüklerle sahip olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca 657 sayılı Kanun'da devlet memurları için toplu eylem ve hareketlerde bulunma yasağı (m. 26), grev yasağı (m. 27), ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı (m. 28), hediye alma ve menfaat sağlama yasağı (m. 29), denetimindeki teşebbüsten menfaat sağlama yasağı (m. 30), gizli bilgileri açıklama yasağı (m. 31) ve ikinci görev yasağı (m. 87) öngörülmüştür.

Bu makalede, yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanları açısından öngörülen ticaret ve yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma disiplin suçunun kapsamı ve sınırları Danıştay kararları çerçevesinde incelenmiştir. Çalışma kapsamında ilk olarak 657 sayılı Kanun'da devlet memurları açısından öngörülen ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kısaca ele alınmıştır. Devamında ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda⁸ yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarının çalışma esasları ve öğretim elemanları açısından bir disiplin suçu teşkil eden ticaret yapmak ve yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak fiilinin kapsamı tartışılmıştır.

⁷ RG: 23.07.1965/12056.

⁸ RG: 06.11.1981/17506.

I. ÇALIŞMA HAKKI KARŞISINDA TİCARET YASAĞI

Çalışma hakkı, “çalışma gücünde ve isteğinde bulunan herkesin çalışarak kendisine insanlık onuruna yaraşır bir gelir sağlayabilme hakkı”⁹ olarak tanımlanmaktadır. Çalışma hakkı, en temel insan haklarından biri olup diğer insan haklarının gerçekleştirilebilmesi için vazgeçilmez bir yere sahiptir¹⁰. 1982 Anayasası’nda sosyal ve ekonomik haklar başlığı altında düzenlenen çalışma hakkı, Anayasa’nın 49. maddesinde “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu hükümde çalışmanın hem bir hak hem de bir ödev olarak düzenlenmesi dikkat çekicidir. Bununla birlikte doktrinde, Türk anayasa hukuku açısından çalışmanın genel bir ödev veya yükümlülük olmadığı, fakat tanımlanmış belirli durumlara özgü istisnai bir ödev olduğu da kabul edilmektedir¹¹.

Çalışma hakkına ilişkin bir diğer önemli düzenleme olan Anayasa’nın 48. maddesinde çalışma ve sözleşme özgürlüğü düzenlenmiştir. Buna göre, “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır”. Maddede dikkat çeken husus, 1961 Anayasası’nda çalışma ve sözleşme özgürlüğünün ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi kabul edilmişken 1982 Anayasası’nın ilgili hükmünde herhangi bir özel sınırlama sebebinin öngörülmemiş olmasıdır.

Kamu görevlilerinin çalışma hakkına getirilen sınırlamalardan biri, ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağıdır. Her ne kadar Anayasa’nın 48. maddesinde çalışma hakkının sınırlandırılabilmesi için özel bir sınırlama sebebi yer almasa da 128. maddenin ikinci fıkrasında memurlar

⁹ Cahit Talas, “Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 46, no. 1 (2015): 409.

¹⁰ Murat Şen, “İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan* 20, no.1 (2014): 147; Pir Ali Kaya ve Işın Ulaş Ertuğrul Yılmaz, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı,” *Sosyal Siyaset Konferansları*, no. 70 (2016): 61.

¹¹ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 3. Bası (Ankara: Orion Kitabevi, 2012), 280.

ve diğer kamu görevlilerine ilişkin yükümlülüklerin kanun ile düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu hükme dayanılarak 657 sayılı Kanun'da ve diğer özel kanunlarda kamu görevlilerinin ticaret yapmalarını yasaklayan çeşitli hükümlere yer verilmiştir.

Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının temel amacı, kamu görevlisinin görev aldığı alana yoğunlaşarak verimli, düzgün, tarafsız ve bağımsız bir şekilde çalışmasını sağlamak ve bulunduğu mevkiin sağladığı güvence ve yetkileri haksız olarak kullanmasının önüne geçmektir¹². Dönemin Devlet Şûrası Dava Daireleri Umumî Heyeti, ticaret ve sınaat yasağının düzenlendiği Memurun Kanunu'nun 8. maddesi kapsamındaki bir uyuşmazlıkta, söz konusu yasağın amacının "*memurların mesailerini, deruhte ettikleri âmme hizmetine hasrını temin etmek ve ihtisaslarını serbest sahada istismar etmek suretiyle hizmette vaki olacak herhangi bir tedahül ve zarara meydan vermemekten ibaret...*" olduğunu ifade etmiştir¹³. Bu yasakla devlet memurlarının ticari hayatta risk gerektiren sorumluluklar üstlenmeleri nedeniyle önemli ekonomik kayıplar yaşayarak kendilerini devlet memurluğu sıfatına yakışmayacak durumlara sokmalarını ve kamu gücünü kullanarak şahsi kazanç elde etmelerini engellemek, böylelikle kamu hizmetinin bağımsız ve tarafsız bir şekilde sunumunu sağlamak hedeflenmektedir¹⁴. Bu amaçları gerçekleştirebilmek adına bir taraftan ticaret ve diğer kazanç getirici

¹² Yasin Yerebasmaz, "657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. Maddesine Göre Memurların Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağının Kapsamı ve Değerlendirilmesi," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 69, no. 1-2 (2011): 1179 vd.

¹³ Devlet Şûrası Dava Daireleri Umumî Heyeti, E. 1953/133 K. 1953/139, T. 16.10.1953, Devlet Şûrası Kararlar Dergisi, S. 62-63, Y. 19, 56; Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının, devlet memurunun aktif olarak mesai yaptığı saatlere özgülenmediği, izin, görevden uzaklaştırma gibi nedenlerle görevi başında bulunmadığı zamanlarda da bu yükümlülüğün devam ettiği hakkında bkz. Mustafa Avcı ve Gökhan Güncan, "657 Sayılı Kanun Kapsamında Kamu Görevlilerinin Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağı," *Legal Hukuk Dergisi* 17, no. 194 (2019): 558; "*...kendilerine 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 108 inci maddesi kapsamında aylıksız izin verilenlerin aylıksız izin süresince ödev, sorumluluk, haklarının ve Devlet memuru sıfatının gerektirdiği yükümlülüklerinin devam ettiği, mezkur Kanun ile belirlenen yasaklardan sorumlu olunacağı ve yasaklanan eylem ve faaliyetlerde bulunanlara uygulanacak müeyyidelerin aylıksız izinli personel için farklı bir sonuç doğurmayacağı mütalaa edilmektedir...*" DPB, 12.05.2016/2951, https://personel.db.ege.edu.tr/files/personel/db/icerik/_thumbs/dpb_gorusler/20i.pdf, Erişim Tarihi: 14.01.2024.

¹⁴ Avcı ve Güncan, "657 Sayılı Kanun Kapsamında," 557 vd.

faaliyetlere bulunmak disiplin suçu olarak düzenlenirken, diğer taraftan yürüttüğü görevin sağladığı nüfuzdan faydalanarak mal veya hizmet satmaya çalışan kamu görevlisinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun¹⁵ 259. maddesi uyarınca altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

II. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA GÖREV YAPAN KAMU GÖREVLİLERİ AÇISINDAN TİCARET VE DİĞER KAZANÇ GETİRİCİ FAALİYETLERDE BULUNMA YASAĞI

Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin insan haklarına ve iyi idare ilkesine uygun bir şekilde sunulması hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesi adına oldukça önemlidir. Kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesinde en önemli unsurlardan biri kuşkusuz ki idarenin personelidir. Zira idare adını verdiğimiz organizasyon kişilerden tamamen bağımsız değildir. Aksine idari işlem ve eylemler idare bünyesinde çeşitli hukuki statülerde görev yapan gerçek kişiler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle kamu hizmetlerinin gereği gibi sunumu, idarede görev yapan personelin niteliklerine ve faaliyetlerine sıkı sıkıya bağlıdır. Anayasa koyucu da bu durumu öngörerek idare tarafından sunulması gereken asli ve sürekli kamu görevlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirileceğini hüküm altına almıştır. Maddede geçen “*diğer kamu görevlileri*” deyimini ise memurlar ve işçiler dışında kalan, idare ile aralarında kamu hukuku ilişkisi bulunan ve kamu hizmetinin asli unsuru sayılabilecek bir görevi ifa eden kamu görevlilerini ifade etmektedir¹⁶. “*Diğer kamu görevlileri*” kategorisinin kapsamının tespitinde, 657 sayılı Kanun’un “*Kapsam*” başlıklı 1. maddesinin son fıkrası önem arz etmektedir. İlgili hükümle birtakım kamu görevlileri 657 sayılı Kanun’un kapsamı dışında bırakılarak bu kişilerin özel personel kanunlarına tâbi olacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle idari hizmet sözleşmesi ile istihdam edilen sözleşmeli personel ile 657 sayılı Kanun’un kapsamı dışında kalan ve özel personel kanunları uyarınca bir kadroya atanmak suretiyle istihdam edilen hâkim ve savcılar,

¹⁵ RG: 12.10.2004/25611.

¹⁶ Sait Güran, “Anayasa’nın 128 ve 129’uncu Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ile Bakanların Durumu,” *Amme İdaresi Dergisi* 21, no. 3 (1988), 34; Aynı yönde bkz. İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 7. Bası (İstanbul: Der Kitabevi, 2015), 663.

emniyet teşkilatı mensupları, akademik personel, Türk Silahlı Kuvvetleri personeli gibi görevlilerin “*diğer kamu görevlileri*” kapsamında yer aldığı kabul görmektedir¹⁷.

Yükseköğretim kurumlarında görev yapan personelin, akademik ve idari personel olarak iki gruba ayrılarak incelenmesi mümkündür. Yükseköğretim kurumlarının yerine getirmekle yükümlü oldukları eğitim-öğretim faaliyetinin gereği gibi sunulabilmesi için idari personele ihtiyaç duyulmaktadır. Zira yükseköğretim kurumunun günlük işleyişine yönelik işlemler idari personel tarafından yerine getirilir. Doktrinde Ay, idari personel tarafından yerine getirilen işleri saf idari işler olarak nitelendirmiştir¹⁸. Örneğin; bir hukuk fakültesinde eğitim-öğretim faaliyetlerinin düzenli bir şekilde verilebilmesi için öğrencilerin kayıtlarının yapılması, fakülte binasının ve dersliklerin eğitime hazır hale getirilmesi, akademik personelin atanması, rektörlükle ve enstitülerle resmi yazışmaların yapılması gibi pek çok hususta idari personel görev almaktadır.

Yükseköğretim kurumlarında görev yapan idari personelin hukuki statüsü konusunda bir belirlilik bulunmamaktadır. Memurlar, sözleşmeli personel ve iş sözleşmesi ile istihdam edilen personel yükseköğretim kurumlarında görev alabilmektedirler. Dolayısıyla yükseköğretim kurumlarındaki idari personelin hukuki statüsünün ve tabi olacağı hukuki rejimin tespit edilebilmesi için her personel açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır.

Yükseköğretim kurumlarında idari personel olarak görev yapan memurlar ve 657 sayılı Kanun’un 4/B maddesi kapsamında istihdam edilen sözleşmeli personel açısından ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı 657 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira 2547 sayılı Kanun’un 53. maddesinin ikinci

¹⁷ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 697-698; Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı, *Türk İdare Hukuku Dersleri*, C. 1, 7. Bası (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 256-257; Gözler ve Kaplan’a göre ise Anayasa’nın 128. maddesinde geçen “*diğer kamu görevlisi*” kavramı artık sadece sözleşmeli personeli ifade etmektedir. Hâkim ve savcılar, akademik personel, askeri personel gibi birtakım kamu görevlilerinin kendi özel personel kanunlarına tâbi olması, bu kişilerin memur veya bazı durumlarda sözleşmeli personel olarak kabulüne engel değildir. Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 25. Bası (Bursa: Ekin, 2023), 562.

¹⁸ Yunus Anıl Ay, “Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 Sayılı Kanun’da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme,” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 2 (2022): 283.

fıkrasının son cümlesinde, yükseköğretim kurumlarında çalışan memurların disiplin suç ve cezaları açısından 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Keza 657 sayılı Kanun'un 4/B hükmünde sözleşmeli personelin görevden uzaklaştırılması, disiplin suç ve cezaları hakkında devlet memurlarının tabi olduğu hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Kanun'un disiplin suç ve cezalarının sayıldığı 125. maddesinin D bendinde, ticaret yapmak veya devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak kademe ilerleme cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla memurlar ve 657 sayılı Kanun kapsamında istihdam edilen sözleşmeli personel, Kanun'un 28. maddesinde düzenlenen ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına tabidir.

Akademik personel, yükseköğretim kurumu tarafından verilen eğitim-öğretim hizmetinin sunumuna doğrudan veya dolaylı olarak katılan bilim insanlarıdır. Akademik personel, 2547 sayılı Kanun kapsamında öğretim elemanı statüsüne karşılık gelmektedir. 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nun 3. maddesi ve 2547 sayılı Kanun'un 3. maddesinin m bendine göre öğretim elemanı; yükseköğretim kurumlarında görev yapan profesör, doçent ve doktor öğretim üyelerini kapsayan öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileridir¹⁹.

Devlet yükseköğretim kurumlarında görev yapan akademik personel, bir kamu tüzel kişisi tarafından idare hukuku ilkeleri çerçevesinde istihdam edilmeleri ve asli ve sürekli nitelikteki eğitim-öğretim hizmetinin sunumuna katılmaları nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında kamu görevlisi statüsündedir²⁰. Bununla birlikte akademik personel, 657 sayılı Kanun'un "Kapsam" başlıklı 1. maddesinin son fıkrasıyla 657 sayılı Kanun'un kapsamı dışında bırakılmış ve 2547 sayılı Kanun'a tâbi kılınmıştır. Dolayısıyla kamu personel hukukunda akademik personel, Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen "diğer kamu görevlisi" statüsündedir²¹. Devlet yükseköğretim

¹⁹ Akademik kadro ve ünvan ayrımı hakkında bkz. M. Ayhan Tekinsoy ve Mustafa Bayram Mısır, "Öğretim Üyelğine Atanma Sürecinin Başlangıcı, Ek Koşullar ve Jüri Raporları," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 1 (2012): 352-355; Mustafa Avcı, "Yükseköğretim Kurumlarında Akademik Personel Atama Usûlü," *Amme İdaresi Dergisi* 49, no. 1 (2016): 83-84.

²⁰ Aynı yönde bkz. Mehmet Rauf Karlı, *İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı* (İstanbul: On İki Levha, 2016), 79.

²¹ Aynı yönde bkz. Kerim Azak, *Akademik Personelin Disiplin Rejimi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 121; Farklı yönde görüş bildiren Sancakdar, Önüt, Us Doğan,

kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarından profesörler ve doçentler devamlı statüde çalışan akademik personel niteliğindeki; doktor öğretim üyeleri, araştırma görevlileri ve öğretim görevlileri²² belirli süreyle atanan akademik personel niteliğindedir²³.

Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan akademik personelin hukuki statüsü açısından ise uygulamada çeşitli tereddütlerin yaşandığı görülmektedir. Tereddüde düşülen nokta, söz konusu öğretim elemanları ile vakıf yükseköğretim kurumu arasında akdedilen sözleşmenin hukuki niteliğidir. Diğer bir ifadeyle mezkûr sözleşme bir iş sözleşmesi midir yoksa idari hizmet sözleşmesi midir? Belirtmek gerekir ki vakıf yükseköğretim kurumunda çalışan akademik personelin hukuki statüsüne ilişkin tartışmalar bu makalenin kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak kısaca ifade etmek gerekirse, Uyuşmazlık Mahkemesi²⁴ ve Danıştay²⁵ tarafından verilen kararlar

Kasapoğlu Turhan ve Seyhan ise 2547 sayılı Kanun'da okutman, araştırma görevlisi ve öğretim görevlilerinin belirli süreli çalışmasını öngören bir sistemin varlığına dikkat çekerek, bu kişilerin "süreklili" görev yaptıklarının kanun koyucu tarafından peşinen kabul edilmediğini belirtmişlerdir. Ayrıca üniversitelerde kısmi statüde çalışan doçent ve profesörler de "süreklili" görev yapmamaktadırlar. Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca "diğer kamu görevlileri"nin de "süreklili" görev ifa etmeleri gerekmektedir. Bu nedenle yazarlara göre, yukarıda zikredilen öğretim elemanları Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen "diğer kamu görevlileri" kategorisine girmemektedir. Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 8. Bası (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 342.

²² Öğretim görevlilerinin belirli bir süreyle atanmalarının istisnası 2547 sayılı Kanun'un 31. maddesinin son cümlesinde yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca, "Konservatuarlar ile meslek yükseköğretilerine gerektiğinde süreklili olarak öğretim görevlisi atanabilir".

²³ Azak, *Akademik Personelin*, 124-125.

²⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, bir vakıf üniversitesinde öğretim görevlisi olarak çalışan kişinin hizmet sözleşmesinin feshedilmesi üzerine ihbar ve kötü niyet tazminatının yasal faiziyle birlikte ödenmesi talebiyle açtığı davaya ilişkin yaşanan görev uyuşmazlığına dair yaptığı incelemede "Somut olay ve mevzuat hükümleri birlikte irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, süreklili ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır." değerlendirmesinde bulunarak uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözülmesi gerektiğine karar vermiştir. UYM, E. 2014/1053 K. 2014/1105, T. 29.12.2014, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/a5475c5b-6b26-4be0-8797-94653a9534b5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 27.09.2023.

²⁵ "...davalı üniversite ile davacı öğretim üyesi arasındaki istihdam ilişkisi, davalı idarenin Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kamu hizmeti yürüten bir kamu tüzelkişisi

incelendiğinde vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının kamu görevlisi oldukları genel kabul görmektedir²⁶. 2547 sayılı Kanun Ek Madde 8 de bu kabulü doğrulamaktadır. Söz konusu hükme göre; bir vakıf tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının nitelikleri, devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının nitelikleriyle aynıdır. Dolayısıyla disiplin soruşturması ile disiplin suç ve cezalarına ilişkin hususlarda 2547 sayılı Kanun'da düzenlenen kurallar, devlet ve vakıf üniversitesi ayrımı yapılmaksızın bütün akademik personele uygulanacaktır²⁷.

657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin D bendine benzer şekilde, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde "*ilgili kanunların tanıdığı istisnalar dışında ticaret yapmak, yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak*" fiili, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Ancak 2547 sayılı Kanun'da öğretim elemanları açısından ticaret ve yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının kapsamını açıklığa kavuşturan genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Kanun'un öğretim elemanlarının çalışma esaslarının düzenlendiği 36. maddesi, ticaret ve yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına ilişkin çeşitli hükümler ihtiva etmesi açısından önemlidir. Mezkûr maddenin yedinci fıkrasında; tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına

olması ve davacının da kamu hizmetinin yerine getirilmesinde görev alması nedeniyle idari yargının görev alanında bulunmaktadır. Bu durumda, vakıf yükseköğretim kurumu ile davacı arasında yapılan sözleşme, idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunduğundan, bu sözleşmenin feshine ilişkin işlemin de idari yargının görev alanına girdiğinin kabulü ile işin esasının incelenmesi gerekirken, davanın görev yönünden reddine dair verilen istinaf kararında hukuki isabet görülmemiştir..." D8D, E. 2017/6130 K. 2021/1639, T. 17.03.2021, Lexpera.

²⁶ Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 561; Ay, "Vakıf Yükseköğretim Kurumu," 287; Azak, *Akademik Personelin*, 126; D. Çiğdem Sever, "Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü," *Legal Hukuk Dergisi* 14, no. 158 (2016): 1211; Ergün Dilaveroğlu, "Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüleri Üzerine Bir İnceleme," *Ankara Barosu Dergisi* 82, no. 4 (2024): 6-9; Vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğine dair tartışmalar için bkz. Seracettin Gökteş, "Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no. 1 (2021): 602-610.

²⁷ Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 561.

göre uzman olan öğretim elemanlarının kanunda öngörülen istisnalar dışında 657 sayılı Kanun'un 28. maddesine tabi olduğu düzenlenmiştir. Keza 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nun²⁸ 20. maddesinde, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde 2547 sayılı Kanun ile 657 sayılı Kanun'un hükümleri uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemelerden hareketle doktrinde Avcı ve Günçan, 657 sayılı Kanun'un 28. maddesinin öğretim elemanları açısından da uygulanacağını kabul etmektedir²⁹. Ancak doktrinde bizim de katıldığımız Azak'ın görüşüne göre ise 2914 sayılı Kanun'da 657 sayılı Kanun'a genel bir atıf yapılmış olsa da Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendirdiği için öğretim elemanlarının tâbi olduğu ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir³⁰. Zira 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinde bütün öğretim elemanlarının değil, yalnızca tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının kanunlarda belirtilen hâller dışında 657 sayılı Kanun'un 28. maddesi hükmüne tâbi olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır. Maddede spesifik olarak zikredilen üç grup dışında kalan öğretim elemanları açısından ise 657 sayılı Kanun'un 28. maddesine özel bir atıf yapılmamıştır. Bu durum, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak kabul edilmelidir. Zira Gülan'ın da ifade ettiği üzere, bilim dallarına göre farklılık göstermekle birlikte, bir öğretim üyesinin bilim dalının yaşayan ve uygulanmakta olan boyutu içinde yer almasının hem anlamı hem de gerekliliği vardır. Akademik olarak alınan ünvanların içinin doldurulması ve bu ünvanların saygınlığının korunması için üniversite sınırlarını aşan bilimsel faaliyetler yürütmek veya bir sorunun çözümüne yönelik çalışmalar yapmak önemlidir. Bu tür çalışmalar, tüm ilgililerin ilgisini çekebilmek açısından büyük bir değer taşır. Böylece bilimsel çalışmalara verilen değer artar, bu çalışmalara daha fazla kaynak aktarılır ve ortaya çıkan faydalar hızla gözlemlenebilir³¹.

Bu başlık altında önce 657 sayılı Kanun'da öngörülen ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının anlamı ve kapsamı üzerinde

²⁸ RG: 13.10.1983/18190.

²⁹ Avcı ve Günçan, "657 Sayılı Kanun Kapsamında," 567; D1D, E. 1991/77 K. 1991/105, T. 19.6.1991, Lexpera.

³⁰ Azak, *Akademik Personelin*, 142.

³¹ Aydın Gülan, "Akademik Personelin Üniversite Dışında Mesleki Gelir Getirici Çalışmalarda Bulunmasının Meşruluğu Sorunu" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 69, no. 1-2 (2011): 39.

durulmuştur. Devamında ise 2547 sayılı Kanun'un yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarının çalışma esaslarının düzenlendiği 36. maddesi ve öğretim elemanları açısından bir disiplin suçu teşkil eden ticaret yapmak ve yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak fiilinin kapsamı tartışılmıştır.

A. 657 SAYILI DEVLET MEMURLARI KANUNU'NUN 28. MADDESİNDE ÖNGÖRÜLEN TİCARET VE DİĞER KAZANÇ GETİRİCİ FAALİYETLERDE BULUNMA YASAĞI

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesi, devlet memurlarının ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmasını yasaklayan düzenlemeyi içermektedir³². Maddede ticaret yapma yasağıyla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na³³ (TTK) göre esnaf veya tacir sayılmayı gerektiren bir faaliyet kastedilirken, diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağıyla ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alma, ticari mümessil, ticari vekil, kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olma gibi faaliyetlerin kastedildiği Danıştay tarafından kabul edilmektedir³⁴. Günümüzde devlet memurları açısından ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının kapsamının madde metninde tahdidi olarak sayılan faaliyetlerle sınırlı tutulduğu kabul edilmektedir³⁵. Zira her ne kadar 28. maddenin başlığı "*ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı*" olsa da 125. maddede disiplin suçu olarak öngörülen fiil "*ticaret yapmak veya devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak*"tır. Dolayısıyla kazanç getiren bir faaliyetin disiplin suçu olarak kabul edilebilmesi için kanunda açıkça yasaklanmış olması gerekir. Kanunda açıkça yasaklanmayan kazanç getirici faaliyetlerin 657 sayılı Kanun'un 28. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

³² 28. maddenin memuriyete girişte de uygulanması gerektiği hakkında görüş için bkz. Akar Öçal, "Türk Hukukunda Memurların Ticaret Yapma Yasağı (Devlet Memurları Kanununun 28. Maddesi Üzerinde Bir İnceleme)," *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi* 12, no. 2 (1976): 337.

³³ RG: 14.02.2011/27846.

³⁴ D12D, E. 2018/239, K. 2021/82, T. 21.01.2021, Lexpera.

³⁵ Süleyman Ruhi Aydemir, "Devlet Memurunun Ticaret Yapma ve Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağının Değerlendirilmesi," *Kamu Yönetimi ve Politikaları Dergisi* 3, no. 1 (2022): 64.

657 sayılı Kanun kapsamında devlet memurlarına yasaklanan eylemler aşağıdaki gibi sıralanabilir³⁶:

1. TTK'ya göre tacir veya esnaf sayılmalarını gerektiren faaliyetlerde bulunmak,
2. Ticaret ve sanayi müesseselerinde görev almak³⁷,
3. Ticari mümessil veya ticari vekil olmak³⁸,

³⁶ Maddede sayılan yasaklardan hangisinin ticaret yasağına hangisinin diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına girdiğini ayırmanın oldukça zor olduğu hakkında görüş için bkz. Öçal, "Türk Hukukunda Memurların," 338.

³⁷ Bu hüküm gereğince devlet memurlarının ticaret şirketlerinde yönetim kurulu üyeliği, müdürlük, yöneticilik gibi görevleri ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamındadır. Avcı ve Güncan, "657 Sayılı Kanun Kapsamında," 584. "...Davacının diğer kişilerle birlikte ... Eğitim ve Yayın A.Ş. adlı anonim şirketini kurduğu bu şirketi ticaret siciline kaydettirerek durumu Ticaret Sicil Gazetesinde ilan ettirdiği, şirkette yönetim kurulu üyesi ve bu şirkete ait ... Özel Okulunda şirket temsilcisi olarak eğitim kurulu üyeliği görevlerini üstlendiği dosyadaki belgelerden anlaşılabilir olup; adı geçen bu eylemlerinin 657 sayılı Kanununun 28. maddesine aykırı olduğu açıktır..." D5D, E. 1991/3960 K. 1992/2702, T. 21.10.1992, Lexpera; "...Sözün geçen 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 278 inci maddesinde tanımlanan kurucu üye sıfatının 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesinde öngörülen memuriyete engel faaliyetlerden sayılmayacağı, ancak, anılan kişilerin anonim şirketin yönetimini üstlenmeleri halinde; ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamayacakları, ticari mümessil, ticari vekil, idare meclisi üyeliği gibi yöneticilik görevlerini yapamayacakları ve ayrıca, kolektif şirketlerde ortak veya bir komandit şirkette komandite ortak olarak sınırsız sorumluluklar yüklenemeyecekleri gibi yasaklar kapsamına gireceği açıktır. Bu durumda, bir anonim şirkette kurucu ortak olan öğretmen üyelerinin sırf bu sıfatları nedeniyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesindeki yasak kapsamında sayılmayacakları düşünüldükçe, dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 19.6.1991 gününde oybirliğiyle karar verildi..." D1D, E. 1991/77, K. 1991/105, T. 19.6.1991, Lexpera. Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına özel kanunlarla istisna getirilmesi mümkündür. Örneğin, 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 7. maddesinde bu yönde önemli bir istisna yer almaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, öğretmen elemanlarının üniversite yönetim kurulunun izniyle yaptıkları araştırmaların sonuçlarını ticarileştirmek amacıyla teknoloji geliştirme bölgelerinde şirket kurabileceği, kurulu bir şirkete ortak olabileceği ve bu şirketlerin yönetiminde görev alabileceği düzenlenmiştir.

³⁸ "...ilgi yazı ekinde yer alan noterden tasdikli vekâletname örneğinde ...'ın, ... Eğitim Gereçleri Ofis Mobilyaları İnşaat ve Dekorasyon Ticaret Limited Şirketinin

4. Kollektif şirketlerde ortak olmak,
5. Komandit şirkette komandite ortak olmak,
6. Mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açmak,
7. Gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışmak.

Maddede sayılan yasakların yanında, devlet memurunun eşinin, reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının yasaklanan faaliyetlerde bulunması durumunda memurun bu durumu on beş gün içinde bağlı olduğu kuruma bildirmesi gereklidir. Söz konusu faaliyetlerin ilgili kuruma hiç bildirilmemesi veya on beş günlük süre içinde bildirilmemesi, 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde öngörülen kınama cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Bu başlık altında devlet memurları için öngörülen ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağını ihlal eden uygulamada öne çıkan eylemler incelenecektir.

1. Türk Ticaret Kanunu'na göre Tacir veya Esnaf Sayılmalarını Gerektiren Faaliyetlerde Bulunmak

Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamında, devlet memurlarının 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre tacir veya esnaf sayılması sonucunu doğuran faaliyetlerde bulunmaları yasaklanmıştır. Maddede geçen “*tacir*” ve “*esnaf*” kavramlarının tanımlanmasında 6102 sayılı Kanun hükümleri esas alınmaktadır. Tacir, “*bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye*” verilen isimdir³⁹ (TTK m. 12/1). Esnaf ise “*ister gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden*

işlemleriyle vekil tayin edilmesi, İlgilinin ticari vekil gibi değerlendirilmesi sonucunu doğurmakta olup; bu durumda İlgilinin ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyette bulunma yasağını ihlal ettiği mütalaa edilmektedir...” DPB, 26.02.2013/904, https://personeldb.ege.edu.tr/files/personeldb/icerik/_thumbs/dpb_gorusler/10i.pdf, Erişim Tarihi: 14.01.2024.

³⁹ Devlet memurunun tacir gibi sorumlu olmayı gerektirecek faaliyetlerinin de 657 sayılı Kanun'un 28. maddesi kapsamına girdiği hakkında bkz. Avcı ve Günçan, “657 Sayılı Kanun Kapsamında,” 574.

fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi” olarak tanımlanmaktadır (TTK m. 15/1).

6102 sayılı Kanun’un temel kavramlarından biri olan ticari işletme kavramı, tıpkı idare hukukunda kamu hizmeti kavramında olduğu gibi, ticaret hukukuna ilişkin diğer pek çok hususun açıklanmasında atıf yapılması nedeniyle oldukça önemli bir yere sahiptir. Doktrinde Karahan, bu özelliği nedeniyle ticari işletmeyi ticaret hukuku kubbesini ayakta tutan bir kilit taşına benzetmektedir⁴⁰. 6102 sayılı Kanun’un 11. maddesinde ticari işletme, “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*” şeklinde tanımlanmıştır (TTK m. 11/1). Bu tanımdan hareketle bir işletmenin ticari işletme olarak kabul edilebilmesi için esnaf faaliyeti için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamanın hedeflenmesi, iktisadi faaliyet, devamlılık ve bağımsızlık unsurlarının bulunması gereklidir⁴¹. Bu unsurların incelenmesi ve tartışılması ticaret hukuku alanında ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturmakla birlikte özellikle Danıştay kararlarında sıklıkla atıf yapılan “*devamlılık*” hususuna değinilmelidir.

Nispi bir anlam taşıyan devamlılık unsuru, bir ticari faaliyetin bir organizasyon çerçevesinde profesyonelce icra edilmesine işaret eder⁴². Gelir İdaresi Başkanlığı da Ticari Kazanç Elde Eden Mükellefler İçin Vergi Rehberi’nde, bir faaliyetin ticari faaliyet olarak kabul edilebilmesi için faaliyetin bir organizasyon dahilinde ve devamlı olarak yerine getirilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır⁴³. Dolayısıyla arızı nitelik taşıyan birtakım faaliyetler neticesinde gelir elde edilmesi durumunda devamlılık niyetinin bulunmadığı genel kabul görmektedir. Devamlı bir şekilde icra edilme gayesiyle başlanılan bir faaliyetin çeşitli nedenlerle sonradan kesintiye uğraması, faaliyetin yürütüldüğü dönem için devamlılık özelliğini

⁴⁰ Sami Karahan, “Ticari İşletme ve Tacir Kavramları ile İlgili 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no. 2 (2012): 4.

⁴¹ Karahan, “Ticari İşletme,” 5.

⁴² Karahan, “Ticari İşletme,” 6.

⁴³ Gelir İdaresi Başkanlığı, “Ticari Kazanç Elde Eden Mükellefler İçin Vergi Rehberi,” (Şubat 2023), https://www.turmob.org.tr/Arsiv/FCKEditor/userfiles/file/GIB-2023-REHBERLER/2023_ticarikazancrehber.pdf, Erişim Tarihi: 07.10.2023.

kaldırmayacak ve faaliyeti arızı hâle getirmeyecektir⁴⁴. Önemli olan işletmenin tek seferlik, günlük veya günübürlük olmamasıdır⁴⁵. Bununla birlikte devamlılık, hiç kesinti olmadan faaliyet göstermek anlamına gelmez. Devamlılığın tespitinde işin niteliğine bakılarak değerlendirmelerde bulunulur. Örneğin, yalnızca kış aylarında işletilen bir kayak merkezinde de devamlılık unsuru gerçekleşmiştir⁴⁶. Gelir İdaresi Başkanlığı da bir takvim yılı içinde birden çok tekrarlanan veya birden fazla takvim yılında tekrarlanan işlemlerde devamlılık olduğunun varsayılacağını kabul etmektedir⁴⁷.

Devlet memurları başta olmak üzere kendilerine ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı konulan ancak buna rağmen bir ticari işletme işleten kişilerin tacir sıfatını kazanıp kazanmadıkları açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu hususa ilişkin temel düzenleme 6102 sayılı Kanun'un 14. maddesinde yer almaktadır: "*Kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişi de tacir sayılır*". Dolayısıyla gerek 657 sayılı Kanun'da gerekse özel personel kanunlarında yer alan ticaret yasaklarına tabi olan kamu görevlilerinin kanuna aykırı bir şekilde bir ticari işletmeyi işletmeleri durumunda bu kişiler 6102 sayılı Kanun kapsamında tacir sayılırlar. Hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere bu düzenlemenin amacı, söz konusu kişilerin "*tacir olmanın olumsuz sonuçlarını yüklenmeleri fakat haklardan yararlanmamalarını sağlamaktır*". Böylece bu kişilere tacir sıfatı verilerek tacirin sorumluluklarından kurtulma olanağı tanımamak ve iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sorumluluk yaratmak hedeflenmektedir⁴⁸.

⁴⁴ Karahan, "Ticari İşletme," 6.

⁴⁵ Mustafa Emre Üstündağ, "Ticari İşletme Kavramı ve Korunması," Doktora Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, 2019, 65.

⁴⁶ Selma Çetiner ve Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*, 5. Bası (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 55.

⁴⁷ Gelir İdaresi Başkanlığı, "Ticari Kazanç Elde Eden Mükellefler İçin Vergi Rehberi," (Şubat 2023), https://www.turmob.org.tr/Arsiv/FCKEditor/userfiles/file/GIB-2023-REHBERLER/2023_ticarikazancrehber.pdf, Erişim Tarihi: 07.10.2023.

⁴⁸ Çetiner ve Bozkurt Yüksel, *Ticari İşletme*, 105.

2. Ticari Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunmak

Devlet memurlarının ticari kazanç getirici faaliyetlerde bulunmaları, 657 sayılı Kanun'un 28. maddesinde düzenlenen ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına aykırıdır. Ticari kazanç, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun⁴⁹ (GVK) 2. maddesinde, gelire giren kazanç ve iratlar arasında sayılmıştır. 193 sayılı Kanun kapsamında ticari kazanç, her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançtır (GVK m. 37/1). Ayrıca Kanun, ticari kazanç olarak kabul edilen bazı kazançları tadadi olarak saymıştır. Buna göre aşağıdaki faaliyetler neticesinde elde edilen kazançlar ticari kazanç niteliğindedir:

1. Maden, taş ve kireç ocakları, kum ve çakıl istihsal yerleri ile tuğla ve kiremit harmanlarının işletilmesinden⁵⁰;
2. Coberlik işlerinden;
3. Özel okul ve hastanelerle benzeri yerlerin işletilmesinden;
4. Gayrimenkullerin alım, satım ve inşaa işleriyle devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden elde ettikleri kazançlar;
5. Kendi nam ve hesaplarına menkul kıymet alım satımı ile devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden;
6. Satın alınan veya trampa suretiyle iktisap olunan arazinin iktisap tarihinden itibaren beş yıl içinde parsellenerek bu müddet içinde veya daha sonraki yıllarda kısmen veya tamamen satılmasından elde edilen kazançlar;
7. Dış protezciliğinden elde edilen kazançlar.”

Hükümde yedi bent hâlinde sayılan kazançların yanı sıra 66. madde hükmü saklı kalmak kaydıyla kolektif ortaklıklarda ortakların, adi veya eshamlı komandit ortaklıklarda komandite ortakların ortaklık kârından aldıkları paylar da şahsi ticari kazanç niteliğindedir.

⁴⁹ RG: 06.01.1961/10700.

⁵⁰ 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 6. maddesine göre, “Devlet memurları, diğer kamu görevlileri, Genel Müdürlüğün merkez ve taşra teşkilatında çalışan yevmiyeli ve mukaveleli personel, arama ve işletme ruhsatı alamaz.” RG: 15.06.1985/18785.

Ticari işletmede olduğu gibi ticari kazancın tespit edilmesinde de “devamlılık” kriteri önemli bir yer tutmaktadır. Ticari kazanç ile devamlılık birbirini tamamlayan iki önemli kavramdır⁵¹. Dolayısıyla arızı bir şekilde, tesadüfen ya da geçici olarak faaliyette bulunulması neticesinde elde edilen kazançlar ticari kazanç olarak kabul edilemez⁵². Zira bu ihtimalde ticari bir işletmeden, ticari bir faaliyetten veya tacir sıfatından söz edilemez⁵³.

3. Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağı Kapsamında Şirketlere Ortaklık

Şirket, ortak bir amaca erişmek için iki veya daha fazla kişinin emeklerini veya mallarını birleştirmeleridir⁵⁴. Bu birleşmeler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁵⁵ kapsamında adi şirket; 6102 sayılı Kanun kapsamında ticaret şirketleri ve özel kanunlarla düzenlenen bankalar, kooperatifler, kamu iktisadi teşebbüsleri vb. şeklinde söz konusu olabilir. Devlet memurları ile çeşitli şirketler arasındaki ilişkiler ise 657 sayılı Kanun’un 28. maddesinde düzenlenmiştir.

Bir şahıs şirketi olan adi şirket, 6098 sayılı Kanun’un 620. maddesinin ilk fıkrasına göre, “iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve⁵⁶ mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri” ortaklıktır. Bir tüzel kişiliğe sahip olmayan adi şirket, hak ve fiil ehliyetine ve dolayısıyla taraf ve dava ehliyetine sahip değildir⁵⁷. Adi şirketin faaliyetleri neticesinde, 6102 sayılı Kanun’da öngörülen tacir sayılma hâlleri gerçekleştiğinde, şirketin tüzel

⁵¹ Aydemir, “Devlet Memurunun Ticaret,” 70.

⁵² “...Devlet memuru olarak görev yapan personelin; bir gazetede hizmet akdine bağlı olarak köşe yazarlığı yapamayacağı, 657 sayılı Kanunun ödev ve sorumluluklar ile yasaklara ilişkin hükümlerine riayet etmek kaydıyla 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında eser çıkarabileceği, mezkur Kanun kapsamında eser çıkarmasının disiplin suçu sayılmayacağı mütalaa edilmektedir...” DPB, 31.05.2012/8276, https://personeldb.ege.edu.tr/files/personeldb/icerik/_thumbs/dpb_gorusler/6i.pdf, Erişim Tarihi: 14.01.2024.

⁵³ Yerebasmaz, “657 Sayılı Devlet Memurları,” 1185; Öçal, “Türk Hukukunda Memurların,” 339.

⁵⁴ Hakan Çebi, *Şirketler Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2020), 243.

⁵⁵ RG: 04.02.2011/27836.

⁵⁶ Hükümde geçen “ve” bağlacının aslında “veya” olması gerektiği hakkında bkz. Çetiner ve Bozkurt Yüksel, *Ticari İşletme*, 253.

⁵⁷ Çebi, *Şirketler Hukuku*, 55; Çetiner ve Bozkurt Yüksel, *Ticari İşletme*, 258.

kişiliği bulunmadığı için adi şirketin ortakları tacir sıfatını kazanacaktır. Keza adi şirketin üstlendiği borçlardan ortaklar üçüncü kişilere karşı sınırsız sorumludur. Açıklanan bu nedenlerle devlet memurlarının adi şirket ortağı olması, ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına aykırıdır⁵⁸.

Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamında, görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumu temsilen alacakları görevler hariç olmak kaydıyla, devlet memurlarının kolektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olması açıkça yasaklanmıştır. Maddede kolektif şirket ortağı ile komandite ortağın özellikle zikredilmesinin nedeni, her iki durumda da ortağın getirdiği sermaye miktarına bakılmaksızın şirket alacaklılarına karşı kişisel olarak tüm malvarlığı ile sınırsız sorumlu olmasıdır. Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı ile amaçlanan devlet memurlarını sınırsız sorumluluk hâllerinden korumak, devlet memurlarının ekonomik açıdan zarara uğramalarını önlemek, böylece memurların verimli ve düzgün bir şekilde görevlerini ifa etmelerini sağlamaktır⁵⁹.

Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağını düzenleyen 657 sayılı Kanun'un 28. maddesinde kamu görevlilerinin anonim ve limited şirketlere ortak olabilmesi ile komandit şirketlerde komanditer ortak olabilmelerine ilişkin herhangi bir sınırlamanın bulunmadığı görülmektedir. Açıkça bir yasaklama yer almadığı için devlet memurlarının anonim ve limited şirketlere ortak olması⁶⁰ veya komandit şirketlerde komanditer ortak olması mümkün kabul edilmektedir⁶¹. Keza devlet

⁵⁸ Çebi, *Şirketler Hukuku*, 43; Çetiner ve Bozkurt Yüksel, *Ticari İşletme*, 254; Yerebasmaz, "657 Sayılı Devlet Memurları," 1188; Avcı ve Günçan, 657 sayılı Kanun'un 28. maddesinde devlet memurunun adi şirkete ortak olmasının açıkça yasaklanmadığını, salt adi şirkete ortak olmanın ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceğini, bunun için faaliyetin niteliğine göre bu ortaklığın 28. maddedeki yasak faaliyetlerden birini ihlal edip etmediğine bakılarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini savunmaktadır. Avcı ve Günçan, "657 Sayılı Kanun Kapsamında," 578.

⁵⁹ Yerebasmaz, "657 Sayılı Devlet Memurları," 1197.

⁶⁰ Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4. Bası (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 599.

⁶¹ "...anonim şirketin esas sözleşmesinde veya limited şirketin şirket sözleşmesinde şirketi idare ve temsil edecek kişiler arasında sayılmamak ve bu şirketlerin yönetimi ile denetiminde de görev almamak kaydıyla 657 sayılı Kanuna tabi Devlet memurunun

memurlarının üyesi olmaları kaydıyla yapı, kalkınma ve tüketim kooperatiflerinin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmuş yardım sandıklarının yönetim, denetim ve disiplin kurulları üyelikleri ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına aykırı değildir. Zira bu kurumlarla gerçekleştirilmek istenen amaç ticari kazanç elde etmekten çok aynı durumdaki kişiler veya meslektaşlar arasındaki dayanışma ve yardımlaşmayı güçlendirmektir. Örneğin, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun⁶² 1. maddesine göre kooperatif, "...ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla..." kurulan ortaklıklardır. Dolayısıyla devlet memurlarının tarım satış kooperatifleri, esnaf ve sanatkârlar kredi kefalet kooperatifleri, yük veya yolcu taşıma kooperatifleri, tüketim kooperatifleri, turizm geliştirme kooperatifleri, üretim ve pazarlama kooperatifleri, site işletme kooperatifleri, süt kooperatifleri, pancar ekicileri kooperatifleri gibi kooperatiflere üye olması mümkündür. Ancak devlet memurları, üye olmaları kaydıyla yalnızca yapı, kalkınma ve tüketim kooperatiflerinin⁶³ yönetim, denetim ve disiplin kurullarında görev alabilecektir. Danıştay 12. Dairesi de önüne gelen bir uyuşmazlıkta, halk eğitim müdürü olarak 657 sayılı Kanun kapsamında devlet memuru statüsünde görev yapan davacının fındık tarım satış kooperatifinde denetleme kurulu üyesi olamayacağına karar vermiştir⁶⁴. Ancak 16 Haziran 2000 tarihli ve 24081 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun ile bu Kanun kapsamındaki kooperatif ve birliklerin denetim kurulu üyeliğine seçilen devlet memurları hakkında 657 sayılı Kanun'un 28. maddesinin uygulanmayacağı kabul edilerek ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına bir istisna daha getirilmiştir.

anonim veya limited şirket ortağı olmasında yasal açıdan bir sakınca olmadığı...
DPB, 12.02.2014/506,
https://personeldb.ege.edu.tr/files/personeldb/icerik/_thumbs/dpb_gorusler/18i.pdf,
Erişim Tarihi: 14.01.2024.

⁶² RG: 10.05.1969/13195.

⁶³ Özellikle tüketim kooperatiflerine dair istisnanın ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının gücünü kaybetmesine yol açtığı hakkında görüş için bkz. Öçal, "Türk Hukukunda Memurların," 352.

⁶⁴ D12D, E. 1976/3001 K. 1978/5329, T. 29.12.1978, DD, S. 34-35, Y. 9, 568 vd.

B. 2547 SAYILI KANUN'UN 36. MADDESİ UYARINCA ÖĞRETİM ELEMANLARININ ÇALIŞMA ESASLARI

Öğretim elemanları, 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinde düzenlenen esas ve usuller doğrultusunda çalışırlar. Kanunun kabulünden bu yana söz konusu hükümde muhtelif tarihlerde önemli değişiklikler yapılmış ve bu değişikliklerin bir kısmı Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Geline nokta 36. maddenin arkasında yatan fikrin, 1981 yılında yayımlanan ilk hâlden oldukça farklılaştığı görülmektedir.

1. 2547 Sayılı Kanun Kapsamında Tam Gün Çalışma Tartışmaları

2547 sayılı Kanun, Resmi Gazete'de yayımlandığı ilk halinde öğretim üyeleri açısından farklı çalışma esasları getirmekteydi. Kanun'un 36. maddesinde, profesör ve doçentlerin devamlı veya kısmi statüde görev yapabileceği kabul edilirken yardımcı doçentlerin -günümüz doktor öğretim üyesi- sadece devamlı statüde çalıştırılacağı düzenlenmişti. Devamlı statüde görev yapan öğretim elemanlarının, özel kanunlardaki istisnalar hariç olmak kaydıyla, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları ve serbest meslek icra edemeyecekleri hüküm altına alınmıştı. Her defasında iki yıl için atanan kısmi statüde görev yapan öğretim elemanlarının ise haftada en az yirmi saat üniversite bulunmakla, eğitim-öğretim, uygulama ve araştırmaları bölüm başkanının gösterdiği yerde ve onun denetimi altında yapmakla yükümlü oldukları kabul edilmişti. Uygulamada bu hüküm, özellikle doktorlar, diş hekimleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları açısından yıllardır tartışmalara konu olmaktadır.

2003 yılına gelindiğinde sağlık alanındaki önemli problemlere çözüm getirmek ve sağlık hizmetlerinin sunumunu iyileştirmek amacıyla Sağlık Bakanlığı tarafından Sağlıkta Dönüşüm Programı⁶⁵ hazırlanmıştır. Bu program kapsamında atılan adımlardan biri de 2010 yılında yürürlüğe giren 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dur⁶⁶. Kanun'un genel gerekçesinde diğer kamu hizmetlerinde olduğu gibi sağlık alanında da tam

⁶⁵ Sağlık Bakanlığı, "Sağlıkta Dönüşüm Programı," (Aralık 2003), <https://www.saglik.gov.tr/TR,11415/saglikta-donusum-programi.html>, Erişim Tarihi: 13.10.2023.

⁶⁶ RG: 30.01.2010/27478.

gün esasına göre çalışma sisteminin Sağlıkta Dönüşüm Programı'nın hedeflerinden biri olduğu vurgulanmıştır. Kısmi zamanlı çalışmanın halkın sağlık hizmetlerine erişimini olumsuz yönde etkilediği, kısmi zamanlı bir şekilde kamu sağlık kurumları dışında verilen hizmetlerin bazen kamu hizmetine erişim aracı haline geldiği, kısmi zamanlı çalışma sisteminde hastanın bilinçli bir şekilde veya duruma bağlı olarak özel sektöre yönlendirilebildiği, hekim ile hasta arasındaki para ilişkisinin hastaların sağlık hizmetine erişimini zorlaştırdığı, güven ilişkisini zedelediği ve hekimlik mesleğinin itibarına zarar verdiği, hekimlerin yorucu, yoğun ve stresli bir günün ardından başka bir yerde çalışmasının mesaisini ciddi bir şekilde böldüğü ve kamudaki mesainin aksaması sonucunu doğurduğu, bu durumun hekimin verimliliğini düşürerek hasta güvenliğini tehlikeye attığı, üniversite hastanelerinde öğretim üyelerinin “*mesai dışı özel*” adı altında özel muayenede bulunmalarının özel olmayan vakalara poliklinik ve yataklı tedavi hizmeti sunulmasında verimsizliğe yol açtığı, bu problemin hekimin eğitim, öğretim ve araştırma faaliyetlerini de olumsuz yönde etkilediği vurgulanmış ve bahsedilen sorunların giderilmesi için 5947 sayılı Kanun'un uygulamaya konulması gerektiği ifade edilmiştir. Özetle tam gün esasına göre çalışma sistemine dair düzenlemelerin temel amacı, özellikle sağlık alanında yarı zamanlı çalışma imkanının kötüye kullanıldığı ve üniversitelerin adeta muayenehaneleri desteklemek amacıyla kullanıldığı iddialarının kamuoyunda kabul görmesidir⁶⁷.

5947 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinde yapılan değişikliğin ilk fıkrasında öğretim elemanlarının üniversitede devamlı statüde görev yapacakları, ikinci fıkrasının ilk cümlesinde ise bu Kanun'da ve diğer özel kanunlarda yer alan görevler ile telif hakları hariç olmak kaydıyla yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları ve serbest meslek icra edemeyecekleri düzenlenmiştir. Buna ilave olarak 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 57. maddede “*Bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmî statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanlar devamlı statüye geçirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır.*” hükmüne yer verilmiştir.

⁶⁷ Gülan, “Akademik Personelin,” 40.

Uygulamada “*tam gün yasası*” olarak anılan bu değişiklik dönemin ana muhalefet partisi tarafından Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme neticesinde, yükseköğretimin temel amaçlarına ulaşılabilmesi için öğretim elemanlarının üniversitelerde devamlı statüde çalışmalarının gerekebileceği ve öğretim elemanlarının hangi statüde çalışacaklarının tespitinin kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kaldığı sonucuna ulaşmış ve 36. maddenin ilk fıkrası açısından iptal talebini reddetmiştir⁶⁸. Öte yandan 36. maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesini Anayasa’nın 130. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bilimsel özerkliğe sahip üniversitelerde görev yapan öğretim elemanlarının diğer kamu görevlilerinden farklı bir şekilde değerlendirilmeleri gerektiğini vurgulayarak söz konusu hükmün üniversitelerden beklenen bilim verilerini yayma, ulusal kalkınmaya yardımcı olma, ülkeye ve insanlığa hizmet etme gibi görevlerin ifa edilmesine engel olduğu görüşündedir. Mezkûr Anayasa Mahkemesi kararında 5947 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanun’a eklenen geçici 57. madde de hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararının akabinde, 16 Temmuz 2010 tarihinde Sağlık Bakanlığının internet sitesinde “*Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması*” yayımlanmıştır. Bu makalenin yazıldığı tarihte söz konusu açıklamaya ulaşılmasa da ilgili Danıştay kararında duyurunun içeriğinin “*Anayasa Mahkemesinin kararına ve kanuna göre öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açması veya özel sağlık kuruluşlarında çalışması mümkün bulunmamaktadır. Bu uygulama 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacaktır*” şeklinde olduğu ifade edilmiştir. Hukuka aykırı olduğundan bahisle mezkûr basın açıklaması aleyhine iptal davası açılmıştır. Açılan davaya ilişkin yaptığı değerlendirmede Danıştay, söz konusu basın açıklamasının yaptırım tehdidi taşıyan kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olduğu için iptal davasına konu olabileceğini kabul etmiş ve işlemin kamuda görev yapan doktorların muayenehane açamayacaklarına ilişkin kısmını iptal etmiştir⁶⁹.

⁶⁸ AYM, E. 2010/29 K. 2010/90, T. 16.7.2010, RG: 04.12.2010/27775.

⁶⁹ D5D, E. 2010/4406 K. 2011/1696, T. 06.04.2011, Yayınlanmamış; İlgili basın açıklamasının iptali için yürütülen yargısal süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atila Erkal, “Tam Gün Çalışma Esasına Geçiş Serüveni ve Hekimler ile Öğretim Üyesi

26 Ağustos 2011 tarihinde ikinci tam gün yasası olarak anılan⁷⁰ 650 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname (KHK) Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Bu Kararname ile 657 sayılı Kanun’un 28. maddesine “*Memurlar, meslekî faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamaz.*” hükmü eklenmiştir⁷¹. Aynı KHK ile 2547 sayılı Kanun’un 36. maddesine “*Yükseköğretim kurumlarının kadrolarında bulunan öğretim elemanları, kanunlarda belirtilen hâller dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesi hükmüne tâbidir. Ancak öğretim üyeleri, yükseköğretim kurumlarında yalnızca eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve döner sermaye faaliyetleri kapsamında gelir elde edilen hizmetlerde çalışmamak kaydıyla mesai saatleri dışında yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde meslekî faaliyette bulunabilir ve meslek veya sanatlarını serbest olarak icra edebilir. Yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde çalışan öğretim üyelerine 58 inci madde ile 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 3 üncü maddesi uyarınca ek ödeme yapılmaz; bunlar rektör, dekan, enstitü, yüksekokul ve konservatuar müdürü, bölüm başkanı, anabilim ve bilim dalı başkanı, başhekim ve bunların yardımcısı olamaz.*” ve geçici 59. maddesine “*Yükseköğretim kurumları dışında meslekî faaliyette bulunmak ve meslek veya sanatlarını serbest olarak icra etmek isteyen öğretim üyelerine, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıla kadar ücretsiz izin verilebilir.*” hükümleri eklenmiştir. Ancak bu düzenlemeler yetki kanunu kapsamında olmadıklarından bahisle Anayasa Mahkemesi tarafından 2012 yılında iptal edilmiştir⁷².

Hekimler için Mevcut Durum,” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 2 (2013): 337-343.

⁷⁰ Bu konuda bkz. Nihan Yancı Özalp, “Yasa, Kanun Hükmünde Kararname ve Mahkeme Kararları Işığında Tam Gün Sorunsalı,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 2 (2015): 274.

⁷¹ 650 sayılı KHK ile 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu’na da benzer bir hüküm eklenmiştir.

⁷² AYM, E. 2011/113 K. 2012/108, T. 18.07.2012, RG: 01.01.2013/28515.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından iki yıl sonra 18 Ocak 2014 tarihinde, üçüncü tam gün yasası⁷³ olarak anılan 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Bu Kanun ile 657 sayılı Kanun’un 28. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesine “*Memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamaz.*” ve ikinci fıkrasına “*Memurların üyesi oldukları yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve kanunla kurulmuş yardım sandıklarının yönetim, denetim ve disiplin kurulları üyelikleri ile özel kanunlarda belirtilen görevler bu yasaklamamanın dışındadır.*” hükümleri eklenmiştir. Keza 2547 sayılı Kanun’un 36. maddesinde de önemli değişiklikler yapılmış ve tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının özel kanunlarda öngörülen istisnalar dışında 657 sayılı Kanun’un 28. maddesinde öngörülen ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarından doçent veya profesör olanların her bir anabilim dalındaki kadrolu profesör ve doçent sayısının %50’sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek kaydıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilmesi mümkün kılınmıştır. 6514 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihte mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunan veya özel kuruluşlarda çalışan öğretim üyelerinin, Kanun’un yayımlandığı 18 Ocak 2014 tarihinden itibaren üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirmeleri gerektiği, aksi takdirde ilgili öğretim elemanlarının üniversiteleriyle ilişkilerinin kesileceği geçici 64. maddede kararlaştırılmıştır.

6514 sayılı Kanun’un, önceki paragrafta zikredilen hükümler de dahil olmak üzere, muhtelif maddeleri anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi, 657 sayılı Kanun’un 28. maddesinde ve 2547 sayılı Kanun’un 36. maddesinde değişiklik yapan maddeleri Anayasa’ya aykırı bulmamıştır⁷⁴. Anayasa

⁷³ Bu konuda bkz. Yancı Özalp, “Yasa, Kanun Hükmünde Kararname,” 285.

⁷⁴ AYM, E. 2014/61 K. 2014/166, T. 07.11.2014, RG: 19.06.2015/29391.

Mahkemesi kararında özetle insanların maddi ve manevi varlıklarını koruyup geliştirmek için devletin hasta-hekim ilişkisini ve hekimlerin çalışma koşullarını düzenleyebileceği, dava konusu kurullarla kamuda görev yapan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları tarafından verilen sağlık hizmetinin daha etkin, verimli ve kaliteli bir şekilde sunulmasının amaçlandığı, kamuda görev yapan öğretim elemanlarının asli görevinin yükseköğretim kurumlarında eğitim-öğretim hizmeti vermek ve akademik çalışmalarda bulunmak olduğu için bu görevlerin aksatılmadan yerine getirilmesi gerektiği ve iptal istemi reddedilen kurulların bilimsel özerkliğe aykırı olmadığı ifade edilmiştir. Öte yandan Kanun'un yürürlüğe girdikten sonra üç ay içinde faaliyetlerini sona erdirmeyen öğretim elemanlarının üniversiteyle ilişkilerinin kesileceğini düzenleyen geçici 64. maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından hukuki güvenlik ilkesine aykırı görülerek iptal edilmiştir. Yüksek Mahkemeye göre; kanun hükümleri ve yargı kararlarının birlikte değerlendirilmesi neticesinde, öğretim elemanlarının mesai saatleri sonrasında serbest olarak çalışabilecekleri yönünde oluşan meşru beklentilerinin öngörülebilirlik, hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri gereğince korunması gerekmektedir.

6514 sayılı Kanun'un muhtelif maddeleri hakkında açılan iptal davasının karara bağlanmasından kısa bir süre sonra, 26 Kasım 2014 tarihinde 6569 sayılı Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve 2547 sayılı Kanun'a geçici hükümler eklenmiştir. 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 70. maddenin ilk fıkrasına göre; *"Tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim üyelerinden, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel sağlık kuruluşlarında çalışmakta olanlara, bu faaliyetlerini sona erdirinceye kadar üniversite ödeneği ve ek ödeme ödenmez. Bunlardan belirtilen faaliyetlerini sona erdirmek isteyenler, 31/12/2014 tarihine kadar bu konudaki iradelerini görevli oldukları kurum yönetimlerine bildirirler ve bunların en geç 31/5/2015 tarihine kadar bu faaliyetleri sona ermiş sayılır ve çalışma uygunluk belgesi veya izni iptal edilir. Bu süre içinde mali hakları ve ek ödemeleri tam olarak ödenmeye devam olunur"*. Söz konusu hüküm itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmüştür. Yaptığı inceleme neticesinde Anayasa Mahkemesi; kanuni yükümlülüklerini yerine getiren ve hukukun tanıdığı olanaktan yararlanarak mesai saatleri dışında çalışan

öğretim üyelerinin diğer öğretim üyelerine kıyasla çeşitli ödemelerden tamamen yoksun bırakılmalarını hakkaniyete, ölçülülük ilkesine ve Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görerek 6569 sayılı Kanun'un geçici 70. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesini oybirliğiyle iptal etmiştir⁷⁵.

Tam gün yasağının uygulanmasına ilişkin uygulamada yaşanan tereddütleri gidermek adına Sağlık Bakanlığı tarafından 5 Mart 2014 tarihli ve 2014/8 sayılı Genelge⁷⁶ ve 16 Nisan 2014 tarihli ve 2014/15 sayılı Genelge⁷⁷ kabul edilmiştir. Bu genelgelerde özetle 18 Ocak 2014 tarihinden sonra 657, 926, 2547 ve 2955 sayılı Kanun'a tabi olarak görev yapan tabip ve diş tabiplerinin serbest meslek icrasında bulunmak amacıyla muayenehane ve benzeri yerler açamayacakları, gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamayacakları hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte 2014/15 sayılı Genelge uyarınca, 2955 ve 2547 sayılı Kanun'a tabi tabip ve diş tabiplerinden halihazırda serbest meslek faaliyetinde bulunan veya özel sağlık kuruluşlarında çalışanların aynı şekilde faaliyetlerine devam edebileceği vurgulanmıştır.

Sonuç olarak günümüzde 6514 sayılı Kanun'un 18 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce serbest meslek icrasında bulunan veya özel sağlık kuruluşlarında çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının kazanılmış hakları hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde korunarak faaliyetlerine devam etmeleri mümkün kılınmıştır. Ancak bu tarihten sonra kamuda görev yapan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının serbest meslek icrasında bulunmak amacıyla muayenehane ve benzeri yerler açmaları ve özel sağlık kurumlarında çalışmaları kanuna aykırıdır. Uygulamada bu doğrultuda 18 Ocak 2014 tarihinden önce bu faaliyetlerde bulunmayan öğretim elemanlarının mesai saatleri sonrasında serbest meslek faaliyetinde bulunmak için 18 Ocak 2014 tarihinden sonra idareye yaptıkları başvurular

⁷⁵ AYM, E. 2016/13 K. 2016/127, T. 22.06.2016, RG: 21.09.2016/29834.

⁷⁶ Sağlık Bakanlığı, "Genelge 2014/8," <https://shgm.saglik.gov.tr/TR-9982/genelgeler.html?Sayfa=4>, Erişim Tarihi: 01.11.2023.

⁷⁷ Sağlık Bakanlığı, "Genelge 2014/15," https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/4242/0/2014-15-tam-gun-yasasi-uygulamasipdf.pdf?_tag1=49E4C90DA8CC03951147EA55655E5A74949E7997, Erişim Tarihi: 01.11.2023.

reddedilmiştir. 18 Ocak 2014 tarihi öncesinde serbest meslek icrasında bulunmak amacıyla muayenehane ve benzeri yerler açan veya özel sağlık kurumlarında çalışan öğretim üyelerinin kazanılmış haklarının korunması, uygulamada eşitlik ilkesi ekseninde çeşitli uyuşmazlıkların doğmasına yol açmıştır. Hatta Ulusoy'un haklı olarak ifade ettiği üzere, bu uygulama kanun önünde eşitlik ilkesine açıkça aykırı olmasının yanı sıra “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz” şeklindeki Anayasa hükmünü de ihlal etmektedir⁷⁸.

Uygulamada oluşan belirsizliği gidermek üzere Sağlık Bakanlığı tarafından kabul edilen 26 Eylül 2023 tarihli ve 2023/8 sayılı Genelge ile 18 Ocak 2014 tarihinden önce faal muayenehanesi bulunmayan öğretim üyelerinin yeni muayenehane açma taleplerinin reddedilmesinin hukuka aykırı olmadığı tekrar vurgulanmıştır⁷⁹. Nitekim Danıştay da 18 Ocak 2014 tarihi itibarıyla aynı akademik ünvana sahip öğretim üyelerinin her anlamda eşit statüde olmadıklarını, somut uyuşmazlıkta statüyü belirleyen hususun “hekim olmak” değil 18 Ocak 2014 tarihi itibarıyla usulüne uygun muayenehane faaliyetinde bulunmak olduğunu, 18 Ocak 2014 tarihinden önce serbest meslek icra etmeyen davacı için haklı beklentinin varlığından söz edilemeyeceğini ve davacının muayenehane açma talebinin reddedilmesi işleminin hakkaniyete ve Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olmadığını ifade etmiştir⁸⁰. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun kararı üzerine davacı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, 18 Ocak 2014 tarihinden önce faal muayenehanesi bulunmayan başvurucunun serbest meslek icrası hakkının bulunmamasının açık bir keyfilik veya bariz takdir hatası içermediğine karar vermiştir⁸¹.

⁷⁸ Ali D. Ulusoy, “Akademisyenin Başka İş Yapması Meşru mudur?” T24, 9 Şubat, 2022. <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/akademisyenin-baska-is-yapmasi-mesru-mudur,34144> Erişim Tarihi: 14.10.2024.

⁷⁹ Sağlık Bakanlığı, “Genelge 2023/8,” https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/46481/0/ogretim-uyesi-tabiplerin-muayenehane-acma-basvurulari-hakkinda-gengelgepdf.pdf?_tag1=DB9AE0FA99BA77703A584F959EC401233C8FCE21, Erişim Tarihi: 01.11.2023.

⁸⁰ DİDDK, E. 2021/3791 K. 2022/1545, T. 20.04.2022, Lexpera.

⁸¹ AYM, Ayşe Fahriye Tosun [GK], B. No: 2021/17663, T. 23.02.2023, RG: 30/5/2023-32206.

2. Avukatlık ile Bağdaşan Akademik Ünvanlar

Yargılama erkinin üç sacayağından biri olan bağımsız savunmayı temsil eden avukatlık, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda⁸² hem kamu hizmeti hem de bir serbest meslek olarak kabul edilmiştir. Avukatlık hizmetleri ile hukuki ilişkilerin düzenlenmesi, hukuki uyuşmazlıkların hakkaniyetli ve adaletli bir şekilde çözümlenmesi ve hukuk kurallarının bütün kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk kişileri nezdinde tam olarak uygulanmasının sağlanması amaçlanmaktadır (Avukatlık Kanunu m. 2). Bu yönüyle avukatlık hizmetlerinin gereği gibi sunulmasında kamu yararı olduğu tartışmasızdır. Ayrıca Kanun'da avukatlık ticari bir iş değil, serbest meslek olarak düzenlenmiştir⁸³. Keza avukatların faaliyetlerini avukatlık ortaklığı veya aynı büroda birlikte çalışma şeklinde gerçekleştirmeleri durumunda yapılan işlerin ticari iş sayılmayacağı Kanun'un 44. maddesi ile açıklığa kavuşturulmuştur. Esasında Avukatlık Kanunu'nun 55. maddesinde ve ilgili yönetmeliklerde düzenlenen reklam yasağı da avukatlar tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin ticari iş olmadığını göstermektedir. Zira reklam yasağıyla avukatların iş elde edebilmek için reklam niteliğinde hareketlerde bulunmaları engellenmiştir. Avukatlık Kanunu reklam yasağı kapsamında avukatların avukat ünvanı haricinde başka sıfat kullanmalarını yasaklamakla birlikte akademik ünvanları ayrı tutmuştur. 18 Nisan 2014 tarihinde Adalet Bakanlığı tarafından görüşe sunulan ancak kanunlaştırılmayan Avukatlık Kanunu taslağının⁸⁴ 2. maddesinin üçüncü fıkrasında da avukatlık mesleğinin ticari faaliyet sayılmayacağı tereddüde yer bırakmayacak şekilde ifade edilmiştir.

Avukatlığın ticari iş değil, serbest meslek olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda mevzuatta, doktrinde ve uygulamada birlik olmasına karşın, avukatlık faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda çeşitli tartışmalar mevcuttur. Avukatlık Kanunu'nun ilk maddesinde avukatlığın kamu hizmeti olduğu düzenlenmiştir. Mülga 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nda⁸⁵ da avukatlığın amme hizmeti mahiyetinde bir

⁸² RG: 07.04.1969/13168.

⁸³ "...öte yandan, avukatlık mesleği ticari faaliyet olarak da değerlendirilemeyeceğinden..." D8D, E. 2021/6189 K. 2021/4578, T. 14.10.2021, Lexpera.

⁸⁴ Adalet Bakanlığı, "Avukatlık Kanunu Taslağı," <https://mgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/25102019143236AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLAĞI.pdf>, Erişim Tarihi: 08.09.2024.

⁸⁵ RG: 14.07.1938/3959.

meslek olarak kabul edildiği dikkat çekmektedir. Bununla birlikte avukatlığın bir kamu hizmeti sayılıp sayılmayacağı hususunda doktrinde duraksamalar mevcuttur.

Kamu hizmeti kavramı, en genel ifadeyle, “*toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir*”⁸⁶ şeklinde tanımlanabilir. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığının tespit edilebilmesi için söz konusu hizmet maddi ölçüt ve organik ölçüt açısından bir teste tabi tutulmalıdır. Maddi ölçüt, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yürütülen bir faaliyeti ifade ederken; organik ölçüt, hizmetin bir kamu tüzel kişisi tarafından veya ondan aldığı yetkiyle ve onun denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesini ifade eder⁸⁷. Önceki paragraflarda ifade edildiği üzere, Avukatlık Kanunu’nun 2. maddesinde avukatlığın amacının avukatlık hizmetleri ile hukuki ilişkilerin düzenlenmesi, hukuki uyumsuzlukların hakkaniyetli ve adaletli bir şekilde çözümlenmesi ve hukuk kurallarının bütün kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk kişileri nezdinde tam olarak uygulanmasının sağlanması olduğu kabul edilmiştir. Anayasa’da güvence altına alınan savunma hakkının ve hak arama özgürlüğünün kullanılmasına hizmet eden avukatlık faaliyetleri toplumun ortak ve genel bir ihtiyacını karşılamayı hedeflediği için maddi anlamda bir kamu hizmetidir⁸⁸.

Avukatlık hizmetlerinin organik açıdan bir kamu hizmeti sayılıp sayılmayacağına değerlendirilebilmesi için avukatlar ile barolar arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması gereklidir. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu statüsünde olan baroların ve üst meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliğinin temel görevleri; avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini düzenleyip kolaylaştırmak, meslek disiplini ve ahlakını koruyarak avukatlığın genel menfaatlere uygun bir şekilde

⁸⁶ Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri,” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1987, 4.

⁸⁷ Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 477.

⁸⁸ Onar’a göre; avukat, bireylere hukuk işlerinde yol göstermek suretiyle kolektif bir ihtiyacı karşılamakta ve böylece kamu hizmeti sunmuş olmaktadır. Keza avukatlar, doğrudan bir yargı işlemi tesis etmeseler de yargı fonksiyonunun iyi bir şekilde işlemesine yardım ederek kamu hizmeti görürler. Bu nedenle barolar, meslek derneği olmaktan çıkarılarak kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu hâline getirilmiştir. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. 2 (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 907.

gelişmesine hizmet etmektir. Barolar ve Türkiye Barolar Birliği, Anayasa ve ilgili mevzuatta zikredilen görevlerini ifa edebilmek adına kamu gücü ile donatılmış kamu tüzel kişileridir. Ancak baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin görevleri arasında avukatlık hizmetinin sunumu yer almamaktadır. Zira avukatlık hizmetleri, barolardan alınan ruhsata dayanılarak bizzat avukatlar tarafından yerine getirilmektedir. Dolayısıyla Düğer'in de haklı olarak ifade ettiği üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz olan baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin avukatlık hizmetlerini doğrudan sunmaları veya bu hizmetleri kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi usullerine benzer bir şekilde avukatlara gördürmeleri söz konusu değildir⁸⁹. Her ne kadar maddi açıdan kamu hizmeti niteliğinde olsa da avukatlar ile idare arasında organik bağ olmadığı için avukatlık organik yönden bir kamu hizmeti olarak kabul edilemez⁹⁰. Buna karşın Avukatlık Kanunu'nun ilk maddesinde avukatlığın bir kamu hizmeti olduğu ifade edilmiştir.

Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için öncelikle o ülkede öngörülen usule uygun olarak kurulması gereklidir⁹¹. Kamu hizmetlerinin kurulması, o zamana kadar hiç mevcut olmayan bir faaliyetin ilk kez ve doğrudan doğruya kamu kesimi tarafından yürütülmeye başlanması veya özel teşebbüs tarafından yürütülen bir özel faaliyetin kamu kesimine aktarılmasıyla gerçekleşir⁹². Böylece hem kamu hizmeti kabul edilen bir faaliyet alanı özel sektöre kapatılmakta hem de kamu hizmetinin gereği gibi sunulabilmesi için bir idari teşkilat oluşturulması ihtiyacı hasıl olmaktadır. Dolayısıyla ülkemizde kamu hizmetlerinin kanunla kurulacağı konusunda doktrinde görüş birliği mevcuttur⁹³. Avukatlık Kanunu'nda avukatlığın kamu hizmeti olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ancak doktrinde Duran'a göre, kanun koyucunun avukatlığın kamu hizmeti olduğunu söylemesi yanlış bir nitelendirme⁹⁴. Doktrinde Düğer, avukatlığın teknik anlamda bir kamu hizmeti olmadığını, ancak avukatlık faaliyetlerinde kamu yararı bulunması nedeniyle avukatlığın belirli ölçüde kamusal rejime tabi tutulduğunu ve

⁸⁹ Sırrı Düğer, "İdare Hukuku Açısından Avukatlık," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, no.1 (2019): 60.

⁹⁰ Aynı yönde bkz. Düğer, "İdare Hukuku Açısından," 63.

⁹¹ Niteliği gereği kamu hizmeti teorisi için bkz. Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti Kavramı," *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 9, no. 1-3 (1988): 154 vd.

⁹² Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. 2 (Bursa: Ekin, 2019), 333.

⁹³ Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri ile kamu hizmeti kurulamayacağı hakkında görüş için bkz. Ulusoy, *Yeni Türk İdare*, 482; Gözler, *İdare Hukuku*, 360.

⁹⁴ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 308.

avukatın sahip olduğu ayrıcalıkların ve kamusal yükümlülüklerin Avukatlık Kanunu'nda sayıldığını ifade etmektedir⁹⁵. Karahanoğulları da avukatlık mesleğinin yasada kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinin avukatlık faaliyetini kamu hizmeti alanına sokmayacağını savunmaktadır⁹⁶. Aynı doğrultuda görüş bildiren Anayasa Mahkemesi avukatlığın Anayasa'nın 70. maddesi anlamında bir kamu hizmeti olmadığını kabul etmiştir⁹⁷.

Serbest meslek olarak kabul edilen avukatlık bir ticari iş olmadığı için öğretim elemanlarının avukatlık faaliyetleri karşılığında elde ettikleri kazanç da ticaret yapma yasağı kapsamında değerlendirilemez. Bununla birlikte 2547 sayılı Kanun'da sadece ticaret yapmak değil, ticaret dışında diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak da bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla serbest meslek faaliyeti olduğu için avukatlığın 2547 sayılı Kanun'da öngörülen diğer kazanç getirici faaliyetler arasında değerlendirilebileceği ileri sürülebilir. Kaldı ki 657 sayılı Kanun'un ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının düzenlendiği 28. maddesinde "*Memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz...*" hükmüne yer verilerek serbest meslek faaliyetlerinin de bu yasak kapsamında görüldüğü savunulabilir. Ancak önceki başlıklar altında ifade edildiği üzere, Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendirdiği için öğretim elemanlarının tâbi olduğu ticaret ve yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma disiplin suçunun 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, 2547 sayılı Kanun'da "*İlgili kanunların tanıdığı istisnalar dışında ticaret yapmak, yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak*" bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm lafzi yoruma tâbi tutulduğunda, kazanç getirici diğer bütün faaliyetler değil, kanunda açıkça yasaklanan kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak 2547 sayılı Kanun kapsamında bir disiplin suçu oluşturmaktadır.

Öğretim elemanlarının avukatlık yapmalarını yasaklayan bir düzenleme 2547 sayılı Kanun'da veya Avukatlık Kanunu'nda yer almamaktadır. Hatta Avukatlık Kanunu'nun 55. maddesi uyarınca, avukatların tabela ve basılı kağıtlarında avukat ünvanıyla birlikte akademik ünvanlarını da

⁹⁵ Düğür, "İdare Hukuku Açısından," 63.

⁹⁶ Onur Karahanoğulları, *İdare Hukuku*, 2. Bası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2023), 299.

⁹⁷ AYM, E. 2002/8 K. 2003/47, T. 04.06.2003, RG: 19.12.2003/25321.

kullanabileceği kabul edilmiştir⁹⁸. Keza Kanun'un 12. maddesinde, doçentlik ve profesörlük avukatlıkla bağdaşabilen işler arasında sayılmıştır. Dolayısıyla doçent ve profesör statüsündeki öğretim elemanlarının avukatlık yapması mümkündür. Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesinde 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁹⁹ ile değişiklik yapılmadan önce hükmün kapsamına yardımcı doçentler (günümüz doktor öğretim üyeleri) ve öğretmenler de dahildi¹⁰⁰. Ancak öğretmenler ve yardımcı doçentler 4667 sayılı Kanun ile söz konusu hükümden çıkarılmıştır. Bu nedenle günümüzde doktor öğretim üyeliğinin avukatlıkla bağdaşmadığı kabul edilmektedir. Ancak doktrinde Özbek'in haklı olarak ifade ettiği üzere, öğretim üyeleri arasında bir ayırım yapılarak akademik bir ünvan olan doktor öğretim üyeliğinin avukatlıkla bağdaşabilen işler dışında bırakılması Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır¹⁰¹. Keza 2547 sayılı Kanun'da kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezasını gerektiren disiplin suçu, kanunlarda öngörülen istisnalar dışında ticaret yapmak ve *yasaklanan* diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmaktır. Her ne kadar Avukatlık Kanunu'nda avukatlıkla bağdaşabilen işler arasında doktor öğretim üyeliğine yer verilmesi de Kanun kapsamında doktor öğretim üyelerinin avukatlık yapmaları açıkça yasaklanmamıştır.

Avukatlık Kanunu'ndaki bu belirsizlik gözetilmiş olacak ki Adalet Bakanlığı Bilim Alt Komisyonu tarafından 18 Nisan 2014 tarihinde görüşe sunulan ancak daha sonra kanunlaştırılmayan Avukatlık Kanunu taslağının 6. maddesinde, yükseköğretim kurumunda kadrosu bulunan profesör, doçent ve yardımcı doçentlerin, bu Kanunda belirtilen şartlar haricinde başkaca bir şart aranmaksızın avukatlık yapabileceği veya bir avukatlık şirketinin ortağı

⁹⁸ Tıp fakültesi mezunlarına verilen "Tıp Doktoru" (Dr.) ünvanının akademik bir ünvan olmadığı ve doktora eğitimini tamamlamış olmak anlamına gelmediği için avukat ve stajyer avukat ünvanları ile birlikte kullanmasının avukatlık hukukuna uygun olmadığı hakkında Türkiye Barolar Birliği duyurusu için bkz. Türkiye Barolar Birliği, "Tıp Doktoru Ünvanı Olarak Kullanılan (Dr.) Ünvanının Avukat ve Stajyer Avukat Ünvanları ile Birlikte Kullanılmaması Hakkında," Duyuru no. 2021/21, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/duyuru-202121-81726>, Erişim Tarihi: 14.10.2024.

⁹⁹ RG: 10.05.2001/24398.

¹⁰⁰ Avukatlık Kanunu'nun araştırma görevlilerine avukatlık yapmak hakkı vermediği hk. D8D, E. 1999/801 K. 1999/5772, T. 03.11.1999, Lexpera.

¹⁰¹ Mustafa S. Özbek, "Avukatlıkla Bağdaşabilen Akademik Ünvanlar," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (2012): 36.

olabileceği düzenlemesine yer verilmiştir¹⁰². Türkiye Barolar Birliği ve yirmi bir baronun söz konusu taslak hakkında görüşleri incelendiğinde, yardımcı doçentlerin avukatlık yapabilmesine ilişkin görüşünü bildiren tespit edebildiğimiz kadarıyla üç baro mevcuttur¹⁰³. Bu üç baro içerisinde en kapsamlı değerlendirme Konya Barosuna aittir. Konya Barosu, akademik personelin aktif görevleri devam ettiği sürece fiili olarak avukatlık hizmetini ifa etmemesi gerektiğini, böylece haksız rekabetin ve çeşitli suistimallerin önlenebileceğini değerlendirilmiştir¹⁰⁴. Konya Barosunun raporu bir bütün olarak incelendiğinde, Baronun salt yardımcı doçentlerin avukatlık yapmasını değil, yükseköğretim kurumunda aktif olarak görev yapan bütün akademik personelin bu ünvanları ile avukatlara ait hak ve yetkileri kullanmasını eleştirdiği dikkat çekmektedir. Zira Baroya göre, akademik ve teorik açıdan yetkin olmak bu yetkinliğin uygulamaya yansıtılmasının teminatı değildir. Konya Barosunun görüşüne katılmamakla birlikte, Baronun sadece yardımcı doçentler açısından değil, bütün akademik personel açısından değerlendirme yapması kanun önünde eşitlik ilkesi açısından kendi içinde tutarlı bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir.

3. Öğretim Elemanlarının Aldıkları Telif Ücretlerinin Ticaret Yapma ve Yasaklanan Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağı Açısından Değerlendirilmesi

Telif hakları, fikir ve sanat eserleri üzerinde söz konusu olan ve münhasıran eser sahibine ait olan hakları ifade etmektedir¹⁰⁵. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu¹⁰⁶ (FSEK) kapsamına giren fikir ve sanat eserleri; ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri olmak üzere dört gruptan oluşmaktadır. Kanunda eser grupları tahdidi

¹⁰² Adalet Bakanlığı, “Avukatlık Kanunu Taslağı,” <https://mgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/25102019143236AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLAGI.pdf>, Erişim Tarihi: 08.09.2024.

¹⁰³ Türkiye Barolar Birliği, “Avukatlık Kanunu Taslağı,” (30 Mayıs 2014) <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/avukatlik-kanunu-taslagi-24896>, Erişim Tarihi: 27.12.2023.

¹⁰⁴ Konya Barosu, “Adalet Bakanlığı Tarafından Yayımlanan Yeni Avukatlık Kanun Taslağına İlişkin Değerlendirmeler,” (Mayıs 2014) <https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/avukatlikkanunubarogorusleri/konya.pdf>, Erişim Tarihi: 27.12.2023.

¹⁰⁵ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 10; Karahan vd., *Fikri Mülkiyet*, 1.

¹⁰⁶ RG: 13.12.1951/7981.

olarak sayılmakla birlikte bu gruplar altında düzenlenen eser çeşitleri açısından sınırlı sayı ilkesi geçerli değildir¹⁰⁷. FSEK'e göre eser, "*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*" ifade etmektedir. Bu tanımdan hareketle bir fikri ürünün eser olarak kabul edilerek FSEK kapsamında korunabilmesi için şekli şart, sübjektif şart ve objektif şartın kümülatif olarak bulunması gereklidir¹⁰⁸. Şekli şart, fikri ürünün FSEK'te sayılan dört gruptan birine dahil olmasını; sübjektif şart, fikri ürünün sahibinin hususiyetini taşımasını¹⁰⁹ ve objektif şart ise fikri ürünün tasarrufa elverişli ve üçüncü kişiler tarafından algılanabilir olmasını¹¹⁰ gerektirir.

¹⁰⁷ Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7. Bası (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 71.

¹⁰⁸ Karahan vd., *Fikri Mülkiyet*, 38; Tekinalp'e göre bir fikir ve sanat eserinin 5846 sayılı Kanun kapsamında eser olarak kabul edilebilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması, sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olması, FSEK'te sayılan eser türlerinden birine dahil olması ve fikri çabanın bir ürünü olması gerekmektedir. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 103.

¹⁰⁹ Bozgeyik'e göre hususiyet, eser sahibinin esere kendi fikir dünyasından yaptığı katkıdır ve sıradan bir çalışmaya korunabilir bir eser niteliğini kazandırır. Hususiyetin tespitinde üç temel kriter göz önünde bulundurulabilir: Bağımsız fikri faaliyet, serbest biçimlendirme alanı ve rutinden farklı olma. Hayri Bozgeyik, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, no. 3 (2009): 175 vd; Hirsch'e göre eser, yalnızca yaratıcı bir fikri çalışmanın ürünü olabilir ve hususiyetini eser sahibinin şahsiyetinden alır. Eğer bir eser, herkes tarafından yaratılabilecek mahiyette ise söz konusu eserin korunmasında toplumun hiçbir menfaati yoktur. Ernest E. Hirsch, *Hukukî bakımdan Fikri Sâ-y 2. Cilt Fikri Haklar (Telif Hukuku)* (İstanbul: İktisadî Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat, 1948), 12; Bozbel'e göre hususiyet, eser sahibinin ferdi özelliklerini esere yansıtmadır. Bir fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için eserin basit zanaatın ötesinde bir gayret ve fikri çaba ile yaratılmış olması ve dolayısıyla herkes tarafından ortaya çıkarılmasının mümkün olmaması gerekir. Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 2015), 30; Evrensel'e göre, bir fikir mahsulünün eser olarak kabulü için sahibine ait bir özelliği uhdesinde bulundurması gerekir. Halil Alperen Evrensel, *Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri*, 2. Bası (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 28 vd; Hususiyet ile kastedilen eser sahibinin üslup ve yaratıcılığıdır. İlhami Güneş, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 4. Bası (Ankara: Seçkin, 2022), 64; Öğretim görevlisinin bir bankaya Türk ekonomisinin durumuna dair düzenlediği raporlar karşılığı aldığı ücretin telif ücreti olmadığı, yapılan hizmetin mali müşavirlik hizmeti olduğu hakkında bkz. D4D, E. 1999/1346 K. 1999/5194, T. 28.12.1999, Lexpera; Hususiyete ilişkin bir değerlendirme için bkz. Y11HD, E. 2019/136 K. 2020/3265, T. 29.06.2020, Lexpera.

¹¹⁰ Bir fikri ürünün eser olarak kabul edilerek FSEK kapsamında korunabilmesi için objektif olarak algılanabilir bir şekilde veya formda ifade edilmiş olması gerekir.

Eser sahiplerinin fikir ve sanat eserleri üzerinde mali ve/veya manevi hakları söz konusu olabilir. FSEK'in 13. maddesinde de belirtildiği gibi, "*Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür*". FSEK kapsamında eser sahibinin manevi hakları eseri kamuya sunma hakkı (FSEK m. 14), eser üzerinde adını belirtme hakkı (FSEK m. 15), eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkı (FSEK m. 16) ve aslın malikine veya zilyedine karşı haklarından (FSEK m. 17) oluşmaktayken; eser sahibinin mali hakları ise işleme (FSEK m. 21), çoğaltma (FSEK m. 22), yayma (FSEK m. 23), temsil (FSEK m. 24), kamuya iletim (yayın) hakkı (FSEK m. 25) ile pay ve takip hakkından (FSEK m. 45) oluşmaktadır. Manevi haklar, eser sahibinin eseri ile kişisel ve manevi ilişkisini korumaya hizmet ederken¹¹¹; mali haklar ise eser sahibinin eserinin mali semerelerinden tek başına yararlanmasına, eserin ekonomik yönden değerlendirilmesine ve üçüncü kişilerin haksız girişimlerini engellemeye imkân sağlar¹¹².

Üniversitelerde görev yapan öğretim elemanlarının kitap, makale, dergi, ansiklopedi, gazete, broşür, bülten gibi eserlerini yayınlamak suretiyle telif ücreti adı altında bir bedel tahsil etmesi mümkündür. Zira uygulamada telif hakkı, eser sahibinin eserinden mali olarak yararlanma hakkını ifade edecek şekilde dar anlamıyla kullanılmaktadır. Örneğin, bir yazarın kitabının satışından belirli bir yüzdelik oran ölçüsünde pay alması veya bir defalık toplam bir bedel alması telif hakkı olarak nitelendirilmektedir¹¹³. Öğretim elemanlarının bu şekilde elde ettikleri kazançlar, ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamına girmemektedir. Zira 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinde "*Öğretim elemanının görevi ile bağlantılı olarak verdiği hizmetin karşılığında telif ücreti adıyla bir bedel tahsil etmesi halinde 58 inci madde hükümleri uygulanır.*" hükmüne yer verilerek telif kazançlarının ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının kapsamına girmediği dolaylı olarak kabul edilmiştir. Esasen 36. maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, kanunda öngörülen istisnalar ve telif hakları

Dolayısıyla şekillendirilmemiş fikirlerin, diğer bir deyişle salt düşüncenin, eser olarak kabul edilerek korunması mümkün değildir. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 108; Karahan vd., *Fikri Mülkiyet*, 43; Mustafa Reşit Belgesay, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi* (İstanbul: M. Sıralar Matbaası, 1955), 14.

¹¹¹ Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1972), 109 vd.

¹¹² Bozbel, *Fikri Mülkiyet*, 71 vd.

¹¹³ Güneş, *Uygulamada Fikir*, 69.

hariç olmak kaydıyla öğretim elemanlarının serbest meslek icra edemeyeceği, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde herhangi bir iş göremeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu cümle ile öğretim elemanlarının serbest meslek faaliyetlerinde bulunmaları kesin olarak yasaklansa da telif hakları istisna tutulmuştur. Söz konusu cümle; öğretim üyeleri arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın mesai sonrası ücretsiz de olsa resmi veya özel herhangi bir iş yapmalarını yasakladığı için üniversitelerin bilim verilerini yayma, ulusal kalkınmayı destekleme, ülkeye ve insanlığa hizmet etme gibi görevlerinin yerine getirilmesini engellediği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 130. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir¹¹⁴. Kararın gerekçesinde hükümdeki telif hakları istisnasına dair herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Bununla birlikte Yüksek Mahkemenin kararı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, telif haklarının Anayasa'nın 130. maddesinde öngörülen bilim özgürlüğü kapsamında görüldüğü anlaşılmaktadır. Ancak bu ihtimalde de işin niteliğinin bağımlı bir çalışmaya dönüşmemesi, hukuki olarak bir bağımlılığın oluşmaması gerekmektedir¹¹⁵. Devlet Personel Başkanlığı da 657 sayılı Kanun'a tabi personelin silikon heykel yapım faaliyetinin¹¹⁶, müzik, sinema ve televizyon programlarında yer almasının¹¹⁷ veya tiyatro oyununda misafir sanatçı olarak görev almasının¹¹⁸ "söz konusu faaliyetin 5846 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi, mesai saatleri dışında icra edilmesi, bu faaliyetten ticari kazanç sağlanmaması, herhangi bir akit ile işverene bağlanılmaması ve sosyal güvenlik kuruluşlarından biriyle ilişkilendirilmemesi halinde" mümkün olduğunu kabul etmiştir.

Öğretim elemanlarının, verdikleri hizmetlerin karşılığında telif kazancı elde etmeleri 2547 sayılı Kanun'da yasaklanmamış olsa da söz konusu kazançların döner sermayeye gelir kaydedilip kaydedilmeyeceği hususu uygulamada tartışmalara konu olmaktadır. Üniversitenin aracılık ettiği

¹¹⁴ AYM, E. 2010/29, K. 2010/90, T. 16.07.2010, RG: 04.12.2010/27775.

¹¹⁵ Aydemir, "Devlet Memurunun Ticaret," 77.

¹¹⁶ DPB, 14.06.2016/3593, https://personeldb.ege.edu.tr/files/personeldb/icerik/_thumbs/dpb_gorusler/28i.pdf, Erişim Tarihi: 14.01.2024.

¹¹⁷ DPB, 07.09.2016/5388, https://personeldb.ege.edu.tr/files/personeldb/icerik/_thumbs/dpb_gorusler/28i.pdf, Erişim Tarihi: 14.01.2024.

¹¹⁸ DPB, 26.09.2013/18060, https://personeldb.ege.edu.tr/files/personeldb/icerik/_thumbs/dpb_gorusler/12i.pdf, Erişim Tarihi: 14.01.2024.

faaliyetlerden elde edilen kazançların döner sermayeye gelir kaydedilmesi hususunda mevzuatta ve uygulamada bir tereddüt bulunmamaktadır¹¹⁹. Zira 2547 sayılı Kanun'un 37. maddesinde “*Yükseköğretim kurumları dışındaki kuruluş veya kişilerce, üniversite içinde veya hizmetin gerektirdiği yerde, üniversiteler ve bağlı birimlerden istenecek, bilimsel görüş proje, araştırma ve benzeri hizmetler ile üniversitede ve üniversiteye bağlı kurumlarda, hasta muayene ve tedavisi ve bunlarla ilgili tahliller ve araştırmalar üniversite yönetim kurulunca kabul edilecek esaslara bağlı olmak üzere yapılabilir. Bu hususta alınacak ücretler ilgili yükseköğretim kurumunun veya buna bağlı birimin döner sermayesine gelir kaydedilir.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden hareketle örneğin, bir dergiden üniversiteye gelen talep üzerine bir öğretim elemanının yazdığı makalenin bu dergide yayımlanması karşılığında aldığı telif ücreti döner sermayeye gelir olarak kaydedilmelidir.

Uygulamada tartışmaların yoğunlaştığı nokta, üniversitenin aracılık etmediği faaliyetlerden öğretim elemanının elde ettiği telif kazançlarının durumudur. 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinin ikinci fıkrasına göre, öğretim elemanlarının görevleriyle bağlantılı olarak verdikleri hizmetin karşılığı olarak telif ücreti adı altında bir bedel tahsil etmeleri durumunda, Kanun'un döner sermayeye ilişkin hususların düzenlendiği 58. maddesi hükmü uygulanacağı ifade edilmiştir. Doktrindeki görüş ayrılığı, hükümde geçen *göreviyle bağlantılı* hizmet kavramının kapsamı ve sınırlarının tespitindeki farklı yaklaşımlardan kaynaklanmaktadır. Doktrinde Taş ve Özcan, görevle bağlantı konusunda esas alınacak kriterin üniversitenin telif konu faaliyetin başlamasında aracılık edip etmemesi olduğunu

¹¹⁹ “...Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden, davalının davacı üniversite yönetim kurulunun izni ile dava dışı şirkette bir proje ile ilgili görev aldığı anlaşılmaktadır. 2547 sayılı yasanın 37. maddesine göre davalı öğretim elemanına yapılacak ödemenin öğretim elemanının bağlı olduğu üniversite döner sermaye birimine yatırılması gerekir. Şu durumda, davalı öğretim elemanına danışmanlık hizmeti karşılığının döner sermaye yerine doğrudan öğretim elemanına ödeme yapılması doğru olmadığından, davalı kendisine yapılan ödemeler nedeniyle sorumludur...” Y4HD, E. 2014/3138 K. 2014/15520, T. 18.11.2014, Lexpera; “...Aynen yer verilen mevzuat hükümlerinden açıkça görüldüğü üzere Volganefit 248 isimli tanker kazası ile ilgili olarak İstanbul Üniversitesi Deniz Bilimleri ve İşletmeciliği Enstitüsü tarafından kendi öğretim elemanları marifetiyle yürütülen etüd ve araştırma faaliyeti sonucu elde edilen gelirin Döner Sermaye hesabına yatırılması gerekmektedir...” Sayıştay Temyiz Kurulu, K. No. 2014/38292, T. 28.01.2014, <https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/?krr=8134>, Erişim Tarihi: 15.12.2023.

düşünmektedir. Yazarlara göre örneğin, öğretim elemanının üniversitenin yönlendirmesi olmadan bir gazetede köşe yazısı yazması göreviyle bağlantılı olmadığı için elde edeceği telif kazancı da döner sermayeye girmeyecektir. Ancak bir belediyenin üniversiteye başvurarak heykel yapılmasını istemesi durumunda, heykel yapımı karşılığında öğretim elemanının elde edeceği kazanç göreviyle bağlantılı sayılacaktır¹²⁰. Aksi yönde görüş bildiren Varcan ise öğretim elemanına görevi sorulduğunda ana çalışma konusunun söylendiğini ifade etmektedir. Varcan, 37. madde varken 36. maddenin ikinci cümlesinin Kanun'a eklenmesini, yükseköğretim kurumları dışından üniversite aracılığı olmaksızın doğrudan ilgili öğretim elemanından görev alanıyla ilgili istenen bir faaliyetin karşılığında doğan telif kazancının döner sermayeye gelir kaydedilmesinin hedeflendiği şeklinde değerlendirmektedir. Yazara göre örneğin, öğretim üyesi olabilmek için lisansüstü eğitimini tamamlaması gereken bir araştırma görevlisinin hazırladığı doktora tezinin bir yayınevi tarafından basılması karşılığında elde ettiği telif kazancı görevle bağlantılıdır ve döner sermayeye gelir kaydedilmelidir¹²¹.

Uygulamada, önceki paragraflarda aktarılan mevzuat hükümlerinden hareketle öğretim elemanlarının üniversitenin aracılığı olup olmaması fark etmeksizin göreviyle az da olsa bağlantı kurulabilen hizmetlerden elde ettiği telif kazançlarının döner sermayeye girmesi gerektiği kabul edilmektedir¹²².

¹²⁰ Metin Taş ve Sezgin Özcan, “Öğretim Elemanlarının Telif Ücretlerinin Durumu,” (Akşam Gazetesi, 8 Şubat 2011), http://www.muhasabetr.com/ulusalbasin/haber_oku.php?haber_id=7042, Erişim Tarihi: 18.12.2023.

¹²¹ Nezih Varcan, “Üniversitelerde Telif Ödemelerinin Dayanağı ve Döner Sermayeye Kaydedilmesinin İstenmesi Sonucu Ortaya Çıkan Durum,” *Anadolu Economics* 3, no. 1 (2021): 49 vd.

¹²² “...Şu durumda 2547 sayılı yasanın 37. maddesine göre davalı öğretim elemanının davacı üniversite dışında görev yapabilmesi için üniversite yönetim kurulundan izin alınması, sonrasında da öğretim elemanına yapılacak ödemenin öğretim elemanının bağlı olduğu üniversite döner sermaye birimine yatırılması gerekirken; bu yola başvurulmamış olması idari nitelikte bir eksiklik olup 2547 sayılı yasanın 36. maddesi uyarınca öğretim elemanının görevi ile bağlantılı olarak verdiği hizmetin karşılığında aldığı ücret hakkında telif ücreti adıyla bir bedel tahsil etmesi halinde aynı kanunun döner sermayeyi düzenleyen 58. maddesi hükmünün uygulanacağı düzenlemesi karşısında öğretim elemanlarının rektörlük izni ile hazırladıkları proje karşılığında aldıkları ücretin üniversitede bağlı oldukları birimin döner sermayesine yatırılması gerektiği, salt yönetim kurulu kararı alınmamış olmasının ücretin döner sermayeye

Döner sermayeye giren bu gelirden mevzuatta öngörülen kesintiler yapılarak kalan miktar gelire katkısı olan ilgili öğretim elemanına ödenmektedir¹²³. Kanımızca bu düzenleme bilim özgürlüğünün önünde önemli bir engel teşkil etmektedir. Zira proje yaparak veya makale yazarak bir telif geliri elde etmek için herhangi bir üniversitede öğretim elemanı olarak görev yapmak şart değildir. Kaldı ki bir öğretim elemanının telif ücreti elde edeceği bir hizmeti gerçekleştirmesinde akademik ünvanının yanı sıra bilgi birikimi ve kişisel tecrübeleri etkili olabilir veya öğretim elemanı akademik çalışma alanı kapsamında bir hizmet verirken kadrosunun bulunduğu üniversitenin sunduğu araç ve gereçler ile fiziki imkanlardan hiçbir şekilde yararlanmamış olabilir. Bu ihtimalde dahi elde edilen telif kazancının döner sermayeye gelir kaydediliyor olması, üniversitede öğretim elemanı olarak görev yapmayı adeta bir dezavantaj haline getirmektedir. Zira 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesi çerçevesinde, fakülteler ve yüksekokullar açısından değişmekle birlikte döner sermaye gelirlerinden %15, %30 veya %35 oranındaki kısmı ilgili yükseköğretim kurumunun ihtiyaçları ile yönetici payları için kesilmektedir. Hükümde ayrıca üniversite yönetim kurulunun bu oranları %75'ine kadar artırabileceği düzenlenmiştir. Ancak kesinti miktarının oranında yapılacak bu artırıma ilişkin herhangi bir kritere 58. maddede yer verilmediği dikkat çekmektedir. Üniversitenin ihtiyaçları ve yöneticiler için kesilen payın yanı sıra %1 Hazine payı ve en az %5'e kadar bilimsel araştırma payı da döner sermaye gelirlerinden kesilmektedir. Dolayısıyla öğretim üyesinin elde ettiği telif kazancı üzerinden döner sermaye tarafından yapılan kesintiler alana bağlı olarak değişmekle birlikte en az %41, %36 veya %21 oranlarını bulmaktadır. Bu oranlar çoğu zaman ücrete konu eseri üretmek için verilen emek ve harcanan zamanı anlamsız kılacak boyutlara ulaşmakta ve öğretim elemanının üretkenliğinin önünde bir engel teşkil etmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi aynı görüşte olmasa gerek ki kanun koyucunun bu düzenleme ile öğretim üyelerinin görevleriyle bağlantılı bir şekilde yaptıkları mal ve hizmet sunumunu gelir getiren bir iş değil, Anayasa'nın 130. maddesi kapsamında yayın ve danışmanlık yapma, ülke ve insanlığa hizmet etme

yatırılmasına engel olmayacağı 2547 sayılı yasanın 36, 37 ve 58. maddelerinden anlaşılmıştır..." Y4HD, E. 2012/1075 K. 2013/1399, T. 31.03.2013, Lexpera.

¹²³ Döner sermaye gelirlerinden yapılacak kesintilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmut Hanoğlu, "Üniversite Döner Sermaye İşletmelerinde Gelirlerin Oransal Dağılımı ve Hesaplanması," *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 11, no. 2 (2018): 172 vd.

faaliyetlerinin doğal bir sonucu olarak değerlendirerek söz konusu hükmü Anayasa'ya aykırı görmemiştir¹²⁴.

4. Öğretim Elemanlarının Kendi Üniversitesi Dışında Bir Yükseköğretim Kurumunda Ders Vermeleri

Öğretim elemanları bir taraftan yurt içinde ve yurt dışında sürdüreceği bilimsel çalışmalarla kendini geliştirirken, diğer taraftan kitap, makale, seminer, kongre, proje gibi akademik çalışmalarla toplumun gelişmesine hizmet etmektedir. Ön lisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim-öğretim faaliyetlerinde bulunmak öğretim elemanlarının başlıca görevleri arasında yer almaktadır. Bu kapsamda öğretim elemanları ön lisans, lisans ve lisansüstü programlarda dersler vermek, öğrencilere akademik danışmanlık yaparak yol göstermek ve rehberlik etmekle görevlidir.

2547 sayılı Kanun'un 36. maddesine göre öğretim üyeleri haftada asgari on saat ve öğretim görevlileri ise haftada en az on iki saat görevli olduğu yükseköğretim kurumunda ders vermekle yükümlüdürler. Öğretim elemanı, ders verme yükümlülüğünü kadrosunun bulunduğu birimde yerine getirebileceği gibi ihtiyaç olması durumunda görevli olduğu yükseköğretim kurumuna ait diğer birimlerde de ders verebilir. Ancak yönetici kadrolarında görev yapan rektör, rektör yardımcısı, dekan, enstitü ve yüksekokul müdürlerinin ders verme yükümlülüğü bulunmazken; başhekimler, dekan yardımcısı, enstitü ve yüksekokul müdür yardımcısı ve bölüm başkanları ise haftada asgari beş saat ders vermekle yükümlüdür. Doktora eğitimlerini başarıyla tamamlayan araştırma görevlilerine ise talepleri üzerine ve üniversite yönetim kurulunun uygun görmesi durumunda ders görevi verilebilir.

Yükseköğretim Kurulu istatistikleri hukuk fakülteleri özelinde bu araştırmanın yapıldığı 19 Ekim 2024 tarihi itibarıyla incelendiğinde, biri pasif olmak üzere 88 tane hukuk fakültesinin aktif olarak mevcut olduğu görülmektedir¹²⁵. Özellikle yeni açılan hukuk fakülteleri akademik personel sayısında yetersizlik, kütüphanenin zayıflığı ve fiziki olumsuzluklar ile karşı karşıyadır. Hukuk fakülteleri örneğinde incelenen bu olumsuzluğun geçici de

¹²⁴ AYM, E. 2010/29 K. 2010/90, T. 16.7.2010, RG: 04.12.2010/27775.

¹²⁵ Türkiye Uluslararası İslam, Bilim ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi pasif durumdadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yükseköğretim Bilgi Yönetim Sistemi, <https://istatistik.yok.gov.tr>, Erişim Tarihi: 19.10.2024.

olsa giderilerek eğitim-öğretim faaliyetlerinin kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi çerçevesinde sürdürülebilmesi adına 2547 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile kurumlar arası yardımlaşma uygulaması kabul edilmiştir. Bu hüküm uyarınca, yükseköğretim kurumundaki bir birimde ders verecek öğretim elemanı olmayan hâllerde sırasıyla aynı yükseköğretim kurumundaki diğer birimlerden, aynı şehirdeki diğer yükseköğretim kurumlarından veya başka şehirlerdeki yükseköğretim kurumlarından ders vermek üzere öğretim elemanı bulunmalıdır. Bu şekilde kendi üniversitelerinin diğer birimlerinden veya o şehirdeki diğer yükseköğretim kurumlarından görevlendirilen öğretim üyelerine, haftalık ders yükünün üstündeki çalışmalar karşılığında, görev aldıkları kurum bütçesinden ek ders ücreti ödenir. Başka şehirden görevlendirilen öğretim elemanlarına ise 6245 sayılı Harcırah Kanunu'na göre geçici görev yolluğu ve iki katı ek ders ücreti ödenir. Bu hüküm kapsamında yapılacak görevlendirmelerle verdikleri hizmet karşılığında öğretim üyelerine ödenen ek ders ücretleri, 2547 sayılı Kanun'da özel olarak düzenlendiği için ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyette bulunma yasağı kapsamında değerlendirilemez.

4. Zirai Kazançlar

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda gelire giren kazanç ve iratlar arasında sayılan zirai kazançlar, zirai faaliyetlerden doğan kazançlardır. Zirai faaliyet ise Kanun'un 52. maddesi uyarınca, "*arazide, deniz, göl ve nehirlerde, ekim, dikim, bakım, üretme, yetiştirme ve ıslah yollarıyla veyahut doğrudan doğruya tabiattan istifade etmek suretiyle nebat, orman, hayvan, balık ve bunların mahsullerinin istihsalini, avlanmasını, avcuları ve yetiştiricileri tarafından muhafazasını, taşınmasını, satılmasını veya bu mahsullerden sair bir şekilde faydalanılmasını ifade eder*". Gerek 657 sayılı Kanun'da gerekse 2547 sayılı Kanun'da ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamında yasaklanan faaliyetler arasında zirai kazançlara yer verilmemiştir. Danıştay 12. Dairesi, 21 Mart 1995 tarihinde verdiği bir kararında, zirai faaliyetlerden biri olan arıcılığın 657 sayılı Kanun'un 28. maddesinde yasaklanan faaliyetler arasında bulunmadığını kabul etmiştir¹²⁶. Kanımızca kanunda açıkça zikredilmeyen bir faaliyetin bu yasak kapsamında değerlendirilmesi "*istisnalar dar yorumlanır*" kuralı

¹²⁶ D12D, E. 1995/275 K. 1995/345, T. 21.03.1995, Lexpera.

gereğince mümkün değildir. Dolayısıyla ticari boyuta varmamak kaydıyla¹²⁷, devlet memurlarının¹²⁸ ve öğretim elemanlarının mesai saatleri dışında zirai faaliyette bulunmaları ve bu faaliyetleri neticesinde zirai kazanç elde etmeleri hukuka uygundur¹²⁹.

5. Diğer Görevler

Bilirkişilik, hakemlik, arabuluculuk, uzlaştırmacılık¹³⁰, konkordato komiserliği gibi uzmanlık gerektiren görevlerin öğretim elemanları tarafından yerine getirilebileceği kabul görmektedir¹³¹. Öğretim elemanları teorik bilgilerini pratiğe dönüştürebilecekleri bu tür görevlerle akademik bilgi birikimlerini ve pratik deneyimlerini birleştirerek adaletin sağlanmasına hizmet etmektedirler. Böylece hem pratik bilgilerle akademisyenlerin mesleki gelişimlerine katkı sağlanmakta hem de uzmanlıklarından uygulamada daha etkin bir şekilde yararlanılmaktadır. Dolayısıyla öğretim üyelerinin bu görevleri karşılığında elde ettikleri ücret, ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamında değerlendirilmemelidir.

657 sayılı Kanun'da devlet memurları için öngörülen ikinci görev yasağı, ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı ile yakından ilgilidir. İkinci görev yasağı, en genel ifadeyle, bir memurun yalnızca bir

¹²⁷ Yerebasmaz, "657 Sayılı Devlet Memurları," 1186; Öçal, "Türk Hukukunda Memurların," 342.

¹²⁸ Avcı ve Güncan, "657 Sayılı Kanun Kapsamında," 589.

¹²⁹ Aksi yönde bir Danıştay kararı için bkz. "...Memurların zirai faaliyetlerle uğraşmaları 657 sayılı Devlet memurunun yasaklar düzenleyen 28. maddesi kapsamına girmekle beraber..." D7D, E. 1980/1364 K. 1982/230, T. 05.03.1982, DD, S. 48-49, Y. 13, 238.

¹³⁰ Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 29.12.2015 tarihli ve 19120602-045-02-0745-2015-E.1777/86873 sayılı görüş yazısına göre, "...kanunda hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirilmesinde kamu personeline çalışan ya da emekli ayrımı yapılmadan sadece "hukuk öğrenimi görmüş kişiler" kavramı tercih edilmiş, anılan Yönetmeliğin 15 inci maddesinde ise hukuk öğrenimi görmüş uzlaştırmacıda aranan nitelikler ve görevlendirilme usulü düzenlenmiştir..." Adalet Bakanlığı, <https://mevzuattakip.com.tr/mevzuat/uzlastirmaci-olabilecek-kisiler/export/pdf>, Erişim Tarihi: 02.01.2024.

¹³¹ Akademik personelin uzman görüşü olarak da anılan bilimsel mütalaa vermesi ve bu görüş karşılığında gelir elde etmesi 2547 Kanun'da yasaklanmamıştır. Bununla birlikte kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin ilk fıkrasında yalnız avukatların yapabileceği işler arasında düzenlenmiştir.

kadroda çalışabilmesi ve bir görev ifa edebilmesi anlamına gelmektedir¹³². 657 sayılı Kanun'un 87. maddesinde düzenlenen ikinci görev yasağı gereğince, kamu kurum ve kuruluşlarında bir memura ikinci veya başka bir iş verilmesi yasaktır. Böylelikle devlet memurunun bütün mesaisini ve emeğini sadece görevlendirildiği iş için kullanmasını sağlamak hedeflenmektedir. Ancak uygulamada bilirkişilik, hakemlik, jüri üyeliği gibi bazı görevler belirli bir seviyede tecrübe ve bilgi birikimi gerektirmektedir. Dolayısıyla bu tür görevler ikinci görev yasağı, bu görevler karşılığında elde edilen kazançlar da ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyette bulunma yasağı kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira bu ihtimallerde kamu görevlilerine ikinci görev verilmesi kamu kurumları açısından bir zorunluluktur. Bu nedenle 87. maddenin ikinci fıkrasında hakemlik, tasfiye memurluğu, bilirkişilik, asli görevlerinin devamı niteliğinde olmayan jüri, heyet, kurul ve komisyon çalışmaları, çeşitli araştırma kurumları tarafından idareyle ilgili olarak yapılan araştırma çalışmaları karşılığında ödenecek ücretlerin ikinci görev yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Akademik personel açısından ise 2547 sayılı Kanun'da ikinci görev yasağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağında olduğu gibi akademik personel açısından ikinci görev yasağının 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. 2547 sayılı Kanun'un 5947 sayılı Kanun ile değiştirilen 36. maddesinin ikinci fıkrası, "*Öğretim elemanları, bu Kanun ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler*" şeklindeydi. Bu hüküm, akademik personel açısından kapsamı ve sınırları belirsiz genel bir ikinci görev yasağı getirmekteydi. Ancak söz konusu düzenleme, üniversitelerin bilimsel verileri yayarak ulusal gelişime ve kalkınmaya destek olma, ülkeye ve insanlığa hizmet etme gibi görevlerini engelleyerek üniversitelerin topluma katkı sağlama işlevini olumsuz etkileyeceği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir¹³³. Dolayısıyla günümüzde 2547 sayılı Kanun'da akademik

¹³² Seçkin Yavuzdoğan ve Arda Ergene, "Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Vekâlet Görevi ve İkinci Görev Yasağı," *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 25 (2023): 219; Onar, *İdare Hukukunun*, 1175.

¹³³ AYM, E. 2010/29 K. 2010/90, T. 16.7.2010, RG: 04.12.2010/27775.

personelin bilirkişilik¹³⁴, hakemlik, arbuluculuk, uzlaştırmacılık, konkordato komiserliği gibi uzmanlık gerektiren görevleri yürütmesi ve bu faaliyetleri neticesinde bir kazanç elde etmesi ticaret ve yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak disiplin suçunu oluşturmayacaktır. Bu yaklaşım üniversiteleri ülkeye ve insanlığa hizmet etmekle görevli olduğunu hüküm altına alan Anayasa'nın 130. maddesiyle de uyumludur.

SONUÇ

Kamu görevlilerinin mesailerini görev aldıkları alana hasrederek kamu hizmetlerinin verimli, tarafsız ve bağımsız bir şekilde sunulmasını sağlamak amacıyla çeşitli özel kanunlarda ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı öngörülmüştür. Devlet memurları açısından bu yasağa 657 sayılı Kanun'un 28. maddesinde yer verilmiş, ticaret yapmak veya devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak ise aynı Kanun'un 125. maddesi kapsamında kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Yükseköğretim kurumlarında idari personel olarak görev yapan memurlar ve 657 sayılı Kanun'un 4/B maddesi kapsamında istihdam edilen sözleşmeli personel açısından ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı 657 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde, yükseköğretim kurumlarında çalışan memurların disiplin suç ve cezaları açısından 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Keza 657 sayılı Kanun'un 4/B hükmünde sözleşmeli personelin görevden uzaklaştırılması, disiplin suç ve cezaları hakkında devlet memurlarının tabi olduğu hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Akademik personel yükseköğretim kurumu tarafından verilen eğitim-öğretim hizmetinin sunumuna doğrudan veya dolaylı olarak katılan bilim insanlarıdır. Akademik personel, 2547 sayılı Kanun kapsamında öğretim elemanı statüsüne karşılık gelmektedir. 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin D bendine benzer şekilde, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde “*ilgili kanunların tanıdığı istisnalar dışında ticaret yapmak, yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak*” fiili, kademe

¹³⁴ 2547 sayılı Kanun'un 38. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, “*Yükseköğretim Kurulunun isteği ve ilgili kamu kuruluşunun onayı ile yükseköğretim kurumları veya birimleri, ilgili adli mercilerin talebi ile adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak görevlendirilebilirler*”.

ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Ancak 2547 sayılı Kanun'da öğretim elemanları açısından ticaret ve yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının kapsamını açıklığa kavuşturan genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Kanun'un öğretim elemanlarının çalışma esaslarının düzenlendiği 36. maddesi, ticaret ve yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağına ilişkin çeşitli hükümler ihtiva etmesi açısından önemlidir. Mezkûr maddenin yedinci fıkrasında; tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının kanunda öngörülen istisnalar dışında 657 sayılı Kanun'un 28. maddesine tabi olduğu düzenlenmiştir. Keza 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nun 20. maddesinde, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde 2547 sayılı Kanun ile 657 sayılı Kanun'un hükümleri uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak 2914 sayılı Kanun'da 657 sayılı Kanun'a genel bir atıf yapılmış olsa da gerek Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendirmesi gerekse akademik personelin yerine getirdiği faaliyetin niteliği nedeniyle öğretim elemanları açısından öngörülen ticaret yapma ve yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma disiplin suçunun 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

Bu makalede, öğretim elemanları açısından öngörülen *“ilgili kanunların tanıdığı istisnalar dışında ticaret yapmak, yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak”* disiplin suçunun kapsamı ve sınırları ele alınmıştır. Vurgulanması gereken en önemli nokta, hangi eylemlerin ticaret yapma ve yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamında değerlendirileceğinin kanunda net bir şekilde tanımlanması gerektiğidir. Buna göre zirai kazançlar gibi kanunda açıkça yasaklanmayan kazanç getirici bir faaliyet, ticari boyuta varmamak ve kamu görevlilerinin mesailerini aksatmamak kaydıyla bu yasak kapsamında değerlendirilemez. Bu tespitin yapılmasında faaliyetin devamlılık arz edip etmediği veya bir hizmet sözleşmesi uyarınca faaliyetin yerine getirilip getirilmediği ayırt edici bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öğretim elemanları açısından ticaret ve yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının kapsamı belirlenirken, öğretim elemanlarının yürüttüğü görevlerin niteliği dikkate alınmalıdır. Bu değerlendirme, yükseköğretim kurumunda görev yapmayı bir dezavantaj haline getirmeden ve bilimsel özgürlükle uyumlu olacak şekilde yapılmalıdır. Çünkü öğretim

elemanları belirli bir veya birkaç alanda uzmanlaşmış bilim insanlarıdır. Bu yüzden hakemlik, bilirkişilik gibi pek çok görev, alanında uzmanlaşmış bilim insanları tarafından yerine getirilmelidir. Keza eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık hizmetleri de öğretim elemanlarının görev tanımı içerisinde yer almaktadır. Sonuç olarak akademik personelin teori ve uygulamayı birleştirerek çeşitli faaliyetler icra etmesi hem ilgili öğretim elemanının hem de kamunun menfaatinde. Başka bir deyişle teori ile uygulamayı birleştiren akademisyenler, sadece yükseköğretime değil, aynı zamanda toplumun bilimsel ve ekonomik gelişimine de öncülük etmektedirler. Dolayısıyla doktrinde Gülan'ın da haklı olarak ifade ettiği üzere, akademik personelin bu çalışmaları sonucunda bir gelir elde etmesi -akademik kariyerin maddi kazanç odaklı şekillendirilmemesi kaydıyla- sorun olarak görülmemelidir.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı. "Avukatlık Kanunu Taslağı." <https://mgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/25102019143236AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLAĞI.pdf> Erişim Tarihi: 08.09.2024.
- Adalet Bakanlığı. <https://mevzuattakip.com.tr/mevzuat/uzlastirmaci-olabilecek-kisiler/export/pdf> Erişim Tarihi: 02.01.2024.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. 18. Bası. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2024.
- Avcı, Mustafa ve Gökhan Güncan. "657 sayılı Kanun Kapsamında Kamu Görevlilerinin Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağı." *Legal Hukuk Dergisi* 17, no. 194 (2019): 553-600.
- Avcı, Mustafa. "Yükseköğretim Kurumlarında Akademik Personel Atama Usûlü." *Amme İdaresi Dergisi* 49, no. 1 (2016): 57-117.
- Ay, Yunus Anıl. "Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 Sayılı Kanun'da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme." *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 2 (2022): 277-307.
- Aydemir, Süleyman Ruhi. "Devlet Memurunun Ticaret Yapma ve Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağının Değerlendirilmesi." *Kamu Yönetimi ve Politikaları Dergisi* 3, no. 1 (2022): 61-82.
- Ayiter, Nuşin. *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1972.
- Azak, Kerim. *Akademik Personelin Disiplin Rejimi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

- Belgesay, Mustafa Reşit. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*. İstanbul: M. Sıralar Matbaası, 1955.
- Bozbel, Savaş. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 2015.
- Bozgeyik, Hayri. "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, no. 3 (2009): 170-222.
- Çebi, Hakan. *Şirketler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Çetiner, Selma ve Armağan Ebru Bozkurt Yüksel. *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*. 5. Bası. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Dilaveroğlu, Ergün. "Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüleri Üzerine Bir İnceleme." *Ankara Barosu Dergisi* 82, no. 4 (2024): 1-39.
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Düğer, Sırrı. "İdare Hukuku Açısından Avukatlık." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, no. 1 (2019): 55-77.
- Erdoğan, Mustafa. *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*. 3. Bası. Ankara: Orion Kitabevi, 2012.
- Erkal, Atıla. "Tam Gün Çalışma Esasına Geçiş Serüveni ve Hekimler ile Öğretim Üyesi Hekimler için Mevcut Durum." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 2 (2013): 323-361.
- Evrensel, Halil Alperen. *Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri*. 2. Bası. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Gelir İdaresi Başkanlığı. "Ticari Kazanç Elde Eden Mükellefler İçin Vergi Rehberi." https://www.turmob.org.tr/Arsiv/FCKEditor/userfiles/file/GIB-2023-REHBERLER/2023_ticarikazancrehber.pdf Erişim Tarihi: 07.10.2023.
- Giritli, İsmet, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk. *İdare Hukuku*. 7. Bası. İstanbul: Der Kitabevi, 2015.
- Göktaş, Seracettin. "Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no. 1 (2021): 581-621.
- Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan. *İdare Hukuku Dersleri*. 25. Bası. Bursa: Ekin, 2023.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*. C. 2. Bursa: Ekin, 2019.
- Gülan, Aydın. "Akademik Personelin Üniversite Dışında Mesleki Gelir Getirici Çalışmalarda Bulunmasının Meşruluğu Sorunu." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 69, no. 1-2 (2011): 37-42.
- Gülan, Aydın. "Kamu Hizmeti Kavramı." *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 9, no. 1-3 (1988): 147-159.

- Gülan, Aydın. “Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1987.
- Güneş, İlhami. *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. 4. Bası. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Güran, Sait. “Anayasa’nın 128 ve 129’uncu Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ile Bakanların Durumu.” *Amme İdaresi Dergisi* 21, no. 3 (1988), 28-35.
- Hanoğlu, Mahmut. “Üniversite Döner Sermaye İşletmelerinde Gelirlerin Oransal Dağılımı ve Hesaplanması.” *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 11, no. 2 (2018): 171-180.
- Hirsch, Ernest E. *Hukukî bakımdan Fikri Sâ-y 2. Cilt Fikrî Haklar (Telif Hukuku)*. İstanbul: İktisadî Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat, 1948.
- Karahan, Sami. “Ticari İşletme ve Tacir Kavramları ile İlgili 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no. 2 (2012): 3-10.
- Karahanogulları, Onur. *İdare Hukuku*. 2. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2023.
- Karlı, Mehmet Rauf. *İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*. İstanbul: On İki Levha, 2016.
- Kaya, Pir Ali ve Işın Ulaş Ertuğrul Yılmaz. “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı.” *Sosyal Siyaset Konferansları*, no. 70 (2016): 55-80.
- Konya Barosu. “Adalet Bakanlığı Tarafından Yayımlanan Yeni Avukatlık Kanun Taslağına İlişkin Değerlendirmeler.” <https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/avukatlikkanunubarogorusleri/konya.pdf> Erişim Tarihi: 27.12.2023.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. C. 2. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Öçal, Akar. “Türk Hukukunda Memurların Ticaret Yapma Yasağı (Devlet Memurları Kanununun 28. Maddesi Üzerinde Bir İnceleme).” *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi* 12, no. 2 (1976): 330-362.
- Özbek, Mustafa S. “Avukatlıkla Bağdaşabilen Akademik Unvanlar.” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (2012): 17-42.
- Sağlık Bakanlığı. “Genelge 2014/15.” https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/4242/0/2014-15-tam-gun-yasasi-uygulamasipdf.pdf?_tag1=49E4C90DA8CC03951147EA55655E5A74949E7997 Erişim Tarihi: 01.11.2023.
- Sağlık Bakanlığı. “Genelge 2014/8.” <https://shgm.saglik.gov.tr/TR-9982/genelgeler.html?Sayfa=4> Erişim Tarihi: 01.11.2023.

- Sağlık Bakanlığı. “Genelge 2023/8.” https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/46481/ogretim-uyesi-tabiplerin-muayenehane-acma-basvurulari-hakkinda-genelgepdf.pdf?_tag1=DB9AE0FA99BA77703A584F959EC401233C8FCE21 Erişim Tarihi: 01.11.2023.
- Sağlık Bakanlığı. “Sağlıkta Dönüşüm Programı.” <https://www.saglik.gov.tr/TR,11415/saglikta-donusum-programi.html> Erişim Tarihi: 13.10.2023.
- Sancakdar, Oğuz, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. 8. Bası. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Sever, D. Çiğdem. “Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü.” *Legal Hukuk Dergisi* 14, no. 158 (2016): 1175-1216.
- Suluk, Cahit, Rauf Karasu ve Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 7. Bası. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Şen, Murat. “İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan* 20, no.1 (2014): 143-162.
- Talas, Cahit. “Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum.” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 46, no. 1 (2015): 407-421.
- Taş, Metin ve Sezgin Özcan. “Öğretim Elemanlarının Telif Ücretlerinin Durumu.” (Akşam Gazetesi, 8 Şubat 2011) http://www.muhasibetr.com/ulusalbasin/haber_oku.php?haber_id=7042 Erişim Tarihi: 18.12.2023.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 5. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Tekinsoy, M. Ayhan ve Mustafa Bayram Mısırlı. “Öğretim Üyeliğine Atanma Sürecinin Başlangıcı, Ek Koşullar ve Jüri Raporları.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 1 (2012): 351-382.
- Türkiye Barolar Birliği. “Avukatlık Kanunu Taslağı.” <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/avukatlik-kanunu-taslagi-24896> Erişim Tarihi: 27.12.2023.
- Türkiye Barolar Birliği. “Tıp Doktoru Unvanı Olarak Kullanılan (Dr.) Unvanının Avukat ve Stajyer Avukat Unvanları ile Birlikte Kullanılmaması Hakkında.” Duyuru no. 2021/21, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/duyuru-202121-81726> Erişim Tarihi: 14.10.2024.
- Ulusoy, Ali D. “Akademisyenin Başka İş Yapması Meşru mudur?” T24, 9 Şubat, 2022. <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/akademisyenin-baska-is-yapmasi-mesru-mudur,34144> Erişim Tarihi: 14.10.2024.
- Ulusoy, Ali. *Yeni Türk İdare Hukuku*. 4. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Üstündağ, Mustafa Emre. “Ticari İşletme Kavramı ve Korunması.” Doktora Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, 2019.

Varcan, Nezi. “Üniversitelerde Telif Ödemelerinin Dayanağı ve Döner Sermayeye Kaydedilmesinin İstenmesi Sonucu Ortaya Çıkan Durum.” *Anadolu Economics* 3, no. 1 (2021): 42-54.

Yancı Özalp, Nihan. “Yasa, Kanun Hükmünde Kararname ve Mahkeme Kararları Işığında Tam Gün Sorunsalı.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 2 (2015): 259-290.

Yavuzdoğan, Seçkin ve Arda Ergene. “Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Vekâlet Görevi ve İkinci Görev Yasağı.” *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 25 (2023): 205-223.

Yerebasmaz, Yasin. “657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 28. Maddesine Göre Memurların Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağının Kapsamı ve Değerlendirilmesi.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 69, no. 1-2 (2011): 1177-1198.

Yıldırım, Ramazan ve Serkan Çınarlı. *Türk İdâre Hukuku Dersleri*. C. 1. 7. Bası. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Yükseköğretim Bilgi Yönetim Sistemi. <https://istatistik.yok.gov.tr> Erişim Tarihi: 21.12.2023.

Kararlara Erişim:

<https://kararlar.sayistay.gov.tr/>

<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>

[https://personel.db.ege.edu.tr/tr-14970/devlet_personel_baskanligi_\(mulga\)_gorusleri.html](https://personel.db.ege.edu.tr/tr-14970/devlet_personel_baskanligi_(mulga)_gorusleri.html)

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

<https://www.lexpera.com.tr/>

KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN SERMAYE ŞİRKETİ KURABİLME VE SERMAYE ŞİRKETİNE ORTAK OLABİLME YETKİSİNİN DAYANAĞI VE SINIRLARI

*The Basis and Limits of the Authority of Public Legal Entities to
Establish a Capital Company and to Become a Shareholder
in a Capital Company*

Halil ALTINDAĞ*
Emin ÇAMURCU**

ÖZ

Kamu tüzel kişileri, kendilerine verilen görevleri kamusal usullerle yerine getirebileceği gibi özel hukuk kişilerini yetkilendirme yahut özel hukuk tüzel kişisi kurarak bu tüzel kişiler yoluyla kamu hizmetlerini yürütme yoluna gitmektedir. Özel hukuk tüzel kişiliği kurma usulü olarak adlandırılacak bu usulün en yaygın görünümü ise sermaye şirketi kurmak veya bir sermaye şirketine ortak olmaktır. Kanunlarda kamu hizmetlerini yürütmek amacıyla sermaye şirketi kurma konusunda açık düzenlemeler olmakla birlikte, kamu tüzel kişileri kendilerine verilen bu yetki kapsamında şirket kurmakla yetinmemekte, pek çok konuda sermaye şirketi kurma veya bir sermaye şirketine ortak olma yoluna gitmektedir. Bu çalışmada kanun ile verilen bu yetkinin aşılması meselesi, idarenin kanuniliği ilkesi ve tahsis ilkesi bağlamında ayrı ayrı değerlendirilecek olup, bu iki ilkeden hangisine üstünlük

Makalenin Geliş Tarihi: 16.02.2024 , **Makalenin Kabul Tarihi:** 02.12.2024.

* Doç. Dr. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: halil.altindag@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7083-9838.

** Dr. Arş. Gör. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: emin.camurcu@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5735-7823.

tanınması gerektiği detaylı olarak tartışılacaktır. İkinci olarak, kamu tüzel kişilerinin kendilerine açıkça kanunla yetki verilmemesine rağmen şirket kurulmasının hukuki sonuçları ele alınacaktır. Bu kapsamda sermaye şirketinin ticaret siciline tescilinden önceki ve sonraki hukuki durumu ayrı ayrı inceleme konusu edilecektir.

Anahtar Kelimeler: kamu tüzel kişiliği, kamu hizmeti, sermaye şirketi, fesih davası, şirket kuruluşu.

ABSTRACT

Public legal entities may fulfill the duties assigned to them through public procedures, or they may authorize private law persons or establish private law legal entities and carry out public services through these legal entities. The most common manifestation of this procedure, is the establishment of a capital company or becoming a partner in a capital company. Although there are clear regulations in the laws on the establishment of a capital company for the purpose of carrying out public services, public legal entities are not contented with establishing a company within the scope of this authority and they choose to establish a capital company in many areas. In this study, the issue of exceeding this authority will be evaluated separately in the context of the principle of legality of administration and the principle of allocation, and which of these two principles should be given precedence will be discussed in detail. Secondly, the legal consequences of the establishment of companies by public legal entities despite the fact that they are not explicitly authorized by law will be discussed. In this context, the legal status of the capital company before and after its registration in the trade registry will be analyzed separately.

Keywords: public legal entity, public service, capital company, action for annulment, establishment of a legal corporation.

GİRİŞ

Bilindiği üzere, kamu hizmetleri geleneksel yaklaşıma göre kamu tüzel kişileri tarafından bizzat yürütülebileceği gibi imtiyaz, ruhsat yahut yap-işlet-devret gibi usullerle özel hukuk kişilerinin yetkilendirilmesi yoluyla da yürütülebilmektedir. Ancak bu iki geleneksel görülüş usulünün yanı sıra kamu tüzel kişileri, bu iki usulü bir potada eritme yoluna giderek özel hukuk tüzel

kişisi kurma ve kamu hizmetini bu özel hukuk tüzel kişisi yoluyla yürütme yolunu da tercih etmektedir. Böylece özel hukuk tüzel kişisinin yönetimini elinde tutarak emanet usulüne, özel hukuka özgü hukuki ve mali vasıtaları kullanarak da yetkilendirme yöntemine benzeyen karma bir görölüş usulü takip edilmektedir. Kamu tüzel kişilerinin kamu hizmeti görmek için kurduğu özel hukuk tüzel kişiliği tiplerinden en yaygın olanı ise sermaye şirketi kurmaktır. Kuruluş kanunlarında kamu tüzel kişilerine görmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yerine getirmek amacıyla sermaye şirketi kurabilecekleri yönünde hükümlere rastlanılmaktadır. Ancak uygulamada kanunlarda verilen yetki sınırlarını aşan nitelikte sermaye şirketlerinin kurulduğu görölmektedir.

Bu çalışmada, kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurma ve bir sermaye şirketine ortak olma konusunda yetkilerinin sınırının nerede çizilmesi gerektiği ve bu sınır ihlallerinin yaptırımlarının neler olduğu temel problematik olarak ele alınmaktadır. Bu kapsamda öncelikle kamu tüzel kişiliği kavramı, hak ve fiil ehliyeti ekseninde değerlendirmeye tabi tutulacak ve kamu tüzel kişilerinin bu konudaki yetkisinin idarenin kanuniliği ilkesi ile mi yoksa özel hukuk tüzel kişilerinde olduğu gibi tahsis ilkesi ile mi sınırlı olduğu tartışılacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, ilk bölümde tespit edilen yetki sınırının aşılması halinde, hangi hukuki çarelerin mevcut olduğu ve bunların usulü detaylı olarak ele alınacaktır. Bu kapsamda çalışmanın ikinci kısmında, sermaye şirketinin ticaret siciline tescilinden önceki ve sonraki hukuki çareler, fesih davası, dava açma süresi ve davanın tarafları konusunda değerlendirmelere yer verilecektir.

I. BİR ÖN SORUN OLARAK KAMU TÜZEL KİŞİLİĞİ KAVRAMININ ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİLİĞİ KARŞISINDAKİ KONUMU

Genel itibariyle tüzel kişilik kavramı, belli bir amacı gerçekleştirmek için ve kendi başına bağımsız bir hukuki varlığa sahip olmak üzere örgütlenmiş ve hukuk düzeni tarafından kendilerine hak ve fiil ehliyeti tanınan kişi ve mal toplulukları olarak tanımlanmaktadır¹.

Bir topluluğa veya bir yapıya hukuki bir kişilik atfederek hak ve borç altına girmesini sağlama düşüncesi antik dönemden bu yana farklı adlarla

¹ Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Cilt I, 17. Bs* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), 511.

karşımıza çıkmaktadır². Örneğin Roma'da *populus romanus* kavramı günümüzdeki devlet tüzel kişiliğine yakın bir anlamda kullanılmış ve devletin kendisini oluşturan kişilerden ayrı bir hukuki kişiliğe ve malvarlığına sahip olduğu kabul edilmiştir³. Keza Roma'da ve Orta Çağ Avrupası'nda meslek ve zanaat birlikleri, ibadet amacıyla kurulmuş topluluklar gibi kişi birliklerine hukuki kişilik tanındığı görülmüştür⁴.

Tüzel kişiliğe benzer hukuki yapılar tarih boyunca farklı şekillerde karşımıza çıkmakla birlikte⁵, günümüzdeki anlamıyla tüzel kişilik kavramının kabul edilmesi, kuramsallaşması ve kanunlaşması 19. yy. ve sonrasında gerçekleşmiştir⁶. Bunda şüphesiz sanayi devrimi ve kentleşme sonrası 19. yy.da toplumsal ve ticari ilişkilerde yaşanan dönüşüm ve buna paralel olarak sayısız hızla artan tüzel kişilerin hukuki bir zemine kavuşturulması zarureti etkili olmuştur. Bu gelişmenin bir sonucu olarak, önceleri fiili bir durum olan yahut hukuken dağınık bir görünüm arz eden tüzel kişiler, önce kanunlarda daha sonra ise hukuk teorisinde kendisine yer bulmuştur. Tüzel kişilik kavramına ilişkin bu tarihsel arka plana yer vermemizin sebebi, kavramın günümüzde her ne kadar yerleşik bir görünümde olmasına rağmen hukuki anlamda kuramsallaştırmasının hayli yeni olmasını vurgulamaktadır. Keza tüzel kişilik kavramı gibi günümüzde hayli yerleşik bir tasnif olan tüzel kişilik kavramının kendi içinde kamu ve özel hukuk tüzel kişileri olarak ikiye ayrılması da yine kuramsal olarak yakın tarihli bir ayrımdır⁷.

² Teoman Akünel, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988), 4-5.

³ Özlem Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 3. Bs. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 215; Akünel, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, 4.

⁴ Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, 215.

⁵ Detaylı bilgi için bkz. Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 5. Bs. (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982), 6 vd.; Begüm İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 25 vd.; Ebru Kayabaş, "Tüzel Kişilik Kavramının Tarihsel Gelişimi – I," *İÜHFİM - Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı LXXV*, (2017), 515-529; Yusuf Balta, "Modern ve İslam Hukuku Açısından Tarihi Süreçte Tüzel Kişilik," *Amasya İlahiyat Dergisi* 17, (2021), 465-500.

⁶ Ahmet Karakocalı, *Ana Hatları ile Roma Hukukundan Günümüze Tüzel Kişilik Kavramı* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 26; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 3; İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 33; Akıpek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 503. Kayabaş, "Tüzel Kişilik Kavramının Tarihsel Gelişimi – I," 516.

⁷ Türk hukukunda tüzel kişilik kavramı ilk kez 1913 yılında kabul edilen Eşhas-ı Hükmiyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarrufuna Mahsus Kanun-u Muvakkat ile

Kamu tüzel kişilerinin ilk görünümü yukarıda da ifade edildiği üzere devlet tüzel kişiliğidir. Diğer kamu tüzel kişileri, devletin yürüttüğü görevlerin nicelik olarak çoğalması sonrası yerinden yönetim ilkesinin kabul edilmesiyle ortaya çıkmış olup⁸ belli bir coğrafi bölgeyi esas alan yer bakımından yerinden yönetim kuruluşları (mahalli idareler) ile belli bir kamu hizmetini esas alan hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Özel hukukta tüzel kişiler ise, tabi oldukları hukuki rejime göre, götüktikleri amaca göre yahut yapılarına göre farklı sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Doktrinde yaygın olarak başvurulan sınıflandırma yapı bakımından yapılan sınıflandırma olup, tüzel kişiler bu açıdan iki ana kategoriye ayrılmaktadır: Kişi toplulukları ve mal toplulukları. İlkinde bir amaç etrafında bir araya gelen kişi toplulukları söz konusu iken, ikincisinde bir amaca özgülümlenmiş bir mal topluluğu söz konusudur. Bu kapsamda vakıflar mal topluluğu olarak ele alınırken, diğer tüzel kişiler kişi topluluğu olarak değerlendirilmektedir⁹. Doktrinde kamu tüzel kişilerinden mahalli idarelerin kişi topluluğu, kamu kurumlarının ise mal topluluğu olduğu yönünde görüşler yer almakla birlikte¹⁰, bu ayrımın özel hukuk tüzel kişilerinin yapıları esas alınarak yapıldığı ve kamu tüzel kişilerine uygulanamayacağı, kamu tüzel kişilerinin bu ayrımın dışında tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

Tüzel kişilik tiplerine bakıldığında, özel hukukta sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu görülmektedir. Başka bir deyişle, kanunla öngörülen tüzel kişilik tipleri dışında gerçek ve tüzel kişiler tarafından tüzel kişilik kurulması mümkün değildir. Özel hukukta kurulabilecek tüzel kişilik tipleri, dernek,

mevzuata girmiştir. Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, 7. Bs. (İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2021), 396; İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 36. 13 Mart 1913 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilayat Kanun-i Muvakkat'ın 75. maddesi ile vilayetlere tüzel kişilik tanınmıştır. Akünal, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, 7-8; Ebru Kayabaş, *Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Döneminde Cemiyetler Hukukunun Gelişimi*, (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), 60.

⁸ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 13. Bs., (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 137.

⁹ Akıpek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 548; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*, 21. Bs. (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 234.

¹⁰ Ramazan Çağlayan, "Hukumumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7 (2016), 377.

vakıf, ticaret şirketi, sendika ve siyasi partilerdir¹¹. Ancak bu ilke anayasal düzeyde bir ilke olmadığından kanun koyucunun bir kanunla yeni bir tüzel kişilik tipi yaratmasının önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.

Kamu tüzel kişileri ise çok farklı görünümlere sahip olmakla birlikte, iki ana kategori altında toplanmaktadır: kamu idareleri ve kamu kurumları. Kamu idareleri, devlet, il özel idaresi ve köy tüzel kişiliği olup bu dört kategori dışında kalan tüm kamu tüzel kişileri kamu kurumları olarak nitelendirilmektedir¹². Dolayısıyla sınırlı sayı ilkesi kamu idareleri açısından geçerli olup kamu kurumları açısından geçerli değildir. Kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK)¹³ ile yapı, yetki, görev konusunda birbirinden hayli farklı kamu kurumları kurulması mümkündür.

Bir görüşe göre kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasında yapıları itibariyle hiçbir fark yoktur. Aralarındaki fark kuruluşları, işleyişleri, faaliyet konuları, denetlenmeleri ve sona ermeleri bakımından söz konusu olur¹⁴. Ancak kamu tüzel kişilerindeki “kamu” sıfatı kaldırıldığında geriye kalan tüzel kişilik özel hukuk tüzel kişilik tiplerinden herhangi birine oturtulamamaktadır. Başka bir deyişle, kamu tüzel kişiliği, özel hukuk tüzel kişilikleri ile yapısal olarak benzememektedir. Örneğin 2560 sayılı Kanun’un¹⁵ 1. maddesine göre bir kamu tüzel kişisi olan İSKİ’nin tüzel kişiliğinin “kamu” sıfatı 2560 sayılı Kanundan kaldırılrsa ve özel hukuk tüzel kişisi olduğu açıkça kanunla düzenlense dahi İSKİ, yukarıda tek tek sayılan özel hukuk tüzel kişiliği tiplerinden hiçbirleriyle yapı olarak örtüşmemektedir. Böyle bir düzenleme esasen kanunla yeni bir özel hukuk tüzel kişiliği yaratmak anlamına gelecektir.

Bu nedenle özel hukuk tüzel kişilikleri, tüzel kişilik kavramının özel hukuktaki yansıması olduğu gibi, kamu tüzel kişileri de idare hukukundaki yansımasıdır. Dolayısıyla tüzel kişiliğe özgü ortak ilke ve kurallar her ikisine

¹¹ Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, 233.

¹² Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 2* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 974; Kemal Gözler, *İdare Hukuku, Cilt 1, 3. Bs.* (Bursa: Ekin Kitabevi, 2019), 191.

¹³ Anayasa madde 123/3: “Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.”

¹⁴ Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk, 3. Bs.* (Ankara: Savaş Yayınları, 1992), 539; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 521.

¹⁵ İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun.

de uygulanmakla birlikte, özel hukuk tüzel kişilerine özgü ilke ve kuralları genel hüküm gibi değerlendirmemek ve kamu tüzel kişilerine de doğrudan hasretmemek gerekir. Başka bir deyişle, Türk Medeni Kanunu'nun 47-55. maddelerinde tüzel kişilere ilişkin "Genel Hükümlerin" kural olarak özel hukuk tüzel kişileri için geçerli olduğu, tüzel kişilik kavramına ilişkin kamu tüzel kişilerini de doğrudan kapsayan ortak bir düzenleme olmadığı kabul edilmelidir. Nitekim TMK'nın 55. maddesinde "*kamu tüzel kişileri ile ticaret şirketleri hakkındaki kanun hükümleri saklıdır*" hükmü bu durumu teyit etmektedir.

Kamu tüzel kişileri, tüzel kişilik kavramının kamu hukukundaki yansıması olup devletin gerek yürüttüğü hizmetlerin nicel olarak artması ve bu hizmetlerin uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyması gerekse bürokrasinin azaltılması ve özellikle yerel yönetimler ölçeğinde demokratik yönetimin sağlanması amacıyla ortaya çıkmıştır. Belli idari birimlere tüzel kişilik tanınarak bu idari birimlerin hak ve fiil ehliyeti kazanması ve bu sayede kendi iradeleri, kendi malvarlıkları kendi personelleri olması sağlanmıştır¹⁶.

Ancak uygulamada kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri her zaman kolaylıkla ayırt edilememektedir. Bunun nedeni, özel hukuk tüzel kişilik tiplerine başvurularak fakat kamusal usullerle kurulan bazı kuruluşların kamu tüzel kişilerine atfedilen imtiyazlarla donatılması sonrası bunların kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmesidir. Özellikle ekonomik kamu hukuku alanında anonim şirket görünümünde kurulan ve kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilen bu örnekler rastlanmaktadır. Devlet anonim şirket yapısında bir tüzel kişilik kurmakta, ancak bu tüzel kişiliğe kamu tüzel kişilerine özgü kamusal yetki ve ayrıcalıklar da tanıyarak özel hukuktaki anonim şirketlerden ayrı bir yapı meydana getirmektedir. Dolayısıyla anonim şirket olması sebebiyle özel hukuk tüzel kişisi gibi görünen kuruluşlar, hem kamu tüzel kişilerinin kuruluş şartlarını taşıması hem de mevzuattaki yetkileri ve imtiyazları incelendiğinde doktrinde ve uygulamada kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmektedir¹⁷.

Doktrinde özel hukuk tipleri esas alınarak kurulan fakat klasik özel hukuk tüzel kişilerinin görev, yetki ve imtiyazlarından ayrılan tüzel kişiliklere

¹⁶ İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 190.

¹⁷ Ramazan Cengiz Derdiman, "Kamu Tüzel Kişiliğinin Ölçütleri Hakkında Değerlendirmeler," *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi* 4, 3 (2021), 552; İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 194.

yahut kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmekle birlikte klasik kamu tüzel kişilerinden belli noktalarda ayrılan tüzel kişilere ya da mevcut özel hukuk tüzel kişilik tiplerine karşılık gelmediği halde kanunla özel hukuk tüzel kişisi olarak belirtilen tüzel kişilere “atipik kamu tüzel kişisi” veya “sui generis tüzel kişi” şeklinde nitelendirmeler yapılmıştır¹⁸. Ancak “atipik” veya “sui generis” ifadeleri ile kanaatimizce hukuk metodolojisi açısından bir sonuca varabilmek ya da kanaat uyandırabilmek mümkün değildir ve bu şekilde yapılan nitelendirmelerin hukuken bir karşılığının bulunduğunu söylemek oldukça güçtür. Özellikle *sui generis* ifadesi özel – kamu ayrımının dışında üçüncü bir kategori yaratıyor gibi görünmekte, ancak böyle bir kategori de yaratamamaktadır. Zira gerek özel hukuk tüzel kişisi gerekse kamu tüzel kişisi kavramları belli bir statüye ve hukuki rejime gönderme yapmaktayken *sui generis* ifadesi üçüncü bir statü yaratmayıp, bu şekilde nitelendirdiği tüzel kişilikleri -tabiri caizse- bir toz bulutu ortasında bırakmaktadır. *Sui generis* olarak nitelendirilen kamu tüzel kişileri, özel hukuk tüzel kişisi değilse ve kamu tüzel kişisi değilse nedir? *Sui generis* tüzel kişiler şeklinde içi dolu, belli ilkeleri olan, kavramsal alt yapısı oluşmuş bir hukuki statü bulunmadığına göre, bu ifade özel ve kamu tüzel kişilerinden birine oturtulmakta güçlük çekilen tüzel kişilerin içine atıldığı bir torba başlıktır. *Sui generis* ifadesi hem hukuki belirlilik hem de hukuk metodolojisi açısından doğru bir kavram olmayıp kanaatimizce *sui generis* olarak nitelendirilen tüzel kişileri önce mevcut özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilik tiplerine yerleştirmek, eğer bu yapılamıyor ise bu durumda kanun koyucunun yeni bir özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilik tipi yarattığı söylenmelidir.

Doktrinde tüzel kişiliği tartışmalı kurumlar konusunda Ulusoy, özel hukuk tüzel kişiliği tiplerini kullanarak Devlet tarafından kurulan bazı tüzel kişilerinin “çift kişilikli” olduğunu; bu kişilerin örneğin ticaret hukukundan kaynaklanan işlemleri yaparken özel hukuk tüzel kişisi şapkasını takarken, kamusal bir ihale işlemi yaparken ise kamu tüzel kişisi şapkasını taktığını ifade etmektedir. Yazar, kamu veya özel sıfatına özel bir önem atfetmenin gereksiz olduğunu, önemli olanın tüzel kişilik niteliğini olduğunu savunmaktadır¹⁹.

Ancak bir tüzel kişinin aynı anda hem kamu tüzel kişisi hem de özel hukuk tüzel kişisi olduğunun kabulü, hukuki belirlilik ilkesi açısından sorun

¹⁸ İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 468-481.

¹⁹ Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4. Bs. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 140.

teşkil etmektedir. Kanaatimizce burada keskin bir yaklaşımla, Devlet tarafından da kurulsaydı, kamu tüzel kişilerine özgü yetki ve ayrıcalıklar da tanınsaydı, özel hukuk tüzel kişilik tiplerine başvurulduğu hallerde, bu tüzel kişinin özel hukuk tüzel kişisi olduğunun kabulü daha doğru olacaktır. Zira özel hukuk tüzel kişilik tipleri ile kamu tüzel kişilik tipleri birbirinden ayrı hukuki rejimleri olan yapılardır. Bu nedenle tüzel kişinin özel veya kamu hukuku tüzel kişisi olmasının önem arz etmediği düşüncesine katılmak güçtür. Derneklerin, vakıfların, şirketlerin ve kamu tüzel kişilerinin her birinin kendine özgü bir hukuki rejimi olup bir tüzel kişinin nitelendirilmesi, onun kural olarak tabii olduğu hukuki rejimi de tespit etmektedir. Bu nedenle bir tüzel kişi anonim şirket tipinde kurulmuşsa, kanunda öngörülen istisnalar dışında, kural olarak anonim şirketlere özgü hukuki rejime tabidir ve bir özel hukuk tüzel kişisidir. Bir tüzel kişi aynı anda hem anonim şirket hem de kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmemelidir²⁰. Derneklerin, vakıfların veya şirketlerin kuruluş usulü ve yetkileri ne olursa olsun, özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilmesi gerekir.

Bir özel hukuk tüzel kişisinin idari işlemler yapabilmesi ile bir özel hukuk tüzel kişinin aynı zamanda kamu tüzel kişiliğine sahip olması arasında bir zorunluluk ilişkisi de bulunmamaktadır. Günümüzde özel hukuk tüzel kişilerinin idari işlem yapabilme yetkisinin bulunduğu genel olarak kabul edilmekte olup²¹ Devlet tarafından kurulan ve kendisine birtakım kamu gücü ayrıcalıkları tanınan özel hukuk tüzel kişilerinin kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmek yerine bu bağlamda ele alınması daha doğru olacaktır.

II. KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN SERMAYE ŞİRKETİ KURMA YETKİSİNİN HUKUKİ TEMELİ

Kamu tüzel kişilerine şirket kurma yetkisi kanunla tanınmış olabilir. Kanunla böyle bir yetki verilen hallerde kurulan sermaye şirketleri doğrudan kanuna dayanarak kurulmaktadır. Ancak kanunla açıkça yetki verilmeyen hallerde, kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurup kuramayacağı tartışmalıdır ki, esasen bu çalışmanın konusunun önemli bir kısmını da bu ikinci başlık oluşturmaktadır.

²⁰ Aksi yönde görüş için bkz. İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 194, 202.

²¹ Detaylı bilgi için bkz. Mehmet İnanç, *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018); Meral Yıldırım, *İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılan Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Yapabilirliği Sorunu* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019).

Kamu tüzel kişilerinin kanunla açıkça şirket kurma yetkisi verilmeyen hallerde veya konularda sermaye şirketi kurup kuramayacağı konusu, idarenin kanuniliği ilkesi bağlamında değerlendirilebileceği gibi, idare hukuku ve kamu tüzel kişiliği kavramının ötesine geçerek tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetinin sınırları bağlamında da değerlendirilebilir. Burada öncelikle bu iki değerlendirmeye göre ne gibi sonuçlara varılabileceği ortaya konmalı, sonrasında ise bu iki farklı değerlendirmeden hangisinin tercih edilmesi gerektiği tartışılmalıdır.

Dolayısıyla kamu tüzel kişilerinin tüzel kişi olmaktan kaynaklanan hak ve fiil ehliyetinin sınırının, kanunilik ilkesi ile mi belirleneceği yoksa tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti düzleminde mi bir değerlendirileceği bu tartışmanın ilk problemiğidir.

A. Tüzel Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyetinin Sınırları Bağlamında Kamu Tüzel Kişilerinin Sermaye Şirketi Kurma Yetkisi

Hak ehliyeti, haklara ve borçlara sahip olabilme kabiliyetidir²². Tüzel kişiler de hukuk süjesi olmaları sebebiyle gerçek kişiler gibi hak ehliyetine sahip olmakla birlikte, hak ehliyetinin kapsamı tabii olarak gerçek kişilerden ayrılmaktadır. Nitekim TMK'nın 48. maddesine göre, "Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler".

Esasen bu hüküm tüzel kişilerin hak ehliyetini sınırlayan bir hüküm olmaktan ziyade, insan olmaktan kaynaklanan haklar dışında kalan tüm medeni haklar bakımından gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında bir fark olmadığını ortaya koyan bir hükümdür. Ayrıca, yalnızca insana mahsus haklar olduğu gibi yalnızca tüzel kişilere mahsus haklar da bulunmaktadır²³. Dolayısıyla doğal zorunluluktan kaynaklanan haklar hariç olmak üzere, gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin eşit hak ehliyetine sahip olduğu söylenebilecektir²⁴.

²² Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 542.

²³ Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 549; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 544; Ömer Ergün, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Hukuki Durumu* (İstanbul: OnikiLevha Yayınları, 2010), 124.

²⁴ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 19. Bs, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 300; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku*

Durum böyle olmakla birlikte, tüzel kişilerin hak ehliyetinin mevzuatta açıkça düzenlenmeyen bir sınırının daha bulunduğu kabul edilmektedir. Buna göre, tüzel kişilik belli bir amaçla kurulur ve tüzel kişilerin tüm hakları bu amacın gerçekleşmesini sağlamak üzere tanınır²⁵. Tahsis ilkesi²⁶, özellik ilkesi²⁷ veya ultra vires ilkesi²⁸ olarak ifade edilen bu prensibe göre, tüzel kişiler yalnızca varlık amaçlarına hizmet eden haklara ve borçlara sahip olabilir²⁹.

Ancak doktrinde tahsis ilkesinin hak ehliyetine değil, fiil ehliyetine bir sınır çektiği, tüzel kişilerin sahip olabileceği tüm hakları ancak varlık amacına uygun kullanabileceği, bu yönüyle de fiil ehliyetine ilişkin olduğu savunulmakla birlikte³⁰; tahsis ilkesinin hem hak ehliyetine hem de fiil ehliyetine ilişkin bir sınırlama olduğu³¹ veya her iki ehliyete de sınır getirmediği³² şeklinde görüşlere de rastlanmaktadır.

Fiil ehliyeti kavramı, kişinin kendi fiilleriyle hak kazanabilme ve borç altına girebilme kabiliyeti olarak tanımlanmakta olup³³ hukuki işlem ehliyeti, dava ehliyeti ve haksız fiillerden sorumluluk ehliyetini kapsamaktadır.³⁴ Fiil ehliyeti açısından bu çalışma kapsamında önem arz eden husus hukuki işlem ehliyetidir. Tüzel kişiler esas bir amaç etrafında teşkilatlanan yapılar

Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 546; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku*, 247; Akünal, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, 26-27.

²⁵ Akıpek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 548.

²⁶ Akıpek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 548.

²⁷ Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 62.

²⁸ Gizem Alper, *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)*, (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013), 1.

²⁹ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku, Cilt 1*, (İstanbul: Nurgök Matbaası, 1960), 191; Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 550; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 301; Akıpek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 548; İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 48.

³⁰ Akıpek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 549; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku*, 253-254; Ergün, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Hukuki Durumu*, 177.

³¹ Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 550.

³² Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku*, 262; Alper, 72. Alper, tüzel kişilerin kuruluş amacı dışında yaptıkları işlemlerin ehliyet bağlamında değil, yetkisiz temsil bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.

³³ Akünal, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, 33.

³⁴ Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 70.

olduğundan, tüzel kişinin üzerine kurulduğu amacın tüzel kişinin tüm faaliyetlerinin de belirleyicisi olduğu kabul edilmektedir³⁵.

Bu ilkeye göre, tüzel kişiler yalnızca amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan haklara ve borçlara sahip olabilirler³⁶. Başka bir deyişle, bir tüzel kişi kuruluş belgesinde belirtilmeyen konularda yaptığı işlemlerde ve gerçekleştirdiği faaliyetlerde ehliyetsizdir ve bu işlemler ve faaliyetler tüzel kişiyi bağlamamaktadır³⁷.

Tahsis ilkesinin yalnızca özel hukuk tüzel kişilerine ilişkin bir ilke olmayıp tüzel kişilik kavramına ilişkin genel bir prensip olduğu ve kamu tüzel kişilerine de uygulanması gerektiği ifade edilmekle birlikte³⁸, kamu tüzel kişiliğine ilişkin Türk idare hukuku literatüründe ve uygulamasında tahsis ilkesine başvurulmamakta, bu kavrama muadil bir kavram da Türk idare hukukunda bulunmamaktadır³⁹.

Tahsis ilkesi, özel hukuk tüzel kişilerinin yalnızca kuruluş amaçlarını ve faaliyet konularını gerçekleştirmek için faaliyette bulunabileceği anlamına

³⁵ Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 550.

³⁶ Ergün, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Hukuki Durumu*, 103.

³⁷ İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 48.

³⁸ İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 48.

³⁹ Tahsis ilkesi yukarıda da ifade edildiği üzere özel hukuk literatüründe ultra vires ilkesi olarak da adlandırılmaktadır. Ancak ultra vires ilkesi, İngiliz hukukunda salt tüzel kişilik teorisi bağlamında kullanılan bir ilke olmayıp İngiliz idare hukukunda kendine özgü bir anlamı ve bağlamı da olan bir ilkedir. Bu kavram İngiliz idare hukukunda, yetkisizlik, şekil eksikliği, yetkinin saptırılması anlamlarında kullanılmaktadır. Bu yönüyle Türk idare hukukunda idari işlemlerin yetki ve şekil unsurlarındaki sakatlık hallerine karşılık gelen bir kavramdır.

Ultra vires kavramı ticaret hukukunda şirketlerin hak ehliyetinin sınırına ilişkin tartışmalarda da kullanılmaktadır. Bu yönüyle bu çalışma bağlamında kullanılabilirse de, İngiliz idare hukukundaki bağlamı ile karıştırılma riski göz önünde bulundurularak idare hukukunda tüzel kişilerin yetkilerinin sınırına ilişkin tartışmalarda ultra vires ilkesi yerine tahsis ilkesi ifadesini tercih etmek daha uygun olacaktır.

Ultra vires kavramı İngiliz idare hukukunda farklı bir içeriğe, Türk ticaret hukukunda farklı bir içeriğe sahiptir. Ticaret hukukunda, Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu 137 hükmünden yola çıkılarak şirket ana sözleşmesinde öngörülen işletme konusu dışında şirketin hak ve borçlara sahip olamayacağı, faaliyette bulunamayacağı ifade edilmekteydi. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte eski kanunda yer alan bu yaklaşımın terk edildiği ifade edilmektedir. Konu hakkında bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 91.

gelmekle birlikte, ilke yalnızca doğrudan amaca yönelik faaliyette bulunma ile sınırlandırılmamakta, dolaylı olarak amaca hizmet eden faaliyetler de tüzel kişilerin ehliyeti kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda kuruluş amacını gerçekleştirmek amacıyla farklı alanlarda ticari faaliyette bulunulması, örneğin bir derneğin bir ticari işletme kurması ve gelirini derneğin kuruluş amacına tahsis etmesi tahsis ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

Tahsis ilkesinin amaca dolaylı olarak hizmet eden faaliyetleri de kapsamına alması, kamu tüzel kişilerinin, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerine gelir yaratmak gayesiyle salt kar amacı güden şirket kurma yetkisine sahip olduğu sonucuna götürmektedir. Dolayısıyla tahsis ilkesi açısından, kamu tüzel kişilerinin kanunda kendilerine açık yetki verilen haller dışında fakat kuruluş amaçları doğrultusunda veya bu amaçlara gerçekleştirmek için mali kaynak yaratmak amacıyla kurmuş oldukları sermaye şirketleri hukuka uygun kabul edilecektir.

B. İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Kamu Tüzel Kişilerinin Sermaye Şirketi Kurma Yetkisi

İdare hukukuna hakim olan ilkelerden idarenin kanuniliği ilkesi, tüm idari makamların gerek kuruluşlarının gerekse görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğini, idarelerin kanunda dayanağı olmayan hiçbir yetkiyi kullanamayacağını anlatır. Bu ilkeden hareketle, kamu tüzel kişilerinin kendilerine ilişkin kanunlarda özel hukuk tüzel kişisi kurma yetkisi tanınmamışsa, özel hukuk tüzel kişisi kuramayacağı sonucu çıkarılabilir.

Örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda (m. 70), 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda (m. 26), 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda (m. 52) bu idarelerin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında şirket kurabileceğine dair açık hükümler bulunmaktadır. Keza 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşlarıyla İlişkilerine Dair Kanun'da kamu kurum ve kuruluşlarının kamu hizmetini veya personelini desteklemek için dernek veya vakıf kurabileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda örneğin bir üniversitenin kuracağı mezunlar derneği, 5072 sayılı Kanun'a dayalı olarak kurulabilecekken⁴⁰, aynı üniversitenin şirket

⁴⁰ Murat Çak ve Demet Çak, "Devlet Üniversitelerinde Yeni Mali Kaynak Arayışları: Üniversite Şirketleri Modeli," *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları* 58. Seri, 2, (2012), 33.

kurabilmesine ilişkin mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda “üniversiteler, yalnızca dernek ve vakıf kurabilir ancak kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında dahi şirket kuramaz” şeklinde bir sonuca mı varılmalıdır? Keza belediyeler ve il özel idareleri de yalnızca kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında mı şirket kurabilmelidir?

Burada bir parantez açarak kanunilik ilkesinin referans aldığı kanun ifadesinin yalnızca şekli anlamda kanunları değil, Anayasa, uluslararası sözleşmeler ve kanun hükmünde kararnameleri de kapsadığı ifade edilmelidir. Bu husus mahalli idarelerin kuracağı sermaye şirketleri açısından önem arz etmektedir. Zira Anayasa'nın 127. maddesi, mahalli idarelerin mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak üzere kurulacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla, mahalli idareler, yalnızca kuruluş kanunlarında kendilerine verilen görevleri değil, bunların dışında, karar organı tarafından mahalli müşterek ihtiyaç olduğu tespit edilen hizmetleri de görmek yetkisine sahiptir. Kuruluş kanunlarında sayılan görevler, tüm mahalli idareler açısından mahalli müşterek ihtiyaçlar olup, mahalli idarelerin kendi coğrafi sınırları içinde ortaya çıkan müşterek ihtiyaçları tespit etme ve bu ihtiyaçları giderme görevi ve yetkisi, Anayasa'nın 127. maddesinden doğmaktadır⁴¹.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda yer alan “*Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahallî müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır*” hükmüne ilişkin yapılan iptal başvurusu üzerine, ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olduğuna kanaat getirerek iptal kararı vermişse de⁴², AYM'nin bu kararının gerekçesi hayli zayıftır. İptal kararının gerekçesinde, Anayasa'nın 127. maddesinin ikinci fıkrasında mahalli idarelerin görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği hükmünün yer aldığı, oysa iptal başvurusuna konu hükmün bir görev tanımlaması yapmadığı ifade edilmiştir. Oysa karşı oy yazılarında da vurgulandığı üzere, bu hüküm, Belediye Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasında tek tek sayılan hizmetler dışında kalan fakat mahalli müşterek ihtiyaç niteliği bulunan ve başka bir kamu kurumunun görev alanına girmeyen hizmetleri de belediyelere görev olarak veren tamamlayıcı bir hükümdür. Bu yönüyle içerik itibarıyla Anayasa'nın 127. maddesinin ikinci fıkrasına da uygundur.

⁴¹ Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukuku* (Bursa: Ekin Kitabevi, 2018) 122.

⁴² Anayasa Mahkemesi, T. 24.01.2007, E. 2005/95 – K.2007/5, 29.12.2007 tarih ve 26741 sayılı Resmi Gazete. AYM'nin bu kararında, kararın verildiği dönemde gündemde olan üniter devlet ve özerklik konularının etkisinin olduğu ifade edilebilir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi aynı kararında 5393 sayılı Kanun'un 70. maddesinde yer alan “Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usûllere göre şirket kurabilir” hükmüne ilişkin yapılan iptal başvurusunda ise, Anayasa'nın 128. maddesine göre kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesinin zorunlu olduğu, belediyelerin iptali istenen hükme dayanarak kurabilecekleri şirketlerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevler dışında kalan alanlarda kurulabileceğini ifade ederek iptal talebinin reddine karar vermiştir⁴³.

AYM'nin bu kararıyla, belediyelerin sadece kendilerine kanunda açıkça verilen görevleri yerine getirebileceğini ve bu görevlerden de yalnızca genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerekmeyenler hakkında belediyelerin şirket kurabileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak AYM, genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu olan görevlere ilişkin bu zorunluluğun kaynağını tartışmamaktadır. Oysa kanunkoyucunun Belediye Kanunu'nda “Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usûllere göre şirket kurabilir” hükmüne yer vererek, bu görevlerin yerine getirilmesinde şirket kurulmasının da bir alternatif olduğunu ve aslında belediyeye verilen görevlerin genel idare esaslarına göre yürütülmesinin zorunlu olmadığını ifade ettiği söylenebilir.

Kanaatimizce, Anayasa'nın 127. maddesi gereğince, mahalli idarelerin mahalli müşterek ihtiyaçlar konusunda coğrafi yetki alanları dahilinde olmak kaydıyla ve kanunlarla başka bir kamu kurumuna yetki verilmediği hallerde, genel yetkili idare olduğunu kabul etmek ve şirket kurma konusunda sahip olunan yetkiyi de bu çerçevede değerlendirmek gerekmektedir. Dolayısıyla

⁴³ “Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası hükmü, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesini zorunlu kalmaktadır. Buna göre, iptali istenilen kuralda belediyelerce kurulabileceği öngörülen sermaye şirketlerinin çalışma konularının, belediyelerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlarda, sermaye şirketleri aracılığıyla yürütülmeye uygun nitelikteki (piyasa şartlarının gözetileceği) görev ve hizmetler olacağına kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle Belediyelerin Anayasanın 127. maddesinde belirtilen mahalli müşterek ihtiyaçlardan Anayasanın 128. maddesi kapsamı dışında kalanları sermaye şirketleri aracılığıyla yürütebileceği sonucuna varılmaktadır.”

mahalli idarelerin kendilerine kanunla verilen görev ve hizmet alanlarında şirket kurabileceği ifadesi, yalnızca kuruluş kanunlarında sayılan hizmetleri değil, karar organları tarafından mahalli müşterek ihtiyaç olduğu tespit edilen ve kamu hizmeti olarak ilgili mahalli idare tarafından sunulması yönünde karar alınan hizmetleri de kapsamına almaktadır.

Sonuç olarak kanunilik ilkesinden hareket edildiğinde belediye ve il özel idarelerinin kendilerine verilen yahut karar organları tarafından mahalli müşterek ihtiyaç olduğu yönünde karar alınan görev ve hizmet alanları dışında şirket kuramaması gerekir. Ancak uygulamada, özellikle belediyelerin, kendilerine verilen görev ve hizmet alanları dışında kalan ve mahalli müşterek bir ihtiyaç olarak da değerlendirilemeyecek konularda salt belediyeye gelir sağlamaya yönelik şirket kurduklarına sıklıkla rastlanmaktadır. Dolayısıyla belediyelerin sermaye şirketi kurma yetkisi idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilecek olursa bu şirketlerin kanunilik ilkesine aykırı olduğu söylenecektir. Ancak tahsis ilkesi açısından bakıldığında hukuka uygun kabul edilecektir. Bu nedenle bu iki ilkeden biri lehine bir tercihte bulunmak gerektiğinden bir sonraki başlık, bu iki ilkeden hangisinin tercih edilmesi gerektiği yönünde değerlendirmelere ayrılmıştır.

C. Tahsis İlkesi ve İdarenin Kanuniliği İlkesinden Hangisine Üstünlük Tanınacağı Sorunu

Kamu tüzel kişileri tarafından kurulan şirketlerin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde kanunilik ilkesinin mi yoksa tahsis ilkesinin mi esas alınacağı temel hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Anayasa'nın 123. maddesindeki kanunilik ilkesinin kamu tüzel kişilerinin tüm işlemlerini ve faaliyetlerini kapsayıp kapsamadığı da ayrıca bir tartışma konusudur.

Doktrinde Hauriou, kamu gücü kriterini esas alarak kamu tüzel kişilerinin bir yönüyle kamu tüzel kişiliğine diğer yönüyle de özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğunu savunmakta ve kamu tüzel kişilerinin bazı iş ve işlemleri yaparken özel hukuk tüzel kişisi sıfatıyla hareket ettiğini, kamusal yetkiler kullandığı işlemlerinde ise kamu tüzel kişisi sıfatıyla hareket ettiğini ifade etmektedir⁴⁴. Hauriou, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanımını gerektiren durumlar dışında kalan iş ve işlemlerde, tüzel kişilik sıfatının bir

⁴⁴ Maurice Hauriou, *Traité de Droit Administratif*, 2. Bs., (Paris: L. Larose et Forcel, 1893), 174.

sonucu olarak Medeni Kanun'da veya Ticaret Kanunu'nda özel hukuk kişilerine tanınan hakları kullanabileceğini ifade etmektedir⁴⁵.

Hatemi de benzer bir ayırım yaparak Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" hükmündeki "devlet yetkisi" ifadesinden hareketle, devlet yetkisi kullanma başka bir deyişle kamu gücüne sahip olma ve bu yetki çerçevesinde kamu hukuku ilişkisi içine girmenin bu madde kapsamında düzenlendiğini; ancak kamu gücü kullanmanın istisnai olduğunu ve kural olanın bu yetkinin bulunması değil bulunmaması olduğunu; oysa devlet yetkisi kullanılmayan başka bir deyişle özel hukuk kapsamına giren ilişkilerin tarafı olma yetkisinin ise, aksi belirtilmedikçe, var sayılacağını ifade etmektedir⁴⁶.

Hauriou'nun kamu gücü kriteri yahut Hatemi'nin "devlet yetkisi – devlet yetkisi olmayan" ayırımı, devlet tarafından kurulan özel hukuk tüzel kişilerine yukarıda Ulusoy tarafından atfedilen "çift kişiliklilik" sonucuna götürecektir şekilde okunmamalıdır. Bir kamu tüzel kişisi, devlet yetkisinin yanı sıra devlet yetkisi kullanımını içermeyen veya gerektirmeyen faaliyetlerinde özel hukuka tabi olacak ve tüm tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti açısından geçerli olan hükümlere tabi olacaktır. Başka bir deyişle, kamu tüzel kişileri, yalnızca kamu tüzel kişilerine özgü hakları ve yükümlülüklerinin yanı sıra, tüm tüzel kişiler için geçerli olan hak ve borçlara da sahip olacaklardır⁴⁷. Ancak bu husus ilgili kamu tüzel kişisinin aynı anda özel hukuk tüzel kişisi olduğu sonucuna götürmemelidir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kanunilik ilkesi kamusal bir faaliyet söz konusu olduğunda idarenin yetkilerinin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde temel ilkelerden biri olarak işlev görmektedir. Ancak Hauriou ve Hatemi'nin yapmış olduğu ayrımlar dikkate alınarak yukarıda ifade edilen devlet yetkisi olan – devlet yetkisi olmayan ayırımı, kanunilik ilkesinin yorumunda ve uygulama alanının belirlenmesinde işlevseldir. Bu yorumdan hareketle, kamu gücünün kullanımı niteliğindeki yetkiler açısından kanunilik ilkesinin geçerli olduğu, ancak bu nitelikte bir yetki

⁴⁵ Hauriou, *Traité de Droit Administratif*, 415.

⁴⁶ Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, Cilt I* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1979), 120.

⁴⁷ *Les Personnes Morales Publiques: Dons et Legs* (Paris: Librairie Carus, 1936), 14, www.gallica.bnf.fr.

kullanımının söz konusu olmadığı hallerde, kamu tüzel kişilerinin tüzel kişilikten kaynaklanan ve tahsis ilkesi ile çevrelenen fiil ehliyetine dayanarak işlem tesis edebileceği ifade edilebilir.

Elbette bu yorum, kanunlarda açıkça şirket kurma yönünde tanınan düzenlemelerle uyumlu değildir. Madem kamu tüzel kişilerinin böyle yetkileri tüzel kişilik olmaktan kaynaklanmaktadır, o halde niçin kanunla özel olarak düzenlenme ihtiyacı duyulmuştur? Bu soruya, bu durumun bir çelişki olduğu ve bu yorumun kanun koyucu tarafından kabul edilmediği cevabı verilebileceği gibi, kanun koyucunun kamu tüzel kişilerinin bu yetkilerini vurgulamak ve bu yetkilerinin kapsam ve sınırlarını kanunla düzenlemek için bu hükümleri getirdiği de söylenebilir.

Başka bir yoruma göre, kanunda kamu tüzel kişilerine şirket kurma konusunda tanınan yetkilerin, esasen özel hukuk tüzel kişisi kurmaktan ziyade yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini, kuracakları özel hukuk tüzel kişileri vasıtasıyla yürütme imkanını düzenlediği, başka bir deyişle vurgunun özel hukuk tüzel kişisinde değil kamu hizmetinin yürütülmesinde olduğu da söylenebilir. Bu yorum Hatemi tarafından yapılan “devlet yetkisi – devlet yetkisi olmayan” değerlendirmesi ile mevzuattaki düzenlemeler arasında yer aldığı ifade edilen çelişkiyi de ortadan kaldıracak niteliktedir. Zira kamu hizmetleri kural olarak emanet usulü ile yürütülmekte olup, kamu tüzel kişilerinin emanet usulüne alternatif yöntemlerle kamu hizmetlerini görmesi ancak kanunla yetkilendirilmeleri halinde mümkündür. Dolayısıyla imtiyaz, yap-işlet-devret veya ruhsat usulüne izin veren hükümlerde⁴⁸ olduğu gibi, şirket kurulmasına izin veren hükümlerin de esasen ilgili kamu tüzel kişisine verilen bir görevin görülüş usulüne ilişkin bir hüküm olduğu söylenebilir.

Kanunilik ilkesi ile tahsis ilkesi arasında seçim yaparken dikkate alınması gereken diğer bir husus, kamu tüzel kişileri tarafından kurulan sermaye şirketlerinin başlangıç sermayesinin bir kamu kaynağı olması durumudur. Zira kamu tüzel kişilerine bütçeden sağlanan gelirler, vergiler yoluyla

⁴⁸ Örneğin Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde yer alan hüküm bu niteliktedir: “Belediye, (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hizmetleri Danıştayın görüşü ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir; toplu taşıma hizmetlerini imtiyaz veya tekel oluşturmayacak şekilde ruhsat vermek suretiyle yerine getirebileceği gibi toplu taşıma hatlarını kiraya verme veya 67 nci maddedeki esaslara göre hizmet satın alma yoluyla yerine getirebilir”

zorlama dayalı olarak elde edilen gelirler olup, bu gelirler kamusal ihtiyaçların giderilmesi amacıyla toplanmaktadır. Dolayısıyla bu durum kanunilik ilkesi lehine bir yoruma götürebilmektedir. Ancak tahsis ilkesini esas aldığımızda da kamu tüzel kişileri tarafından kurulacak şirketlerin kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet yürütmesi veya yürütülen kamu hizmetlerine finansman sağlama amacıyla faaliyet yürütmesi gerekli olduğundan, bu amaçlara aykırı bir faaliyet yürütülmediği sürece, kamu kaynaklarının yine kamusal ihtiyaçlar için kullanıldığı söylenebilecektir. Dolayısıyla tahsis ilkesinin esas alınması ile şirketlerin kamu kaynağı ile kullanmaları bir aykırılık teşkil etmemektedir.

Ayrıca kamu tüzel kişiliğinin CBK ile kurulabiliyor olması nedeniyle CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişisine CBK’da şirket kurma yetkisi tanınması veya doğrudan CBK ile şirket kurulması da -hukuki veya fiili tekel niteliğinde bir şirket kurularak özel teşebbüs hürriyetine müdahalede bulunulmadığı sürece⁴⁹- mümkündür. Bu iki durum da idarenin kanuniliği ilkesinin esas alınması yönündeki görüşü zayıflatmaktadır. Sonuç olarak, kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurma konusunda yetkisinin sınırlarının tespitinde kanunilik ilkesinden ziyade tahsis ilkesinin esas alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak, Devlet tüzel kişiliği tarafından kurulan sermaye şirketleri ile Devletin yasama yetkisi kullanarak kanunlar yoluyla kurduğu sermaye şirketleri arasında da bir ayırım yapılması gerekmektedir. Zira Devlet, yasama yetkisinin genelliği ilkesine istinaden, Anayasa’ya aykırı olmamak koşuluyla, kanunlar yoluyla dilediği konuda bir sermaye şirketi kurabileceği gibi yeni bir özel hukuk tüzel kişiliği statüsü dahi yaratabilir. Bu nedenle, yukarıda kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurma yetkilerine ilişkin olarak yapılan açıklamalar, kanunlar yoluyla kurulan sermaye şirketlerini kapsamına almamaktadır. Ancak yukarıda yapılan açıklamalar ve tartışmalar Devlet tüzel kişiliği tarafından bir idari işlemle kurulan sermaye şirketleri için de geçerlidir.

⁴⁹ Bu sınırlama CBK özelinde vurgulanmakla birlikte, kanunla kurulmayan tüm sermaye şirketleri açısından geçerli bir sınırlandırmadır. Dolayısıyla mahalli idarelerin de tekel niteliğinde bir sermaye şirketi kurması, Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılması hükmü dikkate alındığında, Anayasa’nın 48. maddesinde düzenlenen “özel teşebbüs hürriyeti”nin ihlali anlamına gelecektir.

III. YETKİ AŞIMI HALİNDE BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ ÇARELER

Yukarıda ifade edildiği üzere, kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurabilme yetkisi salt kanunilik ilkesi çerçevesinde değerlendirilebileceği gibi, kanunilik ilkesi kamu gücü kullanımı veya Devlet yetkisi kullanımı gerektiren faaliyetlere hasredilerek sermaye şirketi kurmak gibi bu kapsam dışında kalan işlemler tahsis ilkesi bağlamında da değerlendirilebilir.

Konuya yalnızca kanunilik ilkesi açısından bakıldığında, kamu tüzel kişilerine kanunlarda şirket kurma yetkisi tanınmadığı hallerde, sermaye şirketi kurulamayacağı; böyle bir yetkinin tanındığı hallerde ise, ancak kanunla yer alan sınırlar dahilinde bu yetkinin kullanılabilmesi ifade edilecektir. Örneğin büyükşehir belediyeleri veya il özel idarelerine ilişkin mevzuatta, kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında şirket kurabilecekleri düzenlemesi yer almaktadır. Kanunilik ilkesi açısından bakıldığında, bu idarelerin kendilerine verilen görev ve hizmet alanı dışında şirket kurması hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla böyle bir şirketin kurulması yönünde alınan belediye meclisi kararı veya il genel meclisi kararı konu unsuru yönünden hukuka aykırı hale gelecektir⁵⁰.

Yukarıda ifade olunduğu üzere, bu çalışmada kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurma yetkilerinin tahsis ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Tahsis ilkesini idare hukukuna dahil ederek konuya tahsis ilkesi açısından bakıldığında ise, bu ilkenin, tüzel kişilerin amaçlarını esas alan bir ilke olması sebebiyle, amacın dışında bir faaliyetin idare hukuku açısından sonucu, kuruluş işleminin maksat unsuru yönünden hukuka aykırı olması olacaktır.

Elbette belediye meclisi veya il genel meclisi kararının konu unsuru veya maksat unsuru yönünden iptal edilmesi, kurulmuş olan şirketin kendiliğinden ortadan kalkacağı anlamına gelmeyecektir. Burada ilgili idarenin, İYUK'un 28. maddesi gereğince yargı kararının gereğini yerine getirmesi ve şirketin tasfiyesi için gerekli işlemleri yapması gerekecektir. Aksi bir durum, yetkili kamu görevlileri açısından TCK'nın 257. maddesi çerçevesinde görevi kötüye kullanma suçunu doğuracaktır.

⁵⁰ Bu aykırılığın maksat unsuruna ilişkin bir hukuk aykırılık olacağı yönünde görüş için bkz. Nurhan Yaprak, *Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Hukuki Niteliği* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020), 96.

Bu bağlamda öncelikle kamu tüzel kişilerin hukuka aykırı olarak sermaye şirketi kurması meselesinin irdelenmesi daha sonra ise kuruluş sonrasında sermaye şirketine pay sahibi ya da ortak olarak dahil olmasının değerlendirme konusu edilmesi gerekmektedir.

A. Sermaye Şirketinin Hukuka Aykırı Olarak Kurulması

Bir kamu tüzel kişisi tarafından sermaye şirketinin kurulması, gerek tahsis ilkesi veya gerekse idarenin kanuniliği ilkesi gereği hukuka aykırı olduğu takdirde, bu hukuka aykırılığın şirketin kuruluşuna da sirayet edeceği açıktır⁵¹. Şu halde öncelikle bu hukuka aykırılığın hangi noktada ortaya çıktığı ve sonrasında kurulan sermaye şirketinin akıbetinin inceleme konusu edilmesi gerekmektedir.

Ticaret şirketlerinde şirket tipolojisi bakımından yapılan ayrımlardan birisi şahıs şirketi ve sermaye şirketi ayrımı olup TTK 124/2 hükmü uyarınca kolektif ve komandit şirketler şahıs şirketi olarak sayılırken; anonim şirket, limited şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler sermaye şirketi olarak tasnif edilmiştir. Bu çalışmamızda kamu tüzel kişileri tarafından sermaye şirketi kurulmasının sınırları inceleme konusu edildiğinden, anonim şirket, limited şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin⁵²

51 Kökenini Alman hukukunda bulunan iki aşamalı işlem teorisi (zweistufentheorie) uyarınca, idarenin yapmış olduğu işlemlerin bazıları bir bütün halinde ele alındığında işlemin bir yönü idare hukukunu ilgilendirirken ve bu yönüyle görülen uyumsuzluklar idari yargının yetki alanındayken, işlemin diğer kısmı özel hukuk özelliklerini taşıdığından işlemin bu kısmına bakan uyumsuzluklar adli yargının konusunu oluşturmaktadır. Bu teori uyarınca örneğin kamu hizmeti olarak okul binalarının yenilenmesi işinin özel bir şirkete devredilmesi süresince bu devir işleminin hukuka uygun olup olmadığı hakkındaki uyumsuzluk idari yargının konusunu oluştururken, iş özel kişilere devredildikten sonra o işin gereği gibi görülüp görülmediği meselesi adli yargının konusunu oluşturmaktadır. (İki aşamalı işlem teorisi ve örnekler hakkında detaylı bilgi için bkz. Urs Kramer, Melanie Bayer, Verena Fiebig ve Katrin Freudenreich, "Die Zweistufentheorie im Verwaltungsrecht oder: Die immer noch bedeutsame Frage nach dem Ob und Wie", *Juristische Arbeitsblätter*, (2011), 810 vd.) Bu çalışma açısından da idarenin bir işin görülmesi amacıyla sermaye şirketi kurmasına ilişkin almış olduğu karar ve bu yönde karar almasının hukuken mümkün olup olmadığı meselesi idari yargının konusunu oluştururken, bu karara uygun olarak şirketin kurulması halinde kurulan şirketin akıbetinin nasıl belirleneceği meselesi özel hukukun konusunu oluşturmakta ve adli yargının çözmesi gereken bir mesele haline gelmektedir. Bu kapsamda çalışmanın bu kısmında idari işlemdeki sakatlığın bir özel hukuk işlemi olan şirket kuruluşunu ne şekilde etkileyeceği ele alınacaktır.

52 Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde kuruluşu ilişkin olarak TTK 569 uyarınca, anonim şirketlerin kuruluşuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulacağından

hukuka aykırı şekilde kurulmasının sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir sermaye şirketinin kurulabilmesi için öncelikle kuruluş aşamasında şirket sözleşmesinin akdedilmesi gerekmektedir. Bu sözleşme anonim şirketlerde ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde esas sözleşme olarak adlandırılırken (TTK 339, TTK 566), kanun koyucu limited şirketlerde şirket sözleşmesi kavramını tercih etmektedir (TTK 575).

Bir sermaye şirketinin kuruluşunda, kanun koyucunun şirketin kuruluş amacı ile tescil edilmesiyle tüzel kişilik kazandığı anı farklılaştırdığı görülmektedir. Bu bağlamda esas sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin noter huzurunda ya da ticaret sicil müdürlüğü nezdinde imzalanması ile beraber şirket kurulmuş sayılırken (TTK 335, TTK 585), şirketin tüzel kişiliğini kazandığı an ticaret siciline tescil edildiği andır (TTK 355/1, TTK 588/1). Şirketin kurulduğu an ile tüzel kişilik kazandığı an arasındaki süreç doktrinde ön ortaklık⁵³ ya da ön şirket⁵⁴ olarak adlandırılmaktadır.

Kamu tüzel kişisi tarafından şirket sözleşmesinin hukuka aykırı şekilde akdedilmesi neticesinde ortaya çıkan hukuka aykırılığın neticelerini değerlendirirken şirketin tescilinden önceki ön şirket sürecinin ve tescilden sonraki sürecin ayrı ayrı değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır. Zira şirket sözleşmesinin tescil edilmesi ile beraber hukuk dünyasında hak ve fiil ehliyeti olan yeni bir kişilik yaratılırken, tescil edilmeden önce bir tüzel kişiliğin varlığından bahsetmek mümkün değildir ve bu nedenle özellikle üçüncü kişiler bakımından korunması gereken menfaatler farklılaşmaktadır.

1. Hukuka Aykırılığın Ön Şirket Aşamasındaki Sonuçları

Bir sermaye şirketinin esas sözleşme ya da şirket sözleşmesi akdedildikten sonra otuz gün içerisinde tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir (TTK 354, TTK 587). Bir kamu tüzel kişisi tarafından hukuka aykırı şekilde bir sermaye şirketi kurulması halinde bu hukuka aykırılığın otuz günlük süre

kuruluşa dair anonim şirket hükümlerine yapılan gönderme ve açıklamalar sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler açısından da paralellik arz etmektedir.

⁵³ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 313 vd.; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu *Ortaklıklar Hukuku II* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 397 vd.

⁵⁴ sEmrullah Kervankıran, “Ön Şirket Ve Hukuki Niteliği” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, 2 (2012), 349 vd.; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirketlerde Kuruluş* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 14 vd.

içerisinde tespit edilmesi ve buna dayalı olarak uyuşmazlığın bir davaya konu edilmesi uygulama açısından pek mümkün değil ise de, otuz günlük sürenin⁵⁵ bir düzen hükmü olması⁵⁶ ve sonradan şirketin tescil edilmesi mümkün olduğundan⁵⁷ ya da teorik olarak ön şirket aşamasında bu hukuka aykırılığın sonucunun ortaya konulması gereklilik arz ettiğinden ön şirket aşamasının özel olarak değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Şirket sözleşmesinde mevcut olan bir hukuka aykırılığın sonuçlarının incelenebilmesi için öncelikle ön şirket kavramının hukuki niteliğinden bahsetmek ve bunun sonucunda ön şirket ilişkisi çerçevesinde çıkacak uyuşmazlıklara uygulanacak hükümleri tespit etmek gerekmektedir. Ön şirketin hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde görüş birliği bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir. Konu hakkında bir görüş, TTK'daki sistematik gereği kuruluş ile tüzel kişilik kazanma anının farklılaşması neticesinde ön ortaklık kavramından bahsedilse de, TBK 620 hükmü gereği bu süreçte ortaklar arasındaki ilişkinin adi ortaklık ilişkisi olduğunu ifade etmektedir⁵⁸.

⁵⁵ TTK 354 hükmünün madde gerekçesinde, “6762 sayılı Kanunun aksine, tescil Tasarıda belli bir süreye bağlanmamıştır. Bunun sebebi, hükme aykırılığın yani süresi içinde tescili yaptırmanın sonuçlarının da Tasarıda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi zorluğudur. Böyle bir düzenleme ise, hukuk politikası bakımından doğru değildir. Ayrıca, böyle bir sürenin başlangıç tarihini kanunen belirlemek de güçtür. Diğer yandan, sürenin uzatılması sorun da yaratabilir. Nihayet, kuruluş sürecinin ne kadar süreceğinin belirlenmesi, özellikle aynı sermaye konulması ve bir işletme ve aynı devralınması halinde kolayca çözülebilecek bir sorun değildir.” İfadelerine yer verilerek tescil için herhangi bir süre öngörülmediği ifade edilmekle birlikte, tasarı henüz kabul edilmeden önce tescil için 30 günlük süre öngörülmüş olup, şirketin bu süre içerisinde tescil edilmemesi halinde kanuna aykırılığın yaptırımına ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Konu hakkında eleştiri için bkz. Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2012), 239.

⁵⁶ Poroy, Tekinalp Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, 317; İsmail Kırcı, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt I* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2013), 304.

⁵⁷ Akdağ Güney, *Anonim Şirketlerde Kuruluş*, 198.

⁵⁸ Erdoğan Moroğlu, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği,” *Makaleler* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2010), 437; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, 397; Kırcı, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, 298. Doktrinde Tekinalp, ön şirketin niteliği itibarıyla bir adi şirket olduğunu söylemesinin yanında, kurucuların esas sözleşmeyi imzalaması ile birlikte şirket kurma iradelerini ortaya koyduklarını; kurucuların hak ve borçları ve birbirleri arasındaki ilişkileri bakımından esas sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini; kurulacak olan

Ön ortaklığın hukuki niteliğine ilişkin olarak bir diğer görüş ise, TTK 335 hükmünün madde gerekçesinden yola çıkarak ön ortaklığın adi ortaklık olarak nitelendirilmemesi gerektiğini ve kanun koyucunun hedefinin Alman hukukunda kendisine yer bulan ön ortaklık müessesesinin TTK açısından da uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁹. Alman hukukunda ön ortaklığın iç işleyişinde öncelikle kuruluş hükümlerine, burada herhangi bir düzenleme mevcut değilse esas sözleşme hükümlerine, burada da bir düzenleme mevcut değilse ilgili şirkete ilişkin kanuni düzenlemelere göre hareket edileceği ifade edilmektedir⁶⁰. Kuruluş hükümleri ile kastedilen ortaklık organlarının seçimine, kuruluştaki denetime, şirketin tesciline ve sermaye payının getirilişine ilişkin hükümlerdir⁶¹. Bu bağlamda örneğin ön ortaklığın organlarının kurulmakta olan ortaklığın organları ile paralellik arz ettiği ve organların çalışma şeklinin de kanunda öngörüldüğü gibi olduğu ifade edilmektedir⁶².

Ön ortaklığın hukuki niteliği bakımından bir diğer görüş ise bu yapının klasik bir adi ortaklık olmadığını, iç ilişkide kurucular tarafından akdedilen esas sözleşme ya da şirket sözleşmesinin ve ilgili şirket tipine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekirken, dış ilişkide ortada bir tüzel kişi

anonim ortaklık ile ilgili düzenin esas sözleşme ile ortaya konulduğu ve bu şirkete esas sözleşme ve anonim ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiğini; hakkında hüküm bulunmayan haller bakımından ise adi ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

İlgili görüş için bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 176.

⁵⁹ Kervankıran, “Ön Şirket,” 366.

Alman hukukunda özellikle birden fazla kişi ile kurulan şirketin tescil edilene kadar geçen süreçte, bu hukuki yapının adi ortaklık ya da hukuki ehliyeti bulunmayan bir kişi topluluğu olmadığı, kendine özgü (sui generis) bir yapıya sahip olduğu ve kurulacak olan şirket tipinin seçilmesi ile tarafların aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak normları da belirlemiş olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Andreas Pentz, “§ 41,” Rn. 24, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (Editör: Wulf Goette, Mathias Habersack ve Susanne Kalss), (München: C.H. Beck, 2019).

Uygulanacak olan hükümlerin tespitinin yanında ön ortaklığın hak sahibi olabileceği ve borç altına girebileceği de kabul edilmektedir (Pentz, “AktG § 41,” Rn. 51). Örneğin ön ortaklığın marka sahibi olmak üzere ilgili marka siciline başvuru yapabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Karl-Heinz Fezer, Anselm Brandi-Dohrn ve Holger Alt, “MarkenG § 7,” *Markenrecht* (Editör: Karl-Heinz Fezer), (München: C.H. Beck, 2023), Rn. 7.

⁶⁰ Pentz, “AktG § 41,” Rn. 51.

⁶¹ Kervankıran, “Ön Şirket,” 356.

⁶² Pentz, “AktG § 41,” Rn. 32.

bulunmadığından bahisle adi ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁶³.

Bir kamu tüzel kişisi tarafından hukuka aykırı olarak sermaye şirketi kurulması halinde, bu hukuka aykırılığın ön ortaklığa ne şekilde sirayet edeceğine ilişkin olarak ön ortaklık hakkında yukarıda yer verilen görüşler de ele alındığında TTK 353 hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağını değerlendirme konusu edilmesi gerekmektedir.

Anonim şirketlerin kuruluşu aşamasında mevcut olan hukuka aykırılıkların neticesinin ortaya konulabilmesi bakımından anonim şirketin feshini öngören TTK 353 düzenlemesi getirilmiştir. Hukukumuzda anonim şirkete ilişkin hükümlerin bir kısmı TTK'da açıkça yapılan atıf ile diğer sermaye şirketleri olan limited şirketlere ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere de uygulanmaktadır. Bu kapsamda şirketlerin kuruluş aşamasında mevcut olan hukuka aykırılıklar nedeniyle şirket aleyhine fesih davası açılmasına ilişkin TTK 353 hükmü, TTK 644 hükmünde yapılan açık atıf uyarınca limited şirketler hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Benzer şekilde sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler açısından da Kanun'da özel bir düzenleme yapılmamış olup, TTK 565/2 hükmü uyarınca TTK 353 hükmü bu şirketler açısından da uygulanacaktır.

Bu hükme göre öncelikle ifade edilmesi gereken husus, şirketin kuruluşunda mevcut olan hukuka aykırılık nedeniyle şirketin yokluğuna ve butlanına karar verilmesinin mümkün olmadığıdır. Bu bakımdan kanun koyucunun kuruluşta meydana gelen hukuka aykırılıkların sonuçlarını geçersizlik türleri bakımından sınırladığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Şirketin kurulması sürecinde hukuka aykırı davranılması halinde TTK 353 hükmünde fesih davasının açılacağı ifade edilmiştir. Ancak her hukuka aykırılık hali de fesih davası için yeterli görülmemiş ve kuruluşta meydana gelen hukuka aykırılığın alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerini önemli bir şekilde tehlikeye düşürmesi veya ihlal etmesi halinde fesih davası açılacağı ifade edilmiştir.

Kanunda öngörülen fesih kavramı esasen kanunkoyucu tarafından da bilinçli olarak tercih edilmiş olup, mahkeme tarafından verilen karar

⁶³ Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 159-160; Oruç Hami Şener, *Adi Ortaklık*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), 145; Akdağ Güney, *Kuruluş*, 35; Rıza Ayhan, *Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 92.

neticesinde kararın geçmişe etkili olmayacağını, ancak ileri etkili şekilde sonuç doğuracağını ifade eder⁶⁴. Bu bakımdan, fesih kararı verilene kadar geçen süreçte şirketin tüzel kişiliğinin mevcut olduğunun kabul edilmesi ile özellikle şirket ile işlem yapan üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması ve bunun sonucunda hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır⁶⁵. Hükmün bu amacı dikkate alındığında, tescil öncesinde hukuk dünyasında yaratılan bir kişilik bulunmadığından; tescil öncesinde şirket adına işlem yapanların müteselsil sorumlu olduğu ifade edilerek (TTK 355/2-3) üçüncü

⁶⁴ TTK m. 353 hükmünde öngörülen fesih davası neticesinde verilecek kararın ileri etkili (ex nunc) sonuç doğuracağı, şirketin geçmişte yapılan iş ve işlemlerini etkilemeyeceği hakkında bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 320; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 190; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler Hukuku*, 294; Ömer Korkut, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi,” *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012*, *MÜHFHAD* 18, 2 (2012), 416; Akdağ Güney, *Kuruluş*, 228; Murat Yusuf Akın, “İsviçre Hukuku Örneğinde Türk Medeni Kanunu Madde 47/11 ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde 353 Üzerine Düşünceler,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 26, 1 (2010), 221.

Bu düzenlemeye benzer bir hüküm İsvBK 643 f. 2’de düzenlenmektedir. Hükmün çevirisi şu şekildedir: “Kanunda öngörülen şartların tamamı sağlanmamış olsa da tescil ile beraber kişilik kazanılır.” Kanun maddesinin Fransızca metinde yer alan orijinali için bkz. “La personnalité est acquise de par l’inscription, même si les conditions de celle-ci n’étaient pas remplies.”. Bu hüküm İsviçre doktrininde “tescilin iyileştirici etkisi-L’effet guérisseur de l’inscription” olarak adlandırılmaktadır. İlgili kavram için bkz. Carlo Lombardini ve Caroline Clemetson, “Art. 643,” *Commentaire Romand Code des Obligations II* (Editör: Pierre Tercier, Marc Amstutz ve Rita Trigo Trindade) (Bale: Helbing Lichtenhahn, 2017), N. 9. İsvBK 643 hükmü ile esasen tescil ile tüzel kişiliğin kazanılmasının söz konusu olduğu ve hukuka aykırılığın ortadan kalmadığı, bu nedenle iyileştirici etkiden bahsedilemeyeceği yönündeki eleştiri için bkz. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht* (Zurich: Shultess, 2022), 165-166, N. 387-388.

“Tescilin iyileştirici etkisi” kavramı TTK 353 hükmü açısından Türk hukukunda da kullanılmaktadır. Kavram hakkında bkz. Akdağ Güney, *Kuruluş*, 226 vd.

Alman Hukukunda şirketin kuruluşu aşamasında meydana gelen hukuka aykırılıkların şirketi geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırmasının hukuk güvenliğini zedeleyeceği gerekçesi ile, APOK § 275-277 hükümlerinde sayılan hukuka aykırılıkların tescilden itibaren üç yıl geçtikten sonra ileri sürülmesinin mümkün olmadığı ve fesih kararı verildiğinde bu kararın geçmişte yapılan işlemleri etkilemeyeceği düzenlenmiştir. Konu hakkında açıklamalar için bkz. Friedrich Kübler, *Gesellschaftsrecht*, (Heidelberg 1981), 318 vd.; Jens Koch, “§ 275,” *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (Editör: Wulf Goette, Mathias Habersack ve Susanne Kalss), Band 4, (München: C.H. Beck, 2021), Rn. 6 vd.

⁶⁵ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. I* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 784.

kişiler hakkında yeterli koruma sağlanmış olduğundan TTK 353 hükmünde geçersizliğe ilişkin olarak getirilen sınırlama hükmünün ön ortaklık açısından uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz⁶⁶.

Kamu tüzel kişisi tarafından yetkilerinin dışına çıkılarak kurulan şirketin TTK 353 hükmü kapsamına girmediği sonucuna vardıldıktan sonra, bu ortaklık ilişkisinin akıbeti kanaatimizce esas sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin niteliği itibarıyla aynı zamanda bir ortaklık sözleşmesi olduğu dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁶⁷. Ancak bu değerlendirme yapılırken de yine bu ortaklık sözleşmesinin sermaye şirketi kurulması amacıyla dönük olarak akdedildiği göz önünde bulundurularak bir sonuca varılmalıdır.

Kamu tüzel kişinin yetki sınırları dışında sermaye şirketi kurması kanunilik ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde, kamu tüzel kişinin yetki sınırları kanunlar ile çizildiğinden bu sınırların ötesinde işlem yapılması kanunun emredici hükümleri aykırılık niteliğinde olabileceği gibi, kamu kaynaklarını kanunda öngörülen usuller dışında kullanma niteliğinde olan şirket kurma eylemi kamu düzenine aykırı işlem olarak da değerlendirilebilecektir. Bu durumda kamu tüzel kişisi tarafından akdedilen sözleşme çerçevesinde verilen taahhüdün TBK 27 hükmü ekseninde kesin hükümsüz nitelikte olduğu sonucuna varmak gerekmektedir.

Kamu tüzel kişinin yetkisinin dışında sermaye şirketi kurulmasına yönelik işlem yapması bizim kabul ettiğimiz tahsis ilkesi çerçevesinde ele alınacak olursa, kamu tüzel kişinin ortaklık sözleşmesi bakımından ehliyetsiz olduğu ve bu sözleşme ile bağlı olmaması sonucu ortaya çıkacaktır⁶⁸. Tahsis ilkesi çerçevesinde yetki aşımının hak ehliyeti ile ilgili

⁶⁶ TTK 353 hükmünün tescil edilmiş ve tüzel kişilik kazanmış şirketler açısından uygulanacağına dair bkz. Kendigelen, *İlk Tespitler*, 238; Mustafa Yasan, "Türk Ticaret Kanunu m. 353'e Göre Fesih Davasının Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tarafından Açılabilmesinin Ticaret Hukuku Prensipleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi," *İÜHF* LXXI, 2 (2013), 449. Yine TTK 353 hükmünde fesih davası açılacak şirket kavramının ön şirketi ifade etmediği, tüzel kişiliği haiz şirketi ifade ettiği yönündeki görüş için bkz. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, 359.

⁶⁷ Esas sözleşmenin bir yönü ile "sözleşme" niteliğinde olması hakkında açıklamalar için bkz. Moroğlu, "Anasözleşme," 437; Mehmet Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2001), 57; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, 298.

⁶⁸ Ultra vires ilkesinin hakim olduğu ETTK'nın yürürlükte olduğu dönemde bir anonim şirketin işletme konusu dışında bir şirket kuruluşunda ortak olması halinde, ultra vires

olduğunun kabulünde, kamu tüzel kişinin ortaklık sözleşmesi çerçevesinde taahhüdünün yok hükmünde olduğu sonucuna varmak gerekirken⁶⁹, fiil ehliyetinin mevcut olmaması yönünden sonuca varmak istediğimizde kamu tüzel kişinin taahhüdünün kesin hükümsüz nitelikte olduğunu⁷⁰ ifade etmek gerekmektedir.

Bir ortaklık sözleşmesinde ortaklardan birinin taahhüdünün kesin hükümsüz olması halinde bu geçersizliğin ortaklık sözleşmesinin bütününe sirayet edip etmeyeceğine ilişkin olarak, adi ortaklık sözleşmesi bakımından doktrinde bir görüş, meseleye TBK 27/2 hükmünde düzenlenen kısmi geçersizlik müessesesinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre ilgili ortak olmaksızın diğer ortakların yine de ortaklık ilişkisine girecekleri durumlarda ortaklık sözleşmesi ayakta kalmaya devam edecektir⁷¹. Konu hakkında bir başka görüş ise ortaklık sözleşmesinde sözleşmenin kuruluşu için çok taraflı irade beyanına muhtaç olduğunu ve bunlardan birisinin sakat olması halinde TBK 27/2 hükmü ile sözleşmenin ayakta tutulmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir⁷².

Bir sözleşmenin hükümlerinden bir kısmında hukuka aykırılık mevcut olduğunda, taraf iradeleri de göz önünde bulundurularak sözleşmeyi ayakta tutmaya imkan veren TBK 27/2 hükmü genellikle iki taraflı sözleşmeler

ilkesi gereği şirketin o ortaklık sözleşmesi ile bağlı olmayacağı yönünde bkz. Bahtiyar, *Anasözleşme*, 72.

Ehliyetsiz olarak adi ortaklık sözleşmesi akdedilmesi halinde ehliyetsiz olanın sözleşme ile bağlı olmadığı yönünde bkz. Barlas, *Adi Ortaklık*, 20.

⁶⁹ Tahsis ilkesinin (Ultra vires) hak ehliyetine ilişkin olduğu, hak ehliyeti sınırları dışında yapılan işlemin yok hükmünde olduğu yönünde bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 91; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Şirketler Hukuku C.I* (İstanbul: Onikilevha Yayınları 2021), 182-183.

⁷⁰ Bir hukuki işlemi gerçekleştiren kişinin tam ehliyetli olmasının bir geçerlilik şartı olduğu yönünde bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 82-83.

⁷¹ Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku: II Şirketler Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1973), 63; Barlas, *Adi Ortaklık*, 68; Şener, *Adi Ortaklık*, 79. Yazarların bu görüşü, irade sakatlığı hallerinde, iradesi sakatlanan ortağın iptal hakkını kullanmak suretiyle kendi taahhüdü açısından geçersizlik yaratmasına ilişkindir. Ancak ortaklardan birisinin taahhüdünün geçersiz olması halinde ortaklık sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin varılacak sonuç bakımından burada atf yapılmasında bir mahzur görülmemiştir.

⁷² Sait Kemal Mimaroğlu, *Ticaret Hukuku C. 2* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1972), 40.

bakımından uygulama alanı bulsa da, vasiyetname gibi tek taraflı hukuki işlemlere ve bir tüzel kişi organının kararı gibi birden çok kişinin aynı yönde iradesi ile meydana gelen hukuki işlemler bakımından da niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulabilecektir⁷³. Ancak adi ortaklık sözleşmesinde ortaklardan birinin taahhüdünün geçersiz olması halinde ortaklık sözleşmesinin akıbetine ilişkin yukarıda yer verilen tartışmaları, ön anonim ortaklık açısından değerlendirirken, ön anonim ortaklığın nihai amacının esas sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin tescil edilerek bir sermaye şirketinin kurulmasını sağlamak olduğu dikkate alınmalıdır. Kısmi hükümsüzlüğe ilişkin TBK 27/2 hükmünün, ortaklardan birisinin taahhüdünün geçersizliği halinde şirket sözleşmesi ya da esas sözleşme bakımından da uygulama alanı bulabileceğini kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir. Zira bunun mümkün olduğunun kabulü halinde söz konusu esas sözleşme ya da şirket sözleşmesi, sonradan ticaret siciline tescil edildiği anda ortaklardan birinin taahhüdü sanki hiç geçersiz değilmiş gibi o esas sözleşme ticaret sicili gazetesinde ilan edilecek, şirketin sermayesi sanki ortada hiç geçersizlik yokmuş gibi üçüncü kişilerde izlenim uyandıracaktır. Burada kurulacak şirket ile işlem yapacak üçüncü kişilerin menfaatleri de söz konusu olduğundan, ön ortaklık aşamasında ortaklardan birisinin taahhüdünün geçersiz olduğunun tespit edilmesi halinde TBK 27/2 hükmünün ön anonim ortaklık sözleşmesi bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekmektedir. Bunun sonucunda ise ticaret sicili müdürünün TTK 32 hükmünde öngörülen inceleme görevi kapsamında şirketin tesciline yönelik talebi reddetmesi gerekmektedir.

2. Hukuka Aykırılığın Şirketin Tescilinden Sonraki Sonuçları

a. TTK 353 Hükmü Kapsamında Fesih Davası Açılması

Anonim şirketin kuruluşunda mevcut olan bir hukuka aykırılığın sonuçlarının düzenlendiği TTK 353 hükmünde hukuka aykırılığın ağırlığının ne olduğuna bakılmaksızın şirketin tescil edilmesinden sonra yokluk ve butlanına karar verilemeyeceği⁷⁴ belirtilerek yukarıda da ifade ettiğimiz üzere geçersizlik hallerine ilişkin bir sınırlama getirildiği görülmektedir. Kanunda

⁷³ Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük* (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), 6.

⁷⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 320; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku C. I*, 785; Kendigelen, *İlk Tespitler*, 237; Korkut, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler,” 414.

getirilen bu sınırlama neticesinde, bir kamu tüzel kişinin sermaye şirketi kurması ve bunun hukuka aykırı olması halinde şirketin yokluğuna ve butlanına karar verilemeyeceği açıktır. Uygulanacak yaptırımın ne olduğu da Kanun'da açıkça zikredilmiş olup, buna göre TTK 353 hükmünde öngörülen haller mevcut ise ancak şirketin feshine karar verilebilecektir.

Şirketin kuruluşunda hukuka aykırılıklar mevcut olduğunda TTK 353 hükmünde fesih davasının açılabilmesi düzenlenmiş ise de yaptırımın niteliği de göz önünde bulundurulduğunda bu davanın her hukuka aykırılık bakımından söz konusu olması mümkün değildir. Nitekim kanunkoyucu da, feshine neden olacak haller bakımından da bir sınırlama yaparak, “*şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa*” fesih davası açılabilmesini düzenlemiştir. Kanun hükmünden de açıkça anlaşılabilmesi üzere, hukuka aykırılık nedeniyle bir zararın doğmuş olması şart değildir, menfaatin tehlikeye düşmüş olması yeterlidir⁷⁵. Bu hüküm gereği, bir şirket hakkında fesih davası açıldığında mahkemenin ihlal hukuka aykırılık ile ihlal edilen menfaat ve şirket devam ederse mevcut olacak menfaat arasında bir değerlendirme yapması gerektiği ve hangi menfaat ağır basıyor ise ona göre karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁶.

Kamu tüzel kişilerinin hukuka aykırı olacak şekilde sermaye şirketi kurması halinde bunun TTK 353 hükmünde öngörülen fesih şartlarından kanun hükümlerine aykırı hareket etme kapsamında değerlendirileceği açıktır. Kanuna aykırı şekilde kamu tüzel kişinin şirket kurması halinde ise, kamunun kaynaklarının hukuka aykırı şekilde kullanılması gündeme geleceğinden en azından kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düştüğünden ya da ihlal edilmesinden bahsedileceğini kabul etmek gerekmektedir.

Yapılan bu değerlendirmeler neticesinde, kamu tüzel kişinin yetki sınırları dışında bir sermaye şirketi kurması halinde TTK 353 hükmü kapsamında kurulan şirkete karşı fesih davasının açılabilmesi mümkündür.

⁷⁵ Korkut, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler,” 417.

⁷⁶ Akdağ Güney, *Kuruluş*, 231; Kırcı, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, s.362. İsviçre hukukunda bu yönde bkz. Franz Schenker, “Art. 643,” *Obligationenrecht II-I Basler Kommentar (Editör: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter)* (Basel: Helbing Lichtenhahl, 2012), N. 6.

1. Fesih Davasında Taraflar

Fesih davasını açabilecek kişiler de Kanun'da açıkça sınırlandırılmıştır. Buna göre fesih davası; şirketin yönetim kurulu, Ticaret Bakanlığı⁷⁷, ilgili alacaklı veya pay sahibinin talebi üzerine açılabilir⁷⁸. Kanunda yapılan bu sayım sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olup, bunlar dışında herhangi bir kimsenin fesih davası açabilmesi mümkün değildir⁷⁹.

Yönetim kurulu tarafından fesih davası açılabilmesi için yönetim kurulunun bu yönde organ olarak bir karar alması gerekmektedir. Alınacak olan bu karara ilişkin kanunda özel bir nisap öngörülmediğinden yönetim kurulu TTK 390/1 hükmü uyarınca toplanır ve karar alır.

Ticaret Bakanlığı'nın dava açma yetkisi, sadece kamunun menfaatinin ihlal edildiği ya da tehlikeye düşürüldüğü hollere özgülenmemiştir. Şu halde kamunun menfaatleri ya da kamu düzeni ile ilgisi bulunmasa dahi, hukuka aykırılığın pay sahipleri ya da alacaklıların menfaatlerini etkilemesi halinde dahi Bakanlığın bu davayı açabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ticaret Bakanlığı, kuruluş aşamasında mevcut olan hukuka aykırılığı "Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik"⁸⁰ çerçevesinde yapacağı denetimler ile tespit edebilecektir. Söz konusu Yönetmelik m. 2 hükmünde yönetmeliğin dayanağı olarak TTK 210 hükmü gösterilmiş ise de Yönetmelik'in amacının düzenlendiği 4. maddede, amacın ticaret şirketlerinin kuruluşundan sona ermesine kadar tüm işlemlerin kanuna ve kanuna dayalı olarak çıkarılan düzenleyici işlemlere uygun olarak yapılmasını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Şu durumda, bu yönetmelik çerçevesinde yapılacak denetimler neticesinde şartların da oluşması halinde TTK 353 hükmü kapsamında fesih davası açılabilceğini ifade etmek gerekmektedir⁸¹.

⁷⁷ Kanunda Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ifadelerine yer verilmişse de, bu çalışmanın yapıldığı sırada ilgili bakanlığın ismi T.C. Ticaret Bakanlığı olduğundan güncel isim kullanılmıştır.

⁷⁸ İsviçre hukukunda, anonim şirketin kuruluşundaki hukuka aykırılıklar nedeniyle fesih davası sadece pay sahipleri ve alacaklılara dava açma hakkı tanımaktadır (İsviçre Borçlar Kanunu (*İsvBK*) m. 643).

⁷⁹ TTK 353 Madde Gerekçesi; Akdağ Güney, *Kuruluş*, 230; Korkut, "Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler," 420; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku C. I*, 786.

⁸⁰ RG, 28.08.2012, S. 28395.

⁸¹ Yasan, "Fesih Davası," 475.

Pay sahiplerinin açacağı dava bakımından kanunda pay oranına ilişkin olarak herhangi bir sınırlama getirilmediğinden pay oranına bakılmaksızın menfaati ihlal edilen ya da tehlikeye düşürülen her pay sahibinin bu davayı açma yetkisinin mevcut olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁸². Bu bakımdan şartların oluşması halinde fesih davası açma hakkı bir pay sahipliği hakkıdır.

Alacaklıların dava açma hakkı da pay sahipleri ile benzer şekilde düzenlenmiş olup, alacaklıların dava açabilmesi için kuruluştaki hukuka aykırılık ile alacaklıların menfaati ihlal edilmiş ya da tehlikeye düşürülmüş olmalıdır⁸³.

Fesih davası, şirkete karşı açılır⁸⁴. Davanın Ticaret Bakanlığı, pay sahibi ya da alacaklı tarafından açılması halinde şirket yönetim kurulu tarafından temsil edilir⁸⁵. Buna karşın davanın yönetim kurulu tarafından ikame olunması halinde şirketin temsili için kayyım tayin edilmesi gerekmektedir⁸⁶.

ii. Hukuka Aykırılığın Giderilmesi

Kanunkoyucu sermaye şirketlerinin kuruluşundaki hukuka aykırılıkların alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerini önemli bir şekilde tehlikeye düşürmüş veya ihlal etmiş olması halinde bu hukuka aykırılıkların şirketin feshine neden olabileceğini düzenlese de, TTK 353/2 hükmünde hukuka aykırılıkların giderilmesi için mahkeme tarafından süre verilebileceğini ifade ederek hali hazırda tescil edilerek tüzel kişilik kazanmış olan bir şirketin ayakta tutulması imkânı var ise bu imkanın da kullanılabilmesine fırsat yaratmaktadır. Hatta henüz dava açılmadan önce ve hatta açılmış davada hüküm tesis edilmeden önce hukuka aykırılık giderilmiş ise mahkemenin feshe karar veremeyeceği kabul edilmektedir⁸⁷.

Kamu tüzel kişileri tarafından hukuka aykırı olarak şirket kurulması halinde, kuruluşundaki hukuka aykırılığın bütünüyle giderilmesi mümkün olmamakla birlikte, hukuka aykırılık sonuçlarının ortadan kaldırılması kanaatimizce mümkündür. Kamu tüzel kişisinin yetki sınırları dışında kanuna

⁸² İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Wolfgang Zürcher ve Martin Berweger, “Art. 643,” *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht - Orell Füssli Kommentar* (Zurich: Orell Füssli, 2023), N. 5.

⁸³ İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Zürcher ve Berweger, “Art. 643,” N.5.

⁸⁴ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 190; Korkut, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler,” 420.

⁸⁵ Korkut, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler,” 420.

⁸⁶ Korkut, “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler,” 420.

⁸⁷ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, 362.

aykırı olarak iştirak taahhüdünde bulunması hukuka aykırı olacağından, TTK 473 vd. hükümleri çerçevesinde sermayenin bu kısmının şirket alacaklılarının menfaatlerinin de korunması suretiyle azaltılması gündeme gelebilecektir. Bu yol tercih edildiğinde hem hukuka aykırılığın sonuçları ortadan kaldırılabilecek hem de şirket ile işlem yapan üçüncü kişi alacaklıların menfaati korunmuş olacaktır.

Hukuka aykırılığın giderilmesi bakımından uygulanabilecek bir diğer yol da, kamu tüzel kişisi tarafından şirketin tescili ile edinilen payların üçüncü kişilere ya da şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin kanunda öngörülen şartlar mevcut ise şirkete satılmasıdır.

iii. Dava Açma Süresi

Şirketin kuruluşu aşamasındaki hukuka aykırılıklar nedeniyle dava açma süresi kanunda üç ay olarak öngörülmüş olup, bu sürenin niteliği itibariyle bir hak düşürücü süre olduğu madde metninde açıkça düzenlenmiştir (TTK 353/4). Dava açma süresi, hukuka aykırılığın öğrenilmesi tarihinden itibaren değil, şirketin tescil ve ilanından itibaren başlayacaktır. Sürenin başlangıç tarihine ilişkin olarak tescil ve ilandan bahsedilmekle birlikte, tescil ve ilanın farklı günlerde olabileceği dikkate alındığında, tescil edilmiş şirketin ticaret sicili gazetesinde ilan edildiği tarihten itibaren üç aylık hak düşürücü süre içerisinde dava açılabilmesini kabul etmek gerekmektedir⁸⁸. Dava açma süresine ilişkin olarak bu çalışma özelinde dikkat edilmesi gereken bir husus da, kamu tüzel kişisinin sermaye şirketi kurma yönünde yapmış olduğu idari işleme karşı idari yargı önünde iptal davası açıldığında bu dava üç aylık fesih davası açma süresini durdurmadığından ya da kesmediğinden iptal davasının sonucu beklenmeksizin fesih davası açılmalıdır. Aksi halde idari işlem hakkında iptal kararı verilmiş olsa dahi üç aylık hak düşürücü süre geçmiş olduğundan fesih davasının açılması mümkün olmayacaktır.

Pay sahibinin ve yönetim kurulunun dava açma süreleri bakımından üç aylık hak düşürücü süre bir anlam ifade etse de özellikle alacaklılar ve Ticaret Bakanlığı'na tanınan dava açma hakkı bakımından bu üç aylık hak düşürücü sürenin uygunluğu tartışmaya açık bir meseledir⁸⁹. Zira gerek alacaklıların

⁸⁸ Kırcı, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, 363; Korkut, "Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksiklikler," 421.

⁸⁹ Hukuka aykırılık nedeniyle menfaati ihlal edilen ya da tehlikeye düşen pay sahibi ya da alacaklılara fesih davası açma yetkisi tanıyan İsviçre Borçlar Kanunu m. 643 hükmünde de dava açma süresi 3 ay olarak öngörülmüştür.

gerekse Bakanlığın kuruluş aşamasındaki hukuka aykırılığı bu süre içerisinde öğrenmesi ve dava açabilmesi çoğunlukla mümkün olmayacaktır.

b. Ticaret Bakanlığı'nın TTK m. 210 Hükmü Çerçevesinde Fesih Davası Açma Yetkisi

Bir sermaye şirketinin kuruluşu aşamasında alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması şartı ile Ticaret Bakanlığı'na fesih davası açma yetkisi verilmiş, ancak bu davanın açılabilmesi için üç aylık hak düşürücü süre öngörülmüştür. Kanunda ve ilgili ikincil mevzuatta Bakanlığa birtakım denetleme yetkileri verilmiş ise de TTK 353 kapsamında fesih davası açılmasına imkan veren hukuka aykırılıkların üç aylık hak düşürücü süre içerisinde tespiti ve tespit sonrasında aynı süre içerisinde dava açılması yukarıda da ifade edildiği üzere oldukça güçtür.

Kanunda Ticaret Bakanlığı'na fesih davası açma hakkı tanınan bir diğer hal de TTK m. 210 hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükme göre “*Kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca, bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir.*”

Kamu tüzel kişileri tarafından yetki sınırlarının dışına çıkılarak kamu kaynaklarının hukuka aykırı olarak kullanılması suretiyle sermaye şirketinin kurulması kamu düzenine ilişkin bir mesele olup, bu halde Bakanlığın TTK 210/3 maddesi kapsamında fesih davası açma yetkisinin mevcudiyetinden bahsedilebilecektir. Bakanlığın bu hüküm kapsamında fesih davası açabileceğinin kabulü, özellikle TTK 353 hükmünde öngörülen üç aylık hak düşürücü sürenin uygulanmasında ortaya çıkacak güçlükler bakımından farklılık yaratmaktadır. Zira TTK m. 210/3 hükmü uyarınca Bakanlığa dava açma süresi olarak bir yıllık süre tanınmış olup, bu sürenin başlangıcı da Bakanlığın ilgili hukuka aykırılığı öğrendiği tarih olarak belirlenmiştir⁹⁰. Kanunda öngörülen bu sürenin hak düşürücü süre olduğu kabul edilmektedir⁹¹.

⁹⁰ Kuruluştaki kamu düzenine aykırılık nedeniyle TTK m. 210/3 hükmü uyarınca fesih davasının açılmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Akdağ Güney, *Kuruluş*, 232; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Şirketler Hukuku C. I*, 367.

⁹¹ Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku*, 210.

c. Sermaye Şirketi Kurulmasına Dair İdari İşlemin Hukuka Aykırılığının Tespiti Bakımından Hukuk Mahkemelerinin Yetkisi

Kamu tüzel kişileri tarafından sermaye şirketi kurulmasına dair alınan kararlar birer idari işlem niteliğinde olduğundan, idari işlemin iptaline yönelik olarak açılacak davalarda davanın görüleceği yer fesih davasının açılacağı ve görüleceği asliye ticaret mahkemeleri değil, İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 2/1-a uyarınca idari yargı yerleri olacaktır. Şu halde şirket kurulmasına dair idari işlemin hukuka aykırı olması halinde, bu hukuka aykırılığın şirket kuruluşuna sirayet edebilmesi için idari işlem hakkında iptal davası açılmasının ve iptal kararı verilmesinin zorunlu olup olmadığı hususunun değerlendirmesi gerekmektedir. Yani şirketin feshini konu edinen bir davada, idari yargı tarafından verilen bir iptal kararı söz konusu değilken asliye ticaret mahkemesi tarafından hukuka aykırılık denetimi yapılmasının mümkün olup olmadığı incelenmelidir.

Hukukumuzda bazı hallerde meydana gelen hukuka aykırılık halleri aynı anda birden fazla yargı yolunun yetki alanında yer alan uyumsuzluklarla ilişkili olabilmektedir. Örneğin borçlar hukuku anlamında haksız fiil niteliğinde olan ve tazminat davasına konu edilebilen bir eylem aynı zamanda bir suç teşkil etmesi halinde ceza yargılamasına konu edilebilmektedir⁹². Ya da bu çalışmamızda ele alındığı üzere bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığı tartışma konusu iken, bu hukuka aykırılık adli yargıda şirketin feshi davasında da gündeme gelebilmektedir. Bu tip hallerde bir yargı yolunda yapılan yargılamanın farklı bir yargı yolundaki davaya etkisinin ne şekilde olacağına ilişkin olarak genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu hakkında ceza yargılaması ile hukuk yargılaması arasındaki ilişki bakımından TBK m. 74 hükmü mevcut olsa da, bu hükmü genele teşmil etmek mümkün olmadığı gibi ceza yargılaması ile hukuk yargılaması arasındaki ilişkiyi de mutlak olarak çözdüğünü ifade etmek oldukça güçtür⁹³. İdari yargı ile medeni yargı arasındaki ilişki bakımından ise kanunda herhangi bir düzenleme

⁹² Suç olarak tanımlanan bir fiil hakkında öngörülen cezanın toplum yararı yanında bireylerin menfaatlerini de korumayı amaçladığı hallerde, fiilin işlenmesiyle birlikte TBK 49/1 hükmü kapsamında haksız fiilin hukuka aykırılık şartının sağlanacağı yönünde bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2018), 614.

⁹³ İlgili hüküm hakkında değerlendirmeler için bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 79 vd.

bulunmamaktadır. Bu halde örneğin medeni yargıda bir idari işlemin hukuka aykırılığı gündeme geldiğinde muhakkak o işlem hakkında bir idari yargı kararı gerekli olacak mıdır ya da idari yargıda hukuka aykırılık nedeniyle işlemin iptal olması halinde iptal kararı hukuk yargılamasında hakim açısından bağlayıcılık taşıyacak mıdır?

İdari yargı ile medeni yargının her ikisi de birbirinden bağımsız olup, yetkili oldukları uyuşmazlıklar bakımından görmekte oldukları davanın çözüme kavuşturulması için gerekli olması halinde ön sorunları da çözüme bakımından yetkilidirler⁹⁴. Bunun yanında HMK m. 165 hükmü uyarınca bir davada bir hükmün verilebilmesi başka bir davada verilecek karara kısmen ya da tamamen bağlı ise mahkeme tarafından o davanın sonuçlanmasına kadar yargılama bekletilebilir. Bekletici sorun olarak adlandırılan bu müessese, Kanun'da açıkça öngörülen haller dışında mahkemeler bakımından bir zorunluluk taşımamaktadır⁹⁵. Bir idari işlemin hukuka aykırılığı hakkında yargılama devam ederken, bu yargılamanın konusu medeni yargıda görülen uyuşmazlık açısından da önem arz ediyorsa, idari yargıda açılan bir davanın bekletici mesele yapılması gerekip gerekmediği hakkında kanunda açık bir düzenleme öngörülmemiştir. Bununla birlikte Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarında bu tip uyuşmazlıklar bakımından medeni yargıda mahkemenin bekletici mesele yapması gerektiği ifade edilmektedir. Bir idari işlem hakkında verilecek kararın medeni yargıda görülmekte olan bir davaya etkisi bakımından Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir:

“Bilindiği üzere 6100 sayılı HMK'nun 165. maddesi; “ Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir.” hükmünü içermektedir. O hâlde, mahkemece, idari işlemin iptaline ilişkin idari yargıda açılan davanın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165/1. maddesi gereğince "bekletici sorun" kabul edilerek neticesinin beklenmesi, ondan

⁹⁴ Mine Akkan, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017), 94.

⁹⁵ Kanunda bekletici mesele yapılmasının zorunlu olarak öngörüldüğü haller hakkında bilgi için bkz. Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013), 466 vd.; Muhammet Özekes, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017), 1414 vd.

sonra varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yazılı olduğu üzere karar verilmesi doğru değildir.”⁹⁶

Kanunda açık bir zorunluluk hükmü görülmemekle birlikte, bekletici soruna ilişkin şartların gerçekleştiğinde Yargıtay, mahkemelerin bir başka mahkemede görülmekte olan davanın sonucunun beklenmemesini bozma sebebi olarak kabul etmektedir. Bekletici soruna ilişkin HMK’da özel olarak düzenleme yapılmasının sebebi, farklı mahkemelerin ayrı ayrı yargılama yaparak farklı sonuçlara varmasını önlemek⁹⁷ ve bu sayede hukuk güvenliğini sağlamaktır. Bu yönüyle Yargıtay’ın bekletici soruna yaklaşımı isabetlidir.

Kamu tüzel kişisi tarafından hukuka aykırı olarak sermaye şirketi kurulması hakkında idari işlem tesis edilmiş ve bu işleme karşı idari yargıda iptal davası açılmış ise bu işleme dayanılarak kurulan sermaye şirketi hakkında açılan fesih davasında, kural olarak her iki davanın konusu birbirinden farklı olsa da idari yargıda yapılacak hukuka aykırılık değerlendirmesi asliye ticaret mahkemesinde görülen fesih davası bakımından da bir etki yaratacağından HMK m. 165 gereği fesih davasına bakan mahkemenin idari yargıda görülen davayı bekletici sorun yapması ve oradan çıkacak kararı dikkate alarak hüküm tesis etmesi gerekmektedir.

⁹⁶ Y. 1. HD. E. 2014/18236, K. 2016/5952, 11.05.2016, kararın alındığı yer: Yargıtay Emsal Karar Veri Tabanı: 18.01.2024.

Medeni yargıda görülmekte olan bir davanın vergi mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile olan ilişkisi bakımından verilen bir başka kararda da şu ifadeler yer verildiği görülmektedir: “Bekletici sorun görülmekte olan bir davayı doğrudan ilgilendiren bir konunun derdest başka bir davada görülmesi halinde, davanın karara bağlanması için o dava sonucunun beklenmesi zorunluluğu veya gereğini ifade eder. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "Bekletici sorun" başlıklı 165. maddesine göre, "Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir." hükmünü içermektedir.

Mahkemece, davacının Erzurum Vergi Mahkemesine açmış olduğu 2014/169E. - 2014/1015K. sayılı kararının kesinleşip kesinleşmediğinin sorulması yoksa bu dosyanın kesinleşmesinin beklenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Y. 10. HD., E. 2015/10167 K. 2015/21967, 14.12.2015, kararın alındığı yer: Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi: 18.01.2024.

⁹⁷ Özekes, *Pekcanitez Usul*, 1419.

Sermaye şirketi kurulması hakkında tesis edilen idari işleme karşı idari yargıda iptal davası açılmamış ise fesih davasına bakan mahkemenin idari işlem hakkında değerlendirme yapmasının mümkün olup olmadığının ayrıca inceleme konusu edilmesi gerekmektedir. İdari işlemlere karşı işlemin iptali için dava açma süresi İYUK m. 7/1 hükmünde altmış gün olarak belirlenmiş olup, kanunda öngörülen bu süre hak düşürücüdür⁹⁸. Bu süre içerisinde dava açılmadığı takdirde söz konusu idari işlem hakkında iptal kararı verilebilmesi mümkün değildir. Ancak emredici kanun hükümlerinin dışına çıkılarak bir sermaye şirketinin kurulması halinde idari işlem hakkında iptal davası açılmadığından bahisle şirketin kuruluşu açısından hukuka aykırılığın ileri sürülemeyeceğini kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir. Bir idari işlem hakkında iptal davası açılması ile bu idari işlemin hukuka aykırılığının ileri sürülmesi her zaman aynı şey değildir. İptal davasına bakmakla görevli mahkeme dışında kalan bir mahkemede, bir idari işlemin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi bir ön sorun olarak gündeme gelebilir ve mahkeme işlemin hukuka uygunluğu konusunda somut uyumsuzluk özelinde bir değerlendirme yapılabilir. Bu değerlendirme sonrası idari işlemin hukuka aykırı olduğu kanaatine varılır ise, somut uyumsuzluk bu kanaate binaen çözümlenecektir. Ancak bu değerlendirme işlemin iptali veya hukuki etkisini yitirmesi gibi genel bir sonuç doğurmayacak, yalnızca somut uyumsuzluk özelinde etki doğuracaktır.

Elbette bu değerlendirme, söz konusu idari işlem hakkında daha önce idare mahkemesi tarafından bir iptal davası kapsamında hukuka uygunluk denetimi yapılmaması halinde gündeme gelecektir. Ancak uygulamada adli yargı mercilerinin, idari işlemler hakkında idari yargı yerleri tarafından verilen kararlarını dikkate almayarak bağımsız bir hukuka uygunluk denetimi yaptığı veya yapması gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır⁹⁹. İdari

⁹⁸ Turgut Tan ve Bahar Bayazıt, *İdare Hukuku*, (Ankara: Turhan Yayınevi, 2021), 1023; Zehreddin Aslan, *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 169. Buna karşılık Lütfi Duran idari dava açma süresinin hak düşürücü süre olmadığını, *sui generis* bir müessese olduğunu savunmaktadır. Buna gerekçe olarak, hak düşürücü süre kavramının özel hukuka ait olduğunu, kamu hukuku kavramlarının bunlara karşılık gelen özel hukuk kavramları ile mukayese edilerek açıklanmasının yanıltıcı olabileceğini ifade etmektedir. Lütfi Duran, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, *Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 18, 1-2 (1945), 249.

⁹⁹ Y. 1. HD, E. 2016/15199 – K. 2020/637, 06.02.2020, kararın alındığı yer: Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi: 18.01.2024; Y. 3. HD, E. 2012/21439 – K. 2012/25609, 12.12.2012, kararın alındığı yer: Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi: 18.01.2024.

işlemin hukuka uygunluğunu denetleme ve hukuka aykırılık halinde iptal kararı verme yetkisine sahip olan idare mahkemelerinin kararlarını göz ardı eden bu içtihadı katılmamaktayız. Dolayısıyla bu çalışma bağlamında, sermaye şirketi kurma kararına karşı idare mahkemeleri önünde bir iptal davası açılmış ve davanın esasına girilerek işlem hakkında hukuka uygun olduğu yönünde karar verilmişse, artık asliye ticaret mahkemelerinin bu işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirmemesi ve idare mahkemesi kararını esas alması gerektiği ifade edilmelidir.

Sonuç olarak, idari işlem hakkında iptal davası açılması ve iptal kararı verilmesini şirket hakkında fesih kararı verilmesi için ön şart olarak kabul etmek kanaatimizce söz konusu olmamalıdır. Bu bakımdan fesih davasının görüldüğü mahkemenin, sadece TTK 353 hükmünün sınırları çerçevesinde idari işlemin hukuka aykırılığını inceleme bakımından yetkili olduğunu ifade etmek daha yerinde bir tercih olacaktır¹⁰⁰.

B. Şirket Kurulduktan Sonra Devren Pay İktisap Edilmesi

Kamu tüzel kişinin yetkisi dahilinde olmayan bir işletme konusu ile sermaye şirketi kurmasının hukuka aykırı olduğu sonucuna varıldığında, bu hukuka aykırılık sadece şirketin kurulmasına ilişkin olmayıp, şirketin paylarının kuruluşun sonradan devri yoluyla iktisap edilmesinin de ayrıca değerlendirme konusu edilmesi gerekmektedir. Ancak yapılacak bu değerlendirme, kazandırmanın ivazlı ya da ivazsız olarak gerçekleşmesine göre farklılık arz edebilecektir.

1. Payın Bir İvaz (Karşı Edim) Karşılığında İktisap Edilmesi

Bir hukuki işlem çerçevesinde karşı akide kazandırmayı yapan kişi, karşı tarafa sağladığı menfaat karşılığında bir edim elde ediyorsa burada yapılan kazandırma ivazlı kazandırma niteliğindedir¹⁰¹. Bir sermaye şirketinin paylarının para karşılığında devrini konu edinen sözleşmeler niteliği itibarıyla satış sözleşmesi olarak kabul edilmektedir¹⁰².

¹⁰⁰ Akkan, *Pekcanitez Usul*, 94.

¹⁰¹ Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Temel Kavramlar*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 188.

¹⁰² Vedat Buz, "Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu," *BATİDER XXXV*, 3 (2019), 69; İsmail Türkyılmaz, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Pay Satış Sözleşmeleri Ekseninde Satıcının Beyan ve Tekeffülleri* (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021), 76.

Kamu tüzel kişinin yetki sınırlarını aşarak pay satışına ilişkin borçlandırıcı işlem niteliğinde olan satış sözleşmesini akdetmesi, bizim kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde tahsis ilkesi uyarınca hukuka aykırı olacak ve bu işlem geçersiz olacaktır. Geçersizliğin türü bakımından ise yukarıda da ele alındığı üzere tahsis ilkesi kapsamında yetki aşımının hak ehliyeti çerçevesinde ele alınması ile fiil ehliyeti çerçevesinde ele alınması arasında farklılık bulunmaktadır. Tahsis ilkesinin hak ehliyetine ilişkin olduğu, kamu tüzel kişinin kanunda öngörülen sınırlar dışında işlem yapmasında hak ehliyeti bulunmadığı görüşü benimsendiğinde pay satışına ilişkin olarak üçüncü kişi ile akdedilen sözleşme yok hükmünde olacaktır. Buna karşın yetki aşımının fiil ehliyeti çerçevesinde ele alınması halinde bu sözleşme kesin hükümsüz olacaktır.

Borçlandırıcı işlem niteliğinde olan satış sözleşmesinin akdedilmesi, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilecek olursa pay devrine konu edilen sözleşmenin, emredici kanun hükümlerine aykırı olmasından bahisle TBK 27 hükmü uyarınca kesin hükümsüz olduğu sonucuna varmak gerekecektir.

Payın devrine ilişkin borçlandırıcı işlem niteliğinde sözleşme akdedildikten sonra payın devralana geçebilmesi için tasarruf işleminin yapılması da zaruridir¹⁰³. Payın devrine ilişkin tasarruf işleminin sebebe bağlı (illi) ya da sebepten soyut (mücerret) olup olmadığı yönünde doktrinde tartışmalar bulunmaktadır¹⁰⁴. Bir tasarruf işleminin sebebe bağlı olup olmaması, borçlandırıcı işlemde meydana gelen sakatlığın tasarruf işlemine sirayet edip etmeyeceğine ilişkindir. Kamu tüzel kişinin yetkisi sınırları dışında pay iktisap etmesi hukuka aykırı olup bu aykırılık hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi bakımından söz konusu olduğu için payın devrinin sebebe bağlı olup olmadığının esasen bu çalışma bakımından bir farkı bulunmamaktadır. Kamu tüzel kişisi tarafından sermaye şirketi payının iktisap edilmesi işlemi, yani payın devrini konu edinen tasarruf işlemi de borçlandırıcı işlem hakkında ifade ettiğimiz üzere geçersiz olacak, geçersizliğin türü bakımından da borçlandırıcı işlem hakkında yapılan açıklamalar ile aynı sonucu doğuracaktır.

¹⁰³ Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 202.

¹⁰⁴ Konu hakkındaki tartışma ve görüşler için bkz. Sevi, *Payın Devri*, 204.

Payın hukuka aykırı olarak devredilmesi neticesinde, bu devir şirket nezdinde kabul edilse ve pay defterine işlenmiş olsa dahi bu hukuka aykırılıklar ortadan kalkmayacaktır.

2. Payın İvazsız İktisap Edilmesi

Kazandırma, herhangi bir karşı edim mukabilinde yapılmıyorsa, ivazsız kazandırmadan bahsedilir¹⁰⁵. Örneğin bağışlama sözleşmesi, vasiyetname ile miras bırakılması gibi hallerde karşı tarafa yapılan kazandırma karşılığında herhangi bir menfaat sağlanmadığı için kazandırma ivazsızdır¹⁰⁶.

Merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin malî yönetim ve kontrolünü sağlamak amacıyla çıkarılan 5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi Ve Kontrol Kanunu m. 40 hükmünde kamu tüzel kişilerine yapılan bağışlamanın hukuka uygun olduğu düzenlenmektedir. Bu hükme göre “*Kamu idarelerine yapılan her türlü bağış ve yardımlar gelir kaydedilir. Nakdi olmayan bağış ve yardımlar, ilgili mevzuatına göre değerlemeye tâbi tutularak kayıtlara alınır.*” Kanunda yer alan bu düzenleme karşısında bağışlama yoluyla şirket paylarının kamu tüzel kişileri tarafından iktisabı kanaatimizce hukuka aykırılık yaratmamaktadır. Vasiyetname ile kamu tüzel kişisine ivazsız olarak şirket ortaklığı kazandırılması da bu düzenleme ile paralel şekilde değerlendirilmeli ve bu da hukuka uygun olarak addedilmelidir.

SONUÇ

Gerçek kişiler tarafından oluşturulan kişi ya da mal topluluklarının, kişilerin kendilerinin dışında bir hak süjesi olarak görülme fikri çok eskiden beri var olsa da, günümüzdeki anlamda tüzel kişilik kavramı sanayileşme ve kentleşme sonrasında ortaya çıkmıştır. Tüzel kişilere ilişkin en temel ayırım, kamu tüzel kişisi ve özel hukuk tüzel kişisi ayırımıdır. Hukukumuzda kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerinin yapıları itibariyle benzeştiği ifade edilse de, kamu tüzel kişisinden kamu sıfatı kaldırıldığında, çoğu zaman kanunen kabul edilen herhangi bir tüzel kişi formuna uymayan bambaşka bir hukuki yapı ortaya çıktığından bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Bu ayırım tüzel kişi kavramı esas alınarak yapılmalı ve özel

¹⁰⁵ Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, 188.

¹⁰⁶ Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, 189.

hukuk tüzel kişileri tüzel kişilik kavramının özel hukuktaki yansıması iken kamu tüzel kişileri de kamu hukukundaki yansıması olarak değerlendirilmelidir.

Kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasındaki ayrım teorik olarak sarihtir. Buna karşın, kuruluş mevzuatı uyarınca özel hukuk hükümlerine göre idare edileceği açık şekilde düzenlenen bazı özel hukuk tüzel kişilerine, ilgili tüzel kişiye oldukça yabancı ve kamusal nitelik taşıyan yetkilerin de verildiği görülmektedir. Bu durumda özel hukuk tüzel kişisi ile kamu tüzel kişisi arasındaki ayrım görünüşte belirsizleşmektedir. Bu durumda doktrinde “atipik” ya da “sui generis” kavramları ile farklı bir tüzel kişilik modeli yaratıldığı ifade edilse de, bu modele uygulanacak olan hukuki rejim herhangi bir şekilde açıklanmadığından bu şekilde yapılacak olan bir sınıflandırma herhangi bir hukuki fayda sağlamamaktadır. Bu nedenle sui generis ya da atipik tüzel kişi olarak nitelendirilen tüzel kişileri hukuki rejimi belirli olan tüzel kişilik formlarından birisi içerisinde değerlendirmekte fayda bulunmaktadır.

Kamu tüzel kişilerinin kendilerine kanun ile tanınan yetkiler çerçevesinde sermaye şirketi kurabilmesi noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte kanun ile çizilen sınırların dışına çıkarak, yani kamu tüzel kişisi kanunen açıkça yetkilendirilmemesine rağmen sermaye şirketi kurması halinde bu işlemin geçerliliği idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilebileceği gibi tüzel kişinin amacı dışında faaliyet gösteriyor olması tahsis ilkesi çerçevesinde de değerlendirilebilecektir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kanunilik ilkesi kamusal bir faaliyet söz konusu olduğunda idarenin yetkilerinin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde temel ilkelere biri olarak işlev görmektedir. Ancak bu çalışmada kamu gücünün kullanımı niteliğindeki yetkiler açısından kanunilik ilkesinin geçerli olduğu, bu nitelikte bir yetki kullanımının söz konusu olmadığı hallerde, kamu tüzel kişilerinin tüzel kişilikten kaynaklanan ve tahsis ilkesi ile çevrelenen ehliyetine dayanarak işlem tesis edebileceği savunulmaktadır.

Elbette bu yorum, kanunlarda açıkça özel hukuk işlemi tesis etme veya şirket kurma yönünde tanınan düzenlemelerle uyumlu değildir. Madem kamu tüzel kişilerinin böyle yetkileri tüzel kişilik olmaktan kaynaklanmaktadır, o halde niçin kanunla özel olarak düzenlenme ihtiyacı duyulmuştur? Bu soruya cevaben, kanunda kamu tüzel kişilerine şirket kurma konusunda tanınan

yetkilerin, esasen özel hukuk tüzel kişisi kurmaktan ziyade yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini, kuracakları özel hukuk tüzel kişileri vasıtasıyla yürütme imkanını düzenlediği, başka bir deyişle vurgunun özel hukuk tüzel kişisinde değil kamu hizmetinin yürütülmesinde olduğu da söylenebilir.

Kanunilik ilkesi ile tahsis ilkesi arasında seçim yaparken dikkate alınması gereken diğer bir hususun kamu tüzel kişileri tarafından kurulan sermaye şirketlerinin başlangıç sermayesinin bir kamu kaynağı olduğu, zira kamu tüzel kişilerine bütçeden sağlanan gelirlerin, vergiler yoluyla zorlama dayalı olarak elde edilen gelirler olup, bu gelirler kamusal ihtiyaçların giderilmesi amacıyla toplandığı ve bu nedenle kanunilik ilkesi lehine bir yorum yapılması gerektiği savunulabilir. Ancak tahsis ilkesini esas aldığımızda da kamu tüzel kişileri tarafından kurulacak şirketlerin kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet yürütmesi veya yürütülen kamu hizmetlerine finansman sağlama amacıyla faaliyet yürütmesi gerekli olduğundan, bu amaçlara aykırı bir faaliyet yürütülmediği sürece, kamu kaynaklarının yine kamusal ihtiyaçlar için kullanıldığı söylenebilecektir. Dolayısıyla tahsis ilkesinin esas alınması ile şirketlerin kamu kaynağı ile kullanmaları bir aykırılık teşkil etmemektedir.

Ayrıca kamu tüzel kişiliğinin CBK ile kurulabiliyor olması nedeniyle CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişisine CBK'da şirket kurma yetkisi tanınması veya doğrudan CBK ile şirket kurulması da mümkündür. Bu iki durum da idarenin kanuniliği ilkesinin esas alınması yönündeki görüşü zayıflatmaktadır. Sonuç olarak, kamu tüzel kişilerinin sermaye şirketi kurma konusunda yetkisinin sınırlarının tespitinde kanunilik ilkesinden ziyade tahsis ilkesinin esas alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu kapsamda tahsis ilkesine aykırı olarak sermaye şirketi kurulması halinde, kamu tüzel kişisinin şirket kurma kararı hakkındaki idari işlemi iptal edilebilir olacaktır. Ancak iptal kararının verilmesi ile birlikte kurulmuş olan sermaye şirketi kendiliğinden ortadan kalkmayacak, mahkeme kararının yine idare tarafından uygulanması zaruriyeti ortaya çıkacaktır.

Sermaye şirketinin hukuka aykırı olarak kurulduğunun tespiti şirketin esas sözleşmesi ya da şirket sözleşmesinin akdedilmesinden sonra ve fakat tescilinden önce yapıldığı takdirde, ön şirket aşamasında ortaya çıkan bir hukuka aykırılık gündeme gelecektir.

Kamu tüzel kişisinin hukuka aykırı olarak sermaye şirketi kurması tahsis ilkesi çerçevesinde değerlendirilecek olursa, hak ehliyeti zaviyesinden bakıldığında sermaye şirketi kurulmasına ilişkin taahhüt yok hükmünde

olacakken, fiil ehliyeti üzerinden bakıldığında taahhüt kesin hükümsüz olacaktır. Bu sonucun ortaklık sözleşmesine nasıl yansıtacağı değerlendirilirken, ön şirket ilişkisinde ortakların ya da pay sahiplerinin nihayetinde bir sermaye şirketi kurma amacı taşıdıkları dikkate alındığında ise pay sahibi ya da ortaklardan birinin taahhüdünün geçersiz olması halinde ön şirket ilişkisinin de bütünüyle geçersiz olması gerekmektedir.

Sermaye şirketinin tescilinden sonra hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde TTK 353 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Kamu tüzel kişisi tarafından yetki sınırlarının aşılması, şirketin feshine neden olabilecek hukuka aykırılıklardan olup, kamusal gelirlerin şirketin başlangıç sermayesinde kullanılması kamunun menfaatlerini önemli ölçüde tehlikeye düşürebilecek işlemlerdendir. Bu kapsamda pay sahipleri, alacaklılar ve Ticaret Bakanlığı şirketin feshini mahkemedен talep edebilecektir. Fesih davası açıldığında şartlarının oluşması halinde dahi şirketin ayakta tutulması mümkün ise hukuka aykırılığın giderilmesi için mahkeme süre verebilecektir. Bu durumda şirket TTK 473 vd. hükümleri ekseninde sermaye azaltarak kamu tüzel kişisinin pay sahipliğini sona erdirebileceği gibi, kamu tüzel kişisinin sahip olduğu payları üçüncü kişilere ya da şartların mevcut olması halinde şirkete satarak pay sahipliğini sona erdirebilmesi mümkündür.

Kamu tüzel kişisinin sermaye şirketini hukuka aykırı olacak şekilde kurması halinde TTK 210 hükmü çerçevesinde Ticaret Bakanlığı'nın fesih davası açması ise ayrı bir hukuki rejimdir. Bu hükme göre açılan davalarda ise TTK 353 hükmünde öngörülen üç aylık süreden farklı olarak dava açma süresi bir yıldır.

Kamu tüzel kişisinin bir sermaye şirketinde pay sahibi ya da ortak olması sadece kuruluş yoluyla değil, sonradan pay iktisap edilmesi yoluyla da olabilecektir. Kamu tüzel kişisinin bir ivaz karşılığında pay iktisap etmesi halinde, kuruluşta kamu kaynaklarının kullanılması nasıl hukuka aykırı ise, sonradan payın iktisabında da kamu kaynaklarının kamu hizmeti dışında kullanılması aynı şekilde hukuka aykırı olacaktır. Bu hukuka aykırılık tahsis ilkesi açısından ele alındığında, tahsis ilkesinin hak ehliyetine ilişkin olduğunun kabulü halinde satış sözleşmesi ve devre ilişkin tasarruf işlemi yok hükmünde olacakken, fiil ehliyetine ilişkin olması halinde bu sefer söz konusu işlemler kesin hükümsüz olarak addedilecektir.

Kamu tüzel kişisinin sermaye şirketi paylarını ivazsız olarak iktisap etmesinde ise hem kuruluşta hem de payın ivazlı iktisabında farklı sonuçlara varılacaktır. Bu ihtimalde kamu kaynaklarının amacı dışında kullanılması söz

konusu olmadığı gibi, kamu tüzel kişilerine yapılan karşılıksız kazandırmaların hukuka uygun olduğuna ilişkin 5098 sayılı Kamu Malî Yönetimi Ve Kontrol Kanunu'nda açık düzenleme de bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirketlerde Kuruluş*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Akın, Murat Yusuf. “İsviçre Hukuku Örneğinde Türk Medeni Kanunu Madde 47/11 ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde 353 Üzerine Düşünceler.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 26, 1 (2010): 175-227.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Cilt I*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.
- Akkan, Mine. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2017.
- Akünel, Teoman. *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988.
- Alper, Gizem. *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)*. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Aslan, Zehreddin. *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Bahtiyar, Mehmet. *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- Balta, Yusuf. “Modern ve İslam Hukuku Açısından Tarihi Süreçte Tüzel Kişilik.” *Amasya İlahiyat Dergisi* 17 (2021): 465-500.
- Barlas, Nami. *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Böckli, Peter. *Schweizer Aktienrecht*. Zurich: Shultess, 2022.
- Buz, Vedat. “Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu” *BATİDER* XXXV, 3 (2019): 65-93.
- Çağlayan, Ramazan. “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7 (2016): 373-398.
- Çak, Murat ve Demet Çak. “Devlet Üniversitelerinde Yeni Mali Kaynak Arayışları: Üniversite Şirketleri Modeli.” *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları* 58. Seri, 2, (2012): 27-50.
- Derdiman, Ramazan Cengiz. “Kamu Tüzel Kişiliğinin Ölçütleri Hakkında Değerlendirmeler.” *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi* 4, 3 (2021): 545-573.

- Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz. *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Duran, Lütfi. “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, *Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 18, 1-2 (1945), 238-263.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku*. İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2021.
- Ergün, Ömer. *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Hukuki Durumu*. İstanbul: OnikiLevha Yayınları, 2010.
- Fezer, Karl-Heinz, Anselm Brandi-Dohrn ve Holger Alt. “MarkenG § 7.” *Markenrecht (Editör: Karl-Heinz Fezer)*. München: C.H. Beck, 2023.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku, Cilt I*. Bursa: Ekin Kitabevi, 2019.
- Gözler, Kemal. *Mahalli İdareler Hukuku* Bursa: Ekin Kitabevi, 2018.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Hatemi, Hüseyin. *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, Cilt I*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1979.
- Hauriou, Maurice. *Traité de Droit Administratif*. Paris: L. Larose et Forcel, 1893.
- İnanç Mehmet. *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018.
- İsbir, Begüm. *Kamu Tüzel Kişiliği*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Karakocalı, Ahmet. *Ana Hatları ile Roma Hukukundan Günümüze Tüzel Kişilik Kavramı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku: II Şirketler Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1973.
- Kayabaş, Ebru. *Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Döneminde Cemiyetler Hukukunun Gelişimi*. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Kayabaş, Ebru. “Tüzel Kişilik Kavramının Tarihsel Gelişimi – I.” *İÜHFİM - Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı LXXV* (2017): 515-529.
- Kendigelen Abuzer. *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2012.
- Kendigelen, Abuzer ve İsmail Kırcı. *Şirketler Hukuku C. I*. İstanbul: Onikilevha Yayınları 2021.
- Kervankıran, Emrullah. “Ön Şirket Ve Hukuki Niteliği.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, 2 (2012): 349-370.
- Kırcı, İsmail, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat. *Anonim Şirketler Hukuku Cilt I*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2013.

- Kırkbeşoğlu, Nagehan. *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Koch, Jens. “§. 275.” *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (Editör: Wulf Goette, Mathias Habersack ve Susanne Kalss). München: C.H. Beck, 2021.
- Korkut, Ömer. “Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi.” *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012, MÜHFHAD* 18, 2 (2012), 411-430.
- Kramer, Urs, Melanie Bayer, Verena Fiebig ve Katrin Freudenreich, “Die Zweistufentheorie im Verwaltungsrecht oder: Die immer noch bedeutsame Frage nach dem Ob und Wie”, *Juristische Arbeitsblätter*, (2011), 810-819.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013.
- Kübler, Friedrich. *Gesellschaftsrecht*. Heidelberg 1981.
- Les Personnes Morales Publiques: Dons et Legs* (Paris: Librairie Carus, 1936).
www.gallica.bnf.fr.
- Lombardini, Carlo ve Caroline Clemetson. “Art. 643.” *Commentaire Romand Code des Obligations II* (Editör: Pierre Tercier, Marc Amstutz ve Rita Trigo Trindade). Bale: Helbing Lichtenhahn, 2017.
- Mimaroglu, Sait Kemal. *Ticaret Hukuku C. 2*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1972.
- Moroğlu Erdoğan. “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği.” *Makaleler*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2010.
- Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk Temel Kavramlar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 2*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Özekes, Muhammet. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017.
- Özsunay, Ergun. *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

- Pentz, Andreas. “§ 41.” *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (Editör: Wulf Goette, Mathias Habersack ve Susanne Kalss). München: C.H. Beck, 2019.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi C. I*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Schenker, Franz. “Art. 643.” *Obligationenrecht II-I Basler Kommentar* (Editör: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter). Basel: Helbing Lichtenhahl, 2012.
- Sevi, Ali Murat. *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Söğütlü, Özlem. *Roma Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Şener, Oruç Hami. *Adi Ortaklık*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Tan, Turgut Tan ve Bayazıt, Bahar. *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Yayınevi, 2021
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Türkyılmaz, İsmail. *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Pay Satış Sözleşmeleri Ekseninde Satıcının Beyan ve Tekefülleri*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021.
- Ulusoy, Ali. *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Türk Medeni Hukuku, Cilt 1*. İstanbul: Nurgök Matbaası, 1960.
- Yaprak, Nurhan. *Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Hukuki Niteliği*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020.
- Yasan, Mustafa. “Türk Ticaret Kanunu m. 353’e Göre Fesih Davasının Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tarafından Açılabilmesinin Ticaret Hukuku Prensipleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi.” *İÜHF* LXXI, 2 (2013), 449-478.
- Yıldırım, Meral. *İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılan Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Yapabilirliği Sorunu*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019.
- Zevkililer, Aydın. *Medeni Hukuk*. Ankara: Savaş Yayınları, 1992.
- Zürcher, Wolfgang ve Martin Berweger. “Art. 643.” *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht - Orell Füssli Kommentar*. Zurich: Orell Füssli, 2023.

**TÜRK DEVLETLERİ TEŞKİLATI'NIN VE KUZEY
KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ'NİN (KKTC) TÜRK
DEVLETLERİ TEŞKİLATI'NDAKİ GÖZLEMCİ ÜYE
STATÜSÜNÜN ULUSLARARASI HUKUK
AÇISINDAN İNCELENMESİ**

*Examination of the Organization of Turkic States and the Observer
Status of the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) in the
Organization of Turkic States in Terms of International Law*

Tuğçe İSAYEV*

ÖZ

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin dağılmasının ardından bağımsız olan Türk Devletleri güçlü manevi bağlarından hareketle ve kendileri için bir çatı örgüt kurmak amacıyla zirveler düzenlemiştir. Zirvelerin sonucunda bir anlamda aşamalı bir şekilde Türk Devletleri Teşkilatı kurulmuştur. Türk Devletleri Teşkilatı üye devletlerin egemen eşitliğine dayanan, üye devletler arasında pek çok konuda iş birliğini sağlamayı hedefleyen bir uluslararası örgüttür. Türk Devletleri Teşkilatı'nın üyeleri: Türkiye, Azerbaycan, Kazakistan, Kırgızistan ve Özbekistan'dır. Macaristan, Türkmenistan ve KKTC devletleri ise Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsüne sahiptir. Bu çalışmanın hedefi, Türk Devletleri Teşkilatı'nı ve KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'ndaki gözlemci üye statüsünü uluslararası hukuk açısından incelemektir. KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye olmasının sebeplerinden biri örgüte üye devletler arasında henüz KKTC'yi devlet olarak tanımayanların bulunmasıdır. KKTC'nin gözlemci üye olmasının bir başka sebebi ise KKTC'nin mevcut üye devletlerle ortak değerleri paylaşan bir Türk Devleti ve Türk dili

Makalenin Geliş Tarihi: 19.04.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 11.11.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: tugceisayev@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8137-3981.

konuşan ülkelerden biri olması bu sebeple, örgüt dışında bırakılmak istenmemesi hatta tam aksine KKTC ile örgüt arasında yakın bir iş birliği ilişkisi kurulmak istenmesidir. Bu çalışma ile ulaşılan sonuca göre, KKTC gözlemci üye olarak Türk Devletleri Teşkilatı'nın çalışmalarına ve etkinliklerine katılma imkanına sahiptir. Bununla birlikte, KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'nın karar alma süreçlerine katılma, bu süreçlerde oy kullanma hakkı yoktur.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası örgütler, tam üyelik, gözlemci üye statüsü, Türk Devletleri Teşkilatı, KKTC.

ABSTRACT

After the dissolution of the Union of Soviet Socialist Republics, the independent Turkic States organized several summits to establish an umbrella organization for themselves driven by their strong spiritual ties. As a result of the summits, the Organization of Turkic States was established gradually. The Organization of Turkic States is an international organization based on the sovereign equality of member states and aims to ensure cooperation between member states on many issues. The members of the Organization of Turkic States are Turkey, Azerbaijan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, and Uzbekistan. Hungary, Turkmenistan, and TRNC have observer status in the Organization of Turkic States. This study aims to examine the Organization of Turkic States and the observer status of TRNC in the Organization of Turkic States in terms of international law. One of the reasons why TRNC is an observer of the Organization of Turkic States is that there are those among the member states of the organization that have not yet recognized TRNC as a state. Another reason why TRNC is an observer is that TRNC is one of the Turkic States and Turkic-speaking countries that share common values with the existing member states, so it is not desired to exclude it from the organization and on the contrary, it is desired to establish a close cooperation relationship between TRNC and the organization. According to the results of this study, TRNC has the opportunity to participate in the works and activities of the Organization of Turkic States as an observer. However, TRNC does not have the right to participate in the decision-making processes of the Organization of Turkic States and to vote in these processes.

Keywords: International organizations, full membership, observer status, Organization of Turkic States, TRNC.

GİRİŞ

Türk Devletleri Teşkilatı üye devletlerin güçlü manevi bağlarından hareketle kendileri için bir çatı örgüt kurmak amacıyla düzenledikleri zirveler sonucu ortaya çıkmıştır. Türk Devletleri Teşkilatı kurucu anlaşması olan Nahçıvan Anlaşması'nın 2009'da Türkiye, Azerbaycan, Kazakistan ve Kırgızistan tarafından imzalanması ile kurulmuştur. Türk Devletleri Teşkilatı üye devletlerin egemen eşitliği esasına dayanan, üye devletler arasında iş birliğini sağlamayı hedefleyen, kendini kuran devletlerden ayrı ve bağımsız bir uluslararası hukuk süjesi olan, kendi organları ve kurumsal yapısı bulunan, hükümetler arası, genel amaçlı ve bölgesel bir uluslararası örgüttür.

Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsüne sahip devletler Macaristan, Türkmenistan ve KKTC'dir. Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsüne sahip bir de uluslararası örgüt bulunmaktadır. Bu uluslararası örgüt Ekonomik İş Birliği Teşkilatı'dır. KKTC 2022'de Özbekistan'da gerçekleştirilen Türk Devletleri Teşkilatı Zirvesi sırasında örgüte gözlemci üye olarak kabul edilmiştir. Bu çalışmanın hedefi, bir uluslararası örgüt olarak Türk Devletleri Teşkilatı'nı ve KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'ndaki gözlemci üye statüsünü, bu bağlamda KKTC'ye Türk Devletleri Teşkilatı'nda tam üyelik yerine gözlemci üye statüsü verilmesinin sebeplerini ve sonuçlarını uluslararası hukuk çerçevesinde ayrıntılı şekilde incelemektir.

Bu çalışmanın birinci bölümünde uluslararası örgütler hukuku açısından Türk Devletleri Teşkilatı başlığı altında; Türk Devletleri Teşkilatı'nın kuruluşu ve uluslararası örgütlerin sınıflandırılması içindeki yeri, amaçları ve organları, yetkileri ve faaliyetleri hakkında açıklamalar yapılacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise Türk Devletleri Teşkilatı'na üyelik ve KKTC'nin statüsü başlığı altında; Türk Devletleri Teşkilatı'na üyelik, Türk Devletleri Teşkilatı'nda tam üyelik ve gözlemci üye statüsü ile KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'ndaki gözlemci üye statüsü ile ilgili değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. ULUSLARARASI ÖRGÜTLER HUKUKU AÇISINDAN TÜRK DEVLETLERİ TEŞKİLATI

A. Türk Devletleri Teşkilatı'nın Kuruluşu ve Uluslararası Örgütlerin Sınıflandırılması İçindeki Yeri

1. Türk Devletleri Teşkilatı'nın Kuruluşu

Hukuk kişiliği genel olarak belirli hukuk düzenleri içerisinde haklar ile yükümlülüklerle sahip olabilme yeteneğine işaret etmektedir. Hukuk kişiliği

tanımından hareketle, uluslararası hukuk sùjeleri de genel olarak uluslararası hukuk düzeni içerisinde haklara ve yükümlülöklere sahip olabilmektedir.¹

Uluslararası hukuk sùjeliđinin dar ve geniş şekilde tanımlanması mümkündür. Dar tanıma göre uluslararası hukuk sùjeliđi, uluslararası hukuktan ileri gelen haklar ile yükümlölöklere ve uluslararası hukuktan ileri gelen hakları uluslararası düzeyde doğrudan koruma yeteneğine sahip olabilmeyi ifade etmektedir. Bu tanıma göre devletler ve uluslararası örgütler uluslararası hukuk sùjesi olabilmektedir. Geniş tanıma göre ise uluslararası hukuk sùjeliđi, uluslararası hukukun hukuki statüsünü kısmen veya tamamen düzenlediği, uluslararası hukuk kurallarının hakkında düzenleme getirdiği bütün birimleri ifade etmektedir. Bu tanıma göre devletler ve uluslararası örgütler dışında başka birimler de uluslararası hukuk sùjesi olabilmektedir. Her iki tanıma göre de uluslararası örgütler uluslararası hukuk sùjesidir.² Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk sùjesi olduğu Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) Birleşmiş Milletler (BM) Hizmetinde Uğranılan Zararın Tazmini hakkındaki danışma görüşü ile de ortaya konmaktadır.³

¹ Ömer İlhan Akipek, *Devletler Hukuku İkinci Kitap Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet* (Ankara: Başnur Matbaası, 1964), 7; Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş Birinci Cilt* (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1968), 135-136; Hamza Eroğlu, *Devletler Umumi Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1984), 95-97; Edip F. Çelik, *Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987), 213-215; Cenap Çakmak, *Uluslararası Hukuk: Giriş Teori ve Uygulama Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2014), 113-115; Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 115-117; Kamuran Reçber, *Uluslararası Hukuk* (Bursa: Dora Yayıncılık, 2016), 203-205; Yusuf Aksar, *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 201; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 109; Enver Bozkurt, Yasin Poyraz ve Selcen Erdal, *Devletler Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), 77; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 1; Nergiz Emir, *Uluslararası Hukukta Kişilik Kavramı ve Uluslararası Örgütlerin Hukuki Kişiliğinin Sonuçları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021); Sezai Çağlayan, *Açıklamalı ve Örneklemeleli Uluslararası Hukuk Terimler Sözlüğü* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021), 102.

² Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 135-136; Eroğlu, *Devletler Umumi Hukuku*, 95-97; Çelik, *Milletlerarası Hukuk*, 213-215; Martin Dixon, *Textbook on International Law* (New York: Oxford University Press, 2007), 111-112; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 203-205; Martin Dixon, Robert McCorquodale ve Sarah Williams, *Cases & Materials on International Law* (New York: Oxford University Press, 2016), 136-182; Aksar, *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, 201-203; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 109; Bozkurt, Poyraz ve Erdal, *Devletler Hukuku*, 77; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1-4.

³ UAD'nin BM Hizmetinde Uğranılan Zararın Tazmini Hakkındaki Danışma Görüşü için bkz. <https://www.icj-cij.org/case/4>, Erişim Tarihi: 10.10.2023. Danışma Görüşü hakkında ayrıntılı

Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk sùjeliđi devletlerin uluslararası hukuk sùjeliđinden farklı olarak tam değil fonksiyonel, kuruluş amaçları ile sınırlı bir uluslararası hukuk sùjeliđidir.⁴ Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk sùjesi olduğu hususu kurucu anlaşmaları ile kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ifade edilebilmektedir. Uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmalarında uluslararası hukuk sùjeliđine sahip olup olmadıkları ile ilgili açık bir düzenlemenin bulunmaması halinde ise uluslararası örgütlerin hedeflerine, yetkilerine ve uygulamalarına bakılarak uluslararası hukuk sùjelikleri ile ilgili değerlendirme yapılabilmektedir. Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk sùjeliđine sahip olduğunu ortaya koymak için uluslararası anlaşma yapma, çeşitli temsil ilişkileri kurma, uluslararası alanda sorumluluk ileri sürebilme ve sorumlu tutulabilme, dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan yararlanma gibi yetkileri kullanılabilir.⁵

bilgi için bkz. Seha L. Meray, "Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Cismani Zararın Tazmini Meselesi," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakùltesi Dergisi* 9, no. 1 (1954): 85-134; Yusuf Aksar, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 249-256; İbrahim Kaya, Cüneyt Yüksel ve Galip Engin Şimşek, *Uluslararası Hukuk Pratik Çalışma Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 124-125.

⁴ Seha L. Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler* (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1977), 53; Cengiz Başak, *Uluslararası Örgütler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 49-50; Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 128; Erdem Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku Birleşmiş Milletler Sistemi* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2015), 28-33; İlyas Doğan, *Devletler Hukuku* (Ankara: Astana Yayınları, 2016), 419-422; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 239-241; Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, çev. Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe ve G. Engin Şimşek (Ankara: TÜBA Yayınları, 2018), 949-953; Mesut Hakkı Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları* (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2019), 1142-1143; Aksar, *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, 202-203; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* 173; Bozkurt, Poyraz ve Erdal, *Devletler Hukuku*, 136; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3; Mehmet Emin Çağıran, *Uluslararası Örgütler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2023), 264-298.

⁵ Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 135-136; Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, 66-68; Eroğlu, *Devletler Umumi Hukuku*, 95-97; Çelik, *Milletlerarası Hukuk*, 259; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 166; Başak, *Uluslararası Örgütler*, 69-73; Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 128; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 28-33; Doğan, *Devletler Hukuku*, 419-422; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 239-241; Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 949-953; Jan Klabbbers, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), 91-94; Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1142-1143; Paola Gaeta, Jorge E. Viñuales ve Salvatore Zappalá, *Cassese's International Law* (New York: Oxford University Press, 2020), 140-155; Aksar, *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, 221-223; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 173; Bozkurt, Poyraz ve Erdal, *Devletler Hukuku*, 138-141; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3; Ahmet Ulutaş, *Uluslararası Örgütler Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 26-32; Çağıran, *Uluslararası Örgütler*, 264-298. Uluslararası örgütlerin uluslararası sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ki-Gab Park ve Kyongwha Chung, "Responsibility of International

Türk Devletleri Teşkilatı'nın bir uluslararası örgüt olduğu kurucu anlaşmasının 1. maddesinde ifade edilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre taraflar uluslararası kuruluş şekline sahip bir iş birliği mekanizması kurmuştur. Türk Devletleri Teşkilatı'nın bir uluslararası örgüt olduğu kurucu anlaşmasının 1. maddesinde ifade edildikten sonra örgütün uluslararası hukuk süjesi olduğu kurucu anlaşmasının 10. maddesinde belirtilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre örgütün ana organlarından biri olan Sekretarya; üye devletlerin hepsinin onayı ile anlaşma imzalama, mülk satın alma ve satma, davacı ya da davalı şeklinde mahkemelere çıkma, banka hesabı açma ile nakit varlıklar konusunda sözleşme yapma amaçlarını ve görevlerini yerine getirme bakımından uluslararası hükmi yetkiye başka bir ifade ile, uluslararası hukuk süjeliğine sahiptir.⁶

Uluslararası örgütler geniş şekilde tanımlandığında uluslararası alanda faaliyetler gerçekleştiren, ticari hedefleri olmayan, birden fazla devlet ile ilgili bununla birlikte, devlet özelliklerine sahip olmayan her çeşit birleşmeyi

Organizations,” *Korea University Law Review*, no. 2 (2007): 67-105; Selman Öğüt, *BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2011 Yılında Yayınladığı Taslak Maddeler Çerçevesinde Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu* (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2014); Sevda Keskin, *Uluslararası Örgütlerin Askeri Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu* (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2021); Mehmet Dalar, “Uluslararası Örgütlerin Uluslararası Sorumluluğu ve BM Taslak Sözleşmesi,” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, no. 47 (2022): 357-374; Sarah Bayani, *International Legal Responsibility of International Organizations in the ILC Draft Articles and Beyond* (Göttingen: Göttingen University Press, 2022). Uluslararası örgütlerin sorumluluğu ile ilgili olarak BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Taslak Maddeler için bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf, Erişim Tarihi: 30.06.2024. Uluslararası örgütlerin uluslararası anlaşma yapma yetkisine sahip olması çerçevesinde BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan 1986 Viyana Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütlerle Uluslararası Örgütler Arasındaki Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin metni için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&clang=en#1, Erişim Tarihi: 30.06.2024. Uluslararası örgütlerin dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan yararlanması konusunda BM örneği ve bu çerçevede yapılan uluslararası anlaşma metni için bkz. <https://www.un.org/en/ethics/assets/pdfs/Convention%20of%20Privileges-Immunities%20of%20the%20UN.pdf>, Erişim Tarihi: 30.06.2024.

⁶ Süleyman Sırrı Terzioğlu, “Uluslararası Hukuk Açısından Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi,” *Uluslararası Hukuk ve Politika* 9, no. 36 (2013): 52-54; Hakkı Hakan Erkiner ve İlayda Eray, “Uluslararası Hukuk Bakımından Bir Uluslararası Örgüt Olarak Türk Devletleri Teşkilatı,” *Güvenlik Stratejileri Dergisi TDT Özel Sayısı* (2022): 226-227. Türk Devletleri Teşkilatı'nın kurucu anlaşması olan Nahçıvan Anlaşması için bkz. https://www.turkicstates.org/assets/pdf/temel_belgeler/Nahcivan_Anlasmasi_Turkce_20140417_193951.pdf, Erişim Tarihi: 19.01.2024.

içermektedir. Uluslararası örgütler ile ilgili olarak yapılan geniş tanım hükümetler arası ve hükümet dışı uluslararası örgütleri kapsamaktadır.⁷ Ancak, bu çalışma bakımından uluslararası hukuk süjesi olan hükümetler arası uluslararası örgütler önem arz etmektedir ve uluslararası örgütler terimi ile hükümetler arası uluslararası örgütler ifade edilmektedir.

Hükümetler arası uluslararası örgütlerin tanımı ilk olarak 1975 tarihli Evrensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline Dair Viyana Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yapılmıştır.⁸ Bu tanım yapılırken (Gerald Fitzmaurice'nin Uluslararası Hukuk Komisyonu'na önerdiği tanımdan hareket edilmiştir. Sözleşme ile yapılan tanıma göre hükümetler arası uluslararası örgütler devletlerin uluslararası anlaşmalar ile kurdukları, kendilerini kuran ve kendilerine üye olan devletlerden ayrı ve bağımsız uluslararası hukuk süjeleri olan, düzenlemeleri ve organları bulunan varlıklardır. Yapılan farklı tanımlardan hareketle hükümetler arası uluslararası örgütlerin genel olarak beş temel özelliğın bir araya gelmesi ile ortaya çıktığı ifade edilebilir. Bu özellikler arasında; uluslararası anlaşmayla kurulma, kurumsal bir yapı ve sürekliliğe sahip olma, hukuki bir şahsiyete sahip olma, işlevsel olma ve devletlerin ortak hedeflerinin gerçekleştirilmesi için iş birliğini sağlama yer almaktadır. Hükümetler arası uluslararası örgütlerde üye devletler egemenliklerini korumakta bununla birlikte, ortak kurallara uyma zorunluluğunu kabul etmektedir. Hükümetler arası uluslararası örgütler devletlerden farklı olarak ülke, insan ve egemenlik öğelerine sahip değildir.⁹ Bu çerçevede, hükümetler arası uluslararası örgütler devletler

⁷ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 47-48; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 112. Hükümet dışı uluslararası örgütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lyman Cromwell White, *International Non-Governmental Organizations* (New Brunswick: Rutgers University Press, 1951); Kemal Başlar, *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar* (Ankara: Nobel Yayıncılık, 2005).

⁸ 1975 tarihli Evrensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline Dair Viyana Sözleşmesi için bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5_1_1975.pdf, Erişim Tarihi: 27.10.2023.

⁹ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, 264-265; Eroğlu, *Devletler Umumi Hukuku*, 135; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (New York: Oxford University Press, 2002), 678-681; William R. Slomanson, *Fundamental Perspectives on International Law* (Boston: Wadsworth, 2011), 124-126; Başak, *Uluslararası Örgütler*, 47-51; Çakmak, *Uluslararası Hukuk*, 113-115; Acer ve Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 128-129; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 27-28; Doğan, *Devletler Hukuku*, 419-422; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 240; Alexandra R. Harrington, *International Organizations and the Law* (London: Routledge, 2018), 1-9; Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 948; Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1137; Aksar, *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, 220; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 168; Davut Ateş, *Uluslararası Örgütler Devletlerin Örgütlenme Mantığı* (Bursa: Dora Yayıncılık, 2021),

arasında iş birliğini sağlamaya ve devletlerin ortak sorunlarına ortak çözümler üretmeye yönelik mekanizmalar olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁰

Uluslararası örgütlerin hepsinin farklı amaçlar için kurulması sebebiyle kuruluş aşamaları birbirinden farklılık arz edebilmektedir. Bu çerçevede, kuruluşu aşamalı olarak gerçekleşen uluslararası örgütler ile karşılaşılabilmektedir. Uluslararası örgütlerin kuruluşu için devletler kurucu anlaşma, ortak bildiri ya da paralel tek taraflı hukuki işlemler yapma yollarından herhangi birini tercih edebilmektedir. Bununla birlikte, uluslararası örgütlerin kuruluşunda devletlerin en çok tercih ettikleri yol kurucu anlaşmalar yapma yoludur. Kurucu anlaşmalar uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk süjeliği, amaçları, ilkeleri, organları, üyelik şartları, yetkileri, hak ve yükümlülükleri gibi konularda her türlü bilgi ayrıntılı şekilde yer verebilmektedir.¹¹

19-22; Bozkurt, Poyraz ve Erdal, *Devletler Hukuku*, 137; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 113-114; Ian Hurd, *International Organizations Politics, Law, Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), 33-34; Jan Klabbbers, *An Introduction to International Organizations Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), 6-13; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*; 5-14. Uluslararası örgütlerin kuruluş sebepleri ve tarihsel gelişim süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Gönübol, *Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1975), 5-70; Mehmet Gönübol, *Uluslararası Politika: İlkeler, Kurumlar, Kavramlar* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1979), 471-479; Clive Archer, *International Organizations* (London New York: Routledge, 2001), 1-34; David Armstrong, Lorna Lloyd ve John Redmond, *International Organisation in World Politics* (London: Red Globe Press, 2004); Sonu Trivedi, *A Handbook of International Organizations* (New Delhi: Atlantic Publishers, 2005), 10-12; Mehmet Hasgüler ve Mehmet B. Uludağ, *Devletlerarası ve Hükümetler Dışı Uluslararası Örgütler: Tarihçe, Organlar, Belgeler, Politikalar* (İstanbul: Alfa Yayınları, 2018), 13-64; Susan Park, *International Organisations and Global Problems Theories and Explanations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 2-4; (Margaret P. Karns, Tana Johnson ve Karen A. Mingst, *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance* (Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2024).

¹⁰ Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 39-48. Bir başka görüş çerçevesinde ise hükümetler arası uluslararası örgütler eleştirel bir bakış açısı ile ele alınmakta ve hükümetler arası uluslararası örgütlerin araç, ara yüz olarak kullanıldığı ileri sürülmektedir. Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 34-38.

¹¹ Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş İkinci Cilt* (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1975), 167-168; Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, 264-265; Eroğlu, *Devletler Umumi Hukuku*, 139; Şeref Ünal, *Devletler Hukukuna Giriş* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003) 95; Başak, *Uluslararası Örgütler*, 67-69; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 28; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 243; Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 953-955; Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1141-1142; Aksar, *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, 220-223; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 171-172; Bozkurt, Poyraz ve Erdal, *Devletler Hukuku*, 137; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 114; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 135-197.

Türk Devletleri Teşkilatı'nın kuruluşunu 1992 yılına kadar geriye götürmek ve oradan başlayarak incelemek mümkündür. 1991 yılında Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin dağılmasının ardından bağımsız olan Türk Devletleri 1992 yılından itibaren kendileri için bir çatı örgüt kurma çabası göstermişlerdir. Bu çabalar Türk Devletleri'nin güçlü manevi bağlarından hareketle ortaya çıkmıştır. Türk Devletleri Teşkilatı bu çabaların sonucu olarak ve bir anlamda aşamalı bir şekilde kurulmuştur.¹² Türk Devletleri Teşkilatı kurucu anlaşma ile kurulmuş bir uluslararası örgüttür. Türk Devletleri Teşkilatı'nın kurucu anlaşması olan Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi'nin Kurulmasına Dair Nahçıvan Anlaşması 3 Ekim 2009'da Türkiye, Azerbaycan, Kazakistan ve Kırgızistan tarafından imzalanmıştır. Bu anlaşma 23 maddeden oluşan, örgütün amaç ve görevleri, organları, iş birliği türleri, uluslararası hukuk sùjeliđi, bütçesi ve benzeri konularda açıklamalar getiren bir kurucu anlaşmadır.¹³ Anlaşmanın başlığından anlaşıldığı üzere örgütün ismi ilk aşamada Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi olmuştur. Örgütün ismi daha sonra 12 Kasım 2021'de düzenlenen 8. Zirve'de devlet başkanlarının kabul ettiği İstanbul Bildirisi ile Türk Devletleri Teşkilatı olarak değiştirilmiştir.¹⁴ Örgütün ismi ile ilgili değişiklik yeni

¹² <https://www.turkicstates.org/tr/zirveler>, Erişim Tarihi: 27.01.2024; Terzioğlu, "Uluslararası," 46-51; Aidarbek Amirbek, Almasbek Anuarbekuly ve Kanat Makhanov, "Türk Dili Konuşan Ülkeler Entegrasyonu: Tarihsel Geçmişı ve Kurumsallaşması," *Ankasam Bölgesel Araştırmalar Dergisi* 1, no. 3 (2017): 164-204; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 218; Mevlüt Akçapa, "Türk Devletleri Teşkilatı'nın Tarihsel Gelişimi: Teşkilatın Dünü, Bugünü ve Yarını," *Avrasya Uluslararası Araştırma Dergisi* 11, no. 34 (2023): 473-491; Çisem Gençoğlu, "Sovyet Sonrası Türk Devletlerinin İşbirliği Arayışları," *Analiz*, no. 25 (2024): 1-9.

¹³ <https://www.turkicstates.org/tr/organizasyon-tarihcesi>, Erişim Tarihi: 27.01.2024; Terzioğlu, "Uluslararası," 49; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 226.

¹⁴ 12 Kasım 2021'de düzenlenen 8. Zirve'de devlet başkanlarının kabul ettiği İstanbul Bildirisi için bkz. https://www.turkicstates.org/assets/pdf/temel_belgeler/8-zirve-bildirisi-15-tr.pdf, Erişim Tarihi: 20.01.2024. Uluslararası örgütler kurulduktan sonra çeşitli kararlar almaktadır. Uluslararası örgütlerin aldığı çeşitli kararların hukuki dayanağını kurucu anlaşmaları ya da bu içerikteki diğer belgeleri teşkil etmektedir. Bu çerçevede, uluslararası örgütlerin kararları tek taraflı hukuki işlemler olarak değerlendirilebilmektedir. Bu konuda uluslararası örgütlerin kararlarının hukuk kaynağı oluşturduğuna dair farklı görüşlerin de ileri sürüldüğü ifade edilmelidir. Uluslararası örgütlerin kararları çeşitli şekillerde sınıflandırılabilir. Bu sınıflandırmalardan biri bağlamında uluslararası örgütlerin kararları bağlayıcı kararlar ve tavsiye kararları şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bağlayıcı kararlar ise uluslararası örgütün içinde ve dışında bağlayıcı kararlar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulabilmektedir. Uluslararası örgütlerin içinde bağlayıcı hukuki etki doğuran kararlar bireysel içerikli ya da genel içerikli kararlar olabilmektedir. Genel içerikli kararlar uluslararası örgüte ilişkin her türlü kurumsal konu ile ilgili olarak alınabilmektedir. Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 271-276. Türk Devletleri Teşkilatı'nın tarihsel gelişim süreci bakımından önem arz eden İstanbul Bildirisi'nin uluslararası örgütlerin kararları

bir uluslararası örgüt kurulduğu anlamına gelmemektedir. Yeni bir uluslararası örgüt kurulması için yeni bir kurucu anlaşma yapılması gerekirken burada sadece isim değişikliği ile yetinilmesi söz konusudur. Örgütün ismi önceki hali ile Türk Dili konuşan başka devletler içerisinde yer alan özerk cumhuriyetler gibi yapıların üye olarak kabul edilmesine imkan verir niteliktedir. Çünkü, isimde devletler yerine ülkeler kelimesi tercih edilmiştir.¹⁵ Örgütün ismi mevcut hali ile ise sadece Türk Devletleri'nin üyeliğine imkan verir niteliktedir. Bu anlamda isim değişikliği önem arz etmektedir.

Türk Devletleri Teşkilatı kurucu anlaşması ile Türkiye, Azerbaycan, Kazakistan ve Kırgızistan tarafından kurulmuş, kendini kuran devletlerden ayrı ve bağımsız bir uluslararası hukuk süjesi olan, Devlet Başkanları Konseyi, Dışişleri Bakanları Konseyi, Kıdemli Memurlar Komitesi, Aksallar Konseyi ve Sekretarya gibi kendi organları ve sürekliliği bulunan, kendi düzenlemelerini yapabilen, işlevsel ve üye devletler arasında çeşitli konular bakımından iş birliğini sağlamayı hedefleyen bir hükümetler arası uluslararası örgüttür.¹⁶

2. Türk Devletleri Teşkilatı'nın Uluslararası Örgütlerin Sınıflandırılması İçindeki Yeri

Uluslararası örgütleri çeşitli şekillerde sınıflandırmak mümkündür. Bu çerçevede yapılabilecek ayrımlardan biri evrensel ve bölgesel uluslararası örgütler ayrımıdır. Evrensel uluslararası örgütler coğrafi açıdan bir sınır söz konusu olmaksızın bütün devletlerin üye olabileceği uluslararası örgütlerdir. BM coğrafi açıdan bir sınır söz konusu olmaksızın bütün devletlerin üye olabileceği evrensel uluslararası örgütlerin örneklerinden birini teşkil etmektedir.¹⁷ Bölgesel uluslararası örgütler ise sadece belirli coğrafi bölgelerden devletlerin katılımına açık olan uluslararası örgütlerdir. Uluslararası örgütler arasında yapılabilecek bir başka ayırım genel amaçlı ve teknik uluslararası örgütler ayrımıdır. Genel amaçlı uluslararası örgütlerin amaçları çok geniş kapsamlıdır. Bununla birlikte, teknik uluslararası örgütler belirli konular ile ilgili çalışan uzmanlaşmış uluslararası örgütlerdir. Bu ayırım bakımından BM genel amaçlı uluslararası örgütlerin

ile ilgili olarak yapılan açıklamalar doğrultusunda uluslararası örgütün içinde hukuki etki doğuran, genel içerikli bağlayıcı bir karar olarak değerlendirilmesi mümkündür.

¹⁵ Terzioğlu, "Uluslararası," 55-57.

¹⁶ <https://www.turkicstates.org/tr/organizasyon-semasi>, Erişim Tarihi: 27.01.2024; Terzioğlu, "Uluslararası," 52-53; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 226-227.

¹⁷ BM'nin evrensel bir uluslararası örgüt olduğunu ortaya koyan üye devletler listesi için bkz. <https://www.un.org/en/about-us/member-states>, Erişim Tarihi: 06.06.2024.

örneklerinden birini teşkil etmektedir.¹⁸ Uluslararası örgütler ile ilgili olarak yapılabilecek bir başka ayırım ise iş birliği sağlamayı hedefleyen ve ulus üstü uluslararası örgütler ayırımıdır. İş birliği sağlamayı hedefleyen uluslararası örgütler geleneksel uluslararası örgütlerdir ve üyeleri arasında eş güdüm sağlamakla yetinmektedir. BM üye devletler arasında iş birliğini sağlamayı hedefleyen, geleneksel uluslararası örgütlerin örneklerinden birini teşkil etmektedir.¹⁹ Ulus üstü uluslararası örgütlerde ise amaç üye devletlerin bütünleşmesini sağlamaktır. Ayrıca, bu tarz uluslararası örgütlerde üye devletlerin uluslararası örgüte yetki devri söz konusu olabilmektedir.²⁰

Türk Devletleri Teşkilatı bir bölgesel uluslararası örgüttür. Örgüte üye olabilmek için Türk Devletleri Teşkilatı Usul Kuralları'nın²¹ 1. maddesine göre Türk Devletleri'nden biri olmak gerekmektedir. Türk Devletleri'nin aynı bölgede bulunması, örgüte coğrafi açıdan bir sınır söz konusu olmaksızın bütün devletlerin üye olamayacağı anlamına gelmektedir. Ayrıca, kurucu anlaşmasının 2. maddesinde örgütün bölgesel barışın sağlanmasını hedeflediği ifade edilmiştir. Bu düzenleme de örgütün bir bölgesel uluslararası örgüt olduğuna işaret etmektedir. Aynı düzenlemede örgütün amaçları arasında dünya genelinde barışın sağlanması da sayılmaktadır. Ancak, faaliyetleri incelendiğinde örgütün aynı

¹⁸ BM'nin genel amaçlı bir uluslararası örgüt olduğunu ortaya koyan amaçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.un.org/en/our-work>, Erişim Tarihi: 06.06.2024.

¹⁹ BM'nin üye devletlerin egemen eşitliği ilkesine dayanan, üye devletler arasında iş birliğini sağlamayı hedefleyen geleneksel bir uluslararası örgüt olduğunu ortaya koyan ilkeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/chapter-1>, Erişim Tarihi: 06.06.2024.

²⁰ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, 265; Eroğlu, *Devletler Umumi Hukuku*, 137-138; Ünal, *Devletler Hukukuna Giriş*, 95; Nigel D. White, *The Law of International Organizations* (Manchester: Manchester University Press, 2005), 2; Başak, *Uluslararası Örgütler*, 51-62; Çakmak, *Uluslararası Hukuk*, 118-122; Michael Davies ve Richard Woodward, *International Organizations A Companion* (Cheltenham: Edward Elgar, 2014), 13-18; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 39-48; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 241-244; Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1150-1152; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 168-170; Ateş, *Uluslararası Örgütler*, 26-29; Bozkurt, Poyraz ve Erdal, *Devletler Hukuku*, 136; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 114-115; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 76-134.

²¹ Türk Devletleri Teşkilatı'nın kurucu anlaşmasının 18. maddesi ile getirilen düzenlemeye göre idari konulara ilişkin düzenlemeler Dışişleri Bakanları Konseyi'nin hazırlayacağı ve Devlet Başkanları Konseyi'nin onayına sunacağı Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi Yönetmeliği ile yapılacaktır. Bu düzenlemeden hareketle Dışişleri Bakanları Konseyi 20.10.2011'de Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi Çalışma Esasları'nı kabul etmiştir. Bu belge 21.10.2011'de Devlet Başkanları tarafından onaylanmıştır. Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 228. Türk Devletleri Teşkilatı'nın yeni usul kuralları ise 2022 Semerkant Zirvesi'nde kabul edilmiştir.

bölgede bulunan ve ortak bir dili, tarihi, kültürel ve manevi değerleri paylaşan devletlerden oluştuğu anlaşılmaktadır.²²

Türk Devletleri Teşkilatı bir genel amaçlı uluslararası örgüttür. Örgütün amaçları kurucu anlaşmasının 2. maddesinde sayılmıştır. Buradaki düzenlemeye göre örgütün amaçları arasında üye devletler arasında karşılıklı güvenin, dostluğun ve iyi komşuluk ilişkilerinin güçlendirilmesi, bölgede barışın sağlanması, dış politika meselelerinde ortak tutum benimsenmesi, ticaret ve yatırım bakımından olumlu koşulların oluşturulması, insan haklarının güvence altına alınması, bilim, teknoloji, eğitim gibi konularda iletişimin güçlendirilmesi ve benzeri yer almaktadır. Bahsedilen hususlar örgütün bir genel amaçlı uluslararası örgüt olduğunu, sadece belirli konular ile ilgili çalışan bir teknik uluslararası örgüt olmadığını ortaya koymaktadır.²³

Türk Devletleri Teşkilatı üye devletler arasında iş birliği ve eş güdüm sağlamayı hedefleyen bir geleneksel uluslararası örgüttür. Bu husus örgütün kurucu anlaşmasının 1. maddesinde ifade edilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre örgüt kurucu devletler tarafından bir iş birliği mekanizması olarak kurulmuştur. Bu çerçevede, örgüt üye devletlerin iş birliği ve eş güdümünü sağlamakla yetinen, en azından şu an için üye devletlerin bütünleşmesini hedeflemeyen, üye devletlerin örgüte yetki devrini gerektirmeyen bir geleneksel iş birliği örgütüdür.²⁴ Uluslararası örgütlerin esnek yapısı düşünüldüğünde örgütün uluslararası örgütlerin sınıflandırılması içindeki yerinin zamanla değişebileceği ileri sürülebilir. Örneğin, üye devletlerin taleplerinin bu yönde olması, bu konuda gerekli düzenleme ve değişikliklerin yapılması sonucu örgütün zamanla Avrupa Birliği gibi ulus üstü bir uluslararası örgüte dönüşmesi söz konusu olabilir.

²² Terzioğlu, “Uluslararası,” 57-58; Erkiner ve Eray, “Uluslararası,” 228.

²³ Terzioğlu, “Uluslararası,” 58-60; Erkiner ve Eray, “Uluslararası,” 227.

²⁴ Türk Devletleri Teşkilatı’nın iş birliği alanları arasında; siyasi, ekonomik, gümrük iş birliği başta olmak üzere 20 alan yer almaktadır. İş birliği konuları ve örgüt çerçevesinde oluşturulan iş birliğinin güçlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.turkicstates.org/tr/isbirligi-alanlari>, Erişim Tarihi: 27.01.2024; Pelin Musabay Baki, “Turkic World Vision–2040: A Step Forward for the Resilience of Turkic Cooperation,” *Perceptions Journal of International Affairs* 27, no. 1 (2022): 26-52; Orkhan Baghirov, “The Organization of Turkic States’ Economic Potential and Cooperation Prospects among its Members,” *Perceptions Journal of International Affairs* 27, no. 1 (2022): 53-73; Ömer Faruk Kocatepe, *Türk Devletleri Teşkilatı Politik ve Askeri İş Birliği* (Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2022); Çisem Gençoğlu, “Zengezur Koridoru’nun Jeopolitik Önemi: Türk Devletleri Teşkilatı’nın Geleceği,” *Analiz*, no. 30 (2024): 1-9.

B.Türk Devletleri Teşkilatı'nın Amaçları ve Organları

1.Türk Devletleri Teşkilatı'nın Amaçları

Uluslararası örgütler belirli amaçları yerine getirmek için kurulan fonksiyonel uluslararası hukuk kişileridir. Uluslararası örgütlerin amaçları genel olarak kurucu üyeleri tarafından belirlenmekte ve kurucu anlaşmalarında belirtilmektedir. Amaçları olmayan bir varlığın uluslararası örgüt olabilmesi mümkün değildir. Uluslararası örgütlerin amaçlarının kurucu anlaşmalarında ayrıntılı şekilde ya da kısaca ifade edilmesi mümkündür. Uluslararası örgütlerin amaçlarının zamanla değişikliğe uğraması da söz konusu olabilmektedir. Uluslararası örgütlerin amaçlarını gerçekçi şekilde belirlemesi ve amaçları doğrultusunda hareket etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, uluslararası örgütler meşruluklarını yitirebilecektir.²⁵

Uluslararası örgütlerin amaçlarını gerçekleştirmeye çalışırken ilkelerine uygun hareket etmesi gerekmektedir. Uluslararası örgütlerin ilkeleri genel olarak kurucu üyeleri tarafından belirlenmekte ve kurucu anlaşmalarında belirtilmektedir. Uluslararası örgütlerin ilkelerinin kurucu anlaşmalarında ayrıntılı şekilde ya da kısaca ifade edilmesi mümkündür. Uluslararası örgütlerin ilkelerini gerçekçi şekilde belirlemesi ve ilkeleri doğrultusunda hareket etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, uluslararası örgütler meşruluklarını yitirebilecektir.²⁶

Türk Devletleri Teşkilatı'nın amaçları kurucu üyeleri tarafından belirlenmiş ve kurucu anlaşmasının 2. maddesinde belirtilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre örgütün temel amaç ve görevleri arasında: üye devletler arasında karşılıklı olarak güven, dostluk, iyi komşuluk ilişkilerini güçlendirmek; hem bölgede hem de dünyada barışı sağlamak, güvenlik ile emniyeti güçlendirmek; ortak menfaatleri ilgilendiren dış politika konularında ortak bir tutum benimsemeye çalışmak; uluslararası terörizm, ayrılıkçılık, aşırıçılık, insan kaçakçılığı, uyuşturucu ticareti, narkotik ile psikotropik maddelerle uluslararası bağlamda mücadele konusunda eş güdüm sağlamak; siyasi, ekonomik, ticari konularda ve çevre, eğitim, enerji, ulaştırma, kredi ile finans alanlarında ve ortak menfaatleri ilgilendiren başka alanlarda etkili ikili ve bölgesel iş birliğini özendirme; ticaret ile yatırım bakımından elverişli durumlar yaratmak, gümrük düzenlemeleri ve mal, hizmet ve sermayenin dolaşımına imkan veren düzenlemeleri kolaylaştırmak, mali sistem ile bankacılık işlemlerini basitleştirmek; üye devletlerin halklarının yaşam

²⁵ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 63-67; Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1140.

²⁶ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 63-67; Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1140.

şartlarını süratle iyileştirmek, geliştirmek maksadıyla eşitliğe ve ortaklığa dayanan müşterek faaliyetlerle bölgede dengeli ve kapsamlı ekonomik büyüme ile kültürel ve sosyal gelişimi sağlamak; uluslararası hukukça genel olarak tanınan ilkeler ve normlara uygun şekilde iyi yönetim, hukukun üstünlüğü, temel haklar ve özgürlükler ile insan haklarının korunması konularını ele almak; teknoloji, bilim, sağlık, eğitim, kültür, turizm ve spor konularında etkileşimi artırmak; Türk halklarının zengin kültürel ve tarihsel mirasının değerlendirilmesi ve tanıtılıp yayılması bakımından üye devletlerin basın ile iletişim araçları arasında bulunan etkileşimi özendirmek; karşılıklı olarak hukuki yardımlaşma ve hukukun çeşitli alanlarında iş birliğini geliştirme amacıyla hukuki bilgi alışverişini ele almak bulunmaktadır. Bahsedilen hususlar örgütün amaçlarının kurucu anlaşmasında ayrıntılı şekilde ifade edildiğini ortaya koymaktadır.²⁷ Örgütün amaçlarının çok geniş bir şekilde belirlenmesi sayılan bütün amaçların gerçekleştirilmesi için çaba harcanmasını sağlayacak olması bakımından olumludur. Ancak, amaçların bu kadar geniş bir şekilde belirlenmesi çeşitli amaçların gerçekleştirilmesinde başarısız olunması gibi durumlarda olumsuzlukları beraberinde getirebilecektir.

2. Türk Devletleri Teşkilatı'nın Organları

Uluslararası örgütler kendilerini kuran devletlerden ayrı ve bağımsız uluslararası hukuk sükajeleridir ve iradeye sahiptir. Uluslararası örgütler kendi iradelerini organları vasıtasıyla ortaya koymaktadır. Bu sebeple, bütün uluslararası örgütlerin organlara sahip olması gerekmektedir. Uluslararası hukuk uluslararası örgütlerin organlarının sayısı ve şekli bakımından sınırlandırıcı bir düzenleme getirmemektedir. Bu konuda esas olan uluslararası örgütlerin ihtiyaçları doğrultusunda organlara sahip olmasıdır.²⁸

²⁷ Terzioğlu, "Uluslararası," 58-60; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 227; Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı Yayınları, *21. Yüzyılın Parlayan Yıldızı Türk Devletleri Teşkilatı* (Ankara: Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı Yayınları, 2023). Türk Devletleri Teşkilatı'nın geleceğe yönelik hedefleri Türk Dünyası 2040 Vizyonu isimli belgede ortaya konmuştur. <https://turkicstates.org/assets/pdf/haberler/turk-dunyasi-2040-vizyonu-2396-98.pdf>, Erişim Tarihi: 05.03.2024; Metin Kıratlı, *Türk Devletleri Teşkilatı Türk Dünyası 2040 Vizyonu* (Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2022).

²⁸ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, 265; Eroğlu, *Devletler Umumi Hukuku*, 140; Başak, *Uluslararası Örgütler*, 131-159; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 53-59; Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1146-1148; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 174-179; Bozkurt, Poyraz ve Erdal, *Devletler Hukuku*, 136; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 120-124; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 339-396.

Uluslararası hukuk bu konuda sınırlandırıcı bir düzenleme getirmemesine rağmen uluslararası örgütlerde genel olarak üç çeşit organ bulunmaktadır. Bu organlardan biri üye devletlerin tamamının temsil edildiği, uluslararası örgütlerin genel siyasetini belirleyen ve genel kurul olarak adlandırılabilen organdır. Uluslararası örgütlerde genel olarak bulunan bir başka organ ise sınırlı sayıda üye devletin temsil edildiği konsey şeklinde adlandırılabilen, çeşitli kararları almak ve bazı zamanlarda da uygulamakla görevli olan organdır. Uluslararası örgütlerde genel olarak bulunan bir başka organ ise sekreterlik ya da genel sekreterlik şeklinde adlandırılabilen, uluslararası örgütü uluslararası alanda temsil eden ve bürokratik işlemlerden sorumlu olan organdır.²⁹

Uluslararası örgütlerin organları arasında ana organlar ve yardımcı organlar ayrımı yapılabilmektedir. Ana organların neler olduğu, hangi yetkilere sahip olduğu uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmalarında belirtilmektedir. Uluslararası örgütler yeni ana organlara ihtiyaç duyduğunda ise kurucu anlaşmalarda değişiklik yapma ya da yeni uluslararası anlaşmalar yapma yoluna gidilebilmektedir. Uluslararası örgütlerin yardımcı organlarını kurma konusunda yetki genel olarak kurucu anlaşmalar ile uluslararası örgütlerin ana organlarına verilmektedir. Bu yetkinin kurucu anlaşmalar ile ana organlara açıkça verilmemesi durumunda ise uluslararası örgütlerin amaçlarını gerçekleştirebilmeleri için sahip oldukları üstü kapalı yetkilerden hareketle yardımcı organları kurabilecekleri kabul edilmektedir.³⁰

Türk Devletleri Teşkilatı'nın ana organları kurucu anlaşmasının 3. maddesinde sayılmıştır. Buradaki düzenlemeye göre örgütün ana organları Devlet Başkanları Konseyi, Dışişleri Bakanları Konseyi, Kıdemli Memurlar Komitesi, Aksakallar Konseyi ve Sekretarya'dır. Örgütün ana organları incelendiğinde bu organların oluşturulması bakımından üye devletlerin özelliklerinin dikkate

²⁹ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, 265; Eroğlu, *Devletler Umumi Hukuku*, 140; Başak, *Uluslararası Örgütler*, 132-133; Gideon Boas, *Public International Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012), 210; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 53-59; Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1146-1148; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 174-175; Bozkurt, Poyraz ve Erdal, *Devletler Hukuku*, 136; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 122; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 339-396.

³⁰ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 131-159; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 53-59; Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1146; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 174; Bozkurt, Poyraz ve Erdal, *Devletler Hukuku*, 136; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 121; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 339-396.

alındığı anlaşılmaktadır. Bu açıdan örgüt sui generis özelliklere sahip bir uluslararası örgüttür.³¹

Türk Devletleri Teşkilatı'nın ana organlarından biri olan Devlet Başkanları Konseyi ile ilgili düzenleme örgütün kurucu anlaşmasının 5. maddesi ile getirilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre Devlet Başkanları Konseyi üye devletlerin devlet başkanlarını bir araya getiren ve düzenli olarak yapılan toplantıları ifade etmektedir. Devlet Başkanları Konseyi; güncel uluslararası problemlerin çözümü konusunda üye devletler arasında bulunan etkileşimi değerlendirmek, örgütün öncelikli olan iş birliği alanlarını belirlemek, örgütün çalışmalarını değerlendirmek gibi faaliyetler gerçekleştirmektedir. Devlet Başkanları Konseyi'nin toplantıları olağan olarak yılda bir defa yapılmaktadır. Bununla birlikte, olağanüstü toplantı düzenlenmesi de mümkündür. Devlet Başkanları Konseyi toplantılarının yapılacağı yer kural olarak örgüte üye devletlerin isimlerinin İngilizce alfabetik sırası dikkate alınarak belirlenmektedir. Olağanüstü toplantıların yeri ise üye devletlerin mutabakatı ile belirlenmektedir. Bahsedilen düzenleme çerçevesinde Devlet Başkanları Konseyi ana karar organıdır. Devlet Başkanları Konseyi bütün üye devletlerin devlet başkanlarının temsil edilmesi sebebiyle uluslararası örgütlerde genel olarak bulunan organlardan biri olan genel kurul özelliği göstermektedir.³²

Dışişleri Bakanları Konseyi ile ilgili düzenleme örgütün kurucu anlaşmasının 6. maddesi ile getirilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre Dışişleri Bakanları Konseyi'nin yetkileri arasında; örgütün gündeminde olan faaliyetler ile ilgili konuları değerlendirmek, Devlet Başkanları Konseyi'nde ele alınacak güncel olan uluslararası meseleleri belirlemek, örgütün ana organlarından biri olan Sekreteryaya'nın personele dair yapısı ile mali raporlarını onaylamak yer almaktadır. Dışişleri Bakanları Konseyi gerekli olan hallerde örgüt adına açıklamada bulunma yetkisine de sahiptir. Dışişleri Bakanları Konseyi'nin toplantıları kural olarak Devlet Başkanları Konseyi toplantılarının yapılacağı yerde ve Devlet Başkanları Konseyi toplantılarından önce yapılmaktadır. Olağanüstü Dışişleri Bakanları Konseyi toplantısı düzenlenebilmesi için üye

³¹ <https://www.turkicstates.org/tr/organizasyon-semasi>, Erişim Tarihi: 27.01.2024; Terzioğlu, "Uluslararası," 60; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 219.

³² Türk Devletleri Teşkilatı Usul Kuralları m. 6-9; Terzioğlu, "Uluslararası," 60; Cemil Doğan İpek, "Frankofoni ile Türk Konseyi'nin Mukayesesi" (Doktora Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, 2017), 174-175; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 230-231; Gizem Coşkun, "Türk Devletleri Teşkilatı'nın Sosyal İnşacı Teori Çerçevesinde Analizi" (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2023), 91.

devletlerin mutabakatı gerekmektedir, bu toplantıların yeri de üye devletlerin mutabakatı ile belirlenmektedir.³³

Kıdemli Memurlar Komitesi ile ilgili düzenleme örgütün kurucu anlaşmasının 7. maddesi ile getirilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre Kıdemli Memurlar Komitesi'nde üye devletlerin hepsinin en az bir temsilcisi bulunmaktadır. Kıdemli Memurlar Komitesi'nin yetkileri arasında; Sekretarya'nın faaliyetleri ile ilgili koordinasyonu sağlamak, Sekretarya'nın hazırladığı taslak belgeleri Dışişleri Bakanları Konseyi'nin tasvibine sunumundan ve Devlet Başkanları Konseyi'nin onayından önce değerlendirmek ve onaylamak yer almaktadır. Kıdemli Memurlar Komitesi toplantıları kural olarak Dışişleri Bakanları Konseyi toplantılarından önce düzenlenmektedir. Kıdemli Memurlar Komitesi genel hatları itibariyle Sekretarya ile iş birliği halinde çalışmalarını sürdüren ve Sekretarya'ya yardımcı olan bir ana organdır.³⁴

Aksallar Konseyi ile ilgili düzenleme örgütün kurucu anlaşmasının 9. maddesi ile getirilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre Aksallar Konseyi faaliyetlerini örgüt himayesinde gerçekleştiren daimi özellikte danışma kuruldur. Aksallar Konseyi'nin faaliyetleri ile ilgili ayrıntılar, mali konular da dahil olmak üzere Dışişleri Bakanları Konseyi'nin kabul ettiği ayrı bir belge olan yönetmelik ile tanımlanır. Aksallar Konseyi'nin faaliyetleri örgütün kurucu anlaşması ve bahsedilen yönetmelik ile belirlenir. Aksakallar Konseyi, örgütün diğer ana organları olan Devlet Başkanları Konseyi ile Dışişleri Bakanları Konseyi'ne örgütün faaliyet alanları konusunda fikir, teklif, uygulama önerisi, konsept, analitik ve bilgi verici evrak, eylem planı, program ile rapor iletmek ve üye devletler arasında iş birliğini geliştirmek bakımından ilgili hususları tartışmak için çalışma grupları oluşturulmasından sorumlu olan organdır. Aksakallar Konseyi ayrıca, üye devletlerin halklarının kültürel, tarihsel, dilsel yüksek manevi değerleri ile geleneklerinin korunması, geliştirilmesi gibi

³³ Türk Devletleri Teşkilatı Usul Kuralları m. 6-9; Terzioğlu, "Uluslararası," 61; Abdulkadir Çalışır, "Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi: Orta Asya'da Bölgesel İşbirliği ve Entegrasyon" (Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2019), 97; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 231; Aybüke Aslantaş, "Küreselleşmede Bölgesel Örgüt İş Birliği Mekanizması Çerçevesinde Türk Devletleri Teşkilatı" (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2023), 95.

³⁴ Türk Devletleri Teşkilatı Usul Kuralları m. 6-9; Terzioğlu, "Uluslararası," 61; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 232; İlahı Mammadlı, "Türk Cumhuriyetlerinin İşbirliği ve Sosyo-ekonomik Potansiyeli Bağlamında Türk Devletleri Teşkilatı" (Yüksek Lisans Tezi, Karabük Üniversitesi, 2022), 146; Serdar Işıldak, "Küresel Entegrasyonda Türk İşbirliği Modeli Olarak Türk Devletleri Teşkilatı'nın Yeri" (Yüksek Lisans Tezi, Bursa Teknik Üniversitesi, 2022), 38.

konularda çalışmalar yapmaktadır. Aksallar Konseyi'nde örgüte üye devletlerin her birinin bir danışmanı bulunmaktadır. Danışmanlar üye devletlerin saygı duyulan ve tanınmış vatandaşları arasından seçilmektedir ve önemli görevlere sahiptir. Aksakallar Konseyi bilgelik makamını temsil etmektedir. Bu çerçevede, Aksakallar Konseyi'nin sembolik anlamı da bulunmaktadır.³⁵

Sekretarya ile ilgili düzenleme örgütün kurucu anlaşmasının 10. maddesi ile getirilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre Sekretarya örgütün amaçlarını ve görevlerini gerçekleştirmesine yardımcı olmak için daimi yürütme organı olarak kurulmuştur. Sekretarya'nın görevleri arasında; Devlet Başkanları Konseyi, Dışişleri Bakanları Konseyi ve Kıdemli Memurlar Komitesi'nin toplantıları ve örgüt nezdinde gerçekleştirilecek başka toplantıları düzenlemek amacıyla gerekli olan idari, örgütsel ve teknik önlemleri almak, taslak belgeler hazırlamak, belgeleri tasnif etmek ve arşivlemek, üye devletler ve başka uluslararası örgütler ve forumların kendisine ilettiği belgeler ve bilgileri değişim bürosu olarak faaliyet göstermek, örgüt hakkında genel içerikli bilgiyi yayımlamak, Devlet Başkanları Konseyi, Dışişleri Bakanları Konseyi ve Kıdemli Memurlar Komitesi'nin vereceği diğer görevleri yerine getirmek, görevlendirilecek personeli tespit etmek ve Kıdemli Memurlar Komitesi'nin onayına sunmak, mali faaliyetler konusunda Kıdemli Memurlar Komitesi'ne rapor sunmak yer almaktadır. Genel Sekreter Dışişleri Bakanları Konseyi'nin önerisi üzerine Devlet Başkanları Konseyi tarafından seçilmektedir ve Sekretarya'yı yönetmektedir. Genel Sekreter'in vatandaşı olduğu devlet dışındaki üye devletler birer Genel Sekreter Yardımcısı atamaktadır. Genel Sekreter üye devletlerin İngilizce isimlerinin sıralamasına göre rotasyon usulü ile üç yıl için atanmaktadır. Genel Sekreter'in görev süresini uzatma hakkı bulunmamaktadır. Sekretaryanın diğer görevlilerini ise üye devletler kendi vatandaşlarının arasından ve ulusal mevzuatlarına uygun olacak şekilde atamaktadır. Genel Sekreter, Genel Sekreter Yardımcıları ve Sekretarya'nın diğer görevlileri, görevlerini yerine getirirken üye devletlerden ya da üçüncü devletlerden talimat isteyemez ve alamazlar. Sayılan görevliler Devlet Başkanları Konseyi'ne karşı sorumludur ve konularını etkileyecek tarzdaki davranışlardan kaçınırlar. Üye devletler de sayılan görevlilerin gerçekleştirdikleri görevlerine saygı göstermeyi ve görevlileri etkilememeyi kabul ederler. Sekretarya'nın merkezi İstanbul'da bulunmaktadır.

³⁵ Terzioğlu, "Uluslararası," 61-62; Murat Bircan, "Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi (Türk Keneşi) Üzerine Yapısal ve İşlevsel Bir Değerlendirme" (Yüksek Lisans Tezi, Niğde Ömer Halis Demir Üniversitesi, 2021), 79; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 232-233; Ömer Faruk Kocatepe, "Neoklasik Realist Çerçevede Politik ve Askeri İş Birliğinin İncelenmesi: Türk Devletleri Teşkilatı" (Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2022), 83.

Sekretarya'nın konumu ile şartları konusunda Sekretarya ve Türkiye Cumhuriyeti arasında bir uluslararası anlaşma imzalanmıştır. Sekretarya görevlerini ve sorumluluklarını yerine getirmek için üye devletlerin ülkelerinde hükmi şahsiyete sahiptir.³⁶

Türk Devletleri Teşkilatı'nın ana organları incelendiğinde, bu organların bir yandan uluslararası örgütlerde genel olarak bulunan organlara paralel olduğu anlaşılmaktadır. Örgütte uluslararası örgütlerde genel olarak bulunan genel kurul, konsey ve sekreterlik organlarının birer karşılığı olabilecek Devlet Başkanları Konseyi, Dışişleri Bakanları Konseyi ve Sekretarya bulunmaktadır. Diğer yandan, örgütte uluslararası örgütlerde genel olarak bulunan organlardan farklı olarak Kıdemli Memurlar Komitesi ve Aksakallar Konseyi gibi farklı organlar da bulunmaktadır. Bu durum, örgütün ana organlarının oluşturulması bakımından bir yandan genel uygulamanın diğer yandan ise örgütün kendine özgü yapısından kaynaklanan özel durumların dikkate alındığını ortaya koymaktadır.

C. Türk Devletleri Teşkilatı'nın Yetkileri ve Faaliyetleri

1. Türk Devletleri Teşkilatı'nın Yetkileri

Uluslararası örgütlerin yetkileri kuruluş amaçları ve yapılarına göre farklılaşabilmektedir. Bu çerçevede, üye olan devletler arasında iş birliğini sağlamayı hedefleyen uluslararası örgütlerin yetkileri, üye devletler arasında bütünleşmeyi hedefleyen ulus üstü uluslararası örgütlere göre daha azdır. Uluslararası örgütlerin yetkileri kurucu anlaşmaları ile açıkça ifade edilebilmektedir. Bununla birlikte, uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmaları ile açıkça belirtilmeyen konularda da üstü kapalı yetkilere sahip olabilmesi kabul edilmektedir. Uluslararası örgütlerin yetkileri işlevleri bakımından kural koymaya ilişkin yetkiler, yargısal konulara ilişkin yetkiler ve yönetsel meselelere ilişkin yetkiler şeklinde ayrımlara tabi tutulabilmektedir.³⁷

³⁶ <https://www.turkicstates.org/tr/genel-sekreter>, Erişim Tarihi: 27.01.2024; Terzioğlu, "Uluslararası," 62-64; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 233-234. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi arasında yapılan Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi Sekretaryasına Dair Evsahibi Ülke Anlaşması'nın metni için bkz. https://www.turkicstates.org/assets/pdf/temel_belgeler/Ev_Sahibi_Ulke_Anlasmasi1_20140417_194044.pdf, Erişim Tarihi: 27.01.2024.

³⁷ Eroğlu, *Devletler Umumi Hukuku*, 139; Başak, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 81-84; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 251-252; Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 955-958; Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1143; Aksar, *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, 222; Sur,

Türk Devletleri Teşkilatı'nın yetkilerinin bir kısmı kurucu anlaşmasının 10. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Örgütün kurucu anlaşması ile açıkça ifade edilen yetkileri arasında; üye devletlerin tamamının onayı ile anlaşmalar imzalama, mülk satma ve satın alma, mahkemelere davacı ve davalı olarak çıkma, banka hesabı açma ile nakit varlıklar konusunda sözleşme yapma yer almaktadır.³⁸ Örgütün kurucu anlaşması ile açıkça belirtilen ve yukarıda sayılan yetkilerinin dışında amaçlarını gerçekleştirmek için çeşitli yetkilere üstü kapalı olarak sahip olduğu da ifade edilebilir.

2. Türk Devletleri Teşkilatı'nın Faaliyetleri

Uluslararası örgütler amaçları doğrultusunda faaliyetler gerçekleştirmektedir. Uluslararası örgütlerin amaçları ve faaliyet alanları genel olarak kurucu anlaşmalarında belirtilmektedir. Uluslararası örgütlerin faaliyetleri ile etkili sonuçlar doğurabilmesi için gerçekçi misyonlar üstlenmesi gerekmektedir. Çeşitli durumlarda uluslararası örgütler farklı sebeplerle faaliyetleri ile etkili sonuçlar ortaya çıkaramayabilir. Uluslararası örgütlerin faaliyet alanları ile ilgili şartların değişmesi, uluslararası örgütlerin faaliyetlerini olumlu ya da olumsuz şekilde etkileyebilmektedir.³⁹

Uluslararası örgütlerin amaçları doğrultusunda faaliyetlerini gerçekleştiren bağımsız olması gerekmektedir. Kural bu yönde olmasına rağmen, uluslararası örgütlerin faaliyetlerinin başka uluslararası örgütler tarafından sınırlandırıldığı örnekler bulunmaktadır. Uluslararası örgütler faaliyetleri bakımından çok faal olmadıkları dönemlerde dahi sırf varlıkları itibarıyla olumlu sonuçlar ortaya çıkartabilmektedir. Uluslararası örgütler amaçlarına ulaşmak için gerçekleştirdikleri faaliyetleri çerçevesinde proje ve programlar yürütebilmektedir. Uluslararası örgütlerin proje ve programları ulaşmak istedikleri amaçlara göre farklılaşabilmektedir. Uluslararası örgütlerin proje ve programlarının amacı esasen, uluslararası örgütlerin faaliyet alanlarına ilişkin somut girişimlerde bulunmaktır.⁴⁰

Türk Devletleri Teşkilatı'nın amaçları ve faaliyet alanları kurucu anlaşmasının 2. maddesinde belirtilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre örgütün amaçları ve faaliyet alanları arasında; bölgesel barışın sağlanması, güvenlik ve

Uluslararası Hukukun Esasları, 185-189; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 124-126; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 325-339.

³⁸ Terzioğlu, "Uluslararası," 64; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 233-234.

³⁹ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 162-181.

⁴⁰ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 162-181.

emniyetin güçlendirilmesi, ortak menfaatleri ilgilendiren dış politika konularında ortak tutum benimsenmesi, uluslararası terörizm gibi suçlarla mücadelede eş güdüm sağlanması, siyasi, ekonomik, ticari konularda ikili ve bölgesel iş birliğinin teşvik edilmesi, yatırım ve ticaret konularında elverişli durumlar yaratılması, üye devletlerin halklarının yaşam şartlarının süratle iyileştirilmesi, insan hakları ile temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, teknoloji, bilim, sanat, turizm ve benzeri konularda etkileşimin artırılması, üye devletlerin zengin tarihi ve kültürel mirasının değerlendirilmesi, tanıtılması ve yayılması, hukuk konusunda yardımlaşma ile hukukun çeşitli alanlarında iş birliğinin güçlendirilmesi için hukuki bilgi alışverişi yer almaktadır.⁴¹

Türk Devletleri Teşkilatı'na üye devletlerin paylaştığı ortak değerler düşünüldüğünde örgütün kendisi için gerçekçi bir misyon belirlediği anlaşılmaktadır. Bunun dışında, örgüt faaliyetlerini gerçekleştirirken bağımsız davranmaktadır ve esasen başka uluslararası örgütler tarafından sınırlandırılmamaktadır. Ayrıca, örgüt zirveleri, proje ve programları ile faaliyet alanlarına ilişkin somut girişimlerde bulunmaktadır. Bahsedilen hususlar, örgütün özellikle gerçekleştirdiği zirve faaliyetleri itibariyle etkili bir uluslararası örgüt olduğunu ortaya koymaktadır.⁴² Örgütün kuruluşundan itibaren düzenli olarak gerçekleştirdiği ve gerçekleştirmeye devam ettiği faaliyetler etkinliğinin ilerleyen zamanlarda giderek artacağına işaret etmektedir.

II. TÜRK DEVLETLERİ TEŞKİLATI'NA ÜYELİK VE KKKTC'NİN STATÜSÜ

A. Türk Devletleri Teşkilatı'na Üyelik

1. Türk Devletleri Teşkilatı'nda Üyelğe Kabul Şartları

Uluslararası örgütlere üye olma konusunda esas olan husus ilgili devletin bu yönde bir iradesinin bulunması ve uluslararası örgütün devleti üye olarak kabul etmesidir. Açık uluslararası örgütler olarak adlandırılan uluslararası örgütlerde yeni üye kabulü için genel ve yerine getirilmesi kolay şartlar aranabilmekte ve bu şartları yerine getiren devletler mevcut üye devletlerin oy çokluğu ile üyelğe kabul edilebilmektedir. Kapalı uluslararası örgütler olarak adlandırılan

⁴¹ <https://www.turkicstates.org/tr/turk-devletleri-teskilatinin-faaliyetleri>, Erişim Tarihi: 28.01.2024; Terzioğlu, "Uluslararası," 58-60; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 227.

⁴² <https://www.turkicstates.org/tr/temel-belgeler>, Erişim Tarihi: 09.03.2024; Mushfig Azizov, "Significance of Organization of Turkic States: Rising Political and Economic Potential of the Organization" (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2023), 13-14.

uluslararası örgütlerde ise yeni üye kabulü için özel ve yerine getirilmesi zor şartlar aranabilmekte ayrıca, bu şartları yerine getiren devletlerin üye olarak kabulü için mevcut üye devletlerin oy birliği gerekebilmektedir. Bahsedilen hususlardan anlaşıldığı üzere, devletlerin üye olarak kabul edilme şartları uluslararası örgütlere göre değişebilmektedir.⁴³

Türk Devletleri Teşkilatı'nda üyeliğe kabul şartları Türk Devletleri Teşkilatı Usul Kuralları'nın 1. maddesinde belirtilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre örgüt Türk Devletleri'nden oluşmaktadır. Bu düzenleme örgüte sadece Türk Devletleri'nin üye olabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Herhangi bir Türk Devleti örgüte üye olarak katılma niyetini belirten bir beyan ile Türk Devletleri Teşkilatı Usul Kuralları'nın 2. ve 3. maddelerinde hakkında düzenlemeler getirilen örgüt başkanlığına başvurabilir. Başvuran devlet başvurusunda örgüt çerçevesinde alınan kararlara ve imzalanan veya onaylanan hukuki belgelere uymaya hazır olduğunu beyan eder. Üyeliğe başvuru ile ilgili kararları Devlet Başkanları Konseyi almaktadır. Örgütün bütün seviyelerdeki kararları ve tavsiyeleri gibi bu karar da Türk Devletleri Teşkilatı Usul Kuralları'nın 10. maddesi ile getirilen düzenleme çerçevesinde konsensüs yolu ile alınmaktadır.⁴⁴ Üyeliğe kabul şartları arasında Türk Devletleri'nden biri olma şartının yer alması ve bu konudaki kararın konsensüs yolu ile alınması sebebiyle örgütün kapalı bir uluslararası örgüt olduğu ifade edilebilir.⁴⁵ Bu çerçevede, henüz örgüte üye olmamış ve üye olabilecek Türk Devletleri Türkmenistan ve KKTC'den ibarettir.⁴⁶

⁴³ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, 265; Ünal, *Devletler Hukukuna Giriş*, 96; Neils Blokker, "International Organizations and Their Member," *International Organizations Law Review*, no. 1 (2004): 139-162; Başak, *Uluslararası Örgütler*, 52-53; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 62-64; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 247-249; Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1146; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 181; Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 117; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 197-251. Açık uluslararası örgütlerin en güzel örneklerinden birini BM teşkil etmektedir. BM'de üyeliğe kabul şartları kurucu anlaşma ile düzenlenmiş genel ve yerine getirilmesi kolay şartlardır ve bu şartları yerine getiren devletler mevcut üye devletlerin oy birliği aranmaksızın üye olarak kabul edilebilmektedir. BM'ye üye devletler için bkz. <https://www.un.org/en/about-us/member-states>, Erişim Tarihi: 05.06.2024. BM'nin kurucu anlaşmasının metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf>, Erişim Tarihi: 05.06.2024.

⁴⁴ Türk Devletleri Teşkilatı Usul Kuralları m. 1-3 ve m. 10; Terzioğlu, "Uluslararası," 55-57; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 228.

⁴⁵ Terzioğlu, "Uluslararası," 54-57.

⁴⁶ Terzioğlu, "Uluslararası," 56.

Uluslararası örgüt üyeleri arasında kurucu, asli üyeler ve sonradan katılan, kabul edilen üyeler ayrımı yapılabilmektedir. Asli üyeler uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmalarının yapılışı aşamasında yer alan, uluslararası örgütleri kuran üyelere, sonradan kabul edilen üyeler ise uluslararası örgütler kurulduktan sonra uluslararası örgütlere üye olarak kabul edilen üyelere, asli üyeler ve sonradan kabul edilen üyeler kural olarak birbirleri ile eşittir.⁴⁷

Türk Devletleri Teşkilatı'nın kurucu, asli üyeleri örgütü kuran, örgütün kurucu anlaşmasının yapılışı aşamasında yer alan ve 03.10.2009'da örgütün kurucu anlaşmasını imzalayan Türkiye, Azerbaycan, Kazakistan ve Kırgızistan'dır. Örgütün sonradan katılan, kabul edilen üyesi ise Özbekistan'dır. Özbekistan 2019'da örgüte tam üye olarak kabul edilmiştir. Örgütün asli ve sonradan kabul edilen üyeleri kural olarak birbirleri ile eşittir.⁴⁸

2. Türk Devletleri Teşkilatı'nda Üyelik Sona Ermesi

Uluslararası örgüt üyeliği üyelikten çekilme ya da çıkarılma ile sona erebilmektedir. Üyelikten çekilme şartları genel olarak uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmalarında düzenlenmektedir ve üyelikten çekilme burada belirtilen şartlara göre gerçekleşmektedir. Üyelikten çekilme ile ilgili olarak uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmalarında düzenlemeler yer almaması durumunda ise 1969 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin uluslararası anlaşmaların tarafların tek tarafı iradesi ile sona erdirilmesine ilişkin hükümlerinin, m. 54 ve m. 56'da yer alan düzenlemelerin uygulanması mümkündür.⁴⁹

⁴⁷ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 123-124; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 244; Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1144; Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 117-118; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 226-227.

⁴⁸ <https://www.turkicstates.org/tr/uye-ulkeler>, Erişim Tarihi: 28.01.2024; Terzioğlu, "Uluslararası," 49; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 226.

⁴⁹ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 127-129; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 64-68; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 249-250; Süleyman Sırrı Terzioğlu ve Bahadır Bumin Özarslan, *Uluslararası Örgütler Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 91-95; Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1146; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 183; Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 119-120; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 227-242. 1969 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi için bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, Erişim Tarihi: 26.11.2023. 1969 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Türkçe çevirisi için bkz. Selami Kuran, Derya Aydın Okur, Meltem Sarıbeyoğlu ve Reşat Volkan Günel, *Uluslararası Hukuk Temel Metinler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014), 83-110; Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı Temel Belgeler, Örnek Kararlar* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2018), 57-75; İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020),

Üyelikten çıkarılma şartları da genel olarak uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmalarında düzenlenmektedir ve üyelikten çıkarılma burada yer alan şartlara göre gerçekleştirilmektedir. Üyelikten çıkarılma ile ilgili olarak uluslararası örgütlerin kurucu anlaşmalarında düzenlemeler yer almaması durumunda ise 1969 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin uluslararası anlaşmaların hükümlerinin yerine getirilmemesi sebebiyle sona erdirilmesine ilişkin düzenlemelerinin, uluslararası anlaşmaların esaslı ihlal nedeniyle sona erdirilmesine dair m. 60'ta yer alan düzenlemelerin uygulanması mümkündür.⁵⁰

Türk Devletleri Teşkilatı'nın kurucu anlaşmasında ve usul kurallarında uluslararası örgüt üyeliğinin sona ermesi, üyelikten çekilme ve çıkarılma ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, Türk Devletleri Teşkilatı'nda üyelikten çekilme ve çıkarılma işlemlerinin gerçekleştirilmesi aşamalarında 1969 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yukarıda bahsedilen ilgili düzenlemelerinin uygulanması söz konusu olabilecektir.

B. Türk Devletleri Teşkilatı'nda Tam Üyelik ve Gözlemci Üye Statüsü

1. Türk Devletleri Teşkilatı'nda Tam Üyelik

Uluslararası örgütlere genel olarak devletler tam üye olarak kabul edilmektedir. Ancak, bu durumun istisnaları bulunmaktadır. Uluslararası örgütlerde çalışmalara katılmak esasen tam üyelik çerçevesinde gerçekleşmektedir. Uluslararası örgütlere tam üye olarak kabul edilen devletler uluslararası örgütlerin organlarında yapılan çalışmalara katılabilmekte ve bu organlarda yapılan oylamalarda oy hakkına sahip olabilmektedir.⁵¹

66-111. Uluslararası anlaşmaların tarafların tek taraflı iradesi ile sona erdirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mesut Hakkı Caşın, *Uluslararası Anlaşmalar Hukuku* (İstanbul: Yeditepe Yayınevi, 2020), 66-71; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap*, 202-210; İslam Safa Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Bilgiler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 63-66.

⁵⁰ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 124-127; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 64-67; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 249-251; Terzioğlu ve Özarslan, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 96-97; Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1146; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 182-183; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 119-120; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 242-252. Uluslararası anlaşmaların esaslı ihlal nedeniyle sona erdirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elif Uzun, *Uluslararası Hukukta Anlaşmaların Esaslı İhlal Nedeniyle Sona Erdirilmesi ve Askıya Alınması* (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2013); Caşın, *Uluslararası Anlaşmalar*, 66-71; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap*, 202-210; Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 63-66.

⁵¹ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 118-119; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 60-61; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 244-245; Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1143-144; Sur,

Uluslararası örgüt üyeleri kural olarak birbirleri ile eşittir. Uluslararası örgüt üyeleri arasındaki eşitlik esasen uluslararası örgütlerin bütün üyelerinin temsil edildiği, geniş yetkili organlarında her üyenin bir oy hakkının bulunması ile sağlanmaktadır. Çeşitli uluslararası örgütlerde ise üyeler arasındaki eşitliği bozan veto yetkisi, ağırlıklı oy gibi uygulamalar söz konusu olabilmektedir.⁵²

Türk Devletleri Teşkilatı'na tam üye olarak sadece devletler kabul edilmektedir. Örgütte çalışmalara katılmak esasen tam üyelik çerçevesinde gerçekleşmektedir. Örgütte tam üyelik statüsüne sahip devletler; Türkiye, Azerbaycan, Kazakistan, Kırgızistan ve Özbekistan'dır.⁵³ Tam üyelik statüsüne sahip olan sayılan devletler örgütün organlarında yapılan çalışmalara katılabilmekte ve organlarda yapılan oylamalarda oy kullanabilmektedir. Örgüt üyeleri kural olarak birbirleri ile eşittir. Örgüt üyeleri arasında eşitliği bozan veto yetkisi, ağırlıklı oy gibi uygulamalar söz konusu değildir.

2. Türk Devletleri Teşkilatı'nda Gözlemci Üye Statüsü

Uluslararası örgütlerin çalışmalarına katılmak için mutlaka tam üye olmak gerekmemektedir. Çeşitli uluslararası örgütler tam üyeler dışında belli başlı koşulları yerine getiren devletler ya da başka birimleri çalışmalarına dahil edebilmektedir. Tam üyelik dışında uluslararası örgütlerin çalışmalarına katılma yollarından birini ortaklık statüsü teşkil etmektedir. Ortaklık statüsünün uygulamaları uluslararası örgütlere göre farklılaşabilmektedir. Bununla birlikte, ortaklık statüsü genel olarak tam üyelikten bir önceki aşamayı, tam üyeliğe hazırlık aşamasını ifade etmektedir. Tam üyelikten önceki hazırlık aşamasını, geçici bir üyelik statüsünü ifade eden ortaklık statüsü Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Örgütü'nde uygulanmaktadır.⁵⁴

Uluslararası Hukukun Esasları, 180; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 116; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 197-252.

⁵² Başak, *Uluslararası Örgütler*, 157; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 60-61; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 248; Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1144; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 115-119; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 415-421.

⁵³ <https://www.turkicstates.org/tr/uye-ulkeler>, Erişim Tarihi: 28.01.2024; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 226.

⁵⁴ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 120; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 62; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 246; Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1144-1145; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 180-181; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 116-117; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 253-265. Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Örgütü, örgütün üyeleri ve ortakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.oecd.org/about/>, Erişim Tarihi: 27.10.2023.

Tam üyelik dışında uluslararası örgütlerin çalışmalarına katılmanın bir başka yolu ise gözlemci üye statüsüne sahip olmaktır. Gözlemci üye statüsü bu çerçevede en bilinen yolu teşkil etmektedir. Gözlemci üye statüsü uluslararası örgütlerin pek çoğunca verilmektedir ve gözlemci üye statüsünün uygulanması gittikçe artmaktadır. Gözlemci üye statüsünden yararlananlar uluslararası örgütlerin belirli organlarındaki belirli çalışmalara oy hakkına sahip olmaksızın ve sınırlı ölçüde katılabilmektedir. Gözlemci üye statüsünden yararlananlara uluslararası örgütlerde söz hakkı da verilebilmektedir.⁵⁵ Gözlemci üye statüsü tam üye olmayanlara verilen, hukuki açıdan tam üyelik ile karşılaştırıldığında daha düşük olan bir statüdür. Ancak, gözlemci üye statüsü üye olmayanlar ile karşılaştırıldığında gözlemci üyelere çeşitli ayrıcalıkların verildiği bir statüdür.⁵⁶ Bu çerçevede, gözlemci ve üye statülerinin bağdaştırıldığı ifade edilebilir.

Gözlemci üye statüsü verilmesinin uluslararası örgütler ve bu statüden yararlananlar açısından çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Bu meseleye uluslararası örgütler açısından bakıldığında uluslararası örgütler tam üyelik koşullarını tam bir şekilde yerine getiremeyenlere uluslararası örgüt ile ilgilerini göz önünde bulundurarak bu statüyü verebilmektedir. Bu meseleye gözlemci üye statüsünden yararlananlar açısından bakıldığında ise bunlar tam üye olmak ve tam üyelikten kaynaklanan sorumlulukları üstlenmek yerine gözlemci üye statüsüne sahip olmayı ve uluslararası örgütler ile sadece faaliyetlerini izleme bakımından etkileşim halinde olmayı tercih edebilmektedir.⁵⁷

Gözlemci üye statüsünün en önemli yanı bu statüden yararlananlara tam üyeliğin sağladığı bütün olanakları sağlamamasına rağmen uluslararası örgütlerin çalışmalarına oy hakkına sahip olmasa da katılma imkanı vermesidir. Bu şekilde uluslararası örgütlerin çalışmalarına katılan gözlemci üyeler gündemde olan konu hakkında kendi görüşlerini ortaya koyma olanağına da sahip olabilmektedir. Gözlemci üye statüsünden yararlananlar kendi görüşlerini belirtme dışında ortaya koydukları raporlar, uzman kişilerin görüşleri ve benzeri araçları ile uluslararası örgütlerin konu ile ilgili olarak alacakları kararlara çeşitli derecelerde ve şekillerde etki etme imkanına da sahip olabilmektedir.⁵⁸

⁵⁵ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 119; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 61-62; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 245; Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1144; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 180; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 116; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 259-262.

⁵⁶ Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 61.

⁵⁷ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 119; Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1144; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 260-261.

⁵⁸ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 120; Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1144.

Gözlemci üye statüsünün verilmesi konusunda uluslararası örgütlerin farklı uygulamaları bulunmaktadır. Ancak, en yaygın şekilde gözlemci üye statüsünün verildiği birimler; uluslararası örgütlerin mevcut üyelerince henüz devlet olarak tanınmamış ancak devlet olma iddiası bulunan topluluklar, üye olmayan devletler, uluslararası örgütler, hükümet dışı uluslararası örgütler ya da çeşitli bağımsızlık hareketleridir. Uluslararası örgütler yukarıda sayılan birimlerin birine, birkaçına ya da hepsine gözlemci üye statüsü verme yoluna gidebilmektedir.⁵⁹

KKTC'nin İslam İş Birliği Teşkilatı'ndaki statüsü gözlemci üye statüsüdür. KKTC'ye bu uluslararası örgütte gözlemci üye statüsünün verilmesinin sebebi, mevcut üye devletler arasında henüz KKTC'yi devlet olarak tanımayanların bulunmasıdır.⁶⁰

Devletlere gözlemci üye statüsü verilmesi uygulamasına üyelik şartları arasında aynı coğrafi bölgede olma, aynı kültürden olma gibi hususlar yer alan uluslararası örgütlerde rastlanabilmektedir. Yarı kapalı uluslararası örgütler olarak adlandırılacak bu tarz uluslararası örgütlerde üyelik şartlarını tam olarak sağlayamayan devletlere gözlemci üye statüsü verilebilmektedir. Rusya bu çerçevede İslam İş Birliği Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsündedir. Rusya kendi ülkesindeki Müslüman nüfus sebebiyle örgüte tam üye olmak istemiştir. Ancak, Rusya'ya nüfusunun çoğunluğu Müslüman olmadığı için tam üyelik yerine gözlemci üye statüsü verilmiştir.⁶¹ Avrupa Konseyi'nde de Kanada, ABD, İsrail, Vatikan, Meksika ve Japonya olmak üzere altı devlet gözlemci üye statüsünden yararlanmaktadır.⁶²

⁵⁹ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 119; Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 61-62; Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 245; Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1144; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 180; Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 116; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 259-262.

⁶⁰ Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 116; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 261. İslam İş Birliği Teşkilatı, örgütün üyeleri ve örgütte gözlemci üye statüsüne sahip olanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.oic-oci.org/page/?p_id=179&p_ref=60&lan=en, Erişim Tarihi: 27.10.2023.

⁶¹ Başak, *Uluslararası Örgütler*, 119; Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun*, 1144-1145; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 260. İslam İş Birliği Teşkilatı, örgütün üyeleri ve örgütte gözlemci üye statüsüne sahip olanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.oic-oci.org/page/?p_id=179&p_ref=60&lan=en, Erişim Tarihi: 27.10.2023.

⁶² Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 245. Avrupa Konseyi, örgütün üyeleri ve örgütte gözlemci üye statüsüne sahip olanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.coe.int/en/web/portal/46-members-states>, Erişim Tarihi: 15.11.2023.

Avrupa Birliği uluslararası hukuk süjesi oluncaya kadar BM Genel Kurul Kararı ile Avrupa Ekonomik Topluluğu BM’de gözlemci üye statüsünden yararlanmıştır.⁶³ Uluslararası Çalışma Örgütü de kendisi ve Arap Ligi tarafından tanınan ulusal kurtuluş hareketlerine gözlemci üye statüsü vermektedir.⁶⁴

Gözlemci üye statüsü verilmesi uluslararası örgütlerce farklı şekillerde uygulanabilen bir kurumsal ilişki kurma şeklidir. Bazı uluslararası örgütler gözlemci üye statüsünün şartlarını genel olarak düzenleme ve bu şartları gerçekleştirenlere bahsedilen düzenleme çerçevesinde gözlemci üye statüsü verme yoluna gitmektedir. Diğer uluslararası örgütler ise gözlemci üye statüsünün şartlarını genel olarak belirlememe somut durumların özelliklerine göre farklı ve özel olarak gözlemci üye statüsü oluşturma yoluna gitmektedir. Bu durumda gözlemci üye statüsünden yararlananlar kendilerine bu statünün tanındığı karar çerçevesinde hak ve yetkiler kullanabilmekte ve çalışmalara katılabilmektedir. BM ikinci grupta yer almaktadır.⁶⁵

BM Anlaşması gözlemci üye statüsü ile ilgili genel bir düzenleme getirmediğinden uygulamada her durum için değerlendirme yapılmakta ve organlarca karar alınmaktadır. BM’de gözlemci üye statüsü ilk zamanlarda üye olmayan Avusturya, İtalya gibi devletlere tanınmıştır. Bu devletler BM’ye üye olduktan sonra gözlemci üye statüleri sona ermiştir.⁶⁶ Vatikan BM’de gözlemci üye statüsünden yararlanmaktadır.⁶⁷ Filistin de BM Genel Kurulu Kararı ile BM’de gözlemci üye statüsünden yararlanmaktadır.⁶⁸ BM’de pek çok uluslararası örgüt de gözlemci üye statüsünden yararlanmaktadır. Gözlemci üye statüsünden yararlanan uluslararası örgütler BM Genel Kurulu’nun toplantılarına ve çalışmalarına katılmakta, çalışma konuları ile ilgili belgelere ulaşabilmektedir.

⁶³ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 116.

⁶⁴ Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 180. Uluslararası Çalışma Örgütü, örgütün üyeleri ve örgütte gözlemci üye statüsüne sahip olanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.ilo.org/global/regions/lang--en/index.htm>, Erişim Tarihi: 09.10.2023.

⁶⁵ Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, 61-62; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 260-261.

⁶⁶ <https://www.un.org/en/about-us/about-permanent-observers>, Erişim Tarihi: 05.06.2024; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 261.

⁶⁷ <https://www.un.org/en/about-us/non-member-states>, Erişim Tarihi: 05.06.2024; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 180; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 261.

⁶⁸ Filistin’e BM’de gözlemci üye statüsü verilmesine dair BM Genel Kurul Kararı için bkz. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/479/74/PDF/N1247974.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 23.10.2023.

Bu uluslararası örgütler ayrıca, BM'nin çeşitli merkezlerinde ofisler açma imkanına sahiptir.⁶⁹

Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsü ile ilgili düzenlemelerin ilki örgütün kurucu anlaşmasının 16. maddesi ile getirilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre örgüt tarafından devletlere, uluslararası örgütlere ve uluslararası forumlara gözlemci üye statüsü verilebilmektedir. Gözlemci üye statüsünün verilmesi ile ilgili usul ve esaslar ise Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi Yönetmeliği tarafından belirlenmektedir.⁷⁰

Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsü ile ilgili düzenlemelerin ikincisi Türk Devletleri Teşkilatı Usul Kuralları'nın 5. maddesi ile getirilmiştir. Buradaki düzenlemeye göre, Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsü verilmesine ilişkin usul ve esaslar ile gözlemci üyelerin hak ve görevlerine ilişkin hükümler, usul kurallarının ayrılmaz bir parçası olan I Numaralı Ek'te yer alan Türk Devletleri Teşkilatı'nda Gözlemci Statüsüne İlişkin Yönetmelik'te öngörülmüştür.⁷¹

Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsü ile ilgili düzenlemelerin üçüncüsü Türk Devletleri Teşkilatı Usul Kuralları'nın I Numaralı Ek'i ile getirilmiştir. Türk Devletleri Teşkilatı Usul Kurallarının I Numaralı Eki'nin başlığı Türk Devletleri Teşkilatı'nda Gözlemci Statüsüne İlişkin Yönetmelik'tir. Bu Yönetmelik ilgili devletlere ve uluslararası örgütlere Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsü verilmesine ilişkin usul ve esaslar ile gözlemci üyelerin hak ve görevlerini tanımlamaktadır.

Yönetmelik'in ilk 5 paragrafında Türk Devletleri Teşkilatı'na kimlerin gözlemci üye statüsü için başvuruda bulunabileceğine dair ayrıntılı açıklamalar, genel hükümler yer almaktadır. Yönetmelik'in 1. paragrafına göre, üye devletlerin egemenliğine, toprak bütünlüğüne ve eşitliğine saygı temelinde Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsü elde etmek isteyen devletler; Türk Devletleri Teşkilatı'nın kurucu anlaşmasında öngörülen amaç, görev ve ilkeleri tanıyarak, Türk Devletleri Teşkilatı'nın çalışmalarına pratik ve değerli katkılarda bulunmaya hazır olduklarını ifade ederek ve bu Yönetmelik'in 3. paragrafında belirtilen kriterlere uyarak bu statünün verilmesi için başvuruda bulunabilir. Yönetmelik'in 3. paragrafına göre, sadece Türk dillerinden veya akraba

⁶⁹ <https://www.un.org/en/about-us/intergovernmental-and-other-organizations>, Erişim Tarihi: 05.06.2024; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 262.

⁷⁰ Terzioğlu, "Uluslararası," 57; Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 229.

⁷¹ Türk Devletleri Teşkilatı Usul Kuralları m. 5.

dillerinden birini devlet düzeyinde devlet dili veya resmi dil olarak kabul eden devletler Türk Devletleri Teşkilatı'na gözlemci üye statüsü için başvurabilir. Yönetmelik'in 5. paragrafına göre bu Yönetmelik yürürlüğe girmeden önce gözlemci üye statüsü verilmiş olan devletlere uygulanmaz. Yönetmelik'in 2. paragrafına göre ise, üye devletlerin egemenliğine, toprak bütünlüğüne ve eşitliğine saygı temelinde Türk Devletleri Teşkilatı nezdinde gözlemci üye statüsü elde etmek isteyen uluslararası örgütler bu statünün verilmesi için başvuruda bulunabilir. Uluslararası örgütlerin Türk Devletleri Teşkilatı'na gözlemci üye statüsü elde etmek için başvuruda bulunmasının koşulları; Türk Devletleri Teşkilatı'nın kurucu anlaşmasında öngörülen amaç, görev ve ilkeleri tanınmaları ve Türk Devletleri Teşkilatı'na karşılıklı olarak aynı şart ve koşullarla gözlemci üye veya eş değer bir statü vermeye hazır olduklarını ifade etmeleridir.

Yönetmelik'in 6. ve 8. paragrafları arasında gözlemci üye statüsü verme prosedürü ile ilgili ayrıntılı açıklamalar yapılmaktadır. Yönetmelik'in 6. paragrafına göre, gözlemci üye statüsü elde etmek isteyen devletler veya uluslararası örgütler, Türk Devletleri Teşkilatı Başkanı'na Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye olma niyetini ifade eden bir beyan gönderir. Yönetmelik'in 7. paragrafına göre, Başkan bu tür bir talebin alındığını Sekretarya aracılığıyla üye devletlere bildirir ve başvuru üye devletlerin onayına sunulur. Yönetmelik'in 8. paragrafına göre de gözlemci üye statüsü verilmesi kararı Türk Devletleri Teşkilatı Devlet Başkanları Konseyi tarafından alınır. Gözlemci üye statüsü Devlet Başkanları Konseyi tarafından kabul edildikten sonra yürürlüğe girer.⁷²

Gözlemci üye statüsünün sona ermesi hakkındaki açıklamalar Yönetmelik'in 12. ve 14. paragrafları arasında yer almaktadır. Yönetmelik'in 12. paragrafına göre, gözlemci üye statüsünden vazgeçmek isteyen gözlemci üye, bu konuya ilişkin bildirimini Türk Devletleri Teşkilatı Başkanı'na gönderir. Gözlemci üye statüsü, söz konusu bildirim Türk Devletleri Teşkilatı Başkanı tarafından alındığı tarihten itibaren iptal edilmiş sayılır. Türk Devletleri Teşkilatı Başkanı, alınan kararı Sekretarya aracılığıyla üye devletlere bildirir. Yönetmelik'in 13. paragrafına göre gözlemci üyenin Türk Devletleri Teşkilatı bünyesindeki mevcut taahhütlerinden kaynaklanan görev ve yükümlülükleri fesihten etkilenmez. Yönetmelik'in 14. paragrafına göre ise gözlemci üyenin Türk Devletleri Teşkilatı'nın kurucu anlaşmasında belirtilen ilkelere aykırı hareket etmesi halinde, söz konusu devlet veya uluslararası örgütün gözlemci üye

⁷² Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 229.

statüsü Devlet Başkanları Konseyi tarafından askıya alınabilir veya sona erdirilebilir.⁷³

Gözlemci üyenin sahip olabileceği haklar ile ilgili düzenlemeler Yönetmelik'in 9. paragrafında yapılmıştır. Bu düzenlemelere göre, gözlemci üye devletler, üye devletlerin mutabakatıyla, Devlet Başkanları Konseyi, Dışişleri Bakanları Konseyi, Kıdemli Memurlar Komitesi toplantılarına, Türk Devletleri Teşkilatı Bakanlar, Kurum Başkanları ve Çalışma Grupları toplantılarına, akademik ve uzman toplantılarına, forumlara, konferanslara, seminerlere, festivallere, sergilere, yarışmalara ve diğer benzer etkinliklere katılmaya davet edilebilir. Üye devletlerin mutabakatıyla, gözlemci üye uluslararası örgütler ise Dışişleri Bakanları Konseyi toplantılarına, Türk Devletleri Teşkilatı Bakanları, Kurum Başkanları ve Çalışma Grupları toplantılarına, akademik ve uzman toplantılarına, forumlara, konferanslara, seminerlere, festivallere, sergilere, yarışmalara ve diğer benzer etkinliklere katılmaya davet edilebilir. Belirtilen toplantılar sırasında, üye devletlerin mutabakatıyla, gözlemci üye açıklama yapma, tartışmalara katılma, etkinlik katılımcıları arasında dağıtılan belge ve materyalleri bu belge ve materyallerin dağıtımını kısıtlanmamışsa alma ve kendi materyal ve belgelerini dağıtma hakkına sahiptir. Gözlemci üyelerin katılım düzeyi, her bir toplantının düzeyine karşılık gelecektir. Bununla birlikte, gözlemci üye, üye devletler tarafından aksi kararlaştırılmadıkça, Türk Devletleri Teşkilatı belgelerinin hazırlanmasına ve imzalanmasına katılamaz. Gözlemci üye, Türk Devletleri Teşkilatı'nın karar alma sürecine dahil olamaz ve bu kararlardan sorumlu tutulamaz. Ayrıca, Yönetmelik'in 4. paragrafına göre de gözlemci üye Türk Devletleri Teşkilatı'nın karar alma sürecinde yer alamaz.⁷⁴

Gözlemci üyenin görevleri ile ilgili düzenlemeler Yönetmelik'in 10. paragrafında yer almaktadır. Bu düzenlemelere göre, gözlemci üye her yıl Türk Devletleri Teşkilatı'nın sektörel iş birliği alanlarından birinde hem gözlemci üyenin hem de Türk Devletleri Teşkilatı'nın ortak çıkarına olan bir faaliyete ev sahipliği yapacaktır. Ayrıca, gözlemci üye Türk Devletleri Teşkilatı'nın ve Türk Dünyası'nın kültürel unsurlarının tanıtılmasına ve güçlendirilmesine katkıda bulunacaktır. Bahsedilen hususlara ek olarak, Yönetmelik'in 11. paragrafına göre gözlemci üye Türk Devletleri Teşkilatı etkinliklerine katılımının tüm masraflarını karşılayacaktır.

⁷³ Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 229.

⁷⁴ Erkiner ve Eray, "Uluslararası," 229.

C. KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'ndaki Gözlemci Üye Statüsü

1. KKTC'ye Türk Devletleri Teşkilatı'nda Gözlemci Üye Statüsü Verilmesinin Sebepleri

Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsüne sahip devletler; Macaristan, Türkmenistan ve KKTC'dir. Örgütte gözlemci üye statüsüne sahip bir de uluslararası örgüt bulunmaktadır. Ekonomik İş Birliği Teşkilatı, örgütte gözlemci üye statüsüne sahip olan uluslararası örgüttür. Macaristan 2018'de Kırgızistan'da gerçekleştirilen Türk Devletleri Teşkilatı Zirvesi sırasında örgütte gözlemci üye statüsüne sahip olmuştur. Türkmenistan 2021'de Türkiye'de gerçekleştirilen Türk Devletleri Teşkilatı Zirvesi sırasında örgütte gözlemci üye statüsüne sahip olmuştur. KKTC 2022'de Özbekistan'da gerçekleştirilen Türk Devletleri Teşkilatı Zirvesi sırasında örgütte gözlemci üye statüsüne sahip olmuştur. Ekonomik İş Birliği Teşkilatı ise 2023'te Kazakistan'da gerçekleştirilen Türk Devletleri Teşkilatı Zirvesi sırasında örgütte gözlemci üye statüsüne sahip olmuştur.⁷⁵

KKTC esasen Türk Devletleri Teşkilatı'nda tam üyelik için gerekli olan şartlara sahip bir devlettir. Bu çerçevede, KKTC mevcut üye devletlerle ortak değerleri paylaşan bir Türk devletidir. Ayrıca, KKTC Türk dili konuşan ülkelerden biridir. KKTC'nin Anayasası ile belirlenmiş resmi dili Türkçe'dir. KKTC tam üye olmak için gerekli şartlara sahip olmasına rağmen, 2022'de örgüte gözlemci üye olarak kabul edilmiştir.⁷⁶

KKTC'nin gerekli şartlara sahip olmasına rağmen Türk Devletleri Teşkilatı'na tam üye olamamasının bunun yerine örgüte gözlemci üye olarak kabul edilmesinin sebebi, örgüte üye olan devletler arasında henüz KKTC'yi devlet olarak tanımayanların bulunmasıdır. Başka bir ifade ile, örgüte üye devletler arasında KKTC'yi resmi olarak tanıyan tek devlet Türkiye'dir. Diğer üye devletler henüz KKTC'yi resmi olarak tanımamıştır.⁷⁷ Bu sebeple, KKTC'nin

⁷⁵ <https://www.turkicstates.org/tr/gozlemci-ulkeler>, Erişim Tarihi: 24.01.2024.

⁷⁶ KKTC'nin Anayasası ve resmi dili için bkz. https://www.cm.gov.nc.tr/dir_docs/9646521_Anayasa.pdf, Erişim Tarihi: 24.01.2024. KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsüne sahip olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.turkicstates.org/tr/gozlemci-ulkeler/XC>, Erişim Tarihi: 24.01.2024; Terzioğlu, "Uluslararası," 56.

⁷⁷ KKTC'yi resmi olarak tanıyan tek devletin Türkiye olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://mfa.gov.ct.tr/tr/dis-politika/turkiye-ile-iliskiler/>, Erişim Tarihi: 24.01.2024. KKTC'nin Türkiye dışında diğer devletler tarafından devlet olarak tanınmama sebeplerinden biri, KKTC'de polis güçlerinin Türk ordusunun kontrolü altında olması ve bu durumun KKTC'nin

örgüte tam üye olarak kabulü henüz mümkün olmamıştır. Bununla birlikte, KKTC örgüte üye devletlerle paylaştığı ortak değerlerin bulunması, bir Türk devleti olması ve resmi dilinin Türkçe olması gibi sebeplerle örgütün tamamen dışında tutulmamış, gözlemci üye statüsü verilmek suretiyle örgüt ve KKTC arasında yakın bir iş birliği ilişkisi kurulmuştur.

KKTC'ye benzer sebeplerle başka uluslararası örgütler tarafından da tam üyelik statüsü yerine gözlemci üye statüsü verilmiştir. Örneğin, KKTC'nin İslam İş Birliği Teşkilatı'ndaki statüsü gözlemci üye statüsüdür.⁷⁸ Bunun dışında, KKTC'nin Ekonomik İş Birliği Teşkilatı'ndaki statüsü de gözlemci üye statüsüdür.⁷⁹

Bahsedilen çerçevede, KKTC'ye Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsü verilmesinin sebeplerinden biri örgüte üye olan devletler arasında henüz KKTC'yi devlet olarak tanımayanların bulunmasıdır. KKTC'ye örgütte gözlemci üye statüsü verilmesinin bir başka sebebi ise KKTC'nin mevcut üye devletlerle ortak değerleri paylaşan bir Türk Devleti ve Türk dili konuşan

bağımsızlığı ile ilgili tartışmaları beraberinde getirmesidir. Bir başka sebep ise, BM Güvenlik Konseyi'nin ilgili kararları ile KKTC'nin bağımsızlık ilanının hukuki açıdan kabul edilemez olduğunu belirtmesi ve diğer devletlere KKTC'nin bağımsızlık ilanını tanıma çağrısında bulunmasıdır. Bir başka sebep ise, KKTC'nin dışarıdan bir devletin kuvvet kullanımı sonucu ortaya çıktığı bu nedenle tanınmaması gerektiği yönündeki görüşlerdir. Mustafa Erçakıca, "Devletlerin Tanınması ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti" (Yüksek Lisans Tezi, Doğu Akdeniz Üniversitesi, 2013), 127-131. KKTC'nin Türkiye dışında diğer devletler tarafından devlet olarak tanınmamasının sonuçlarından biri, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin tüm aday temsil kararları alabilmesi örneğinin, AB'ye tüm aday temsil üye olarak kabul edilmesidir. Bir başka sonuç ise, KKTC'nin uluslararası anlaşmalar imzalamaması, uluslararası yargı organlarının önüne uluslararası uyuşmazlıkların tarafı olarak çıkamaması, çeşitli izolasyonlar ve ambargolar ile karşılaşmasıdır. Erçakıca, "Devletlerin Tanınması," 147-151. Devletlerin tanınması hakkında daha ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Semin Töner Şen, "Devletlerin ve Hükümetlerin Tanınması ve Uluslararası Hukuk ve İç Hukuka Etkisi" (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2003); Ezeli Azarkan, *Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması (Slovenya, Hırvatistan ve Bosna-Hersek)* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2008); Ender Kuzu, "Uluslararası Hukukta Tanıma ve Kosova'nın Tanınması Sorunu" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2011).

⁷⁸ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 116; Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 261. İslam İş Birliği Teşkilatı, örgütün üyeleri ve örgütte gözlemci üye statüsüne sahip olanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.oic-oci.org/page/?p_id=179&p_ref=60&lan=en, Erişim Tarihi: 27.10.2023.

⁷⁹ Ekonomik İş Birliği Teşkilatı, örgütün üyeleri ve örgütte gözlemci üye statüsüne sahip olanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://eco.int/observers/>, Erişim Tarihi: 24.01.2024.

ülkelerden biri olması bu bağlamda örgüt dışında bırakılmak istenmemesi aksine KKTC ile örgüt arasında yakın iş birliği ilişkisi kurulmak istenmesidir.

KKTC'ye Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsü verilmesinin sebepleri incelendiğinde bu sebeplerin uluslararası örgütlerde gözlemci üye statüsü verilmesine ilişkin genel uygulama ile paralel olduğu anlaşılmaktadır. Uluslararası örgütlerde en yaygın şekilde gözlemci üye statüsünün verildiği birimler arasında uluslararası örgütlerin mevcut üyelerince henüz devlet olarak tanınmamış ancak devlet olma iddiası bulunan topluluklar yer almaktadır. KKTC'ye bu bağlamda başka uluslararası örgütlere de benzer şekilde gözlemci üye statüsü verilmiştir.

KKTC'ye Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsü verilmesi üzerine Avrupa Birliği, ABD ve Yunanistan gibi devletler çeşitli tepkiler ortaya koymuştur. Bu tepkilerin odağında KKTC'nin devlet olarak tanınması ile ilgili tartışmalar sürmekteyken gözlemci üye statüsüne sahip olmasının mümkün olmadığı ve sorun teşkil ettiği hususu yer almaktadır. Ancak, bu tepkilerin uluslararası hukuk açısından yerinde tepkilerden çok siyasi tepkiler olduğu ifade edilmelidir. Türkiye dışında başka bir devlet tarafından tanınmamış olması KKTC'nin bir devlet olmadığını bu sebeple gözlemci üye olarak örgütte yer alamayacağını ileri sürebilmek için yeterli sebebi teşkil etmemektedir. Çünkü, genel olarak kabul edildiği üzere devletler başka devletler tarafından tanınmalarından bağımsız olarak var olabilmektedir. Başka bir ifade ile, tanınma devlet olma bakımından kurucu değil sadece beyan edici bir etki doğurmaktadır. Bu çerçevede, KKTC Türkiye dışında başka devletler tarafından tanınmasa dahi bir devlet olmak için gerekli öğelere sahiptir, bir uluslararası hukuk süjesidir, uluslararası anlaşmalar yapabilir, uluslararası örgütler ile üyelik ilişkisi kurabilir. Uluslararası hukuk açısından KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsüne sahip olmasına engel bir durum bulunmamaktadır ayrıca, gözlemci üye statüsüne sahip olmak KKTC'nin bir devlet olarak egemenliğinden kaynaklanmaktadır.⁸⁰ KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsüne sahip olmasına örgütün kurucu anlaşması ve ilgili düzenlemeleri bakımından da engel bir durum bulunmamaktadır. Çünkü, ilgili belgelerde devletlerin örgüte gözlemci üye olarak kabul edilebileceği açıkça ifade edilmektedir.

⁸⁰ İlayda Eray, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Türk Devletleri Teşkilatı'na (TDT) Gözlemci Üyeliği: Uluslararası Hukuk Bağlamında Bir Değerlendirme," *Avrasya Dünyası*, no. 13 (2023): 4-10.

2. KKTC'ye Türk Devletleri Teşkilatı'nda Gözlemci Üye Statüsü Verilmesinin Sonuçları

KKTC Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsüne sahip olmasının sonucu olarak üye devletlerin mutabakatıyla, Devlet Başkanları Konseyi, Dışişleri Bakanları Konseyi, Kıdemli Memurlar Komitesi toplantılarına, Türk Devletleri Teşkilatı Bakanlar, Kurum Başkanları ve Çalışma Grupları toplantılarına, akademik ve uzman toplantılarına, forumlara, konferanslara, seminerlere, festivallere, sergilere, yarışmalara ve diğer benzer etkinliklere katılmaya davet edilebilir ve bu tarz etkinliklere katılabilir. KKTC Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsüne sahip olmasının sonucu olarak katıldığı toplantılar sırasında, üye devletlerin mutabakatıyla, açıklama yapabilir, tartışmalara katılabilir, etkinlik katılımcıları arasında dağıtılan belge ve materyalleri bu belge ve materyallerin dağıtımını kısıtlanmamışsa alabilir ve kendi materyal ve belgelerini dağıtabilir.

KKTC Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsüne sahip olmasının sonucu olarak yukarıda sayılan haklara sahip olmakla birlikte üye devletler tarafından aksi kararlaştırılmadıkça, Türk Devletleri Teşkilatı belgelerinin hazırlanmasına ve imzalanmasına katılamaz. KKTC gözlemci üye olarak, Türk Devletleri Teşkilatı'nın karar alma sürecine dahil olamaz ve bu kararlardan sorumlu tutulamaz. Başka bir ifade ile, KKTC gözlemci üye olarak Türk Devletleri Teşkilatı'nın karar alma sürecinde yer alamaz.

KKTC Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsüne sahip olmasının sonucu olarak her yıl Türk Devletleri Teşkilatı'nın sektörel iş birliği alanlarından birinde hem gözlemci üye olarak kendisinin hem de Türk Devletleri Teşkilatı'nın ortak çıkarına olan bir faaliyete ev sahipliği yapacaktır. Ayrıca, KKTC gözlemci üye olarak Türk Devletleri Teşkilatı'nın ve Türk Dünyası'nın kültürel unsurlarının tanıtılmasına ve güçlendirilmesine katkıda bulunacaktır. Bahsedilen hususlara ek olarak, KKTC gözlemci üye olarak Türk Devletleri Teşkilatı etkinliklerine katılımının tüm masraflarını karşılayacaktır.

KKTC'ye Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsü verilmesinin sonuçları incelendiğinde bu sonuçların uluslararası örgütlerde gözlemci üye statüsü verilmesine ilişkin genel uygulama ile paralel olduğu anlaşılmaktadır. Gözlemci üyeler esasen uluslararası örgütlerin çalışmalarına oy hakkı bulunmaksızın katılma imkanına sahip olmaktadır. KKTC genel uygulamaya paralel olarak, Türk Devletleri Teşkilatı'nın çalışmalarına ve etkinliklerine katılma imkanına sahiptir. Ancak, KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'nın karar alma süreçlerine katılma, bu süreçlerde oy kullanma imkanı bulunmamaktadır.

KKTC Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsünün sonucu olarak, 16.03.2023 tarihinde Afet Acil Durum Yönetimi ve İnsani Yardım konusunda Ankara'da düzenlenen Türk Devletleri Teşkilatı Olağanüstü Zirvesi'ne katılmıştır.⁸¹ KKTC Cumhurbaşkanı bu Olağanüstü Zirve esnasında Devlet Başkanları Konseyi'nde bir konuşma yapmış ve KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye olmasının önemini vurgulamıştır.⁸²

KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsüne sahip olması uluslararası alandaki etkinliğinin artırılması bakımından önem arz eden bir gelişmedir.⁸³ KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'ndaki gözlemci üye statüsü tam üyeliğe geçişte bir geçiş aşaması olarak değerlendirilebilir. KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'ndaki gözlemci üye statüsü öncelikle bu bakımdan önem arz etmektedir. Bunun dışında, KKTC'ye Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsü verilmesi KKTC'nin sorunlarının tüm Türk Devletleri'nin ve Türk Devletleri Teşkilatı'nın sorunu olarak kabul edildiğinin gösterilmesi açısından önem arz etmektedir.

Yukarıda bahsedilen hususlara ek olarak, KKTC'ye Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsü verilmesi sebebiyle KKTC'nin örgüt tarafından bir devlet olarak tanındığı ifade edilebilir. Çünkü, Türk Devletleri Teşkilatı kurucu ve üye devletlerden ayrı ve bağımsız bir uluslararası hukuk süjesidir ve KKTC'ye bir devlet olarak gözlemci üye statüsü vermiştir. Türk Devletleri Teşkilatı tarafından gerçekleştirilen gözlemci üye statüsü verme işlemi bir uluslararası hukuk süjesi olan örgütün kendisi tarafından gerçekleştirilmiş ve kendisi bakımından hukuki sonuç doğuran bir işlemidir. Bununla birlikte, KKTC'ye örgütte gözlemci üye statüsü verilmesi Türkiye hariç örgüte üye diğer devletler olan Azerbaycan, Kazakistan, Kırgızistan ve Özbekistan tarafından KKTC'nin bir devlet olarak açıkça veya üstü kapalı şekilde tanınması sonucunu doğurmamaktadır. Çünkü, Türk Devletleri Teşkilatı'nın KKTC'ye gözlemci üye

⁸¹ Azerbaycan'ın girişimiyle 16.03.2023 tarihinde Ankara'da düzenlenen Olağanüstü Zirve hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.turkicstates.org/tr/haberler/turk-devletleri-teskilati-olaganustu-zirvesi-ankarada-duzenlendi_2850#:~:text=T%C3%BCrk%20Devletleri%20Te%C5%9Fkilat%C4%B1%20Ola%C4%9Fan%C3%BCst%C3%BC%20Zirvesi%2C%20Azerbaycan%20Cumhuriyeti'nin%20giri%C5%9Fimiyle%2C,ve%20%C4%B0nsani%20Yard%C4%B1m%22%20temas%C4%B1yla%20d%C3%BCzenlenmi%C5%9Ftir., Erişim Tarihi: 22.03.2024.

⁸² KKTC Cumhurbaşkanı'nın konuşması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://kktcb.org/tr/turk-devletleri-teskilati-olaganustu-zirvesinde-devlet-baskanlari-toplantısında-konusma-yapan-10807>, Erişim Tarihi: 22.03.2024.

⁸³ Eray, "Kuzey Kıbrıs," 4-10.

statüsü vermeye ilişkin işlemi kendisine ait ve kendisi açısından sonuç doğuran bir işlemdir, bu işlem doğrudan örgüte üye olan devletlerin işlemi kabul edilemez ve bu devletler bakımından tanıma sonucu doğuramaz.⁸⁴ Ayrıca, esasen KKTC'nin örgüte tam üye olmak için gerekli şartlara sahip olmasına rağmen Türkiye hariç mevcut üye devletler tarafından devlet olarak tanınmadığı için gözlemci üye statüsüne sahip olduğu ifade edilmelidir.

SONUÇ

Türk Devletleri Teşkilatı bir uluslararası örgüttür ve bir uluslararası hukuk süjesidir. Bu hususlar örgütün kurucu anlaşmasında açıkça belirtilmektedir. Örgüt hükümetler arası uluslararası örgütlerin sahip olması gereken özelliklere de sahiptir. Uluslararası örgütlerin sınıflandırılması içindeki yeri bakımından ele alındığında örgütün bölgesel, genel amaçlı, iş birliği ve eş güdüm sağlamayı hedefleyen geleneksel bir uluslararası örgüt olduğu anlaşılmaktadır. Uluslararası örgütlerin esnek yapısı düşünüldüğünde örgütün uluslararası örgütlerin sınıflandırılması içindeki yerinin zamanla değişebileceği ileri sürülebilir.

Türk Devletleri Teşkilatı amaçları arasında üye devletler arasında karşılıklı olarak güven, dostluk, iyi komşuluk ilişkilerini güçlendirmek; bölgede ve dünyada barışı sağlamak, güvenlik ile emniyeti güçlendirmek; ortak menfaatleri ilgilendiren dış politika konularında ortak bir tutum benimsemeye çalışmak gibi hususlar yer alan bir uluslararası örgüttür. Örgütün amaçlarını gerçekleştirmek için sahip olduğu ana organları Devlet Başkanları Konseyi, Dışişleri Bakanları Konseyi, Kıdemli Memurlar Komitesi, Aksakallar Konseyi ve Sekreteryaya'dan oluşmaktadır. Örgütün ana organlarının oluşturulması bakımından bir yandan genel uygulama diğer yandan ise örgütün kendine özgü yapısından kaynaklanan özel durumlar dikkate alınmıştır.

Türk Devletleri Teşkilatı'nın yetkileri arasında; üye devletlerin tamamının onayı ile anlaşmalar imzalama, mülk satma ve satın alma, mahkemelere davacı ve davalı olarak çıkma, banka hesabı açma ile nakit varlıklar konusunda sözleşme

⁸⁴ Eray, "Kuzey Kıbrıs," 4-10. KKTC'nin Türk Devletleri Teşkilatı'na gözlemci üye olarak kabul edilmesinin örgüt açısından KKTC'nin tanınması sonucunu doğurması ancak, örgütün bu eyleminin üye devletler için aynı sonucu doğurmaması, uluslararası örgütlerin eylemlerinin esasen kendileri ve üye devletler açısından farklı sonuçlar ve sorumluluklar doğurması ile ilgilidir. Uluslararası örgütlerin eylemlerinden doğan uluslararası sorumluluklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakkı Hakan Erkiner, "Bir Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Davranışından Ötürü Bir Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğu," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 2 (2017): 61-86.

yapma gibi hususlar yer almaktadır. Örgüt sahip olduğu yetkiler doğrultusunda faaliyetlerini gerçekleştirmektedir. Örgüt düzenlediği zirveleri, yürüttüğü proje ve programları ile faaliyet alanlarına ilişkin somut girişimlerde bulunmaktadır. Örgüt esasen zirve faaliyetleri itibariyle etkili bir uluslararası örgüt olarak ön plana çıkmaktadır. Örgütün şimdiye kadar düzenli olarak gerçekleştirdiği ve gerçekleştirmekte olduğu faaliyetler etkinliğinin ilerleyen zamanlarda giderek artacağına işaret etmektedir.

Türk Devletleri Teşkilatı'nın asli üyeleri Türkiye, Azerbaycan, Kazakistan ve Kırgızistan'dır. Örgütün sonradan kabul edilen üyesi ise Özbekistan'dır. Örgüte sadece Türk Devletleri üye olabilmektedir. Üyelik başvuruları ile ilgili kararı Devlet Başkanları Konseyi konsensüs yolu ile almaktadır. Üyelğe kabul şartlarından birinin Türk Devletleri'nden biri olmak olması ve üyelğe kabul kararının konsensüs yolu ile alınması nedeniyle örgütün kapalı bir uluslararası örgüt olduğu ifade edilebilir. Bahsedilen çerçevede, henüz örgüte üye olmamış ancak üye olabilecek Türk Devletleri Türkmenistan ve KKTC'den ibarettir.

Türk Devletleri Teşkilatı'nda tam üyelik statüsüne sahip devletler Türkiye, Azerbaycan, Kazakistan, Kırgızistan ve Özbekistan'dır. Örgütün faaliyetlerine tam üyelik statüsü dışında gözlemci üye statüsü ile katılmak da mümkündür. Örgütte gözlemci üye statüsüne sahip devletler; Macaristan, Türkmenistan ve KKTC'dir. KKTC 2022'de Özbekistan'da gerçekleştirilen Türk Devletleri Teşkilatı Zirvesi sırasında örgütte gözlemci üye statüsüne sahip olmuştur.

KKTC'ye tam üyelik için gerekli şartlara sahip olmasına rağmen gözlemci üye statüsü verilmesinin sebeplerinden biri örgüte üye olan devletler arasında henüz KKTC'yi devlet olarak tanımayanların bulunmasıdır. Bir başka sebep ise, KKTC'nin mevcut üye devletlerle ortak değerleri paylaşan bir Türk Devleti, Türk dili konuşan ülkelerden biri olması bu nedenle örgüt dışında bırakılmak istenmemesi, KKTC ile örgüt arasında yakın iş birliği ilişkisi kurulmak istenmesidir. KKTC'ye örgütte gözlemci üye statüsü verilmesinin sebepleri uluslararası örgütlerde gözlemci üye statüsü verilmesine ilişkin genel uygulama ile paraleldir. KKTC'ye aynı sebeple başka uluslararası örgütlerin benimsediği uygulamalara benzer şekilde gözlemci üye statüsü verilmiştir.

KKTC Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsünün sonucu olarak bazı haklara sahiptir. KKTC'nin gözlemci üye olarak sahip olduğu haklar arasında; örgütün Devlet Başkanları Konseyi, Dışişleri Bakanları Konseyi, Kıdemli Memurlar Komitesi toplantılarına, Bakanlar, Kurum Başkanları ve Çalışma Grupları toplantılarına, akademik ve uzman toplantılarına, forumlara,

konferanslara ve benzeri etkinliklerine katılma yer almaktadır. KKTC'nin gözlemci üye olarak sahip olduğu haklar arasında ayrıca; katıldığı toplantılar sırasında açıklama yapma, tartışmalara katılma, etkinlik katılımcıları arasında dağıtılan belge ve materyalleri alma ve kendi materyal ve belgelerini dağıtma yer almaktadır.

KKTC Türk Devletleri Teşkilatı'nda gözlemci üye statüsünün sonucu olarak bazı yükümlülükler de üstlenmiştir. KKTC'nin gözlemci üye olarak üstlendiği yükümlülükler arasında; örgütün sektörel iş birliği alanlarından birinde her yıl hem kendisinin hem de örgütün çıkarına uygun olan bir faaliyete ev sahipliği yapmak, örgütün ve Türk Dünyası'nın kültürel unsurlarının tanıtılmasına ve güçlendirilmesine katkıda bulunmak, örgüt etkinliklerine katılımının tüm masraflarını karşılamak yer almaktadır.

KKTC gözlemci üye statüsünün sonucu olarak üye devletler tarafından aksi yönde bir karar alınmadıkça Türk Devletleri Teşkilatı belgelerinin hazırlanmasına ve imzalanmasına katılma, karar alma süreçlerine dahil olma, bu süreçlerde oy kullanma imkanına sahip değildir. Buna rağmen, KKTC'nin gözlemci üye statüsüne sahip olması; mevcut üye devletlerle ortak değerleri paylaşan bir Türk Devleti ve Türk dili konuşan ülkelerden biri olan KKTC'nin örgüt dışında bırakılmaması hatta tam aksine KKTC ile örgüt arasında yakın bir iş birliği ilişkisi kurulması, bu durumun tam üyeliğe geçişte bir geçiş aşaması olarak değerlendirilebilecek olması, KKTC'nin sorunlarının tüm Türk Devletleri'nin ve örgütün sorunu olarak kabul edildiğinin gösterilmesi bakımından önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Acer, Yücel ve İbrahim Kaya. *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Akçapa, Mevlüt. "Türk Devletleri Teşkilatı'nın Tarihsel Gelişimi: Teşkilatın Dünyü, Bugünü ve Yarını." *Avrasya Uluslararası Araştırma Dergisi* 11, no. 34 (2023): 473-491.
- Akipek, Ömer İlhan. *Devletler Hukuku İkinci Kitap Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet*. Ankara: Başnur Matbaası, 1964.
- Aksar, Yusuf. *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Aksar, Yusuf. *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

- Amirbek, Aidarbek, Almasbek Anuarbekuly ve Kanat Makhanov. "Türk Dili Konuşan Ülkeler Entegrasyonu: Tarihsel Geçmişi ve Kurumsallaşması." *Ankasam Bölgesel Araştırmalar Dergisi* 1, no. 3 (2017): 164-204.
- Archer, Clive. *International Organizations*. London New York: Routledge, 2001.
- Armstrong, David, Lorna Lloyd ve John Redmond. *International Organisation in World Politics*. London: Red Globe Press, 2004.
- Aslantaş, Aybüke. "Küreselleşmede Bölgesel Örgüt İş Birliği Mekanizması Çerçevesinde Türk Devletleri Teşkilatı." Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2023.
- Ateş, Davut. *Uluslararası Örgütler Devletlerin Örgütlenme Mantiği*. Bursa: Dora Yayıncılık, 2021.
- Azarkan, Ezeli. *Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması (Slovenya, Hırvatistan ve Bosna-Hersek)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.
- Azizov, Mushfig. "Significance of Organization of Turkic States: Rising Political and Economic Potential of the Organization." Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2023.
- Baghiro, Orkhan. "The Organization of Turkic States' Economic Potential and Cooperation Prospects among its Members." *Perceptions Journal of International Affairs* 27, no. 1 (2022): 53-73.
- Başak, Cengiz. *Uluslararası Örgütler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Başlar, Kemal. *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar*. Ankara: Nobel Yayıncılık, 2005.
- Bayani, Sarah. *International Legal Responsibility of International Organizations in the ILC Draft Articles and Beyond*. Göttingen: Göttingen University Press, 2022.
- Bircan, Murat. "Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi (Türk Keneşi) Üzerine Yapısal ve İşlevsel Bir Değerlendirme." Yüksek Lisans Tezi, Niğde Ömer Halis Demir Üniversitesi, 2021.
- Blokker, Neils. "International Organizations and Their Member." *International Organizations Law Review*, no. 1 (2004): 139-162.
- Boas, Gideon. *Public International Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.
- Bozkurt, Enver, Yasin Poyraz ve Selcen Erdal. *Devletler Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

- Çaşın, Mesut Hakkı. *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2019.
- Çaşın, Mesut Hakkı. *Uluslararası Andlaşmalar Hukuku*. İstanbul: Yeditepe Yayınevi, 2020.
- Coşkun, Gizem. "Türk Devletleri Teşkilatı'nın Sosyal İnşacı Teori Çerçevesinde Analizi." Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2023.
- Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı Yayınları. *21. Yüzyılın Parlayan Yıldızı Türk Devletleri Teşkilatı*. Ankara: Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı Yayınları, 2023.
- Çağırın, Mehmet Emin. *Uluslararası Örgütler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2023.
- Çağlayan, Sezai. *Açıklamalı ve Örneklemeli Uluslararası Hukuk Terimler Sözlüğü*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021.
- Çakmak, Cenap. *Uluslararası Hukuk: Giriş Teori ve Uygulama Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2014.
- Çalışır, Abdulkadir. "Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi: Orta Asya'da Bölgesel İşbirliği ve Entegrasyon." Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2019.
- Çelik, Edip F. *Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987.
- Dalar, Mehmet. "Uluslararası Örgütlerin Uluslararası Sorumluluğu ve BM Taslak Sözleşmesi." *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, no. 47 (2022): 357-374.
- Davies, Michael ve Richard Woodward. *International Organizations A Companion*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.
- Denk, Erdem. *Uluslararası Örgütler Hukuku Birleşmiş Milletler Sistemi*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2015.
- Dixon, Martin. *Textbook on International Law*. New York: Oxford University Press, 2007.
- Dixon, Martin, Robert McCorquodale ve Sarah Williams. *Cases & Materials on International Law*. New York: Oxford University Press, 2016.
- Doğan, İlyas. *Devletler Hukuku*. Ankara: Astana Yayınları, 2016.
- Emir, Nergiz. *Uluslararası Hukukta Kişilik Kavramı ve Uluslararası Örgütlerin Hukuki Kişiliğinin Sonuçları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Eray, İlayda. "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Türk Devletleri Teşkilatı'na (TDT) Gözlemci Üyeliği: Uluslararası Hukuk Bağlamında Bir Değerlendirme." *Avrasya Dünyası*, no. 13 (2023): 4-10.

- Erçakıca, Mustafa. “Devletlerin Tanınması ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti.” Yüksek Lisans Tezi, Doğu Akdeniz Üniversitesi, 2013.
- Erkiner, Hakkı Hakan. “Bir Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Davranışından Ötürü Bir Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğu.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 2 (2017): 61-86.
- Erkiner, Hakkı Hakan ve İlayda Eray. “Uluslararası Hukuk Bakımından Bir Uluslararası Örgüt Olarak Türk Devletleri Teşkilatı.” *Güvenlik Stratejileri Dergisi TDT Özel Sayısı* (2022): 217-250.
- Eroğlu, Hamza. *Devletler Umumi Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1984.
- Gaeta, Paola, Jorge E. Viñuales ve Salvatore Zappala. *Cassese's International Law*. New York: Oxford University Press, 2020.
- Gençoğlu, Çisem. “Sovyet Sonrası Türk Devletlerinin İşbirliği Arayışları.” *Analiz*, no. 25 (2024): 1-9.
- Gençoğlu, Çisem. “Zengezur Koridoru’nun Jeopolitik Önemi: Türk Devletleri Teşkilatı’nın Geleceği.” *Analiz*, no. 30 (2024): 1-9.
- Gönlübol, Mehmet. *Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1975.
- Gönlübol, Mehmet. *Uluslararası Politika: İlkeler, Kurumlar, Kavramlar*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1979.
- Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı Temel Belgeler, Örnek Kararlar*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- Harrington, Alexandra R. *International Organizations and the Law*. London: Routledge, 2018.
- Hasgüler, Mehmet ve Mehmet B. Uludağ. *Devletlerarası ve Hükümetler Dışı Uluslararası Örgütler: Tarihçe, Organlar, Belgeler, Politikalar*. İstanbul: Alfa Yayınları, 2018.
- Hurd, Ian. *International Organizations Politics, Law, Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Işıldak, Serdar. “Küresel Entegrasyonda Türk İşbirliği Modeli Olarak Türk Devletleri Teşkilatı’nın Yeri.” Yüksek Lisans Tezi, Bursa Teknik Üniversitesi, 2022.
- İpek, Cemil Doğaç. “Frankofoni ile Türk Konseyi’nin Mukayesesi.” Doktora Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, 2017.
- Karns, Margaret P. , Tana Johnson ve Karen A. Mingst. *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2024.
- Kaya, İbrahim. *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

- Kaya, İbrahim, Cüneyt Yüksel ve Galip Engin Şimşek. *Uluslararası Hukuk Pratik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Kaya, İslam Safa. *Uluslararası Hukuk Temel Bilgiler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Keskin, Sevda. *Uluslararası Örgütlerin Askeri Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu*. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2021.
- Kıratlı, Metin. *Türk Devletleri Teşkilatı Türk Dünyası 2040 Vizyonu*. Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2022.
- Klabbers, Jan. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- Klabbers, Jan. *An Introduction to International Organizations Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- Kocatepe, Ömer Faruk. *Türk Devletleri Teşkilatı Politik ve Askeri İş Birliği*. Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2022.
- Kocatepe, Ömer Faruk. "Neoklasik Realist Çerçeve de Politik ve Askeri İş Birliğinin İncelenmesi: Türk Devletleri Teşkilatı." Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2022.
- Kuran, Selami, Derya Aydın Okur, Meltem Sarıbeyoğlu ve Reşat Volkan Günel. *Uluslararası Hukuk Temel Metinler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.
- Kuzu, Ender. "Uluslararası Hukukta Tanıma ve Kosova'nın Tanınması Sorunu." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2011.
- Mammadlı, İlahı. "Türk Cumhuriyetlerinin İşbirliği ve Sosyo-ekonomik Potansiyeli Bağlamında Türk Devletleri Teşkilatı." Yüksek Lisans Tezi, Karabük Üniversitesi, 2022.
- Meray, Seha L. "Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Cismani Zararın Tazmini Meselesi." *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 9, no. 1 (1954): 85-134.
- Meray, Seha L. *Devletler Hukukuna Giriş Birinci Cilt*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1968.
- Meray, Seha L. *Devletler Hukukuna Giriş İkinci Cilt*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1975.
- Meray, Seha L. *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1977.
- Musabay Baki, Pelin. "Turkic World Vision–2040: A Step Forward for the Resilience of Turkic Cooperation." *Perceptions Journal of International Affairs* 27, no. 1 (2022): 26-52.
- Öğüt, Selman. *BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2011 Yılında Yayınladığı Taslak Maddeler Çerçevesinde Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu*. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2014.

- Park, Ki-Gab ve Kyongwha Chung. "Responsibility of International Organizations." *Korea University Law Review*, no. 2 (2007): 67-105.
- Park, Susan. *International Organisations and Global Problems Theories and Explanations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Reçber, Kamuran. *Uluslararası Hukuk*. Bursa: Dora Yayıncılık, 2016.
- Shaw, Malcolm N. *Uluslararası Hukuk*, Çeviren Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe ve G. Engin Şimşek. Ankara: TÜBA Yayınları, 2018.
- Slomanson, William R. *Fundamental Perspectives on International Law*. Boston: Wadsworth, 2011.
- Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Terzioğlu, Süleyman Sırrı. "Uluslararası Hukuk Açısından Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi." *Uluslararası Hukuk ve Politika* 9, no. 36 (2013): 45-72.
- Terzioğlu, Süleyman Sırrı ve Bahadır Bumin Özarlan. *Uluslararası Örgütler Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Töner Şen, Semin. "Devletlerin ve Hükümetlerin Tanınması ve Uluslararası Hukuk ve İç Hukuka Etkisi." Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2003.
- Trivedi, Sonu. *A Handbook of International Organizations*. New Delhi: Atlantic Publishers, 2005.
- Türk Devletleri Teşkilatı Usul Kuralları. Türk Devletleri Teşkilatı'nda Gözlemci Statüsüne İlişkin Yönetmelik.
- Ulutaş, Ahmet. *Uluslararası Örgütler Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Uzun, Elif. *Uluslararası Hukukta Andlaşmaların Esaslı İhlal Nedeniyle Sona Erdirilmesi ve Askıya Alınması*. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2013.
- Ünal, Şeref. *Devletler Hukukuna Giriş*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- White, Lyman Cromwell. *International Non-Governmental Organizations*. New Brunswick: Rutgers University Press, 1951.
- White, Nigel D. *The Law of International Organizations*. Manchester: Manchester University Press, 2005.
- <https://www.icj-cij.org/case/4>, Erişim Tarihi: 10.10.2023.
- https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5_1_1975.pdf, Erişim Tarihi: 27.10.2023.
- <https://www.oecd.org/about/>, Erişim Tarihi: 27.10.2023.

- https://www.oic-oci.org/page/?p_id=179&p_ref=60&lan=en, Erişim Tarihi: 27.10.2023.
- <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/479/74/PDF/N1247974.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 23.10.2023.
- <https://www.ilo.org/global/regions/lang--en/index.htm>, Erişim Tarihi: 09.10.2023.
- <https://www.coe.int/en/web/portal/46-members-states>, Erişim Tarihi: 15.11.2023.
- https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, Erişim Tarihi: 26.11.2023.
- https://www.turkicstates.org/assets/pdf/temel_belgeler/Nahcivan_Anlasmasi_Turkce_20140417_193951.pdf, Erişim Tarihi: 19.01.2024.
- https://www.turkicstates.org/assets/pdf/temel_belgeler/8-zirve-bildirisi-15-tr.pdf, Erişim Tarihi: 20.01.2024.
- <https://www.turkicstates.org/tr/gozlemci-ulkeler>, Erişim Tarihi: 24.01.2024.
- <https://www.turkicstates.org/tr/gozlemci-ulkeler/XC>, Erişim Tarihi: 24.01.2024.
- <https://mfa.gov.ct.tr/tr/dis-politika/turkiye-ile-iliskiler/>, Erişim Tarihi: 24.01.2024.
- <https://eco.int/observers/>, Erişim Tarihi: 24.01.2024.
- <https://www.turkicstates.org/tr/organizasyon-tarihcesi>, Erişim Tarihi: 27.01.2024.
- <https://www.turkicstates.org/tr/zirveler>, Erişim Tarihi: 27.01.2024.
- <https://www.turkicstates.org/tr/organizasyon-semasi>, Erişim Tarihi: 27.01.2024.
- <https://www.turkicstates.org/tr/isbirligi-alanlari>, Erişim Tarihi: 27.01.2024.
- <https://www.turkicstates.org/tr/organizasyon-semasi>, Erişim Tarihi: 27.01.2024.
- <https://www.turkicstates.org/tr/genel-sekreter>, Erişim Tarihi: 27.01.2024.
- https://www.turkicstates.org/assets/pdf/temel_belgeler/Ev_Sahibi_Ulke_Anlasmasi1_20140417_194044.pdf, Erişim Tarihi: 27.01.2024.
- <https://www.turkicstates.org/tr/turk-devletleri-teskilatinin-faaliyetleri>, Erişim Tarihi: 28.01.2024.
- <https://www.turkicstates.org/tr/uye-ulkeler>, Erişim Tarihi: 28.01.2024.
- <https://www.turkicstates.org/tr/baskan>, Erişim Tarihi: 28.01.2024.
- <https://turkicstates.org/assets/pdf/haberler/turk-dunyasi-2040-vizyonu-2396-98.pdf>, Erişim Tarihi: 05.03.2024.
- <https://www.turkicstates.org/tr/temel-belgeler>, Erişim Tarihi: 09.03.2024.
- <https://www.turkicstates.org/tr/haberler/turk-devletleri-teskilati-olaganustu-zirvesi-ankarada->

duzenlendi_2850#:~:text=T%C3%BCrk%20Devletleri%20Te%C5%9Fkilat%C4%B1%20Ola%C4%9Fan%C3%BCst%C3%BC%20Zirvesi%2C%20Azerbaycan%20Cumhuriyeti'nin%20giri%C5%9Fimiyle%2C,ve%20%C4%B0nsani%20Yard%C4%B1m%22%20temas%C4%B1yla%20d%C3%BCzenlenmi%C5%9Ftir., Erişim Tarihi: 22.03.2024.

<https://kktcb.org/tr/turk-devletleri-teskilati-olaganustu-zirvesinde-devlet-baskanlari-toplantisinda-konusma-yapan-10807>, Erişim Tarihi: 22.03.2024.

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf, Erişim Tarihi: 30.06.2024.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&clang=_en#1, Erişim Tarihi: 30.06.2024.

<https://www.un.org/en/ethics/assets/pdfs/Convention%20of%20Privileges-Immunities%20of%20the%20UN.pdf>, Erişim Tarihi: 30.06.2024.

<https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf>, Erişim Tarihi: 05.06.2024.

<https://www.un.org/en/about-us/member-states>, Erişim Tarihi: 05.06.2024.

<https://www.un.org/en/about-us/about-permanent-observers>, Erişim Tarihi: 05.06.2024.

<https://www.un.org/en/about-us/non-member-states>, Erişim Tarihi: 05.06.2024.

<https://www.un.org/en/about-us/intergovernmental-and-other-organizations>, Erişim Tarihi: 05.06.2024.

<https://www.un.org/en/about-us/member-states>, Erişim Tarihi: 06.06.2024.

<https://www.un.org/en/our-work>, Erişim Tarihi: 06.06.2024.

<https://www.un.org/en/about-us/un-charter/chapter-1>, Erişim Tarihi: 06.06.2024.

ANAYASAL KİMLİK KAVRAMI ve TÜRKİYE ÜZERİNE KISA BİR DEĞERLENDİRME

*The Concept of Constitutional Identity and a Brief
Assessment on Turkey*

Zeynep ÖZKAN GÜNEŞ*

ÖZ

Anayasal kimlik, henüz anlamı üzerinde uzlaşması olmayan; ancak ulusal ve uluslararası mahkeme içtihatlarında çeşitli nedenlerle yer verilen tartışmalı bir kavramdır. Kavramın iki farklı anlamı, *Michel Rosenfeld* ve *Gary Jacobsohn* tarafından ortaya konulmuştur. Kavramı açıklamada *Rosenfeld*, bir anayasal özne olarak halkın kimliğine odaklanırken; *Jacobsohn* daha çok anayasanın kimliğine odaklanmıştır. *Rosenfeld*'e göre, anayasal kimlik, bir ulusun/halkın anayasa ile ifade edilen, belirlenen ve şekillendirilen özel, inşa edilmiş, kolektif kimliğidir. *Jacobsohn*'a göre, anayasal kimlik, bir ulusal düzende anayasal gelişimi ve değişimi açıklamak için kullanılan bir araçtır. Bu çalışmada anayasal kimliğin farklı tanımlamalarının yanı sıra, Mahkeme içtihatlarındaki kullanımlarından hareketle, kavramın üstlendiği düşünülen işlevlerine ve özel öneminden dolayı Avrupa Birliği (AB) anayasal kimliğine de yer verilmektedir. Teorik çerçevenin aktarımının ardından Türkiye üzerine de bir değerlendirme yapılmaya çalışılmaktadır. Bu çalışmada anayasal kimliği başka siyasal toplulukların kimliklerinden ayıracak olanın, anayasada kimliğe ilişkin bir belirleme yapılmışsa bile bunun yanı sıra, toplum pratiğinde bu kimliğin kabul görmesi ve yorum faaliyetleri yoluyla anlamlandırılması olduğu belirtilmektedir. Türkiye'de anayasal kimliğe ilişkin belirleme yapabilmek için de hem anayasal gelişmelerden hem de Anayasa Mahkemesinin kararlarından yola çıkmanın yararlı olacağı düşünülmektedir. Buradan hareketle, Türkiye'de anayasal kimlik olarak laiklik ilkesi ele

Makalenin Geliş Tarihi: 03.07.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 25.12.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta:ozkan.zynp@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0644- 808X.

alınmakta olup laikliğin anlaşılış biçimi *merkez – çevre* paradigmasıyla açıklanmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler : Anayasal Kimlik, Anayasal Kimliğin İşlevi, AB Anayasal Kimliği, Türkiye’de Anayasal Kimlik.

ABSTRACT

Constitutional identity is a controversial concept, and there has yet to be an agreement on the concept's meaning. Nevertheless, it is included in national and supranational courts' jurisprudence for various reasons. Rosenfeld and Jacobsohn have proposed two different meanings of the concept. While explaining the concept, *Rosenfeld* focuses on the identity of the people as a constitutional subject; *Jacobsohn* focuses more on the identity of the constitution. According to *Rosenfeld*, constitutional identity is the special, constructed, collective identity of a nation/people expressed, determined, and shaped by the constitution. According to *Jacobsohn*, it is a tool used to explain constitutional development and change in a national order. In this study, in addition to different definitions of constitutional identity, the functions of the concept and the constitutional identity of the EU will be explored. After the theoretical framework, an evaluation is attempted to be made on Turkey. It is thought that it would be useful to start from both constitutional developments and the decisions of the Constitutional Court to determine it in Turkey. From this view, secularism as a constitutional identity in Turkey is discussed and the way secularism is understood is tried to be explained with the center - periphery paradigm.

Keywords : Constitutional Identity, Function of Constitutional Identity, EU Constitutional Identity, Constitutional Identity in Turkey.

GİRİŞ

Anayasacılık, Batı’da 18. yüzyılda, siyasal iktidarın sınırlandırılması, denetlenmesi ve frenlenmesi ile özgürlüklerin güvence altına alınmasını; bir başka ifadeyle iktidarın keyfiliğinin önlenmesini esas alan siyasal düşünce akımı ve bunu sağlamaya yönelik araç ve yöntemlerdir.¹ Anayasalar ise, iktidarın sınırlandırılması ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının en

¹ Jeremy Waldron, “Constitutionalism”: A Skeptical View,” <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=hartlecture> E.T:19.4.2023

önemli araçtır. “Anayasa” salt hukuki bir norm değil; halkı ve bir bütün olarak siyasal topluluğu oluşturan temel normdur. Dolayısıyla anayasalar, bir siyasal topluluğun arzularının, kimliğinin, ideolojisinin yansımasıdır. Ancak anayasalar ve hitap ettikleri siyasal topluluk arasında karşılıklı bir etkileşim olduğunu belirtmekte yarar vardır. Siyasal topluluklar kendi “kurucu öz” ünü anayasalara yansıtır ve anayasalar da bu “kurucu öz” etrafında toplumu şekillendirir. Bu bağlamda çalışmanın konusu olan anayasal kimlik bir siyasal topluluğun “kurucu öz”ü olarak ifade edilmekte ve bu “kurucu öz”ün anayasanın da özü olduğu belirtilmektedir.

Bu belirleme ışığında çalışmada anayasal kimlik kavramının ne anlama geldiği ve Türkiye için bir anayasal kimlik tartışması ortaya konulmaya çalışılması temel amaçtır. Bu bağlamda çalışma, öncelikle anayasal kimlik kavramının açıkça kullanıldığı ilk örnekler üzerinden başlamaktadır. Daha sonra kavramın literatürde farklı yazarlarca ortaya konulmuş anlamları verilmeye çalışılacaktır. Anayasal kimlik kavramının anayasa hukuku literatüründe tartışılıyor olması, kavrama gerek Mahkeme içtihatlarında gerek siyasal iktidarlarca farklı biçimlerde başvuruluyor olması, bu çalışmada, kavramın bir işlevi olup olmadığı tartışmasıyla şekillendirilmektedir. Bu bağlamda kavramın işlevi/işlevsizliği üzerine bir değerlendirmeyi içeren başlığa yer verilmektedir. Öte yandan Avrupa Birliği (AB) gibi ulus üstü bütünleşme süreçlerinde de kavrama başvurulduğu dikkat çektiğinden AB’de anayasal kimlik meselesi de ayrı bir başlık altında ele alınmaya değer görülmüştür. Son olarak çalışmada, Türkiye açısından bir anayasal kimlik tartışması yürütülmeye çalışılmaktadır.

I. Anayasal Kimlik Kavramının Ortaya Çıkışı

Kavram, “anayasal kimlik” şeklinde açık ifadeyle ilk kez, Fransız Anayasa Konseyinin 27.7.2006 tarih ve 2006-540 DC sayılı kararında² kullanılmıştır. Bununla birlikte kavramın 1970 - 1980’li yıllardan itibaren Avrupa Anayasa Mahkemeleri tarafından, Avrupa bütünleşme sürecinde Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) taraf devletlerin hukuk düzeni üzerindeki öncelikli etkisine (*primacy*) karşı bir argüman olarak kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Böylece kavram, anayasa mahkemeleri aracılığıyla

² Decision no. 2006-540 DC of 27 July 2006, prg. 19.
<https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2006/2006540DC.htm>
E.T:19.4.2023

içtihadî olarak ortaya çıkmış ve henüz üzerinde uzlaşmış ortak bir anlayış olmasa da öğretilerde çeşitli yönlerden tanımlanmaya çalışılmıştır.

Fransız Anayasa Konseyinin söz konusu kararı, Avrupa Birliği (AB) Parlamentosu ve Konseyinin “Bilgi Toplumunda Telif Hakkı ve İlgili Hakların Belirli Yönlerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin” 22 Mayıs 2001 tarihli ve 2001/29/CE sayılı Direktifinin iç hukuka aktarılması işleminin anayasaya uygunluğu denetimine ilişkindir. Bu kararda Anayasa Konseyi, Anayasa’nın 88. maddesinin³ hükmü gereğince, Direktiflerin iç hukuka aktarımının anayasal gereklerle bağdaştığını ve bir Topluluk Direktifini iç hukuka aktarmaya yönelik bir kanunun denetlenmesinin bir takım sınırlamaya tabi olduğunu belirtmiştir.⁴ Bu sınırlamalardan biri olarak anayasal kimlik, “*bir Direktifin iç hukuka aktarılması, kurucu iktidarın buna rıza gösterdiği durumlar dışında, Fransa'nın anayasal kimliğine içkin bir kural veya ilkeye aykırı olamaz*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu kararla birlikte, Konseyin 2004 tarihli, 2004-496 DC sayılı kararında⁵, AB Direktiflerinin uygulanmasının sınırı olarak belirlediği “*anayasanın hükümlerine açık aykırılık*” durumu, yerini “*Fransa'nın anayasal kimliğine aykırı olmama*” durumuna bırakmıştır.

Konsey kararının temelini, AB hukukunun iç hukuka aktarılması sürecinin anayasaya uygunluğunun denetlenip denetlenmeyeceği hususu oluşturmaktadır. Bu noktada, Konseyin iç hukuka aktarılan AB ikincil mevzuatının anayasaya uygunluğunu denetlemekten imtina eden diğer AB üyesi ülkelerin Anayasa Mahkemesi kararlarını takip ettiği söylenebilir. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, *Solange II* (ing: “*as long as*” tr: “*diği sürece*”) kararında⁶; AB’nin, temel hakların korunmasını, Alman Temel Yasası (*Grundgesetz* -GG) ile karşılaştırılabilir bir şekilde “garanti ettiği sürece”, Anayasa Mahkemesinin artık AB ikincil mevzuatının Alman hukuk düzenine aktarılmasını denetlemeyeceğini belirtmiştir.⁷ İtalyan Anayasa Mahkemesi *Spa Fragd v Amministrazione delle Finanze* kararında⁸ İtalyan

³ Devlet, bazı yetkilerini ortak kullanmak üzere, yaptıkları antlaşma gereğince, serbestçe katılan devletlerce oluşturulan Avrupa Birliğine ve Avrupa Topluluklarına katılır.

⁴ Decision no. 2006-540 DC of 27 July 2006 , prg.17,18. E.T:19.4.2023

⁵ Decision no. 2004-496 DC of 29 July 2004, prg. 4. E.T:19.4.2023

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2004/2004498DC.htm> E.T:19.4.2023

⁶ BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 Solange II (22 October 1986). E.T:19.4.2023

⁷ Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin Solange I kararına ise aşağıda ilgili bölümde yer verilecektir.

⁸ Decisioni 232/89, Spa Fragd v Amministrazione delle Finanze, 21 Aprile 1989. E.T:19.4.2023

Anayasası'nın temel ilkelerinden birinin veya kişinin devredilemez haklarının ihlali olmadıkça, İtalyan Anayasa Mahkemesinin AB ikincil mevzuatının iç hukuka aktarımına ilişkin denetleme yetkisini kullanmayacağını belirtmiştir.⁹ Görüldüğü üzere, her üç Mahkeme kararı anayasaca korunan değerleri ön plana çıkarmakta; Konsey kararı ise açıkça anayasal kimliğe dayanmaktadır.

Konsey kararı çerçevesinde anayasal kimlik kavramının ne anlama geldiği ve kapsamının ne olduğu araştırılmaya muhtaçtır. Anayasa Konseyi, *Fransa'nın anayasal kimliğinin ne anlama geldiğine ve bu kimliğin doğasında bulunan ilke ve kuralların kapsamına* ilişkin bir belirleme yapmamakla birlikte, yalnız AB direktiflerinin iç hukuka aktarılmasının Fransız anayasal kimliği ilkelerine ters düşmemesi gerektiğini tespit etmiştir. Buradan hareketle Konseyin, topluluk hukukunun aşamayacağı nitelikte bir anayasal kimlik kavramı geliştirdiğini söylemek olanaklıdır. Bununla birlikte, bir hükmün, bir devletin anayasal kimliğine ait olarak nitelendirilmesi meselesi, anayasanın yorumlanması anlamına geldiğinden, bu tespiti yapma yetkisinin ulusal mahkemelere ait olduğu belirtilebilir.¹⁰

Yukarıda belirtildiği üzere, anayasal kimlik kavramı, açıkça ilk kez Fransız Anayasa Konseyi tarafından kullanılmışsa da örtülü olarak ilk kez Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin *Solange I ve II* içtihatları ile kullanılmaya başlanmıştır. Zaman içinde bu kullanım İtalya, Polonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemeleri ve Fransız Anayasa Konseyi tarafından çeşitli argümanlarla sürdürülmüştür. Bu husus, kavramın işlevi bakımından önem taşıdığından bu içtihatlara işlev başlığı altında ilgili bölümde yer verilecektir.

II. Anayasal Kimliğin Tanımlanması Çabası

Anayasal kimlik kavramı, henüz ne anlama geldiği veya neye atıfta bulunduğu üzerinde uzlaşmayan - tartışmalı bir kavram olmakla birlikte, öğretilerde iki farklı anlayış etrafında şekillendirilmiştir. Birincisi; *Rosenfeld* tarafından ortaya konulan, anayasal kimliğin, bir ulusun/halkın anayasa ile ifade edilen, belirlenen ve şekillendirilen özel, inşa edilmiş, kolektif kimliği

⁹ Claudina Richards, "EU Law Before the French Courts: The Curious Incident of the Question Prioritaire de Constitutionnalité," 7. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2167351

¹⁰ Jh Reestman, Leonard FM Besselink, "Constitutional Identity and The European Courts," *European Constitutional Law Review*: June 2007, Vol. 3, Issue 2, (Cambridge Uni Press 2007), 180.

olduğu anlayışıdır. İkincisi; *Jacobsohn* tarafından ortaya konulan, anayasal kimliğin, bir ulusal düzende anayasal gelişimi ve değişimi açıklamak için bir araç olarak kullanıldığı anlayışıdır.

Bu bağlamda *Rosenfeld*, anayasal kimliğin, bir topluluğun yazılı bir anayasaya sahip olması ve anayasanın kendi içeriği ile anayasanın meydana getirildiği bağlam tarafından belirlenmekte ve şekillenmekte olduğunu ifade etmektedir.¹¹ Ona göre anayasal kimlik, kendilerini diğer topluluklardan ayırt etmeye yarayan bir imge oluşturması gereken “*tasavvur edilmiş*” bir topluluğa (*imagined community*)¹² aittir.¹³ Bu anlamda anayasalar, ulusal kimlikten ve ilgili diğer tüm anayasa öncesi (*pre-constitutional*) ve anayasa dışı (*extra-constitutional*) kimliklerden ayrı bir anayasal kimliğin geliştirilmesine dayanır.¹⁴ Bu gelişim; ortak kimliğin ön plana çıkarılması ve farklılıkların bastırılması şeklinde sonuçlandırılan¹⁵, toplumdaki farklı kimliklerin veya çatışmaların arasındaki uzlaşma süreci olarak nitelendirilir.¹⁶ Böylece anayasal kimlik, yazılı bir anayasa metninin kendisi ve yargısal yorumlar tarafından şekillendirildiği gibi anayasal kimlik de yorum faaliyetlerini şekillendirir.¹⁷

Rosenfeld'in anayasal kimliğe ilişkin tanımlamalarında, kavramın diğer kimlik türlerinden veya kimliğe benzer diğer kavramlardan ayrıştığını belirtmek gerekir. Örneğin, anayasal kimlik, ulusal kimlikten farklıdır. Bir ulus ya da ulusal kimlik anayasaya başvurmadan kolaylıkla tasavvur edilebilir. Her iki kimlik de inşa edilir niteliktedir. Ancak anayasal kimlik, kısmen ulusal kimliğe karşı kısmen onunla tutarlı biçimde inşa edilmiştir.¹⁸ Anayasal kimlik, diğer ilgili kimliklerle sürekli olarak dinamik bir gerilim

¹¹ Michel Rosenfeld, “Constitutional Identity,” *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld and András Sajó (Oxford University Press 2012), 757.

¹² “imagined community” kavramı Benedict Anderson tarafından ifade edilmiştir ve Rosenfeld tarafından Anderson’a atıfla kullanılmıştır. Bkz. Benedict Anderson, *Hayali Cemaatler* (Metis Yayınları 1993)

¹³ Michel Rosenfeld, “Constitutional Identity,” (2012), 759.

¹⁴ Michel Rosenfeld, “Constitutional Identity,” (2012), 760.

¹⁵ Michel Rosenfeld, “Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity,” *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy* edited by Michel Rosenfeld (Duke University Press 1994), 6.

¹⁶ Michel Rosenfeld, “Constitutional Identity,” (2012), 761.

¹⁷ Michel Rosenfeld, “Constitutional Identity,” (2012), 771.

¹⁸ Michel Rosenfeld, “Constitutional Identity,” (2012), 758.

içindedir. Bu, anayasacılık anlayışından ve anayasal kimliğin tasavvur edilmiş bir anayasal topluluğa ait olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Hem ulusu hem anayasal özneyi aynı insanlar oluştursa bile birinin kimliği diğerinin kimliğinden farklı olacak ve bu nedenle iki özne, farklı kimlikleri nedeniyle farklı kalacaktır.¹⁹ Anayasal kimlik, *Sternberger*, *Habermas* ve diğer bazı yazarlarca ortaya konulan anayasal yurttaşlık/yurtseverlik (*Verfassungspatriotismus*) kavramından da farklıdır. *Sternberger* anayasal yurttaşlığı, (Almanya için) barış içinde bir arada yaşamının temeli olan ve siyasal bir duruma karşılık gelen, kişinin siyasal düzen ve Temel Yasa'nın (*Grundgesetz – Anayasa*) ilkeleriyle özdeşleşme isteği olarak ifade etmektedir.²⁰ *Habermas*'a göre anayasal yurttaşlık, toplumsal barışın sağlanması amacıyla, eşit şartlarda bir arada var olan, farklı yaşam biçimlerine sahip yurttaşların demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü gibi belli anayasal ilkelere bağlılığıyla özdeşleştirilen, (ırk, dil, tarihsel veya etnik temel gibi) somut unsurlardan arındırılmış kolektif kimlik anlayışıdır.²¹ Bu unsurların evrensel nitelikte olması nedeniyle *Habermas*'ın teorisinde ortaya konulan yurttaşlığın kendine özgü bir kimliğe dayanıp dayanmadığı sorgulanmıştır. *Müller*, *Habermas*'ın kendisinin bu soruyu, Alman nasyonal sosyalizminin örtülü bir referans olarak alınması gerektiği şeklinde yanıtladığını ifade etmektedir. Buna göre, Alman nasyonal sosyalizminin kötü deneyiminin aşılmasının ancak hukukun üstünlüğü ve demokratik değerlerin benimsenmesiyle olabileceği; dolayısıyla bu anayasal yurttaşlığın, evrensel ilkelere dayalı ulus-ötesi (*post-national*) bir kimlik olduğu belirtilmektedir.²² Bu bağlamda anayasal yurttaşlıkta, yurttaşların bağlılığını ortaya koyacağı temel ilkelerin anayasal ilkeler olması ve anayasada yer alması ile *Rosenfeld*'in anayasal kimlik tanımlamasında yazılı bir anayasanın var olması ortak bir nokta gibi görünür. Ancak temelde *Rosenfeld* anayasal kimliği, tasavvur edilmiş bir topluluğa ait olma ve salt anayasada yer almayı aşan

¹⁹ Michel Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community* (Routledge 2010), 12,23.

²⁰ Jürgen Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung* (Suhrkamp 1987), 168.

²¹ Jürgen Habermas, *Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat in Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung* edited by Charles Taylor (1993), 143,178 Aktaran, Monika Polzin, "Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul," *German Law Journal*: Vol. 18, No. 7, 1600; Jan Werner Müller, *Constitutional Patriotism* (Princeton University Press 2007), 31,32.

²² Jan- Werner Müller, *Constitutional Patriotism* (Princeton University Press 2007), 31-33.

niteliğiyle ifade ettiğinden anayasal yurttaşlık kimlikten bu yönüyle ayrılır. Çünkü anayasal yurttaşlık, bu ilkeleri barındıran her toplum için geçerli kabul edilebilecek bir bağlılık türüne; anayasal kimlik ise özgün bir kimliğe işaret etmektedir.

Jacobsohn, anayasal kimliği tanımlamak üzere “bir anayasanın kimliği nasıl öğrenilir” sorusunu sorar ve bu soruyu anayasanın deneyim yoluyla kimlik kazandığı şeklinde yanıtlar. Ona göre, bu kimlik, ne ayrı bir icat nesnesi olarak ne de bir toplumun kültürüne gömülü, yalnızca keşfedilmeyi gerektiren, yoğun bir şekilde kabuklanmış bir öz olarak vardır. Kimlik daha ziyade *diyalojik* (karşılıklı etkileşim halinde) olarak ortaya çıkar ve bir ulusun geçmişini ifade eden siyasal istek ve taahhütlerin bir karışımını ve aynı zamanda toplum içinde bu geçmişi bazı şekillerde aşmaya çalışanların kararlılığını temsil eder. Kimlik, değişebilir niteliktedir ancak aynı zamanda kendi yıkımına karşı da dirençlidir.²³ *Jacobsohn*'un anayasanın deneyim yoluyla kimlik kazandığı yönündeki ifadesi, anayasanın yorumla anlamlandırıldığına; kimliğin diyalojik olması da anayasayı yorumlama faaliyetinin gerçekleştiği tüm alanlara ilişkin olduğuna işaret etmektedir. Bir başka ifadeyle, anayasal kimliği oluşturan şeyin ne olduğunu anlamlandırmak için anayasa haricindeki etkenlere de bakmak; anayasal kimliği anlamlandırmak için de bir anayasanın metinsel olarak dili ile o anayasayla bağlı olanların davranışı veya sosyal düzen arasındaki uyuma/çatışmaya bakmak gereklidir.²⁴ Dolayısıyla *Jacobsohn*'un tanımlamasına göre, anayasanın metni önemlidir, metne bakılmalıdır. Çünkü anayasanın metninde “kurucu iktidar kimliğe ilişkin kendi yöntemini nasıl inşa etmiştir ve gelecekteki hedeflerini – arzularını nasıl belirtmiştir”i²⁵ görebiliriz. Ancak, tek başına metne bakmak yeterli değildir. Zira anayasanın dili, anayasal kimliğe ilişkin bir taahhütte bulunabilir. Ancak toplum pratiğinde bu, kabul görene kadar gerçekleşmemiş sayılır. Çünkü siyasal ve yargısal yorum faaliyetinin gerçekleştiği alanlardaki aktörlerin (yargı, yasama, diğer kamusal – özel aktörler) yorum faaliyetleri de kimliğin anlamlandırılmasında pay sahibidir. Bir başka ifade ile anayasa ile öngörülen anayasal kimliğin toplumda her zaman yansıma bulması söz konusu olmayabilir.

²³ Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity* (Harvard University Press 2010), 7.

²⁴ Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity* (2010), 15; Gary Jeffrey Jacobsohn, “Constitutional Identity,” *The Review of Politics*, Vol.68, 365.

²⁵ Gary Jeffrey Jacobsohn, “Constitutional Identity,” *The Review of Politics*, Vol.68, 363.

Anayasal kimliğin tanımlanmasına yönelik yukarıda ele alınan iki farklı bakış açısı, bir siyasal topluluğun özüyle ilgili olan temel, kurucu, kalıcı nitelikte bir ifadeye atıfta bulunmaktadır. Bu kurucu öz zaman zaman anayasada bulunan ancak nihayetinde anayasayı “o anayasa” yapan niteliklidir.²⁶ Bu aşamada, anayasal kimlik kavramının tanımlanmasındaki zorluğu kırmak veya diğer ilişkili kavramlarla karıştırılmasını önlemek üzere, kavramı oluşturan “anayasa” ve “kimlik” sözcüklerinin ne ifade ettiğinden hareket etmek isabetli görünmektedir.

“Kimlik” kelimesi bir şeyin belirli tanımlayıcı/ayırt edici özelliklerine atıf yapan bir ifadedir.²⁷ “Anayasa” salt hukuki bir norm değil; halkı ve bir bütün olarak siyasal topluluğu oluşturan temel normdur. O halde anayasal kimlik kavramı için bir siyasal topluluğun anayasasının tanımlayıcı/ayırt edici unsurları denilebilir. *J.L Marti*’nin isabetli olarak belirttiği gibi bu kimlik, bir siyasal topluluğun anayasasının kimliği olması yönüyle diğer kolektif kimliklerden farklıdır. Zira bir siyasal topluluk gerçekte bir anayasaya sahip olmaksızın ulusal, siyasal veya hukuki kimliğe, bir başka ifadeyle, kolektif kimliğe sahip olabilmektedir.²⁸ Öte yandan, tek başına anayasanın varlığı da anayasal kimliğin belirlenmesinde yeterli değildir. Bu kimliği başka siyasal toplulukların kimliklerinden ayıracak olan, yukarıda da belirtildiği gibi anayasada kimliğe ilişkin ifadelerle yer verilmesinin yanı sıra, bu kimliğin hitap ettiği siyasal topluluğun pratiğinde kabul görmesi veya yorum faaliyetleri yoluyla anlamlandırılmasıdır.

Anayasal kimliğin, bir siyasal topluluğun “*kurucu öz*” olarak ifade edilmesi, bu “*kurucu öz*”ün anayasanın da özü olduğu anlamına gelir. Bu bağlamda kimlik kavramı, anayasaların değiştirilmesi süreçleriyle yakından ilgilidir. Zira anayasada yapılacak değişikliğin bu “*kurucu öz*”ü bir başka ifadeyle, anayasal kimliği etkileyip etkilemeyeceği ve bu bağlamda kimliğin anayasa değişikliklerinin bir sınırı olup olmadığı meselesi tartışmaya değerdir. Bu husus, aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınmaktadır.

²⁶ Gary Jeffrey Jacobsohn, “Constitutional Identity,” (2006), 364.

²⁷ Gary Jeffrey Jacobsohn, “Constitutional Identity,” (2006), 364.

²⁸ José Luis Martí, “Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People,” National Constitutional Identity and European Integration edited by Alejandro Saiz Arnaiz and Carina Alcobarro Llivina (Intersentia Publishing 2013), 22.

III. Anayasal Kimlik Kavramının İşlevi/İşlevsizliği

Anayasal kimlik kavramı, mahkeme içtihatlarında farklı gerekçelerle farklı şekilde formüle edilmiştir. Kavramın farklı şekillerde formüle edilmesi, çeşitli işlevlerinin olabileceğini göstermektedir.

İlk olarak, anayasal kimliğin, Avrupa Anayasa Mahkemeleri kararlarında, Avrupa bütünleşme sürecinde bir karşı argüman olarak ortaya çıkışından hareketle egemenlik yetkisinin ulusal ve ulusal üstü düzeyde paylaşılması noktasında işlev gördüğü söylenebilecektir. İtalya, Almanya, Çek Cumhuriyeti, İspanya Anayasa Mahkemeleri ve Fransız Anayasa Konseyinin kararları bu işlev açısından örnek verilebilir.

İkinci olarak, anayasal kimliğin, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında işlevi olduğu söylenebilir. Özellikle İtalya ve Almanya Anayasa Mahkemelerinin kararları bu işlev açısından örnek verilebilir.

Üçüncü olarak, anayasanın değiştirilmesinin meşrulaştırılması işlevi olduğu söylenebilir. Hindistan Yüksek Mahkemesinin “temel yapı doktrini” (*basic structure doctrine*) bu işleve örnek alınabilir.

Dördüncü ve son olarak siyasal iktidarların meşrulaştırılması amacıyla anayasal kimliğin bir araç olarak işlev üstlendiğini söylemek olanaklıdır. Daha çok özgürlükçü olmayan veya otoriter hükümetlerin (ve yargının) anayasacılığın gerekleriyle bağdaşmayan politikalarını meşrulaştırmak üzere kavramı araçsallaştırdığı ve bu yolla kavramın kötüye kullanılmasına yol açtığı görülmektedir. Macaristan, Polonya ve Rusya Federasyonu’nda hükümetin ve Anayasa Mahkemelerinin anayasal kimliğe yönelik eğilimleri bu işleve örnek gösterilebilir.

A. Egemenlik Yetkisinin Paylaşımı

Bu işlevin, AB’nin kurucu antlaşmalarının AB Adalet Divanı tarafından anayasallaştırılması süreci sonucunda AB’nin geleneksel bir uluslararası kuruluş olmaktan çıkıp kendi anayasal ilkeleri olan özgün bir ulus üstü varlık haline gelmesiyle ortaya çıktığını söylemek olanaklıdır. Öyle ki AB Adalet Divanı, üye devletlerin ulusal düzenlemelerinin AB normlarına uygunluğunu denetler. Bu normlar arasında çelişki olması halinde ulusal mahkemeler, ulusal normları uygulamaktan imtina etmekle yükümlüdür.²⁹ Zira AB Adalet

²⁹ E. Stein, “Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution,” *American Journal of International Law*: Vol.75, No.1, 9.

Divanı *Costa/Enel*³⁰ kararından itibaren bir dizi kararında³¹ AB hukukunun herhangi kuralının ulusal hukuk kuralları karşısında (anayasa hariç) *mutlak önceliği* anlayışını formüle etmiştir.³²

Anayasal kimlik kavramı, tam da burada, ulusal anayasal düzenler ile Avrupa Birliği'nin anayasal düzeni arasında yetki dağılımını tartışmaya yarayan bir argüman olarak karşımıza çıkmaktadır.

AB Adalet Divanının AB hukukunun önceliği anlayışına karşı ilk yanıt, İtalya Anayasa Mahkemesinin *Frontini*³³ kararında verilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, AB hukukunun egemenliğe yönelik bu tür kısıtlamalarına, bu kısıtlamaların anayasal düzenin temel ilkelerine aykırı olmaları veya anayasal olarak korunan temel hak ve özgürlüklerin ihlaliyle sonuçlanmaları halinde izin verilmeyeceğini, “anayasal sınırlar” (*constitutional limits*) veya “karşı sınırlar” (*counter limits*) doktrini şeklinde ifade etmiştir. Bu sınırlar, Anayasa’da bulunan, anayasal düzenin temel ilkeleri veya temel hak ve özgürlüklerdir.³⁴ Bir başka ifadeyle, Anayasa Mahkemesi, ne AB kurumlarının ne de AB Adalet Divanının kural koyma sürecinde ötesine geçmesi gereken bir tür kırmızıçizgi gibi kendi karşı sınırlarını belirlemiştir. Bu sınırlar aşılmaya kadar, AB hukukunun ulusal normlar karşısında (Anayasa hariç) önceliği, İtalyan mahkemeleri tarafından tanınacak ve uygulanacaktır.³⁵

³⁰ CJEU Flaminio Costa v. E.N.E.L. Case No. 6/64 [1964]. Judgment of 15 July 1964 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006> E.T:19.4.2023

³¹ Bkz. CJEU Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA. Case No. 106/77 [1978]. Judgment of 9 March 1978; CJEU Gervais Larsy v Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants. Case No. C-118/00 [2001]. Judgment of 28 June 2001.

³² Belirtmek gerekir ki, AB'nin tüm antlaşmaları ve tasarruflarının ulusal normlar karşısında öncelikli olduğu anlayışı, AB'nin yürürlüğe girmeyen 2004 tarihli Anayasası'nda ve AB Adalet Divanının köklü uygulamalarına uygun olduğu belirtilerek 2007 Lizbon Antlaşmasında da sürdürülmüştür.

³³ Italian Constitutional Court, *Frontini v Minister delle Finanze* [1974] 2 CMLR 372 https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_99.htm E.T:19.4.2023

³⁴ Julian Scholtes, "Abusing Constitutional Identity," *German Law Journal*: Vol. 22, No. 4 (June 2021), 537.

³⁵ Alexei İspolinov, “Приоритет права Европейского Союза и национальная (конституционная) идентичность в решениях Суда ЕС и конституционных судов

Avrupa bütünleşme sürecinin, anayasal kimlik bağlamında ele alınan anayasal sınırlarına ilişkin bir başka karar olan *Solange I* kararında Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, AB'nin kendine özgü (*sui generis*) yapısından bahsederek, egemenlik haklarının Birliğe devrinin kabul edilebilir açık sınırları olduğunu belirtmiştir. Bu sınır, kararda şu şekilde ifade edilmiştir:

“Temel Yasa'nın 24. maddesi, egemenlik haklarının hükümetlerarası kurumlara devredilmesinden söz etmektedir. Bu, lafzî olarak değerlendirilemez. Temel Yasa'nın 24. maddesi, benzer şekilde temel nitelikteki her anayasal hüküm gibi, anayasanın geneli bağlamında anlaşılmalı ve yorumlanmalıdır. Yani anayasal kimliğinin dayandığı temel anayasal yapıyı, anayasa değişikliği olmaksızın, bir başka ifadeyle, hükümetlerarası organın mevzuatı yoluyla değiştirmenin yolu açılmaz. Elbette, yetkili Topluluk organları, Alman anayasal organlarının Temel Yasa uyarınca çıkaramayacakları ve yine de geçerli olan ve doğrudan Almanya Federal Cumhuriyeti'nde uygulanacak olan yasalar yapabilirler. Ancak Anayasa'nın 24. maddesi, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin mevcut anayasal kimliğinin kurucu unsurlarını bozacak şekilde anayasal kimliğiyle bağdaşmayacak herhangi bir antlaşma değişikliğini engelleyeceği için bu olasılığı sınırlandırmaktadır. [...] 24. madde, egemenlik haklarının devrine izin vermemektedir.”³⁶

Çek Anayasa Mahkemesi de, anayasal kimliği, egemenlik yetkisinin paylaşılması bağlamında ele almıştır. Bu çerçevede Mahkeme, Anayasa'nın maddi çekirdeğini belirlemek için Anayasanın 9. maddesindeki değiştirilemez hükümleri kullanmıştır. AB Hukuku ile Çek Anayasası arasında bir çelişki olması halinde Mahkeme, "Çek Cumhuriyeti'nin anayasal düzeninin, özellikle de maddi çekirdeğinin öncelikli olması gerektiğini" vurgulamıştır.³⁷

B. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması

Ulusal mahkemelerin, ulusal üstü kuruluşların üye devletlerin iç hukuk sistemleri üzerindeki genişleyen etkisine ilişkin kararlarını gerekçelendirmede öncelikle egemenlik yetkisine dayandıkları söylenebilirse de aynı zamanda bu temellendirmenin kimi zaman dolaylı olarak temel hak ve özgürlüklerin

государств – членов ЕС,” [AB Adalet Divanı ve AB Üye Devletleri Anayasa Mahkemelerinin Kararlarında Avrupa Birliği Hukukunun ve Ulusal (Anayasa) Kimliğin Önceliği], 56.

³⁶ BVerfGE 37, 271 - Solange I, prg. 43.

³⁷ Julian Scholtes, "Abusing Constitutional Identity," 538.

korunmasına yönelik olduğu da açıktır. Bu nedenle anayasal kimliğin temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki işlevi ayrı bir başlık altında incelenmeye değer görülmektedir.

Frontini kararında İtalya Anayasa Mahkemesi, “anayasal sınırlar” (*constitutional limits*) veya “karşı sınırlar” (*counter limits*) doktrini şeklinde ifade ettiği anlayışını, anayasal düzenin temel ilkeleri ve temel hak ve özgürlüklerle temellendirmiştir. Bu ilkeler devlet yönetiminde özel öneme sahip olması nedeniyle tek bir davada ne değiştirilebilir ne de ihlal edilebilir niteliktedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, bu anayasal sınırlar açısından uygunluk denetimi yetkisini saklı tutmuş ve açıkça anayasal kimlik kavramını kullanmasa dahi kavramın, anayasal sınırlar doktrininin özünde yer aldığını; bir başka ifadeyle anayasal kimlik kavramının temel ilkeler veya temel hak ve özgürlükleri işaret ettiğini belirlemiştir.³⁸

Yukarıda bahsi geçen *Solange I* kararı, AB hukuku ile Almanya Anayasası’ndaki temel haklar arasında ortaya çıkan bir çatışmada ulusal mahkemelerin ne yapması gerektiği sorusunun yanıtlanmasına ilişkindir. Bu kararda Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, o zamanki AB hukuk düzeninde Almanya Anayasasındakilerle karşılaştırılabilir düzeyde bir temel haklar kataloğu yer almaması nedeniyle AB düzeyinde temel hakların korunmasının yeterli olmadığına ve bu nedenle Mahkemenin temel hakların korunmasına yönelik yargısal yetkisinden vazgeçmeyeceğine karar vermiştir. Ancak zaman içinde AB Adalet Divanının temel hakların korunmasına yönelik içtihatlar geliştirmesi neticesinde Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, belirli koşullar altında AB Adalet Divanının bu konulardaki yorumlarını kısmen kabul etmiştir. Böylece Mahkeme, *Solange II* kararında, AB Adalet Divanının, temel hakların etkin korunmasını sağlaması koşuluyla Topluluk hukukunun uygulanabilirliği konusunda kendi yargısal yetkisini kullanmayacağına hükmetmiştir.³⁹ Bu bağlamda Mahkemenin, temel hakların anayasa kapsamında korunmasının ancak AB düzeyinde anayasaya eşdeğer bir koruma tesis edildiğinde sona erebileceğini ve Mahkemenin Topluluk hukukunu Anayasa’nın temelini oluşturan ilke ve kurallara uygunluk açısından denetlemeye yetkili olduğunu açıkça ortaya koyduğu belirtilebilir.⁴⁰

³⁸ Marta Cartabia, “The Legacy of Sovereignty in Italian Constitutional Debate,” *Sovereignty in Transition*, edited by Neil Walker, (Bloomsbury Publication London 2006), 315.

³⁹ BVerfGE 73, 339, - Solange II, prg.132.

⁴⁰ Sven Simon, “Constitutional Identity and Ultra Vires Review in Germany,” *Central European Journal of Comparative Law (CEJCL)*: Vol. 2, No. 1 (2021), 191.

Zira anayasada güvence altına alınmış temel haklar, Alman anayasal kimliğinin bir parçasıdır ve ulusal üstü kuruluşlarla bütünleşme yetkisi, egemenlik haklarının devredilmesi yoluyla anayasal kimlikten vazgeçilmesi yetkisini içermez.⁴¹

Solange I ve II kararındaki gerekçelendirmelere koşut bir biçimde 2009 tarihli bir başka kararında⁴² Anayasa Mahkemesi, AB mevzuatını Alman anayasal kimliğine uygunluk açısından incelemeye yetkili olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu kararda Mahkeme, Alman Anayasası'nın 79/3 maddesindeki değiştirilemez hükümleri, anayasal kimliğin dayanağı olarak almıştır. Buna göre; insan onurunun dokunulmazlığını ve insan haklarına saygıyı zorunlu kılan Anayasa'nın 1. maddesi ve demokratik, federal, sosyal, hukuk devleti ilkesi ile halk egemenliğini işaret eden 20. maddesi Alman anayasal kimliğini oluşturan hususlardır ve bunlara ilişkin değişiklikler ancak kurucu iktidarın ortaya koyacağı bir anayasa değişikliği yolu ile meşrulaştırılabilecektir.⁴³ *Cartabia*, Alman hukukundaki bu temel hakların korunmasının özel önemini, ulusal egemenliğin son kalesinin savunulmasıyla ilgili olduğuna bağlamaktadır. Ona göre, Avrupa Birliği üyeliği, ulusal egemenliğe bazı sınırlamalar gerektirse de bazı karşı sınırların da olması gerekir. Aksi takdirde sınırlama, ulusal egemenliğin ortadan kalkması anlamına gelecektir. Bu nedenle pek çok üye devlet Anayasası'nda olduğu gibi Alman Anayasası'nın 23. maddesi de temel hakların korunmasına ve AB'nin ikincillik niteliğine ilişkin hayati öneme sahip bir hükümdür. Bu nedenle anayasa değişikliklerinin temel hakları veya ilkeleri etkilemesine izin verilmez.⁴⁴

C. Anayasa Değişikliklerinin Meşrulaştırılması

Anayasal kimlik kavramının, anayasanın değiştirilmesi meselesi ile yakından ilgili olduğu yukarıda ifade edilmişti. Bu ilgi, anayasal kimliğin, anayasa değişikliklerini yapmaya yetkili türev kurucu/kurulu iktidarın sınırı olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmasından kaynaklanmaktadır. Anayasal kimlik ile anayasa değişiklikleri arasındaki ilgiyi ortaya koyabilmek, şu soruları açıklığa kavuşturmayı gerektirmektedir: Eğer anayasal kimlik, anayasanın değiştirilmesinin sınırı ise, buradaki anayasanın değiştirilmesi/değiştirilememesinden ne anlaşılmaktadır? Bu çerçevede

⁴¹ BVerfGE 73, 339, - Solange II.

⁴² BVerfGE, 2 BvE 2/08, (30 June 2009).

⁴³ BVerfGE, 2 BvE 2/08, (30 June 2009), prg. 121-123.

⁴⁴ Marta Cartabia, "The Legacy of Sovereignty in Italian Constitutional Debate," 315.

Anayasa'yı değiştirmeye yetkili iktidarın yetkisinin kapsamı ve sınırı nedir? Eğer bir anayasa, değiştirilemez hükümler ihtiva ediyorsa bu durumda anayasal kimlik nerede konumlanmaktadır, işlevi nedir? Anayasa değişikliği ile ne yapıldığında anayasal kimlik değiştirilmiş olur?

Anayasa değişikliği, anayasanın bir veya birkaç maddesinin değiştirilmesi, yürürlükten kaldırılması veya daha önceden anayasada yer almayan hükümlerin eklenmesi⁴⁵ şeklinde metinsel (*formal*) bir değişiklik veya anayasanın hükümlerindeki ifadelerin aynı kalıp bu hükümlerin anayasal yorum yoluyla anlamlarında meydana getirilen (*informal*) değişikliktir. Değiştirilemezlik (*unamendability*) ise anayasa hükümlerinin, değişikliğe karşı açık veya zımnî (*explicit or implicit*) biçimde direncini gösterir.⁴⁶ Değiştirilemezlik, anayasayı değiştirmeye yetkili iktidarın bu yetkisinin kapsamını ve sınırını işaret eder.

Anayasayı değiştirmeye yetkili iktidarın yetkisi, belirli bir organa devredilen anayasal bir yetkidir. Bu iktidar, asli kurucu iktidar tarafından kendisine anayasa ile devredilmiş bir yetkiyi kullanması nedeniyle “halkın vekili” gibi hareket eder ve doğası gereği yetkisi sınırlı bir yetkidir.⁴⁷ Anayasayı değiştirme yetkisi, açık veya zımnî şekilde sınırlandırılabilir ve yetkinin kapsamı biçimsel ve maddi sınırlara tâbi olabilir. Anayasalarda açıkça, anayasanın değiştirilmesi usulünün nasıl olacağına ilişkin hükümler yer alabilir. Bunlar, anayasayı değiştirme iktidarına anayasa ile getirilmiş biçimsel sınırlardır.⁴⁸ Bazı anayasalarda da anayasanın bazı hükümlerinin değiştirilmesinin bizzat yasaklandığı görülmektedir. “Değiştirilemez hükümler” (*immutable principles*) olarak adlandırılan ve anayasakoyucunun önem verdiği bu tür hükümler veya ilkeler, anayasayı değiştirme iktidarının yetkisine ilişkin maddi (*içeriksel*) sınırlardır.⁴⁹ Öte yandan değiştirilemez hükümlerin varlığı bu hükümlerde sabitlenen kavramların önemine işaret etse de bu kavramlar, her zaman temel/kurucu nitelikte olan değerleri de içermeyebilir. Bu bağlamda değiştirilemez hükümlerin işlevi, anayasanın belli

⁴⁵ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, (Ekin Yayınları 2020), 398-399.

⁴⁶ Richard Albert, “Counterconstitutionalism,” *Dalhousie Law Journal* 1: Vol. 31 (2008), 37. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1424055 E.T: 19.4.2023

⁴⁷ Yaniv Roznai, “Towards a Theory of Unamendability,” *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-12*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2569292, 20. E.T: 19.4.2023

⁴⁸ Kemal Gözler, (2020), 408.

⁴⁹ Kemal Gözler, (2020), 402.

hükümlerinin değişiklikten korunmasının yanı sıra onun özünün veya kimliğinin korunmasının da güvencesi olabilir. *Roznai*'ye göre, anayasayı değiştirme iktidarı, yetkilendirilmiş değiştirme iktidarı (*delegated amendment power*) olup bu yetki, kurucu iktidarla aralarındaki dikey güçler ayrılığından kaynaklanmaktadır. Böylece, birincil nitelikteki asli kurucu iktidar, ikincil nitelikteki anayasayı değiştirme iktidarını sınırlayabilir ve anayasayı değiştirme iktidarı kurucu iktidarın belirlediği değiştirme hükümleri, ilkeleri ve kurumlarıyla bağlıdır.⁵⁰ Değiştirilemez hükümler, anayasayı değiştirme iktidarının maddi sınırları olarak ele alınsa da bu sınırların aynı zamanda biçimsel sınırlar olarak da kabul edilmesi gerektiği açıktır.

Anayasayı değiştirme yetkisi, anayasayı korumak amacıyla getirilmiş olduğundan açıkça anayasa ile getirilmiş sınırlamalar olmasa dahi bu yetki, anayasayı değiştirme adı altında onu ortadan kaldıracak ya da yepyeni bir anayasa inşa edecek şekilde kullanılamaz. Anayasayı değiştirme yetkisinin zımni sınırları olarak ele alınabilecek bu sınırlamalar, “anayasaların ruhu” denilen, anayasanın özünü oluşturan temel siyasal – felsefi ilke ve değerlerdir.⁵¹ Hindistan Yüksek Mahkemesinin *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* ve *Minerva Mills, Ltd. v. Union of India* kararlarında ortaya koyduğu “temel yapı doktrini” (*basic structure doctrine*), anayasanın bazı özelliklerinin temel kabul edilmesi yoluyla bütünlüğünün sağlanmasına olanak tanıyan bir çekirdeğinin olduğu ve bunun anayasanın kimliği olduğu, bu kimliğin anayasa değişiklikleri aracılığıyla ortadan kaldırılamayacağını ifade etmektedir. Mahkemeye göre, anayasa değişikliği halinde, anayasa değişmekte ancak kimliğini kaybetmeden ayakta kalmaya devam etmektedir.⁵² Bir başka ifadeyle, anayasaların değiştirilmesi ile başkalaştırılması farklıdır. Anayasa değişikliği, anayasal kimliğin halen korunduğu yapısal onarımlar olarak ifade edilebilirken başkalaştırılması, anayasanın özünün/kimliğinin kaybı demektir.

Anayasalarda değiştirilemez hükümlerin yer alması, anayasayı değiştirme iktidarını maddi ve biçimsel olarak sınırlamaya yönelse de zaman zaman yorum yoluyla veya değiştirilemez maddelere dokunulmaksızın bu

⁵⁰ Yaniv Roznai, “Towards a Theory of Unamendability,” 23.

⁵¹ Yaniv Roznai, “Towards a Theory of Unamendability,” 28.

⁵² Gary Jeffrey Jacobsohn, “Constitutional Identity,” *The Review of Politics*: Vol. 68 (2006), 375, 376; Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press 2017), 46.

hükümlerin içinin boşaltılması yoluyla değiştirilemezliğin aşıldığı görülebilmektedir. Anayasal kimlik tam da bu noktada değişiklik yapma iktidarının zımnı sınırı olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira anayasal kimlik olarak kabul edilen öz, değiştirilemez hükümlerde veya anayasada yer alması zorunlu olmayan, esasında değiştirilemez hükümler içinde yer alabileceği gibi bu hükümlerden öteye taşıp anayasanın bütünlüğüne sirayet eden ilkeler veya kurumlar olarak da karşımıza çıkabilir. Çünkü anayasalar, yalnız normatif kurallardan oluşan hukuki bir metin değil aynı zamanda kurucu iktidar olarak halkın veya anayasakoyucunun arzularını yansıtan bir toplumsal sözleşmedir. Bu nedenle anayasal kimlik, değiştirilemez hükümlere rağmen ortaya çıkabilecek anayasaya aykırı değişiklikler aracılığıyla anayasanın ortadan kaldırılması olgusuna engel olma işlevi görmektedir. Bu bağlamda, örneğin laiklik ilkesi Türkiye için anayasal kimlik olarak tanımlanabilir. Ancak bu anlayış ilkenin değiştirilemez hükümler içinde yer almasına indirgenmemelidir. Zira laiklik; Cumhuriyetin üzerine inşa edildiği temel değer olup Türk anayasacılığına da etki etmiştir. Bu husus, ilerleyen başlıklarda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

D. Siyasal iktidarın Meşru “Gösterilmesi”

Macaristan, Polonya ve Rusya Federasyonu'nun anayasal gelişmeleri ele alındığında 1980'ler sonrası sosyalist anayasacılıktan liberal demokratik anayasacılık anlayışına doğru bir evrilme yaşandığı; bu süreçte temel hak ve özgürlükleri, liberal demokratik hukuk devletini kurmak ve sürdürmek için gereken güvence mekanizmalarını içeren bir hukuk sistemi inşa edilmeye çalışıldığı gözlenmektedir. Sınırlı iktidar, hukuk devleti, demokrasi ve temel hak ve özgürlüklerin tanınması, aynı zamanda Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği gibi - yargısal mekanizmalarla güçlendirilmiş- ulusal hukuk düzenlerinin, ulusal üstü kurumlarla bütünleşmesinin de bir parçasını oluşturmaktadır.⁵³ Bu kurumların yargısal yetkisinin üye devletlerin yasama ve yargı organları üzerindeki güçlü etkilerinden yukarıda söz edilmişti.

Söz konusu örnek ülkeler, Anayasa Mahkemeleri aracılığı ile kendi (sözde) anayasal kimlik anlayışlarını ileri sürerek ulusal ve ulusal üstü hukuk düzeni arasındaki normlar çatışmasında Almanya Federal Anayasa Mahkemesi kararlarına referansla ulusal üstü bütünleşmeden kaçınmışlardır.

⁵³ Dimitry Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, (Walters Kluwer Publication, 2008), 12.

Ancak bu ülke örneklerini diğerlerinden ayıran önemli nokta; anayasal kimliğin, ulusal mahkemelerin gücünü meşrulaştırma kisvesi altında pekiştirmenin veya hükümetlerin iktidarı keyfi kullanımının aracı haline dönüştürülerek kavramın kötüye kullanılmasıdır.

Macaristan, Polonya ve Rusya Federasyonu'nda sosyalist anayasacılık anlayışından liberal demokratik anayasacılık anlayışına doğru yaşanan evrilmeye, 2011'den itibaren hukukun araçsallaştırılması yoluyla hukuk devleti ilkesinden ve demokratikleşmeden geriye gidiş şeklinde tersine dönmüş ve otoriterleşme eğilimleri görülmeye başlanmıştır.⁵⁴ Bu geriye gidiş, özellikle mahkemelerinin paketlenmesi, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi, yargı bağımsızlığı ilkesinin zedelenmesi ve ulusal üstü yükümlülüklerin ihlal edilmesi üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu ülkelerde liberal kurum ve kavramlar, kavramın içi boşaltılmak suretiyle -hukukun araçsallaştırılması diyebileceğimiz şekilde- otoriterleşme için kullanılmıştır. Egemenlik ve anayasal kimlik de bu kavramlar arasındadır.

Macaristan'da Orban hükümetinin AB yasalarına uyulmamasını ulusal egemenliğe ve AB Antlaşması'nın 4/2 maddesindeki kimliğe atıfta bulunarak meşrulaştırma çabası; önce hükümetin göçmen karşıtı politikalarını açıklaması ile başlamış, ardından; anayasa değişikliği ve hali hazırda aynı hükümet tarafından paketlenmiş Anayasa Mahkemesinin kararı ile devam etmiştir.⁵⁵ Hükümet, AB'nin göçmenlerin yeniden iskânına ilişkin düzenlemelerine uyulmaması hakkında, ilk olarak Göçmen Yasası'nda değişiklik yapılmasını sağlamış; akabinde konu referenduma taşınmıştır. Ardından bu alanda AB yasalarına uyulmamasını siyasi olarak meşrulaştırmak için Macar anayasal kimliğini savunmak amacıyla anayasa değişikliğine gidilmiş ancak bu değişiklik, anayasa değişikliklerinin kabulü için gerekli üçte iki oy çokluğuna ulaşamamıştır.⁵⁶

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Özkan, Ç. Serra Uzunpınar, "Hukukun Araçsallaştırılması Yoluyla Hukuk Devleti İlkesinde Aşınma: Avrupa Konseyi Ülkelerinden Deneyimler," Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 71 (2022), 630,643,657.

⁵⁵ Gabor Halmai, "Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law," Review of Central and East European Law, Vol. 43, Issue 1, (Brill- Nijhoff Publication 2018), 24.

⁵⁶ Gabor Halmai, "Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law," 25.

Hükümetin yasalar ve anayasa değişikliği yolu ile elde edemediği iktidarı meşrulaştırma çabasındaki bu boşluğu, Anayasa Mahkemesi, AB'nin göçmenlerin yeniden iskânına ilişkin düzenlemeleri hakkındaki 22/2016 kararı⁵⁷ ile doldurmuştur. Bu kararda Mahkeme öncelikle AB düzenlemelerinin denetlenmesi konusunda Mahkemenin yetkisine ilişkin olarak çözümlenmiş ve Macaristan Anayasası'nın E)(2) maddesi temelindeki yetkilerin kullanılmasının insan onurunun, herhangi bir temel hakkın, egemenliğin ve "Macaristan'ın anayasal öz kimliğinin" (*constitutional self-identity*) ihlaline yol açıp açmadığının incelenmesinde Mahkemenin yetkili olduğunu belirtmiştir. Temel haklar ve egemenlik konusundaki incelemesinde Mahkeme, AB ile işbirliği ve AB hukukunun önceliği göz önünde bulundurulsa bile ulusal üstü kuruluşlarla ortak yetkilerin kullanılmasının; temel hakların korunmasının ihlaline yol açabileceği anlamına gelmediğine ve Macaristan'ın egemenliğinin sürdürülmesi gerektiğine işaret etmiştir. Anayasal kimliğin korunması konusunda Mahkeme, "anayasal kimliğin AB Antlaşmasının 4/2 maddesi temelinde eşitliğe dayalı olduğunu; Macaristan'ın anayasal kimliğinin, anayasanın tarihsel kazanımlarına uygun olarak Anayasa tarafından kabul edilmiş bir temel değer olduğunu, nihayetinde uluslararası bir antlaşma ile bu kimlikten feragat edilemeyeceğini; egemenliğin veya bağımsızlığın kaybı ile ancak bu kimlikten yoksun kalılabileceğini ve bu kimliğin korunmasının Anayasa Mahkemesinin temel bir görevi olduğunu vurgulamıştır.⁵⁸ Macaristan'ın anayasal öz kimliği ifadesiyle Mahkeme, kendine özgü bir anayasal kimlik inşa etmeye çalışmaktadır. Ancak bu girişimde Mahkeme anayasal kimlik kavramı kapsamında, korunması gereken belirli bir anayasal hükme işaret etmemekte; anayasal kimliğin sabit/değişmez bir değerler listesi olmadığını belirtmekte ve "Macaristan'ın tarihsel anayasası" gibi muğlak ifadelerle atıfta bulunmaktadır.⁵⁹

⁵⁷ Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law
[https://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361afa3cea26b84c1257f10005dd958/\\$FILE/EN_22_2016.pdf](https://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361afa3cea26b84c1257f10005dd958/$FILE/EN_22_2016.pdf) E.T:19.4.2023

⁵⁸ Andras Zs. Varga, "Role of Constitutional Courts in the Protection of National/Constitutional Identity," *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, (2018), 340; Gabor Halmay, "Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law", 31.

⁵⁹ Julian Scholtes, "Abusing Constitutional Identity," 545.

Mahkemenin söz konusu kararını takiben 2018 yılında Anayasa'nın R maddesinin 4. fıkrasına “*Macaristan'ın öz kimliğinin ve Hıristiyan kültürünün korunması tüm devlet kuruluşlarının görevidir.*” hükmü eklenmiştir. Hükmün konuluş amacının, ulusal kimliğe daha güçlü vurgu yapılması olduğu dile getirilmektedir.⁶⁰ Değişiklikten önce, Başlangıç'ta, “*Milli Beyan*” (*National Avowal*) adı verilen bir atıfta yer verilen Hıristiyan kültürü, kimliğin bir parçası olmakla birlikte, değişiklikten sonra anayasanın yorumlanmasında bağlayıcı bir hüküm haline getirilmiştir. Böylece devlete anayasal kimliğin bir parçası olarak Hıristiyan kültürünü de koruma yükümlülüğü getirildiğini söylemek olanaklıdır. Ancak burada tartışılması gereken; mevcut hüküm, bir Hıristiyan kültürünün yaratılmasından ziyade Macaristan'da günümüzde var olan kültürün korunmasına yönelik bir taahhüt gibi okunacak olsa bile toplumun geniş bir kesiminin inancını kaybetmesi durumunda halen anayasal kimlikten söz etmenin olanaklı olup olmadığıdır. Öte yandan, *Halmi*'nin belirttiği gibi; bu hükme göre, anayasa özne olan ulus, sadece etnik değil; aynı zamanda Hıristiyan bir Macar topluluğu olarak işaret edildiğinden Hıristiyanlıkla özdeşleşmemiş Macarlar, ulustan dışlanma olasılığı ile karşı karşıya kalabilecektir.⁶¹

Yakın zamanda, Macaristan Parlamentosu “*Ulusal Egemenliğin Korunmasına*” İlişkin LXXXVIII Yasası'nı kabul etmiş ve Yasa 22 Aralık 2023'te yürürlüğe girmiştir.⁶² Yasa'ya koşut olarak aynı tarihte Macaristan Anayasası'nda yapılan değişiklikte, Devletin her organının Macaristan'ın anayasal kimliğini ve Hıristiyan kültürünü koruma yükümlülüğünü öngören R(4) maddesine “*anayasal kimliği korumak için, temel kanunla kurulmuş bağımsız bir organ faaliyet gösterir*” hükmü eklenmiş ve bu hüküm söz konusu Organ'ın anayasal temeli olarak kabul edilmiştir. Venedik Komisyonu raporunda da belirtildiği üzere, Anayasa'nın değiştirilen hükmünün “anayasal

⁶⁰ Balázs Schanda, “Hungary's Christian Culture as Subject of Constitutional Protection,” *Studia z Prawa Wyznaniowego*, (2020), Issue 23, 56.

⁶¹ Gabor Halmi, “The Misuse of Human Dignity and Constitutional Identity: The Case of Hungary,” https://me.eui.eu/wp-content/uploads/sites/385/2018/11/Dignity_identity_Hungary_Halmi.pdf

⁶² Yasa kapsamında, “Macaristan'da, yabancı çıkarlara hizmet ettiğinden veya ulusal egemenliği tehdit ettiğinden şüphelenilen herhangi bir kuruluş veya kişileri soruşturmak için geniş yetkilerle donatılacak bir “Egemenliği Savunma Ofisi” kurulması öngörülmektedir. Bkz. Venice Commission Hungary Opinion on Act LXXXVIII of 2023 on the Protection of National Sovereignty CDL-AD(2024)001, 18 March 2024.

kimlik” yerine “ulusal egemenliği” korumakla görevli bir organın kurulmasına dayanak olup olmayacağı ilk sorundur.⁶³ Bununla birlikte, Ofis’in kurulma nedenini doğuran tehditlerin bertaraf edilmesinin, bir hukuk devletinde hukukça öngörülmüş organlar ve kurumlar aracılığıyla olması gerektiği ve Ofis’in herhangi denetime tabi olmamasının, onun politize olma olasılığının önünü açarak pek çok hak ve özgürlük bakımından keyfi sınırlamaya yol açabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Bu bağlamda, *Rosenfeld* de Macaristan’daki bu son gelişmeleri, popülist anayasal kimlik oluşumu olarak ifade etmektedir. O’na göre, hem liberal anayasacılıktaki kimlik oluşumunda hem de popülizmde “kapsama” ve “dışlama” olgusu vardır.⁶⁴ Ancak temel farklılık, liberal anayasal kimlik oluşumu, anayasal bir birlik halinde bir araya gelen bireyler ve gruplardan oluşan *-tasavvur edilmiş-* topluluğun birliğini şekillendirmek amacıyla kapsama ve dışlama arasındaki etkileşimi yönetmeye çalışır. Buna karşılık, popülizm, değiştirilmek üzere olan anayasal düzende halk olmanın tüm faydalarından yararlanan belirli kişi ve grupların tam üyelikten dışlanmasıyla sonuçlanacak bir kapsama ve dışlama etkileşimini devreye sokarak söz konusu anayasal birimi yeniden oluşturmasıdır. Macaristan’da karşı karşıya kalınan durum tam olarak etnik ve dini temelli yapılan dışlamadır. Bu nedenle *Rosenfeld*, yapısalcı bir bakış açısıyla anayasal kimliği “inşa” (*construction*) olarak ifade ederken Macaristan’da görünen ve dışlayıcı nitelikteki anayasal kimliği ortaya koyan bu gelişmeyi yapısöküm (*de-construction*) olarak ifade etmektedir.⁶⁵

Polonya’da da Macaristan’a benzer şekilde, hükümetin yargı reformu ve anayasa mahkemesinin paketlenmesini meşrulaştırma çabasında anayasal kimlik kavramına başvurduğu gözlenmektedir. Hükümet bu girişimlerini, üye ülkelerin AB hukuk sisteminden farklı hukuk sistemlerine ve dolayısıyla farklı anayasal kimliklere sahip olmasına bağlamaktadır. Polonya Hükümetine göre, bu farklılıklar çeşitlilik anlamında AB düzeyinde korunmaktadır. Hükümet bu argümanlarını, Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin anayasal kimlik konusundaki kararları ve AB Adalet Divanının AB Antlaşmasının 4.

⁶³ Venice Commission Hungary Opinion on Act IXXXVIII of 2023 on the Protection of National Sovereignty CDL-AD(2024)001, 18 March 2024, prg. 35.

⁶⁴ Michel Rosenfeld, “Deconstructing Constitutional Identity in Light of the Turn to Populism,” *Deciphering the Genome of Constitutionalism* edited by Ran Hirschl and Yaniv Roznai, (Cambridge University Press, 2024), 292.

⁶⁵ Michel Rosenfeld, “Deconstructing Constitutional Identity in Light of the Turn to Populism,” (Cambridge University Press, 2024), 296-299.

maddesine ilişkin içtihatlarına dayandırmaktadır.⁶⁶ Polonya Anayasa Mahkemesi, AB Katılım Antlaşması kararında⁶⁷, Polonya'nın egemenlik yetkisine ve anayasanın üstünlüğü anlayışına dayanarak Topluluk hukuku ile ulusal hukuk normlarının çatışmasında anayasanın uygulanması gerektiğine işaret etmiştir. Mahkeme, Polonya'nın AB'ye katılımının, anayasanın üstünlüğünü zayıflatmak anlamına gelmediğini; anayasa normlarının bu yolla bağlayıcılığını kaybetmediğini; Topluluk hukuku ile anayasa normlarının çatışması halinde Topluluk hukuku normlarının anayasanın normlarını değiştirebileceği anlamına gelmediğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre, *"Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin normları, Topluluk hukuku normları ile değiştirilemeyecek ve zayıflatılmayacak niteliktedir ve Polonya'daki anayasal kimlik, benzersiz bir temel hak ve özgürlük anlayışını kapsamaktadır"*.⁶⁸

Rusya Federasyonu'nda anayasal kimlik kavramının Anayasa Mahkemesince kullanımı, ulusal ve ulusal üstü yetki alanları arasındaki etkileşim sorunuyla ilişkilidir. Bu bağlamda Mahkemenin 21-P/2015 sayılı kararı⁶⁹ bu alanda ilk adımı oluşturmaktadır. Bu karar, uluslararası organların, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin Rusya Federasyonu aleyhine vermiş olduğu yargı kararlarının iç hukukta uygulanabilirliğinin denetlenmesi konusundadır ve Mahkeme bu yetkinin, Anayasa Mahkemesinin görev alanına girdiğini belirtmiştir. Bu denetim yetkisini yasal düzenleme yoluyla elde etmesinin ardından Mahkeme, 12- P/2016 sayılı *Ançugov ve Gladkov* kararı⁷⁰ ile 1-P/2017 sayılı *Yukos Oil* kararında⁷¹, AİHM kararlarının yerine getirilmesinin anayasa uyarınca mümkün olup olmadığını tartışmıştır.

⁶⁶ The Chancellery of the Prime Minister, White Paper on the Reform of the Polish Judiciary, (2018), 82-83. <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2018/mar/pl-judiciary-reform-chancellor-white-paper-3-18.pdf> E.T:19.4.2023

⁶⁷ Trybunał Konstytucyjny [Constitutional Tribunal], May 11, 2005, K 18/04 (decision on the Accession Treaty)

⁶⁸ Anna Śledzińska-Simon, "Constitutional identity in 3D: A model of individual, relational, and collective self and its application in Poland," International Journal of Constitutional Law, Vol. 13, Issue 1, (January 2015), 150; Andras Zs. Varga, "Role of Constitutional Courts in the Protection of National/Constitutional Identity," 339.

⁶⁹ RF AYM Karar: 14 Temmuz 2015 No:21-P/2015 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision201896.pdf>

⁷⁰ RF AYM Karar: 19 Nisan 2016 No:12-P/2016 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision230222.pdf>

⁷¹ RF AYM Karar: 19 Ocak 2017 No: 1-P/2017 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision258613.pdf>

AİHM kararlarının uygulanabilirliğinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gereğine ilişkin görüşünü belirttiği 21-P/2015 sayılı kararında Mahkeme; AİHM kararlarının iç hukukun bir parçası olduğu kabulü ile kararların iç hukukta yerine getirilmesi gereği üzerinde durmuştur (Karar, prg.2.2). Ancak, Rusya'nın uluslararası toplumun bir parçası olarak uluslararası antlaşmalar yapması, uluslararası birliklere katılması ve onlara yetkilerini kısmen devretmesinin; iç hukukta ulusal egemenlik ilkesinin, tüm Rusya genelinde ve uluslararası alanda devletin bütünlüğünün ve bağımsızlığının reddi anlamına gelmediğini belirtmiştir (Karar, prg.2.2). Bu bağlamda Mahkeme; Anayasa'nın 15/4 ve 79. maddelerinin doğrudan Rusya'nın egemenliğiyle ve anayasanın üstünlüğü ilkesiyle ilgili olduğuna; bireylerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayan ya da anayasal düzenin temellerine saldırıda bulunan ve bu vesileyle anayasayı ihlal eden veya içerdiği hükümler nedeniyle ulusal mevzuatta değişiklikler öngören AİHS hükümlerinin ve AİHM kararlarının uygulanamayacağına; bu çerçevede Sözleşmenin öngördüğü koruma sisteminin gerçekleştirilmesinin ancak Rusya Federasyonu Anayasası'nın üstünlüğünün sağlanması şartıyla mümkün olabileceğine dikkat çekmiştir (Karar, prg.2.2).⁷² Bir başka ifadeyle, Mahkeme, AİHM ile ulusal mahkemeler arasındaki ilişkilerin eşitliğini ve AİHM'nin tamamlayıcı/ikincil niteliğini vurgulamaktadır. Ulusal üstü organların, bu anayasal kimliği oluşturan normlara saygı göstermesi, ulusal ve ulusal üstü normlar arasındaki çatışma olasılığını azaltacaktır. Böylece devletlerin egemenliği korunurken insan ve vatandaşların hak ve özgürlüklerini korumaya yönelik Avrupa sisteminin etkinliği artmış olacaktır.⁷³ Mahkemenin bu kararına göre Rusya anayasal kimliği, temel hak

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Özkan, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, (Adana: Karahan Kitabevi, 2019), 273-275; Zeynep Özkan, Ç. Serra Uzunpınar, "Hukukun Araçsallaştırılması Yoluyla Hukuk Devleti İlkesinde Aşınma: Avrupa Konseyi Ülkelerinden Deneyimler," 637-638.

⁷³ Petr Kucherenko; Elena Klochko, "The Concept of Constitutional Identity as a Legal Argument in Constitutional Judicial Practice," Russian Law Journal, Vol. 7, No. 4 (2019), s. 111; Aleksandr Blankenagel, "Конституционная Идентичность - Призрак бродит по решениям европейских конституционных судов»: что делать с конституционной идентичностью?," [Anayasal Kimlik- Avrupa Anayasa Mahkemelerinin Kararlarına Bir Hayalet Musallat Oluyor": Anayasal kimlikle ne yarmalı?], Сравнительное Конституционное Обозрение [Karşılaştırmalı Anayasa İncelemeleri]: No.4, (Moskova 2018), 50.

ve özgürlükler ile anayasal düzenin temellerini oluşturan bir dizi normları içermektedir.

Macaristan ve Polonya’da anayasal kimlik kavramı hem hükümetler hem de anayasa mahkemesi tarafından kullanılmış ve bu iki ülkede yargı, hükümetin keyfi politikalarının meşrulaştırılmasına aracılık etmiştir. Macaristan ve Polonya’dan farklı olarak Rusya’da Anayasa Mahkemesi, anayasal kimlik kavramını, ulusal üstü kuruluşların kararlarının yerine getirilmesini denetleme yetkisini üzerine almak amacıyla kendiliğinden kullanmış ve deyim yerindeyse adeta bu yetkinin yasal düzenlemeler yoluyla kendisine tanınmasını sağlamak üzere yasama organına göz kırpmıştır. Ancak her üç ülkeyi benzer kılan, anayasacılığın gerekleriyle bağdaşmayan nitelikteki düzenlemeler yoluyla iktidarın keyfiliğini önleyecek denge kurumlarının zayıflatıldığı ve mahkemelerin paketlenmesine yol açıldığı gerçeğidir. Hukuka aykırı şekilde ele geçirilmiş/paketlenmiş mahkemeler veya diğer hukuki araçlarla siyasal iktidarı elinde bulunduranlar, kendi otoritelerini pekiştirmek üzere, yukarıda belirtildiği gibi, anayasal kimliğin kötüye kullanımı örneğini sergilemiştir.

E. Kavramın İşlevsizliğine Dair Görüşler

Öğretide, kavramın işlevsizliği iddiasından veya kullanım alanlarından kaynaklı olarak kavrama şüpheyile yaklaşımlar da görülmektedir. *Saunders*, kimliğe dair literatürün Avustralya anayasacılığına uygulanmasından yola çıkarak kavramın öznel ve bazı durumlarda seçici olduğundan bahisle işlevsiz olduğunu belirtmektedir. O’na göre, Avustralya anayasacılığı; anayasal denetimden ziyade yasama yetkisine karşı hakları korumak üzere kurumların bütünlüğüne odaklanan, İngiliz monarşisinden etkilenmesine rağmen eyaletlerin güçlü ve etkili olduğu federasyon kuran, çok kültürlü yapısına rağmen tek resmi dil benimseyen ve hukukun üstünlüğüne değer veren yapıdadır. Bu bakımdan her bir nitelik birbiri ile bütünsel bir paket olarak çalışır ve kimlik inşasında hangisinin önceliği hak ettiği ulus tarafından farklı değerlendirilecektir. Bunların hepsini birlikte kapsayan bir kimlik de hantal olacaktır.⁷⁴

⁷⁴ Cheryl Saunders, “Constitutional Identity,” Full Text in “Round table of the IacI-Aıdc Constitutional Identity: Universality of Constitutionalism vs. National Constitutional Traditions?” St. Petersburg, Russia 10-13 June 2021

Bununla birlikte öğretide, anayasal kimlik kavramının anlamlandırılmasında Anayasa Mahkemelerinin önemli rol oynadığına; ancak bunu yaparken bazı mahkemelerin kavramı kötüye kullandığına da işaret edilmektedir.⁷⁵ Özellikle, Macaristan ve Polonya'daki gibi paketlenmiş mahkemelerin anayasal kimliği otoriter nitelikli dönüşümlerde anayasal bir gerekçe bulmak için kullandıkları belirtilmektedir.

Kavramın kötüye kullanılabilmesi noktasında hemfikir olmakla birlikte kimi yazarlar, böyle bir kötüye kullanmanın, özgürlükçü olmayan anayasacılık eğiliminden kaynaklandığı; bunun başka kavramlar için de geçerli olabileceğini vurgulamaktadır.⁷⁶ Dolayısıyla sırf kötüye kullanılması, anayasal kimliğin anlamsız ve işlevsiz olduğunu göstermemektedir. Zira kötüye kullanıma, anayasacılığın -ve aynı zamanda AB'nin- temel ilkeleri ile bertaraf edilebilecektir.⁷⁷ Diğer bazı yazarlar hem siyasal hem de yargısal açıdan kötüye kullanıma açık olan anayasal kimlik kavramının işlevsizliğini ve bu kavramın kullanımından vazgeçilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. *Pech vd.* anayasa mahkemelerinin anayasal kimlik de dâhil olmak üzere ülkelerin anayasal düzenlerinin koruyucusu olmaya devam ettikleri; ancak bu mahkemelerin, AB Adalet Divanının anayasal kimliklerini ihlal eden bir karar verdiği iddiasıyla Divan kararlarını uygulanamaz bulmalarının AB hukuk düzenini bozacağı görüşündedir. Yazarlara göre, bu anlayış, anayasa mahkemelerinin bağımsız, saygın birer mahkeme olmaları ile otoriter rejimlerde paketlenmiş mahkeme olmaları arasında bir fark olmaksızın geçerlidir. Zira Almanya Anayasa Mahkemesi kararları ile başlayan süreçte Polonya ve Macaristan gibi ülkelerin anayasa mahkemelerinin Alman

⁷⁵ Saunders, anayasal kimliğin anayasa değişikliklerinde türev kurucu iktidara sınırlar çizmek, üye devletlerle AB kurumlarının yetki sınırlarını belirlemek veya yerel anayasal ile ulusal üstü insan hakları rejimleri arasında yasal /ahlaki sınırlar çizmek türündeki kullanımlarının; özneliğin cazibesini artırdığı, yargı bağımsızlığını etkileyebilecek şekilde mahkemelere olağanüstü yükler yüklediği yönleriyle eleştirmekte ve bu alanlardaki kullanımı nedeniyle kavrama şüpheyi yaklaştığını belirtmektedir. Bkz. "Constitutional Identity", Full Text.

⁷⁶ Pietro Faraguna, "On the identity clause and its abuses: "back to the Treaty," European Public Law, Vol. 27, Issue 3, (2021), 446; Julian Scholtes, "Abusing Constitutional Identity," 545; Kim Lane Scheppele, "Autocratic Legalism," The University of Chicago Law Review, Vol. 85, No. 2 (March 2018); Pietro Faraguna, Tímea Drinóczi "Constitutional Identity in and on EU Terms", <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-in-and-on-eu-terms/> E.T:19.4.2023

⁷⁷ Pietro Faraguna, "On the identity clause and its abuses: "back to the Treaty," 443.

anayasal kimlik içtihatlarını benimsemiş olmaları, anayasal kimlik ve anayasal çoğulculuk gibi kavramların suiistimale açık olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla kötüye kullanıma elverişli bu tür kavramların reddi gerekmektedir.⁷⁸ *Sajo*, anayasal kimlik kavramının kullanımına iki nedenle karşı çıkmaktadır. Birincisi, anayasal kimlik kavramının muğlak ve belirsiz olması nedeniyle kavram, hukuki kavramların taşıması gerektiği düşünülen açıklık, öngörülebilirlik, kesinlik standardını taşımamaktadır. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin en azından keyfilik önlenmesi ölçütünü karşılamamaktadır. İkincisi, kavramın derinliklerinde kültürel köklerin bulunması ve bu tür köklerin milliyetçi/yerel anlayışlarda gömülü olması nedeniyle anayasa mahkemelerinin kavramı kullanmasının öngörülemez şekilde keyfiliğe yol açabileceği kaygısıdır.⁷⁹ Yazar bu kaygıyı, kimlik kavramının belirsiz doğasının yanında, mahkemelerin bu kavramı kullanmakta istekli olmalarına da bağlamaktadır. Yazara göre, anayasal kimlik; bir ilkeye, kurala veya kuruma, tarihsel veya kültürel bir niteliğe atıfta bulunsa bile bu nitelikler liberal anayasal düzenin temel özelliklerini taşımayabilir. Bununla birlikte kavramı neyin oluşturduğunu ve ulusal kimlikle ilişkisini ortaya koyabilecek bir metodolojiden yoksun olunması, bu belirlemeyi yapma yetkisinin anayasa mahkemelerine kalması sonucunu doğurmaktadır. Zira mahkemelerin bir inşa meselesi olarak anayasal kimlik kavramını kullanması, ulusal siyasal, tarihsel ve kültürel uygulamalardan birini/birkaçını seçmesi anlamına gelebilir ve bu durum yargının gücünü kanıtlama meselesi haline dönüşebilir. Böylece diğer başka kavramlar gibi anayasal kimlik kavramı da anayasa hukukunun kapılarını, demokrasi-yıkıcı kimlik siyasetine aralar.⁸⁰ Kavrama olan ilginin artması kavramın kötüye kullanılmasına da yol açmıştır. Ancak demokrasi, eşitlik, hukuk devleti gibi diğer bazı kavramlar kadar anayasal kimlik kavramı da suiistimale açıktır. Bu nedenle, kavramın kötüye kullanılması, kavramın değersiz olduğu anlamına gelmemektedir.

⁷⁸ Laurent Pech, Daniel Kelemen, Renata Uitz, Piet Eeckhout and Federico Fabbrini, "National Courts Cannot Override CJEU Judgments," <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments> E.T:19.4.2023

⁷⁹ Federico Fabbrini, Andras Sajo, "The Dangers of Constitutional Identity," *European Law Journal*, Vol. 25, No. 4 (July 2019), 471-472.

⁸⁰ Andras Sajo, "On Constitutional Identity and the Loyalties of the Constitutional Judge," *Cardozo Law Review* w 40, no. Festschrift (August 2019), 3269-3271.

IV. AB Anayasal Kimliği

AB anayasal kimliğinin ne olabileceği, nasıl tanımlanabileceği ve işlevine ilişkin olarak öğretide, AB Temel Antlaşmaları ile düzenlemelerinde ve AB Adalet Divanı kararlarında çeşitli belirlemeler yer almıştır. Bununla birlikte AB Adalet Divanının 16 Şubat 2022 tarihli C-157/21 sayılı ve C-156/21 sayılı kararlar⁸¹ ile AB anayasal kimliğinin nasıl tanımlanabileceğine yönelik tartışmalara son nokta konulduğunu söylemek olanaklıdır. Güncel nitelikteki AB Adalet Divanı kararının içeriğine geçmeden önce AB düzenlemelerine ve bu konuda öğretideki tartışmalara yer vermek işlevsel olacaktır.

1993'te yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması öncesinde Topluluk hukukunda açıkça kimliğe atıfta bulunulmamış olmakla birlikte üye devletlerin ulusal kimliklerinin zımnı olarak korunmasının gayriihtiyari olarak da engellenmediğini söylemek olanaklıdır. Üye devletlerin ulusal kimliklerine saygı gösterilmesi gerekliliği hem üye devletlerin Birliğin oluşumunun başlangıcından bu yana Avrupa bütünleşme sürecinde yer almalarına⁸² hem de "Avrupa'nın kendine özgü yapısı gereği ikincillik ilkesine dayandırılmaktadır"⁸³.

Maastricht Antlaşması'nın, (F) maddesi⁸⁴ hükmü ile Birliğin, Üye Devletlerinin ulusal kimliklerine ve - üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklandığı için - AİHS'de güvence altına alınan temel haklara saygı gösterme yükümlülüğü açıkça düzenlenerek bu hususa önem atfedilmiştir. Bunun nedeni; Maastricht Antlaşmasının, AB'nin ekonomik, parasal ve siyasi bütünleşme sürecinde sıçrama yaptığı bir dönemde ortaya çıkması nedeniyle üye devletlerin, dil, kültür, eğitim, din gibi alanlarla özdeşleştirilen ulusal kimliklerini kaybetme endişelerinin önüne geçme

⁸¹ CJEU Poland v. Parliament and Council Case No. 157/21 [2022:98]. Judgment of 16 February 2022; CJEU Hungary v. Parliament and Council Case No. 157/21 [2022:97]. Judgment of 16 February 2022.

⁸² AB Adalet Divanı Hukuk Sözcüsü (AG) M. Maduro'nun *Michaniki v Ethniko Simvoulia Radiotileorasis and Others* kararındaki bağlayıcı olmayan görüşü. Bkz. CJEU Michaniki v Ethniko Simvoulia Radiotileorasis and Others, Case No. Case C-213/07 [2008:731]. Judgment of 16 December 2008.

⁸³ Giscard D'Estaing'in İkincillik İlkesine İlişkin Avrupa Paramentosu Kurumsal İşler Komitesi Raporundaki görüşü için Bkz. Doc. A3-163/90/Part B, 4/7/1990.

⁸⁴ Maastricht Antlaşması F maddesi için Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A11992M%2FTXT>

anlayışı ile açıklanabilir. 1997 Amsterdam Antlaşması ile kimliğe ilişkin hüküm, “*Birlik, Üye Devletlerinin ulusal kimliklerine saygı gösterir*” şeklinde değiştirilmiştir. (AB Antlaşması eski 6/3 md.)

AB Temel Haklar Şartı, AB anayasal kimliğiyle ilgili önemli adımlardan bir başkasıdır. Her şeyden önce Şart, ulusal düzeyde anayasalarda yaygın olarak yer verilen temel hakları koruma altına almaktadır. *Pernice*’in belirttiği üzere, bu temel haklar, Birliğin *ortak değerlerine* işaret eder ve Birliği meşrulaştırıcı, kimliği teşvik edici ve bütünleştirici bir etkiye sahiptir. Zira Birliğin temel hukukuna Şart ile temel hakların dâhil edilmesi, Birlik vatandaşlarının “*ortak kimliğinin*” “*ortak değerler*” temelinde oluşturulması anlamına gelmektedir.⁸⁵ Böylece AB, yalnız ekonomik ve parasal bütünleşmesini değil aynı zamanda hukuki (anayasal) bütünleşmesini de tamamlamış olacaktır.⁸⁶

2009 Lizbon Antlaşması, Maastricht (F.1 md.) ve Amsterdam (AB Antlaşması Eski 6/3 md.) Antlaşmaları (ve AB Anayasa Taslağı) ile şekillendirilen kimlik hükmünü, kimliğin kapsamını Üye Devletlerin temel siyasal ve anayasal yapılarında bulunabilecek ulusal kimlik göstergeleri ile sınırlamak suretiyle yeniden düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, (AB Antlaşması 4/2 md.) şu şekildedir:

“Birlik, üye devletlerin Antlaşmalar önündeki eşitliğinin yanı sıra bölgesel ve yerel özerk yönetimler de dâhil, siyasal ve anayasal temel yapılarında var olan ulusal kimliklerine saygı gösterir.”

Öğretide, kimliğe ilişkin hükmün Lizbon’daki düzenlemesinde siyasal ve anayasal yönün güçlendirildiği, burada “*ulusal kimlikten anayasal kimliğe doğru kayma*” söz konusu olduğunun iddia edildiği görülmektedir⁸⁷. Antlaşmadaki kimlik hükmünün bir üye devletin ulusal kimliğini devletin temel yapılarında, özellikle de anayasasında ifadesini bulduğu şekliyle koruduğu ve hükmün, çok uluslu bir yapı olan AB’nin kendi kurucu ulusal

⁸⁵ Ingolf Pernice, “Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union,” DVBI, Heft 12, S.1, (2000), 3,5. E.T:19.4.2023

⁸⁶ Armin von Bogdandy, Stephan Schill, “Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty,” Common Market Law Review, Vol. 48, No. 5 (October 2011), 1417.

⁸⁷ Leonard F.M. Besselink, “National and constitutional identity before and after Lisbon,” Utrecht Law Review, Vol. 6, Issue 3, (2010), 44; Armin von Bogdandy, Stephan Schill, “Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty”, 1419.

topluluklarının kimliğini önemseyemediğini vurgulamak amacıyla getirilmiş siyasal bir ilke olduğu gerekçeleriyle anayasal kimliğe kayma şeklindeki iddianın geçerli olmadığı yönünde de görüş mevcuttur⁸⁸.

Yukarıda belirtildiği üzere, AB’de Maastricht Antlaşmasından bu yana kimliğe ilişkin düzenlemelerin, yalnızca Avrupa bütünleşmesini sağlama değil; aynı zamanda kültürel bir olgu olarak Avrupa anayasacılığının gelişiminin bir unsuru olma işlevini de üstlendiği yönünde öğretide görüş mevcuttur. *Rosenfeld*, Avrupa Antlaşmaları yoluyla Avrupa Anayasal Kimliğinin yaratılabileceğini; bunun, geleceğe yönelmiş, multi-etnik, çeşitlilik içinde bütünlük anlayışına dayalı ulus-ötesi (*transnational*)⁸⁹ Avrupa anayasal modelinin inşasını olanaklı kılacağını belirtmektedir⁹⁰. Bu bağlamda anayasal kimlik; AB anayasacılığının oluşturulması ve meşrulaştırılmasında bir araç olma, devlet egemenliğinin koruyucusu ve tamamlayıcısı olma, mürekkep (*composite*) anayasal düzenler arasında bağlayıcı olma işlevlerini görmektedir⁹¹.

AB Adalet Divanının anayasal kimliğe açıkça atıfta bulunduğu ve kimliğin nasıl tanımlanabileceğini ortaya koyduğu 16 Şubat 2022 tarihli C-156/21 ve C-157/21 sayılı kararları, üye devletlerde hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmesi halinde Birlik bütçesinin korunmasına yönelik mekanizma hakkında Macaristan ve Polonya tarafından açılan davalara ilişkindir.

Bu davalarda ABAD, anayasal kimliği kamu hukukunun önemli bir kavramı ve Birliğin temel direği olarak tasvir etmiştir. Dolayısıyla üye devletlerin anayasal kimlikleri, AB anayasal kimliğini ihlal edecek biçimde kullanılamayacaktır. ABAD’a göre; AB Antlaşmasının 2. maddesinde yer

⁸⁸ Elke Cloots, "National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU," *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 45, No. 2 (2016), 86; Pietro Faraguna, "A Living Constitutional Identity: The Contribution of Non-Judicial Actors", Jean Monnet Working Paper No. 10/15, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2688667 E.T:19.4.2023; Pietro Faraguna, "On the identity clause and its abuses: "back to the Treaty", 435; Pietro Faraguna, "Taking Constitutional Identities Away from the Courts", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 41, Issue 2, (2016), 499.

⁹⁰ Michel Rosenfeld, "The European treaty–constitution and constitutional identity: A view from America," *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3(2-3), (2008), 330.

⁹¹ Martin Belov, "The Functions of Constitutional Identity Performed in the Context of Constitutionalization of the EU Order and Europeanization of the Legal Orders of EU Member States," *Perspectiv on Federalism*, Vol. 9(2) (2017), 73.

alan ve AB'nin üzerine kurulu olduğu insan onuru, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dâhil olmak üzere insan haklarına saygı gibi değerler ve bu değerlerin çoğulculuğun, ayrımcılık yapmamanın, hoşgörünün, adaletin, dayanışmanın ve kadın-erkek eşitliğinin hâkim olduğu bir toplumda Üye Devletler için ortak olduğu anlayışı, “*ortak bir hukuki düzen olarak Avrupa Birliği'nin kimliği*”dir. Bu kimlik, Antlaşmaların ilgili Üye Devlete uygulanmasından kaynaklanan tüm hakların kullanılmasının bir koşulu olduğundan, Avrupa Birliği, kendi yetki sınırları dâhilinde bu değerleri savunabilmelidir. Bu noktada Mahkeme, öncelikle bu değerlere uymanın, aday bir Devletin Avrupa Birliği'ne katılmak için yerine getirmesi gereken ancak üye olduktan sonra göz ardı edebileceği bir yükümlülüğe indirgenemeyeceğini belirtmektedir.⁹²

Bu bağlamda Mahkeme, 2. maddenin yalnızca siyasal bir kılavuz veya bir niyet beyanı olmadığını; AB Antlaşması'nın, AB kimliğinin ayrılmaz bir parçası olan değerleri içerdiğinin altını çizmektedir. Mahkemeye göre bu değerler, Üye Devletler için yasal olarak bağlayıcı yükümlülükler içeren ilkelerde somut ifadeye sahip nitelikteki değerlerdir.⁹³

AB anayasal kimliğinin ne olduğu AB Adalet Divanı kararlarıyla açıkça ortaya konulmuştur. Mahkemenin kararları, yalnız kimliğin ne olduğunu açıklığa kavuşturmamakta; aynı zamanda anayasal kimliğin, anayasa yapım süreçlerini aşip yargıya yorum faaliyet alanını genişletme olanağı tanınması işlevini ortaya çıkarmaktadır. Zira AB Adalet Divanının yetkisi, topluluk hukukunun uygulama alanı ile sınırlı olması gerekmektedir. Ancak Adalet Divanı, hukuk devleti ilkesinin AB'nin anayasal kimliği olduğu gerekçesiyle ulusal yargı organlarının bu anayasal kimliğe (hukuk devleti ilkesine) uygun teşkil edip etmediğini söylemiştir.⁹⁴

V. Türkiye Üzerine Değerlendirme

Türkiye'de ne öğretide ne de Anayasa Mahkemesi kararlarında açıkça bir anayasal kimlik kavramı belirlemesi görülmektedir.⁹⁵ Zira yukarıda anayasal

⁹² CJEU Poland v. Parliament and Council Case No. 157/21 [2022:98], prg 144, 145.

⁹³ CJEU Poland v. Parliament and Council Case No. 157/21 [2022:98], prg 264.

⁹⁴ Bkz. AB Adalet Divanı Karar: ECJ, *Commission v. Poland*, C-619/18 R, Order of the Court, 17.12.2018; AB Adalet Divanı Karar: ECJ, *Commission v. Poland*, C-619/18, Judgment of the Court, 24.06.2019

⁹⁵ Anayasa Mahkemesinin 22.1.2020 tarih ve K. 2020/4 sayılı, 23.1.2020 tarih ve K. 2020/6 sayılı ve 31.3.2021 tarih ve K. 2021/25 sayılı kararlarında Üye Engin

kimliğin tanımlanmasına ilişkin kısımlarda, kurucu iktidarın anayasa ile kimliğe ilişkin kendi yöntemini nasıl inşa ettiğinin ve arzularının nasıl belirtildiğinin anayasanın metnine bakarak anlaşılabilmesi; metne bakmanın yanı sıra yorum faaliyetlerini gerçekleştiren aktörlerin ve toplum pratiğinin kendisinin de anayasal kimliğin belirlenmesinde pay sahibi olduğu belirtilmiştir. Buradan hareketle, Türkiye’de anayasal kimliğe ilişkin belirleme yapabilmek için hem anayasal gelişmelerden hem de Anayasa Mahkemesinin kararlarından yola çıkmanın yararlı olacağı düşünülebilir.

Önceki kısımlarda, anayasal kimliğin, siyasal topluluğun “kurucu öz”ü, dolayısıyla da anayasanın özü olduğu belirtilmiştir. Türkiye için bu “kurucu öz”ün laiklik olduğunu söylemek olanaklıdır. Laiklik ilkesi, 1961 ve 1982 Anayasalarının 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer almakla birlikte; Türk pozitif hukukuna ilk kez, 1924 Anayasası’nda 1937’de yapılan değişiklikle⁹⁶ 2. maddedeki devletin temel niteliklerinden biri olarak girmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarında Cumhuriyetin ana hedefi, Türk ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi olarak belirtilmiş olup Türk Devrimleri bu ana hedefe ulaşmanın aracı ve laiklik ilkesi de Devrimin üzerine inşa edildiği temel değerdir. Bu bağlamda konunun yapılandırılmasını, Osmanlı Döneminden günümüze anayasal gelişmeler ve anayasa mahkemesi kararları üzerine kurarken anayasal gelişmeleri, Anayasa Mahkemesi’nin kurulduğu tarih olan 1961’e kadar ele alınmanın 1961 Anayasası sonrasındaki gelişmeleri Mahkeme’nin kararları ile birlikte değerlendirmenin sistematik açısından yararlı olacağını belirtmek gerekmektedir. Bu çerçevede, 1961 ve sonrası Dönem, laiklik ilkesinin korunmasına ilişkin pozitif düzenlemeler ve laiklik ilkesine ilişkin kurumsal meseleler şeklinde iki başlık halinde ele alınacaktır.

Anayasal gelişmeler incelendiğinde, laikleşme hareketlerinin *Tanzimat Dönemi*yle⁹⁷ başladığını; Cumhuriyet Döneminde ivme kazandığını söylemek olanaklıdır. Bu bağlamda, Tanzimat Döneminde gayrimüslimlerin hak ve özgürlüklerinin ve kanun önünde eşitliğinin sağlanmasına yönelik girişimler,

Yıldırım’ın Karşıoy gerekçelerinde “Sistematik olarak Anayasa’yı değerlendirdiğimizde, yasamanın asliliği, genelliği, yasama yetkisinin devredilemezliği ve idarenin kanuniliğinin anayasal kimliğimizin önemli bir parçasını oluşturduğunu görmekteyiz” denilmek suretiyle yasama yetkisinin nitelikleri ve kanunilik ilkesi anayasal kimlik olarak değerlendirilmiştir.

⁹⁶ 5.2.1937 tarih ve 3115 sy Kanun, md.1.

⁹⁷ Çalışmada *Tanzimat Dönemi*, Tanzimat Fermanıyla başlayıp Islahat Dönemini de kapsayan bir süreci ifade edecek biçimde kullanılmıştır.

kanunlaştırma hareketlerinde teokratik çizgiden uzaklaşılması⁹⁸ ve yargı örgütü ile yargılama usulünün değiştirilmesine yönelik gelişmeler laikleşme hareketlerinin örnekleri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹⁹ Meşrutiyet Döneminde, 1876 Kanun-ı Esasi, öğretide bazı yazarlarca¹⁰⁰ o döneme kadarki fiili durumun hukukileştirilerek mutlakiyetin kurumsallaştırıldığı ve Halife-Padişahın haklarının halka ve Meclise karşı korunduğu iddiasıyla eleştirilmektedir. Zira Kanun-ı Esasi'nin 11. maddesi “*Devleti Osmaniyenin dini, din-i islâmdır*” hükmünü içermektedir. Diğer bazı yazarlarca¹⁰¹ Kanun-ı Esasi'nin devlet hayatında dini ve vicdani yaptırımlar yerine laik, objektif esasları tesis ettiği belirtilmektedir. Kanun-ı Esasi'de 1908 tarihli Değişikliklerle iktidarın yapısında ve kişi hak ve özgürlükleri alanında yeni düzenlemelere gidilmiş olmakla birlikte; devletin monarşik ve teokratik yapısı korunmaya devam etmiştir. Ancak yargı organlarını birleştirmek ve şer'î kurumların etkisini azaltarak mahkemelerin doğrudan Adliye Nezaretine bağlanmasını sağlamak; kadının öğrenim ve kamu hizmetine girme haklarının sağlanması ve aile hukuku ile kişiler hukuku alanında dini hükümlerden ayrılması II. Meşrutiyet Döneminin hukuku laikleştirme girişimi olarak ele alınmaktadır.¹⁰² Milli Mücadele Dönemi, anayasal gelişmelerde, ulusal bağımsızlığın kazanılması ve egemenliğin ulusa devri amacını ortaya koyan önemli gelişmeleri barındırmaktadır: Birincisi, 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (Anayasa) ile egemenlik yetkisinin Türk ulusuna ait olduğu ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin ulusun gerçek temsilcisi olarak bu yetkiyi kullanacağı hüküm altına alınmıştır. İkincisi, 1 Kasım 1922 tarihinde Saltanat, Halifelikten ayrılarak kaldırılmıştır. Üçüncüsü, 29 Ekim 1923 tarihinde

⁹⁸ Kanunlaştırma hareketi içerisinde yeni yasaların bir bölümünün yabancı kökenli olması bir bölümünün de yerli ama örfi hukuk kaynaklı - din ötesi kurallardan oluşması laikleşme göstergesi olarak ele alınmaktadır. Bu bağlamda, 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret, 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi, 1851 tarihli Kanun-ı Cedid adlı yeni Ceza Yasası ve 1850 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun laik içerikli Yasa örneklerindedir. Bkz. Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (Yapı Kredi Yayınları, 20. Baskı 2011)*,100.

⁹⁹ Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, 99-102.

¹⁰⁰ Recai Galip Okandan, *Amme Hukukumuzun Ana Hatları*, (İstanbul 1957), 144; Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası* (Fakülteler Matbaası, İstanbul 1970), 65; Tarık Zafer Tunaya, *Batılılaşma Hareketleri*, (İstanbul 1999), 44.

¹⁰¹ Hüseyin Nail Kubalı, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, (İstanbul 1960), 77.

¹⁰² Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu* (Arkadaş Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2013), 365; Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, 213- 214.

Anayasa'daki değişiklikle¹⁰³ Cumhuriyet ilan edilmiştir.¹⁰⁴ Bu gelişmelerde laiklik açısından önem taşıyan nokta, Saltanatın kaldırılmış olmasına rağmen Halifeliğin muhafaza edilmesi ve Anayasa'nın 2. maddesinde "*Devletin dini İslam'dır*" ibaresinin yer almasıdır. Halifeliğin muhafazası, dönemin koşulları gereği amacın dış politikada bağımsızlığın kazanılması, iç politikada egemenliğin tesis edilmesi ile açıklanabilir. Cumhuriyet'in ilanı ile birlikte Halifeliğin kaldırılması, yeni ulusal devlet düzeninin temelleri kurulurken uluslaşma sürecinin bir parçası olarak *ulusöncesi* bir kurumun varlığının anlamsızlığı ve laikleşme yolunda gerekli bir adım olarak açıklanmaktadır. Zira 3 Mart 1924 tarihli "*Hilafetin İlgasına Dair Kanun*" ve aynı tarihli "*Şeriye ve Evkaf ve Erkan-ı Harbiye Umumiye Vekâletlerinin İlgasına Dair Kanun*" laikleşme yolundaki bu adımın göstergeleri olarak kabul edilebilirse de Anayasa'da devletin dininin İslam olduğu ibaresi korunmuştur.¹⁰⁵ 1922 itibariyle yürürlüğe giren Türk Devrimi, halifeliğin kaldırılması, eğitim, hukuk, toplumsal yaşam, din gibi pek çok alanda köklü reformlar içermektedir. Bu reformlar, uluslaşma ve ulus – devlet sürecinin laik içerikle dönüştürülmesine yönelmiştir. Bu bağlamda laiklik; siyasal, toplumsal ve kültürel alanlarda dinin ve onun temsilcilerinin gücüne son vermek için inanç ve ibadet hususlarıyla sınırlı olmak üzere dini, devletten ayırma anlayışıdır. Dinin rolü, modern bir ulus devletteki dinin rolüne çekilmek istenmiş ve bu anlamda yasal düzenlemelerde dinin istismarını önlemeye yönelik hükümlere yer verilmiştir.¹⁰⁶ Her ne kadar 1924 Anayasası'nın ilk şeklinde "*Devletin dini İslam'dır*" ibaresi yer almışsa da 1928 yılında bu ibarenin Anayasa'dan çıkarılması, 1937'de laiklik ilkesinin Anayasa'ya açıkça eklenmesi ve Anayasa'nın, içerisindeki dinsel öğelerden arındırılması; Devrim'in üzerine kurulu olduğu değerlerin laiklik olduğuna işaret etmektedir. Bu belirlemenin yanı sıra, anayasakoyucunun laikleşme kimliği ile topluma da çağdaşlaşmayı aşladığını söylemek olanaklıdır. Tanzimat Dönemiyle başlayan ve Cumhuriyet'in kurucu felsefesi olarak ivmelenen laikleşme hareketlerinin genel bir değerlendirmesi yapıldığında; Tanzimat'ın geleneksel kurum ve kavramları ortadan kaldırmaksızın geleneksel kurumların yanında laik kurumların da yer aldığı ikinci bir yapı oluşturduğunu; Cumhuriyet Döneminin

¹⁰³ 29 Ekim 1923 tarih ve 364 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun Bazı Mevaddının Tavzihan Tadiline Dair Kanun.

¹⁰⁴ Bülent Tanör, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, 279, 289.

¹⁰⁵ Bülent Tanör, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, 287.

¹⁰⁶ Bernard Lewis, Modern Türkiye'nin Doğuşu, 556.

ayırıcı niteliğinin ise bu ikinci yapının ortadan kaldırarak laik kurumların/kavramların hayata geçirilmesi olduğunu belirtmekte yarar vardır.¹⁰⁷

Laiklik ilkesinin Türk Devrimine yön veren bu özel öneminden dolayı, 1961 ve 1982 Anayasalarında bu anlayış, Başlangıç kısmında ve Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde, din özgürlüğünün tanınıp korunması ve din ile devlet işlerinin ayrı tutulması şeklinde iki yönüyle yer bulmuştur. Anayasa Mahkemesi de çeşitli tarihlerde verdiği kararlarında, laiklik anlayışının Türk Devrimine hâkim olduğunu; laiklik düzenine ilişkin kuralların ancak Cumhuriyetin ana hedeflerini gerçekleştirme şeklinde yorumlanabileceğini ve bunun Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde 1971 tarihli bir kararında laiklik anlayışını şu şekilde ifade etmiştir:

“Anayasa'nın 153. maddesinde, bu Anayasa'nın hiçbir hükmünün Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi ve Türkiye Cumhuriyeti'nin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, madde metninde gösterilmiş devrim kanunlarının, bu Anayasa'nın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu şekilde anlaşılması ve yorumlanamayacağı belirlenerek böylece lâik Devlet düzeninin korunması hedef tutulmuş bulunmaktadır. 1961 Anayasasıyla güdülen ana erek başlangıç bölümünde (Türk Ulusunun daima yücelmesi) ve 153. maddesinde ise (Türk Ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi) biçiminde saptanmıştır. Bu esasların Anayasa'da yer alması, az önce açıklanan, ana ereğe varılmasını engelleyebilecek veya zorlaştırabilecek nitelikte hiç bir hak ve özgürlüğün Anayasa'da tanınmamış olduğunu, Anayasa'da benimsenmiş lâiklik düzenine ilişkin kuralların ancak bu ana ereği gerçekleştirme doğrultusunda yorumlanabileceğini, bu ana ereğin Anayasa'da öngörülen birçok sınırlandırmaları zorunlu kılan bir neden, daha açıkçası Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğunu anlatır.”¹⁰⁸

Bu anlamda, laiklik ilkesinin korunmasına ilişkin pozitif düzenlemeleri, din ve inanç özgürlüğünün anayasa ile güvence altına alınması ve dinin istismarının önlenmesi (AY md 24/son); siyasal partilerin tüzük ve programlarının laik Cumhuriyet ilkesine uygun olması (AY md. 68/4); Devrim Yasalarının korunması (AY md. 174) ve laiklik ilkesinin

¹⁰⁷ Taner Timur, Türk Devrimi (AÜSBF Yayınları 1968), 153. vd.

¹⁰⁸ AYM Karar: 1970/53E. 1971/76 K. 21.10.1976 AYM Kararlar Dergisi Sayı 10, s.63.

değiştirilemez hükümler arasında yer alması (AY md.2) şeklinde Mahkeme kararlarıyla birlikte ve laikliğin temas ettiği kurumsal meseleleri, Diyanet İşleri Başkanlığına Genel İdare içinde yer verilmesi (AY md. 136) ile siyasal parti kapatma davaları şeklinde ele almak olanaklıdır.

A. Laiklik İlkesinin Korunmasına İlişkin Pozitif Düzenlemeler

Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasındaki “*Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.*” hükmü, 68. maddenin 4. fıkrasındaki “*Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri,.... lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz*” hükmü ve Başlangıç'ta yer alan “*Hiçbir faaliyetin lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;*” ifadesi, devletin laik niteliğini ortadan kaldırmaya yönelik girişilecek herhangi faaliyetin yasaklı olduğunu gösteren ve laiklik ilkesinin korunmasına yönelik Anayasa'daki açık düzenlemelerdir.

Türk Devriminin laiklik ilkesi ile olan kopmaz bağı, anayasakoyucunun Türk Devriminin korunmasına yönelik Anayasa'nın 174. maddesindeki özel düzenlemesi ile pozitif bir temele yerleştirilmiştir. Anayasa'nın 174. maddesinde “*Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılâp kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz.*” denilerek aynı hükümde ilgili Devrim Yasaları açıkça sayılmıştır. Bu hüküm, Devrim Yasalarının anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi önüne getirilemeyeceğine işaret etmektedir.¹⁰⁹

Nihayet laiklik ilkesi değiştirilemez hükümler arasında yer almakla, anayasayı değiştirmenin hem maddi hem biçimsel sınırını oluşturmaktadır. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, değiştirilemez hükümler, içinde sabitlenen ilke ve normların önemine işaret etmekte ise de maddelere dokunulmaksızın bu hükümlerin içinin boşaltılması yoluyla değiştirilemezliğin aşıldığı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu halde

¹⁰⁹ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 82.

anayasal kimlik, anayasaya aykırı değişiklikler aracılığıyla anayasanın başkalaştırılmasının önüne geçilebilmesini sağlamaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde verdiği 1970 tarihli kararı ve 1982 Anayasası döneminde verdiği 2008 tarihli kararı, “değiştirilemezliğin” kapsamının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

1970 tarihli kararında Mahkeme, 1961 Anayasası’ndaki değiştirilemezlik hükmü olan 9. maddedeki Cumhuriyet’in yalnız “Cumhuriyet” sözcüğünden ibaret bir anlama gelmediğini; sözcüğün muhafaza edilerek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasa’nın bu ilkesi ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığını; 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasa’nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirlenmiş “Cumhuriyet” sözcüğüyle ifade edilen Devlet sistemi olduğunu belirtmiştir. Devamında, “*Şu halde, sadece “Cumhuriyet” sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa’ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.*”¹¹⁰ şeklindeki ifade ile anayasa değişiklikleri yolu ile anayasanın özünün yok edilmesinin önüne geçilmesine olanak sağlamıştır.

Mahkemenin 2008 tarihli kararı, Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik öngören 5735 sayılı Yasa’nın iptaline ilişkindir. Mahkeme, Yasa’nın gerekçesinden, Komisyon ve Genel Kurul görüşmelerindeki açıklamalardan Yasa’nın temel hedefinin yükseköğrenim hakkını kullananlar yönünden dinî amaçlı örtünme serbestisi tanınması olduğunu belirtmiştir. Mahkemece, Anayasa’da değişiklik öngören Yasa’nın içeriğinin laiklik ilkesine aykırı olduğu saptanmıştır. Laiklik ilkesinin değiştirilemez hükümler içinde yer alması nedeniyle Yasa’nın, Anayasa’nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme bu gerekçeyi, “... yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu

¹¹⁰ AYM Karar, E. 1970/1. K. 1970/31 K.T. 16.6.1970 AYM Kararlar Dergisi Sayı 8, s. 323. Aynı yöndeki kararlar için bkz. E. 1971/41 K. 1971/37 K.T. 13.4.1971; E. 1973/19 K. 1975/87 K.T. 15.4.1975; E. 1975/167 K. 1976/19 K.T. 23.3.1976; E. 1977/82 K. 1977/117 K.T 27.9.1977.

sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.”¹¹¹ şeklinde ifade etmiştir.¹¹²

B. Laiklik İlkesine İlişkin Kurumsal Meseleler

Laiklik ilkesinin temas ettiği konulardan biri, Anayasa'nın, Diyanet İşleri Başkanlığına ilişkin 136. maddesidir. Bu hükümde, Kurumun genel idare içinde yer alacağı ve laiklik ilkesi doğrultusunda görevlerini yerine getireceği düzenlenmiştir. Laik bir devlette din kurumlarının devlet işlevlerini göremeyeceği veya devlet kurumlarının da din işlevlerini ifa edemeyeceği açıktır. Bu bağlamda Diyanet İşleri Başkanlığının idare içinde yer alan bir devlet kurumu niteliğinin laiklik ilkesi ile çeliştiği belirtilmektedir.¹¹³ Anayasa Mahkemesi yukarıda yer verilen 1971 tarihli kararında, bu hususa ilişkin olarak şu belirlemeleri yapmıştır: “... lâiklik ilkesi din ve Devlet ilişkilerini düzenleyen bir ilke olması nedeniyle, her ülkenin içinde bulunduğu ve her dinin bünyesinin oluşturduğu koşullar arasındaki ayrılıkların, lâiklik anlayışında da ortaya ayrımlar çıkarması zorunlu bir sonuçtur. ...Anayasa Koyucu Anayasadaki lâiklik ilkesinin anlamını tayin ederken mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerk veya bağımsız oldukları biçiminde bir anlam kastetmiş değildir. Hristiyan dininin taşıdığı özelliğe göre din ve devlet işlerinin birbirine karışmaması esasının, kilisenin bağımsızlığı biçiminde mânalandırılmasında bir sakınca görülmemiştir. Çünkü Batı devletlerinde dinin kötüye kullanılması ve sömürülmesi bizdeki şekilde bir sonuç doğurmadığından din ve devlet işlerinin birbirine karışmaması yönünden kabul edilen, kilisenin bağımsızlığı durumu devlet düzeni bakımından bir tehlike göstermemektedir. Oysa İslâmlık bireylerin yalnız vicdanlarına ilişkin olan dinî inanç bölümünü düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda bütün toplum ilişkilerini, devlet faaliyetlerini ve hukuku da tanzim etmiştir. Bu

¹¹¹ AYM Karar, E. 2008/16 K. 2008/116 K.T 5.6.2008 AYM Kararlar Dergisi Sayı 45, Cilt 2, s. 1239.

¹¹² Mahkemenin değiştirilemez hükümler ve anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin görüşü ilerleyen yıllardaki kararlarında (Bkz. AYM Karar: 2010/49E. 2010/87K. 7.7.2010 ve 2016/54E. 2016/117K. 3.6.2016) farklılaşmıştır. Ancak bu çalışma kapsamında laiklik ilkesiyle ilişki bağlamındaki kararlara yer verilmiştir.

¹¹³ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (Seçkin Yayınları 23. Baskı 2023), 80.

durumda ülkemizde din hürriyetinin Anayasa ile çizilen sınırlarının ihlâli dinin sömürülmesi ve kötüye kullanılması, Devletin lâiklik esasına dayanan düzenine karşı gelinmesi anlamını taşımakta. ...Böyle bir tutumun ve sınırsız, denetimsiz bir din hürriyeti ve bağımsız bir dinî örgütlenme anlayışının ülkemiz için pek ağır tehlikelerle yüklü olduğu uzak ve yakın tarihi tecrübelerle anlaşılmıştır.Diyanet İşleri Başkanlığının idare içinde yer almasının ve mensuplarının memur niteliğinde sayılmasının birçok tarihi nedenlerin, gerçeklerin ve ülke koşullarıyla gereksinmelerinin doğurduğu bir zorunluk sonucu olduğundan kuşku yoktur.”¹¹⁴

Mahkeme, 1982 Anayasası döneminde 1986 yılında vermiş olduğu bir başka kararında 1971 tarihli kararına atıfla benzer şekilde laiklik anlayışını sürdürmüştür.¹¹⁵ 1989 tarihli Yükseköğretim Kurumlarında türban serbestisine ilişkin yasal düzenlemenin denetlenmesine yönelik kararında Mahkemece, laikliği aklın ve bilimin öncülüğündeki uygar bir yaşam biçimi, siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi, siyaset-vicdan ayrımını gerekli kılarak vicdan ve dinsel inanç özgürlüğünü sağlayan ilke olarak belirtilmiştir.¹¹⁶

¹¹⁴ AYM Karar: 1970/53E. 1971/76 K. 21.10.1971 AYM Kararlar Dergisi Sayı 10, s.63.

¹¹⁵ AYM Karar: 1986/11E. 1986/26 K. 4.11.1986 AYM Kararlar Dergisi Sayı 22, s.310-314.

¹¹⁶ “Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumlar yapılsa da, gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretilerde de paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Onurunu üstün tutarak bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset-vicdan ayrımını gerekli kılarak vicdan ve dinsel inanç özgürlüğünü sağlayan ilkedir. ... Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim, aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. ... Bu yolla dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiştir, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. Değişik din ve mezheplere inananlar, bu ayrımlara karşın birlikte yaşama gereğini benimseyerek devletin kendilerine karşı eşit yaklaşımından güven duymuşlardır. ... Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü lâiklikten almış, milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır. Bu ilkenin Anayasa'dan çıkarılması da olanaksızdır. Lâiklik, dinsellikle bilimselliği birbirinden

Laiklik ilkesine ilişkin bir diğer kurumsal mesele siyasal partilerin kapatılması davalarıdır. Anayasa Mahkemesinin militan/mücadeleci demokrasi anlayışının görünümü olarak siyasal parti kapatma davalarında, laikliğe aykırı eylemlerde bulunduğu düşünülen partilerle ilgili olarak kapatma kararı verdiği görülmektedir. İlk olarak 1961 Anayasası Döneminde 1971 yılında Milli Nizam Partisinin kapatılması kararında Mahkeme, partinin en yetkili organlarınca benimsenen din derslerinin okutulmasının zorunlu olması, Pazar günlerinin tatilinin İslam'a aykırı olduğu, Hilafetin gelmesinin zorunlu olduğu ve Türk Ceza Kanunu 163. maddesinin kaldırılması vb. yönündeki taleplerini laikliğe aykırılık nedeniyle kapatma sebebi olarak kabul etmiştir.¹¹⁷ 1982 Anayasası Döneminde Mahkeme, 1983 tarihli Huzur Partisinin kapatılması kararında¹¹⁸ üniversitelerde din öğretiminin zorunlu hale getirilmesi taleplerini; 1993 tarihli Özgürlük ve Demokrasi Partisinin (ÖZDEP) kapatılması kararında¹¹⁹ Diyanet İşleri Başkanlığının kapatılması ve din işlerinin cemaatlere bırakılması taleplerini; 1998 tarihli Refah Partisinin kapatılması kararında¹²⁰ ve 2001 tarihli Fazilet Partisinin kapatılması kararında¹²¹ parti yöneticilerinin kamu kurum ve kuruluşlarında başörtüsü serbestisinin olması yönündeki taleplerini laikliğe aykırı bulmuş ve partinin

ayırılmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir. Lâik düzende özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz. Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanış olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle, hukukun yerine geçerek yasal düzenlemelerin kaynağı ve dayanağı olması düşünülemez.” AYM Karar, E. 1989/1 K. 1989/12 K.T. 7.3.1989 AYM Kararlar Dergisi Sayı 25, s. 144-147.

¹¹⁷ AYM Karar: Siyasi Parti Kapatma 1971/1E. 1971/1 K. 20.5.1971 AYM Kararlar Dergisi Sayı 9, s. 3-19.

¹¹⁸ AYM Karar: Siyasi Parti Kapatma 1983/2E. 1983/2K. 25.10.1983 AYM Kararlar Dergisi Sayı 20, s. 350-374.

¹¹⁹ AYM Karar: Siyasi Parti Kapatma 1993/1E. 1993/2K. 23.11.1993 AYM Kararlar Dergisi Sayı 30 Cilt 2, s. 841-935.

¹²⁰ AYM Karar: Siyasi Parti Kapatma 1997/1 E. 1998/1K. 16.1.1998 AYM Kararlar Dergisi Sayı 34 Cilt 2, s. 762-1145.

¹²¹ AYM Karar: Siyasi Parti Kapatma 1999/2E. 2001/2 K. 22.6.2001 AYM Kararlar Dergisi Sayı 37 Cilt 2, s.922-1552.

laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı eylemlerin odağı haline geldiğini belirlemiştir.

Mahkemenin, 1961 Anayasası Döneminden 2012 yılına kadar yukarıda söz edilen kararlarında anayasakoyucunun Türkiye için benimsediği kendine özgü laiklik anlayışını pekiştirdiği görülmektedir. Bu bağlamda, kararlarında Mahkemece, din özgürlüğünün anayasa ile güvence altına alınmış olmasının, bu alanın denetimsiz bırakılacağı anlamına gelmediği belirtilmiş; Diyanet İşleri Başkanlığının gerekliliği ve zorunluluğunun tarihi olguların sonucu olduğuna dayandırılmış; laiklik aklın ve bilimin öncülüğündeki uygar bir yaşam biçimi, siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi olarak tanımlanmış ve nihayetinde devlete toplum ve bireyi dönüştürme ödevi yüklenmiştir. Siyasal partilerin kapatılması kararlarında partilerin hangi eylemlerinin laikliğe aykırı olduğu belirlenmesi yapılmıştır. Ancak 2012 yılında “İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair” 6287 sayılı Yasa’nın anayasaya uygunluk denetimine ilişkin kararında¹²² Mahkemenin bu zamana kadarki aktif laiklik anlayışından uzaklaştığı görülmektedir.

Mahkemenin 2012 tarihli kararında, ilgili Yasa’nın sekiz yıllık kesintisiz zorunlu eğitimin “ilköğretim ve ortaöğretim” şekline dönüştürülmesini ve okullarda “Kur’an-ı Kerim ve Hz. Peygamberin hayatı” derslerinin seçmeli ders olarak okutulmasını öngören hükümlerinin denetlenmesinde laiklik ilkesi anlayışı şu şekilde ortaya konulmuştur:

“Laiklik, bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliğidir. Laikliğin tarihsel gelişimi incelendiğinde, din olgusuna yönelik yaklaşım farklılıklarına bağlı olarak, kavramın iki farklı yorumu ve uygulamasının bulunduğu görülmektedir. Bunlardan, katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur. Laikliğin daha esnek ya da özgürlükçü yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsedmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak,

¹²² AYM Karar: 2012/65E. 2012/128K. 20.9.2012 AYM Kararlar Dergisi Sayı 50 Cilt 2, s.1341-1486.

koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir. ... Laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir. Devletle dinin ayrılığı, din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olmanın yanında, dinin siyasi müdahalelerden korunması ve bağımsızlığını sürdürmesi için de gereklidir. Farklı dini inançlara sahip olanlar ya da herhangi bir inanca sahip olmayanlar laik devletin koruması altındadır. ... Bu anlamda laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. ... Buna göre, dava konusu kural, devletin din eğitimi konusunda üstlendiği pozitif yükümlülüğün bir gereğidir. Kuralla getirilen isteğe bağlı seçmeli derslerin, kişilerin kendi isteği ve küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebi kapsamında sağlanacak olan din eğitim ve öğretiminin gereği olduğu açıktır. Öte yandan, kanun koyucunun 'Hz. Peygamberimizin Hayatı' ismini tercih etmesi zorunlu olarak İslam dini ile devlet arasında bir aidiyet ilişkisinin kurulması sonucunu doğurmaz." Mahkeme, bu kararındaki laiklik anlayışını 25.6.2014 tarihli bireysel başvuru kararında da benimsemiştir.¹²³

Yukarıda, anayasal kimlik kavramının tanımlanmasına ilişkin kısımda; anayasal kimliği başka siyasal toplulukların kimliklerinden ayıracak olanın, anayasada kimliğe ilişkin bir belirleme yapılmışsa bile bunun yanı sıra, yorum faaliyetleri yoluyla anlamlandırılması olduğu belirtilmiştir. Türkiye’de anayasal kimlik olarak aldığımız laiklik anlayışı da -laikliğin Mahkeme içtihatları ve toplum pratiğindeki karşılığı ile bu ikisi arasındaki etkileşim yoluyla- bu belirlemeden hareketle ortaya konulabilir. Bir değerlendirme girişimi olarak Türkiye’de laiklik için şu soru sorulabilir: Laikliğin, anayasal gelişmelerde Tanzimat Döneminden başlayarak Türk Devrimleri ile ivme kazanması; 1961 ile 1982 Anayasası hükümlerinde perçinlenmesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında 2012 yılına kadar aktif laiklik biçiminde şekillenmesinin, *merkez – çevre* paradigmasıyla açıklanması olanaklı mıdır? Shils’e göre “... her toplumun bir merkezi vardır. Bu merkez, değerlerin, inançların varlık alanına ilişkin bir fenomen olup o toplumu yöneten sembollerin, değerlerin ve inançların düzeninin merkezidir.”¹²⁴ Gönenç, Shils’in bu paradigmasını, bunun tek boyutlu olmadığı, çoklu eksenler –

¹²³ AYM Bireysel Başvuru No: 2014/256, prg. 133.

¹²⁴ Edward Shils, “Center and Periphery: Essays in Macrosociology,” (University of Chicago Press 1975), 1.

mekânlar ve aktörler etrafında şekillendiğini ifade ederek yatay ve dikey boyutuyla ele almıştır.¹²⁵ Dolayısıyla *merkez – çevre* arasındaki çatışma, bu iki alanı yaratan eksenler, mekânlar ve aktörler arasında yatay ve dikey boyutuyla gerçekleşmektedir. *Gönenç*; burada, *iktidar*, *sivil toplum* ve *siyasal toplum* olmak üzere üç temel çatışma mekânından söz etmektedir.¹²⁶

Bu açıklamalar ışığında, Osmanlı’da çatışma, merkezdeki yönetici seçkinler ile çevreyi oluşturan kitle arasında dikey boyutta cereyan etmekte; laikleşme, modernleşmenin bir parçası olarak merkezin değeri şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Cumhuriyet’le birlikte laiklik, anayasakoyucu ve Anayasa Mahkemesi gibi Cumhuriyet’in merkezi kurumlarının benimsediği *merkezi* değer olarak Mahkemenin 2012 tarihli kararına kadar yerini aktif laiklik anlayışı biçiminde korumaktadır. Ancak Cumhuriyet Döneminde, özellikle 1961 Anayasası sonrası siyasal gelişmeler, *çevre*’nin siyasal toplum ve sivil toplum mekânlarında “*yakın çevre*” – “*uzak çevre*” biçiminde şekillendiğini göstermiştir.¹²⁷ Dolayısıyla laiklik anlayışında gerilim, *merkez* ile *uzak çevre*’nin siyasal ve sivil toplum mekânlarında gerçekleşmiştir. *Uzak çevre*’nin siyasal aktörleri olan siyasal partiler açısından Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu, parti programlarında merkez değerlerin açıkça reddedilmesini veya alternatif bir düzenin savunulmasını engellemektedir. Ancak parti liderlerinin açıklamaları, önerilen politikalar ve tabanın niteliği *uzak çevre*’nin merkez değerlerle açık bir çatışma halinde olduğunu göstermektedir.¹²⁸ Bu bağlamda, Refah Partisi ve Fazilet Partisi gibi siyasal partilerin kapatılmasına ilişkin Mahkeme kararları bu çatışmanın açık göstergesi olarak kabul edilebilir. 2000’li yılların başında, *uzak çevre* içinde yer alan siyasal partilerin kapatılması sonrası bu çevrenin siyasal hareketi, *yakın çevre*’ye konumlanmaya başlamıştır. Başlangıçta, bu siyasal hareket ile merkez aktörler arasında gerilimler ortaya çıksa da AB Uyum süreci devam ederken her iki taraftan da bu gerilim tırmandırılmamıştır. Ancak zaman içinde siyasal gelişmeler, bu siyasal hareketin *yakın çevre* yerine *merkeze*

¹²⁵ Levent Gönenç, “2000’li Yıllarda Merkez – Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek” *Toplum ve Bilim* 2006, 131-133.

¹²⁶ Levent Gönenç, “2000’li Yıllarda Merkez – Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek,” 131- 132.

¹²⁷ Bkz. Levent Gönenç, “2000’li Yıllarda Merkez – Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek,” 141-149.

¹²⁸ Levent Gönenç, “2000’li Yıllarda Merkez – Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek,” 142.

konumlanması şeklinde kendini göstermiştir. Bu aşamada, tüm bu gelişmeleri, Jacobsohn'un anayasal kimliği anlamlandırmak için bir anayasanın metinsel olarak dili ile o anayasayla bağlı olanların davranışı veya sosyal düzen arasındaki uyuma/çatışmaya bakmanın gerekliliği görüşünden hareketle değerlendirmek olanaklıdır. Anayasa Mahkemesinin 2012 tarihli kararı ile aktif laiklik anlayışından uzaklaşılması; *merkez*'deki yeni siyasal değerle Mahkemenin uyumlaştığının ve *eski merkez*'in *çevre*'ye kaymaya başladığının bir göstergesi olarak okunabilir. Mahkemenin 2012 tarihli kararına kadar ve bu tarihten sonrasına ilişkin laiklik ilkesi üzerine olan bu belirlemeler, anayasal kimliğin değiştiği biçiminde yorumlanmaya elverişli bulunmamaktadır. Zira, anayasal kimlik olarak laiklik, aktif laiklikten pasif laikliğe doğru bir anlayış değişikliği boyutunda cereyan etmiş olup bu gelişme, yorum yoluyla dahi Anayasa Mahkemesince anayasal kimliğin içinin boşaltılmadığının bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

SONUÇ

Anayasal kimlik kavramı, kavramın tanımlanmasına yönelik anlayışlardan hareketle, bir siyasal topluluğun özünü ilgilleyen temel, kurucu, kalıcı nitelikte bir kavrama atıfta bulunmaktadır. Bu kurucu öz zaman zaman anayasada bulunan ancak nihayetinde anayasayı "o anayasa" yapan niteliktedir. Zira bu kimlik, bir siyasal topluluğun anayasasının kimliği olması yönüyle diğer kolektif kimliklerden farklıdır. *Rosenfeld* bunu, anayasal kimliğin kendilerini diğer topluluklardan ayırt etmeye yarayan bir imge oluşturması gereken "*tasavvur edilmiş*" bir topluluğa (*imagined community*) ait olması şeklinde ifade etmektedir. Ancak bir anayasanın varlığı da tek başına anayasal kimliğin belirlenmesinde yeterli değildir. Bu kimliği başka siyasal toplulukların kimliklerinden ayıracak olan, yukarıda da belirtildiği gibi anayasada kimliğe ilişkin ifadelerle yer verilmesinin yanı sıra, bu kimliğin hitap ettiği siyasal topluluğun pratiğinde kabul görmesi veya yorum faaliyetleri yoluyla anlamlandırılmasıdır. Zira *Jacobsohn*'un kimliğin *diyalojik* (karşılıklı etkileşim halinde) olarak ortaya çıktığı ve bir ulusun geçmişini ifade eden siyasal istek ve taahhütlerin bir karışımını ve aynı zamanda toplum içinde bu geçmişi bazı şekillerde aşmaya çalışanların kararlılığını temsil ettiği yönündeki belirlemesi, buna işaret etmektedir. Böylece anayasal kimliğin anlamlandırılmasında, yalnızca anayasanın metninde yer alan kimliğe ilişkin bir taahhüdün bulunması yeterli olmayıp bu ifadenin toplum pratiğinde de kabul görmesi gerekliliği açıktır. Çünkü siyasal ve yargısal yorum faaliyetinin gerçekleştiği alanlardaki aktörlerin (yargı,

yasama, diğer kamusal – özel aktörler) yorum faaliyetleri de kimliğin anlamlandırılmasında pay sahibidir. Öte yandan mahkeme kararlarında kimlik kavramının farklı gerekçelerle farklı şekillerde formüle edilmesi, kavramın farklı işlevleri olabileceğini göstermiştir. Bu bağlamda anayasal kimliğin, ulusal üstü kurumlarla bütünleşme süreçlerinde egemenlik yetkisinin paylaşılmasında; temel hak ve özgürlüklerin korunmasında; anayasa değişikliklerinin meşrulaştırılmasında ve zaman zaman siyasal iktidarların ulusal üstü kurumlarla bütünleşme süreçlerinden kaçınmalarına yönelik siyasal kararlarının meşru *gösterilmesinde* işlev sahibi olduğu görülmektedir. Bununla birlikte kavramın kötüye kullanıldığı örneklerin olduğu da açıktır. Kavramın kötüye kullanılmasından kaynaklı olarak işlevsiz olduğu görüşleri de öğretide pek çok kez dile getirilmiştir. Bununla birlikte anayasalarda değişmez maddelerin olduğu anayasal düzenlerde anayasal kimlik kavramının varlığı veya gerekliliğinin anlamsız olduğu ve bu nedenle işleve sahip olmadığı da düşünülmüştür. Ancak, değiştirilemez hükümlerin varlığına rağmen anayasalarda anayasaya aykırı değişikliklerin ortaya çıkabildiği ve bunun sınırının anayasal kimlik kavramı olabileceği çalışmada açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışma, Türkiye üzerine kısa bir değerlendirmeyi de içermektedir. Bu bağlamda, - teorik olarak - anayasal kimliğin bir siyasal topluluğun “*kurucu öz*”ü olarak tanımlanmasından yola çıkılarak Türkiye için bu “*kurucu öz*”ün laiklik olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede laikliğin, anayasal gelişmelerde Tanzimat Döneminden başlayarak Türk Devrimleri ile ivme kazanması; 1961 ile 1982 Anayasası hükümlerinde perçinlenmesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında 2012 yılına kadar aktif laiklik biçiminde şekillenmesi, *merkez – çevre* paradigmasıyla açıklanmaya çalışılmıştır. Osmanlı Modernleşmesinden itibaren Cumhuriyet’le birlikte laikliğin, anayasakoyucu ve Anayasa Mahkemesi gibi Cumhuriyet’in merkezi kurumlarının benimsediği *merkezi* değer olarak Mahkemenin 2012 tarihli kararına kadar yerini aktif laiklik anlayışı biçiminde koruduğu belirtilmiştir. *Gönenç*’in, 1961 Anayasası sonrası siyasal gelişmelerin, *çevre*’nin siyasal toplum ve sivil toplum mekânlarında “*yakın çevre*” – “*uzak çevre*” biçiminde şekillendiği tespitinden hareketle, siyasal parti kapatma kararları, laiklik anlayışında gerilimin, *merkez* ile *uzak çevre*’nin siyasal ve sivil toplum mekânlarında gerçekleştiği öngörüsü ile örneklendirilmiştir. Nihayetinde 2000’li yılların başında, *uzak çevre* içinde yer alan siyasal partilerin kapatılması sonrası bu çevrenin siyasal hareketinin, önce *yakın çevre*’ye ve zaman içinde *yakın çevre* yerine *merkeze* konumlanması şeklindeki siyasal gelişmeler ve Anayasa Mahkemesinin 2012

tarihli kararı ile aktif laiklik anlayışından uzaklaşılması; *merkez*'deki yeni siyasal değerle Mahkemenin uyumlaştığının ve *eski merkez*'in *çevre*'ye kaymaya başladığının bir göstergesi olarak okunmuştur. Mahkemenin 2012 tarihli kararına kadar ve bu tarihten sonrasına ilişkin laiklik ilkesi üzerine olan bu belirlemeler, anayasal kimliğin değiştiği biçimde yorumlanmaya elverişli bulunmamaktadır Zira, anayasal kimlik olarak laiklik, aktif laiklikten pasif laikliğe doğru bir anlayış değişikliği boyutunda cereyan etmiş olup bu durum, yorum yoluyla dahi Anayasa Mahkemesince anayasal kimlik kavramının özüne dokunulmadığının bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

- Aldıkaçtı, Orhan. Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası. İstanbul: Fakülteler Matbaası. 1970.
- Belov, Martin. "The Functions of Constitutional Identity Performed in the Context of Constitutionalization of the EU Order and Europeanization of the Legal Orders of EU Member States." *Perspectiv on Federalism*, Vol. 9(2) (2017): 72-97.
- Blankenagel, Aleksandr. "Конституционная Идентичность - Призрак бродит по решениям европейских конституционных судов»: что делать с конституционной идентичностью?" [Anayasal Kimlik- Avrupa Anayasa Mahkemelerinin Kararlarına Bir Hayalet Musallat Oluyor": Anayasal kimlikle ne yapmalı?], *Сравнительное Конституционное Обозрение* [Karşılaştırmalı Anayasa İncelemeleri]: No.4, (Moskova 2018): 42 - 64.
- Bogdandy, Armin von - Schill, Stephan. "Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty." *Common Market Law Review*, Vol. 48, No.5 (October 2011): 1417 - 1453.
- Besselink, Leonard F.M. "National and constitutional identity before and after Lisbon." *Utrecht Law Review*, Vol. 6, Issue 3, (2010): 36 -49.
- Cartabia, Marta. "The Legacy of Sovereignty in Italian Constitutional Debate." *Sovereignty in Transition*, edited by Neil Walker, London: Bloomsbury Publication. 2006.
- Cloots, Elke. "National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU." *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 45, No. 2 (2016): 82-98.
- Fabbrini, Federico - Sajo, Andras. "The Dangers of Constitutional Identity." *European Law Journal*, Vol. 25, No. 4 (July 2019): 457-473.
- Faraguna, Pietro. "On the identity clause and its abuses: "back to the Treaty." *European Public Law*, Vol. 27, Issue 3, (2021): 427- 447.

- Gönenç, Levent. “2000’li Yıllarda Merkez – Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek.” *Toplum ve Bilim*. (2006): 129 – 152.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. Bursa: Ekin Yayınları. 2020.
- Habermas, Jürgen. *Eine Art Schadensabwicklung*. Berlin: Suhrkamp Verlag. 1987.
- Habermas, Jürgen. *Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat in Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung* edited by Charles Taylor (1993) Aktaran, Monika Polzin, “Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul” *German Law Journal*: Vol. 18, No. 7, (2017): 1595-1616.
- Halmi, Gabor. “Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law.” *Review of Central and East European Law*, Vol. 43, Issue 1, (Brill- Nijhoff Publication: 2018): 23 – 42.
- İspolinov, Alexei. “Приоритет права Европейского Союза и национальная (конституционная) идентичность в решениях Суда ЕС и конституционных судов государств – членов ЕС” [AB Adalet Divanı ve AB Üye Devletleri Anayasa Mahkemelerinin Kararlarında Avrupa Birliği Hukukunun ve Ulusal (Anayasal) Kimliğin Önceliği], *Сравнительное Конституционное Обозрение [Karşılaştırmalı Anayasa İncelemeleri]*: No.4, (2017) 47-68.
- Jacobsohn, Gary Jeffrey. *Constitutional Identity*. Cambridge, USA: Harward University Press. 2010.
- Jacobsohn, Gary Jeffrey. “Constitutional Identity.” *The Review of Politics*, Vol.68, (2006): 361-397.
- Kochenov, Dimitry. *EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, (Netherlands: Walters Kluwer Publication. 2008.
- Kubalı, Hüseyin Nail. *Türk Esas Teşkilat Hukuku*. İstanbul: Tan Matbaası.1960.
- Kucherenko, Petr - Klochko, Elena. "The Concept of Constitutional Identity as a Legal Argument in Constitutional Judicial Practice," *Russian Law Journal*, Vol. 7, No. 4 (2019): 99-124.
- Lewis, Bernard. *Modern Türkiye'nin Doğuşu*. İstanbul: Arkadaş Yayınları, 6. Baskı. 2013.
- Martí, José Luis. “Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People.” *National Constitutional Identity and European Integration* edited by Alejandro Saiz Arnaiz and Carina Alcoberro Llivina. Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia Publishing. 2013.

- Müller, Jan Werner. *Constitutional Patriotism*. Princeton and Oxford: Princeton University Press. 2007.
- Okandan, Recai Galip. *Amme Hukukumuzun Ana Hatları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası. 1957.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları 23. Baskı. 2023.
- Özkan, Zeynep. *Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi*. Adana: Karahan Kitabevi. 2019.
- Özkan Güneş, Zeynep – Uzunpınar, Ç. Serra. “Hukukun Araçsallaştırılması Yoluyla Hukuk Devleti İlkesinde Aşınma: Avrupa Konseyi Ülkelerinden Deneyimler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71, sy. 2, (Haziran 2022), 621-682.
- Pernice, Ingolf. “Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union.” *DVBI*, Heft 12, s.1, (Juni 2000): 1-28.
- Reestman, Jh - Besselink, Leonard FM. “Constitutional Identity and The European Courts.” *European Constitutional Law Review*. Vol. 3, Issue 2, June 2007. Cambridge Uni Press. (January 2007): 177-181.
- Rosenfeld, Michel. “Constitutional Identity.” *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld and András Sajó. London: Oxford University Press. 2012.
- Rosenfeld, Michel. “Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity.” *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy* edited by Michel Rosenfeld. Durham: Duke University Press. 1994.
- Rosenfeld, Michel. “The European treaty–constitution and constitutional identity: A view from America.” *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3(2-3), (2008): 316 -331.
- Rosenfeld, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*. London and Newyork: Routledge. 2010.
- Rosenfeld, Michel. “Deconstructing Constitutional Identity in Light of the Turn to Populism.” *Deciphering the Genome of Constitutionalism* edited by Ran Hirschl and Yaniv Roznai. Cambridge University Press. 2024
- Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. Oxford University Press. 2017.
- Sajo, Andras. “On Constitutional Identity and the Loyalties of the Constitutional Judge.” *Cardozo Law Review* w 40, no. Festschrift (August 2019), 3253-3276.
- Saunders, Cheryl. “Constitutional Identity”, Full Text in “Round table of the IacI-Aıdc Constitutional Identity: Universality of Constitutionalism vs. National Constitutional Traditions?.” St. Petersburg, Russia 10-13 June 2021.

- Schanda, Balázs. "Hungary's Christian Culture as Subject of Constitutional Protection." *Studia z Prawa Wyznaniowego*, Issue 23, (2020): 55 - 72.
- Scheppelle, Kim Lane. "Autocratic Legalism." *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85, No. 2 (March 2018): 545 – 584.
- Scholtes, Julian. "Abusing Constitutional Identity." *German Law Journal*: Vol. 22, No. 4. (June 2021). 534-556.
- Shils, Edward. "Center and Periphery: Essays in Macrosociology." University of Chicago Press 1975.
- Simon, Sven. "Constitutional Identity and Ultra Vires Review in Germany." *Central European Journal of Comparative Law (CEJCL)*: Vol. 2, No. 1 (2021): 185- 206.
- Śledzińska-Simon, Anna. "Constitutional identity in 3D: A model of individual, relational, and collective self and its application in Poland." *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, Issue 1, (January 2015): 124 -155.
- Stein, E. "Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution." *American Journal of International Law*: Vol.75, No.1, (Cambridge 1981) Cambridge Uni Press 1-27.
- Tanör, Bülent. *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 20. Baskı. 2011.
- Timur, Taner. *Türk Devrimi*. Ankara: AÜSBF Yayınları. 1968.
- Tunaya, Tarık Zafer. *Batılılaşma Hareketleri*. İstanbul: Arba Yayınları.1999.
- Varga, Andras Zs. . "Role of Constitutional Courts in the Protection of National/Constitutional Identity." *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*. (2018): 333-340.

İnternet Makaleleri

- Faraguna, Pietro. "A Living Constitutional Identity: The Contribution of Non-Judicial Actors." *Jean Monnet Working Paper No. 10/15*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2688667 E.T:19.4.2023.
- Halmai, Gabor. "The Misuse of Human Dignity and Constitutional Identity: The Case of Hungary." https://me.eui.eu/wp-content/uploads/sites/385/2018/11/Dignity_identity_Hungary_Halmai.pdf E.T:19.4.2023.
- Richards, Claudina. "EU Law Before the French Courts: The Curious Incident of the Question Prioritaire de Constitutionnalité." https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2167351

- Waldron, Jeremy. “Constitutionalism.”: A Skeptical View”,
<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=hartlecture> E.T:19.4.2023
- Albert, Richard. “Counterconstitutionalism.” Dalhousie Law Journal 1: Vol. 31 (2008), 37. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1424055 E.T: 19.4.2023
- Roznai, Yaniv. “Towards a Theory of Unamendability.” NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-12, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2569292, 20. E.T: 19.4.2023
- Faraguna, Pietro – Drinóczi, Tímea. “Constitutional Identity in and on EU Terms.” <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-in-and-on-eu-terms/> E.T:19.4.2023
- Pech, Laurent - Kelemen, Daniel - Uitz, Renata. Piet Eeckhout and Federico Fabbrini, “National Courts Cannot Override CJEU Judgments.” <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments> E.T:19.4.2023;
- Giscard D’Estaing’in İkincillik İlkesine İlişkin Avrupa Parlamentosu Kurumsal İşler Komitesi Raporundaki görüşü için Bkz. Doc. A3-163/90/Part B, 4/7/1990.
- The Chancellery of the Prime Minister, White Paper on the Reform of the Polish Judiciary, (2018), 82-83. <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2018/mar/pl-judiciary-reform-chancellor-white-paper-3-18.pdf> E.T:19.4.2023

Mahkeme Kararları

- AYM, E. 1970/1 K. 1970/31 Kt. 16.6.1970 AYM Kararlar Dergisi Sayı 8.
- AYM, E. 1970/53. K. 1971/76 Kt. 21.10.1976 AYM Kararlar Dergisi Sayı 10.
- AYM, E. 1986/11 K. 1986/26 Kt. 4.11.1986 AYM Kararlar Dergisi Sayı 22.
- AYM, E. 1989/1. K. 1989/12 Kt. 7.3.1989 AYM Kararlar Dergisi Sayı 25.
- AYM, E. 2008/16 K. 2008/116 Kt . 5.6.2008 AYM Kararlar Dergisi Sayı 45, Cilt 2.
- AYM, E. 2012/65 K. 2012/128 Kt. 20.9.2012 AYM Kararlar Dergisi Sayı 50 Cilt 2.
- AYM, Siyasi Parti Kapatma, E. 1971/1 K. 1971/1 Kt. 20.5.1971 AYM Kararlar Dergisi Sayı 9.
- AYM, Siyasi Parti Kapatma, E. 1983/2 K. 1983/2 Kt. 25.10.1983 AYM Kararlar Dergisi Sayı 20.

AYM, Siyasi Parti Kapatma, E. 1993/1 K. 1993/2 Kt. 23.11.1993 AYM Kararlar Dergisi Sayı 30 Cilt 2.

AYM, Siyasi Parti Kapatma E. 1997/1 K. 1998/1 Kt. 16.1.1998 AYM Kararlar Dergisi Sayı 34 Cilt 2

AYM, Siyasi Parti Kapatma, E. 1999/2 K. 2001/2 Kt. 22.6.2001 AYM Kararlar Dergisi Sayı 37 Cilt 2

AYM, Bireysel Başvuru No: 2014/256 25.6.2014

AB Adalet Divanı Karar: ECJ, *Commission v. Poland*, C-619/18 R, Order of the Court, 17.12.2018; AB Adalet Divanı Karar: ECJ, *Commission v. Poland*, C-619/18, Judgment of the Court, 24.06.2019

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Kararı,

BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 Solange II (22 October 1986). E.T:19.4.2023

Fransız Anayasa Konseyi Decision no. 2004-496 DC of 29 July 2004.

[https://www.conseil-](https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2004/2004498DC.htm)

[constitutionnel.fr/en/decision/2004/2004498DC.htm](https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2004/2004498DC.htm)E.T:19.4.2023

Fransız Anayasa Konseyi Kararı, Decision no. 2006-540 DC of 27 July 2006.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2006/2006540DC.htm>

E.T:19.4.2023

İtalyan Anayasa Mahkemesi Kararı, Decisioni 232/89, Spa Fragd v Amministrazione delle Finanze, 21 Aprile 1989. E.T:19.4.2023

İtalyan Anayasa Mahkemesi Kararı, Frontini v Minister delle Finanze [1974] 2 CMLR 372 https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_99.htm E.T:19.4.2023

RF AYM Karar: 14 Temmuz 2015 No:21-P/2015

<http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision201896.pdf>

RF AYM Karar: 19 Nisan 2016 No:12-P/2016 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision230222.pdf>

RF AYM Karar: 19 Ocak 2017 No: 1-P/2017 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision258613.pdf>

Trybunał Konstytucyjny [Constitutional Tribunal], May 11, 2005, K 18/04 (decision on the Accession Treaty)

Macaristan Anayasa Mahkemesi Kararı Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law

[https://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361afa3cea26b84c1257f10005dd958/\\$FILE/EN_22_2016.pdf](https://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361afa3cea26b84c1257f10005dd958/$FILE/EN_22_2016.pdf)

CJEU Flaminio Costa v. E.N.E.L. Case No. 6/64 [1964]. Judgment of 15 July 1964
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006E.T:19.4.2023>

CJEU Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA. Case No. 106/77 [1978]. Judgment of 9 March 1978

CJEU Gervais Larys v Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants. Case No. C-118/00 [2001]. Judgment of 28 June 2001.

CJEU Poland v. Parliament and Council Case No. 157/21 [2022:98]. Judgment of 16 February 2022.

CJEU Hungary v. Parliament and Council Case No. 157/21 [2022:97]. Judgment of 16 February 2022.

CJEU Michaniki v Ethniko Simvoulío Radiotileorasis and Others, Case No. Case C-213/07 [2008:731]. Judgment of 16 December 2008.

Raporlar

Venice Commission Hungary Opinion on Act IXXXVIII of 2023 on the Protection of National Sovereignty CDL-AD(2024)001, 18 March 2024.

GÖREVİ YAPTIRMAMAK İÇİN DİRENME SUÇU

Prevention of Public Duty

Murat Aybars TUNCA*

ÖZ

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 265. maddesi, kamu görevlisinin görevini yapmasını engellemek amacıyla cebir veya tehdit kullanılmasını cezalandırmaktadır. Bu suç, kamu görevlisine karşı fiziksel güç kullanılması (cebir) veya ona veya yakınlarına zarar verme tehdidi ile korkutma (tehdit) şeklinde gerçekleşebilir. 765 sayılı eski TCK'da düzenlemesi bulunmakla birlikte, 5237 sayılı yasada sadece görevin engellenmesi cezalandırılmaktadır. 5237 sayılı TCK ile pasif direnme fiilleri artık suç olarak kabul edilmemektedir. Suçun temel cezası altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıdır ve nitelikli hallerde ceza artırımı öngörülmüştür. Suçun mağduru kamu görevlisi ve kamu idaresidir, fail ise herkes olabilir. Nitelikli haller, yargı görevi yapanlara karşı işlenmesi, tanınmayacak hale gelerek veya birden fazla kişi tarafından işlenmesi, silahla veya suç örgütlerinin korkutuculuğundan yararlanarak işlenmesi şeklinde düzenlenmiştir. Görevi yaptırmamak için direnme suçuna teşebbüs ve iştirak mümkündür, içtima hükümleri de uygulanabilir. Kamu görevlisinin görevini yapmasını engellemeye yönelik tehdit söylemlerinin yaygınlığı ve benzer söylemlere ilişkin Yargıtay'ın farklı yöndeki kararları çalışma konusunun ceza hukukundaki güncelliğinin önemli göstergelerindedir.

Anahtar Kelimeler: Direnme, Kamu Görevlisi, Kamu İdaresi, Cebir, Tehdit

Makalenin Geliş Tarihi: 29.07.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 30.11.2024.

* Arş. Gör., İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: aybars.tunca@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7398-5881.

ABSTRACT

The Turkish Penal Code (TPC), under Article 265 of Law No. 5237, defines the crime of using force or threats to prevent public servants from performing their duties. This crime involves physical force against a public servant or threats to harm the servant or their relatives, instilling fear. While the former TPC No. 765 regulated this offence, only preventing duty is punishable under Law No. 5237. Passive acts of resistance are no longer criminalized. The base penalty is imprisonment from six months to three years, with increased penalties for qualified circumstances. The victims of the crime are the public servants and the public administration, and anyone can be the perpetrator. Qualified forms include crimes against judicial officers, involving weapons, or taking advantage of criminal organizations' influence. Special forms include attempts, participation, and provisions on concurrence. The widespread occurrence of threats to prevent public servants from their duties, along with varying Court of Cassation rulings, highlights the issue's relevance in criminal law.

Keywords: Resistance, Public Servant, Public Administration, Force, Threat

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 265. maddesinde görevi yaptırmamak için direnme suçu ile kamu görevlisine karşı, görevini yapmasını engellemek amacıyla cebir veya tehdit kullanılması fiilleri cezalandırılmaktadır¹. Kamu görevlisine karşı görevini yaptırmamak için direnme iki şekilde gerçekleşebilir. Seçimlik hareketlerden cebir, kamu görevlisinin görevinin gereklerini yerine getirmesini engellemeye elverişli, kamu görevlisine yönelmiş fiziksel güçtür². Tehdit ise kamu görevlisinin

¹ RG, 12.10.2023, S. 25611

² Cebir kullanmak suretiyle işlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu hakkında Yargıtay kararı için bkz. "... kavga olduğunun ihbar edilmesi üzerine olay yerine görevli polis memurları katılanların ve şikâyetçinin geldiği, kavganın devam ettiğini gören katılanların sanık ... ve inceleme dışı diğer sanık H. A.'ya polis olduklarını söyleyerek uyardıkları esnada sanık ...'ın katılan ... U.'nun omzundan çekerek yere düşürdüğü, yere düşen katılana diğer sanığın vurmaya devam ettiği, bu eylemler nedeniyle katılan ... U.'nun basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralandığı, olaya müdahale eden diğer polis memuru katılan ... A.'yı ise

görevini yapmasını engellemeye yönelik olarak kamu görevlisinin kendisine veya yakınına karşı hayatına, beden bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına veya malvarlığına ağır zarar vereceğinden bahisle bir kötülük işlenebileceği korkusunu yaratmak şeklinde gerçekleşir³.

765 sayılı TCK döneminde, m.254'te düzenlenen "...vazifesine müteallik bir işi yapmaya yahut yapmamaya icbar için şiddet veya tehdit gösteren kimse..." şeklindeki kapsam gereği kamu görevlisinin görevini yapmaya cebir ve tehdit ile zorlanması cezalandırılmaktaydı⁴. 5237 sayılı TCK'da sadece kamu görevlisinin görevini yapmasının engellenmesi m.265 kapsamında cezalandırılmaktadır. Kamu görevlisinin görevini yapması için cebir veya tehdit kullanma durumunda kamu görevlisinin görevini yapmaması için direnme değil, görevini yapması için direktme söz konusu olacağı için m.265'te düzenlenen suç oluşmayacaktır⁵.

sanıkların omzundan tutarak yere yatırarak vurdukları, katılan ... A.'nın darp nedeniyle basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralandığı, anons üzerine olay yerine gelen şikâyetçi ... K.'nin olaya müdahale ettiği esnada sanık ...'ın şikâyetçiyi tuttuğu ve inceleme dışı sanık Y.O.'nin şikâyetçiye vurarak olay yerinden kaçtığı, şikâyetçinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralandığı, bu nedenle sanık ...'ın görevi yaptırmamak için direnme suçunu işlediği..." Y. 4. CD, E. 2022/15968, K. 2023/21651, 27.09.2023, (Lexpera); Cebir ve tehdiye ilişkin öğretideki değerlendirmeler için bkz.: Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Legem Yayınevi, 2023), 244-250.; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, ve Ü. Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 419-422; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 392-394, 432-433.

³ Tehdit kullanmak suretiyle işlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu hakkında Yargıtay kararı için bkz. "...Sanığın, sürücü ve ruhsat belgelerinin bulunmaması ve alkollü olması nedeniyle trafik cezası uygulayan polis yakınlarına "ben bu otoyu yarın buradan alırım, bana bir şey yapamazsınız, arkam güçlüdür, bunun hesabını sizden sorarım" demesi eylemlerinin bütünüyle görevliye direnme suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan, yetersiz gerekçeyle görevliye sövme ve tehdit suçlarından hükümler kurulması..." Y. 4. CD., E. 2006/9129 K. 2008/8239, 6.5.2008, (Lexpera).

⁴ RG, 13.03.1926 S. 320

⁵ Zeynel Temel Kangal, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme," içinde *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan*, ed. Ayşe Nuhoğlu (İstanbul: Beta Yayınları, 2014), 491-542.; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 1138. Yazarlar, kamu

Mülga TCK'nın m.258 "...memuriyetine ait vazifeleri ifa sırasında cebir veya şiddet veya tehdit ile mukavemet..." hükmünden farklı olarak, TCK m.265'te kamu görevlisine karşı görevi yaptırmamak için direnmenin kamu görevlisinin görevini icrası sırasında gerçekleşmesine ilişkin ifade yer almamaktadır. 5237 sayılı Kanun'daki bu farklılığa rağmen öğretilerdeki bazı yazarlar icra edilmeyen bir göreve direnmenin söz konusu olamayacağı, direnmenin gerçekleşmesi için kamu görevlisinin görevini icra etmeye başlamış olması gerektiğini değerlendirmektedir⁶. Öğretilerde katıldığımız görüşe göre direnme kamu görevlisinin görevi icraya başlamasından önce de gerçekleşebilir ve görevin icraya başlanmasından sona ermesine kadar da gerçekleşmesi mümkündür⁷.

Kamu görevlisine karşı görevini yaptırmamak için direnme icrai davranışlarla gerçekleştiği durumda aktif mukavemet söz konusu olur. İcrai davranışlarla gerçekleşmediği durumda pasif direnme söz konusu olur. Mülga TCK'nın m.260 "*Kanun ve nizam hükümlerinden birinin icrasına muhalefet için nüfuz ve müessir kuvvet sarfedenler bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*" hükmü gereği pasif direnme fiilleri cezalandırılmaktayken, 5237 sayılı TCK ile pasif direnme fiilleri kanun kapsamına alınmadığı için artık suç teşkil etmemektedir⁸.

görevlisinin görevini yapması için cebir veya tehdit kullanılması durumunda cebir, tehdit veya kasten yaralama hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmişlerdir.

⁶ Zeki Hafizoğulları ve Ezgi Aygün Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar* (Ankara: Us-A Yayıncılık, 2014), 175.; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millele ve Devlete Karşı Suçlar* (Ankara: Us-A Yayıncılık, 2016), 119.

⁷ Mustafa Arslantürk, *Zimmet, İrtikap, Rüşvet ile Görevi Kötüye Kullanma, Direnme, Görevli ve Görev Suçları* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 339.; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1140.; Kangal, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme," 513.; Sinan Cüni, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu," *İstanbul Barosu Dergisi* 92, no. 3 (Mayıs-Haziran 2018): 239-246, 242.

⁸ Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 173-174.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millele ve Devlete Karşı Suçlar*, 119.; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1142.; Cüni, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu," 243.; Enes Gültekin, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265)* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 22.; Ramazan Keklik, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 4, (2015): 259-295, 261.; Yargıtay'ın pasif direnmenin artık suç teşkil etmediği yönündeki

Görevi yaptırmamak için direnme suçu bakımından şikâyet, bir muhakeme şartı olarak öngörülmediği için görevli makamlar kendiliğinden harekete geçerek ceza muhakemesini başlatabilir⁹. Suç uzlaşmaya tabi olmadığı için kovuşturmanın başlaması bakımından da özellik arz eden bir durum söz konusu değildir¹⁰.

Suçun temel şeklinin yaptırımı altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Nitelikli hallerinden m.265/2'deki suçun yargı görevi yapanlara karşı işlenmesinin yaptırımı iki yıldan dört yıla kadar hapistir. Diğer nitelikli haller bakımından suçun temel şeklinin yaptırımı, m.265/3'teki kişinin kendisini tanınmayacak hale getirmesi suretiyle veya birden fazla kişi tarafından suçun işlenmesi durumunda üçte bir oranında; m.265/4'teki suçun silahla ya da var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi durumunda yarı oranında arttırılır.

kararları için bkz. “Sanığın kimliğini vermemesi nedeniyle ekip aracına bindirildiği sırada uzaklaşmak istemesi ve buna engel olmak isteyen polis yakınının, sanığın herhangi bir eylemi bulunmadığı halde kendi kusuruyla yaralanması eyleminde; araca binmemek için zorluk çıkarma ve kaçmaya çalışma hareketinin 756 sayılı TCY.nun 260.maddesinde öngörülen pasif direnme suçunu oluşturduğu, 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY.nun 265.maddesinde cebir ve tehditle görevi yaptırmamak için direnme suçu düzenlenmiş olup, kişilerin görevliye karşı gerçekleştirdikleri cebir ve tehdit içermeyen pasif nitelikteki eylemlerinin suç olarak benimsenmediği...” Y. 4.CD, E.2006/5382, K.2006/13684, 11.07.2006, (Legalbank).; “...tipik hareketleri içermeyen pasif direnme fiillerinin bu suçu oluşturmayacağı göz önüne alındığında, somut olayda kırmızı ışıkta beklediği esnada plakasız şekilde motosiklet kullandığı fark edilen sanığı durdurarak işlem yapmak isteyen katılanın aracın hareket etmesi üzerine sanığın omuzunu tuttuğu, buna rağmen motorsikletle ilerlemeye devam eden sanığın katılanın sürüklenerek yaralanmasına sebep olduğu anlaşılan olayda, hangi görevin yaptırılmaması için cebir, tehditle nasıl direndiği, katılanın sanığı bu şekilde omuzundan tutup hareket serbestisini kısıtlama yetkisi olup olmadığı hususları denetime imkan verecek şekilde karar yerinde gerekçeleriyle gösterilmeden ve kamu görevlisini kasten yaralama suçu tartışılmadan yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması...” Y. 5. CD., E. 2013/1907, K. 2014/6751, 17.6.2014, (Lexpera).

⁹ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 53.

¹⁰ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 324.

I. SUÇ İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

A. Hukuki Konu

Bir suç tipinin incelenebilmesi için öncelikle o suçun hukuki konusu ele alınmalıdır. Suçun hukuki konusu, suçu öngören norm tarafından korunan ve suç fiili tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir¹¹.

Kamu idaresinin doğru ve düzgün işleyişini teminat altına almak için getirilmiş bu hükmün hukuki konusunu: kamu idaresinin işlevlerini yerine getirmesinin engellenmeden, barış içinde gerçekleşmesine ve kamu idaresinin güvenilirliği ve saygınlığının korunmasına ilişkin kamusal yarar oluşturmaktadır¹².

Öğretideki bazı yazarlar suç ile iki hukuksal değer korunduğunu değerlendirmektedir¹³. Öğretide bu görüşteki yazarların işaret ettiği üzere Yargıtay da kamu idaresine ilişkin yukarıda belirttiğimiz idarenin işleyişine ilişkin kamusal yarar yanında, direnilen kamu görevlilerinin özgürlüğü ve vücut bütünlüğünün de korunduğu görüşünü benimsemektedir¹⁴.

¹¹ Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1981), 3. Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 164. Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2023), 110.

¹² Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 172.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 117.; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1138-1139.; Cüni, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu," 243.

¹³ Farklı yönde görüşler için bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1157. Yazarlar sadece kamu idaresine ait hukuksal değerlerin ihlal edildiğini belirtmişlerdir.

¹⁴ Çetin Arslan, "Memura Aktif Mukavemet Suçu ve Bazı Suçlarla İçtimai Sorunu," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 51, no. 2 (2002): 36.; Gülay Tunç Şık ve Hüseyin Şık, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 9; Kangal, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme," 498-499.; Keklik, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu," 262.; Gültekin, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265)*, 54-55.; Yargıtay, "...suçla korunan hukuki yarar, kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi olup bu suçta, kamu faaliyetlerine kişilerin saygı göstermelerinin sağlanması ve kamu görevlerinin yerine getirilmesi dolayısıyla da kamu görevini yerine getirenleri engellemeye yönelik fiillerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. 765 sayılı TCK'nın yürürlüğü sırasında Ceza Genel Kurulunun 26.11.2002 tarihli ve 279-406 sayılı kararında;

B. Mağdur

Suçun mağduru, suç fiilini ortaya koyan norm tarafından korunan ve suç fiilinin gerçekleşmesiyle ihlal edilen hukuki varlık veya menfaatin sahibi veya hamili yani taşıyıcısıdır¹⁵. Bir başka deyişle, suçun hukuki konusunun sahibi veya hamilidir.

Görevi yaptırmamak için direnilen kamu görevlisi ve kamu idaresi, öğretide bir kısım yazara göre suçun mağdurudur¹⁶. Mülga TCK'dan farklı olarak kamu görevlisine yardım edenlere karşı suçun işlenmesi hali açıkça düzenlenmemiştir. Kamu görevlisinin TCK'da geniş tanımlanmış olmasından

“Bu suç ile korunan hukuki yarar, kamu idaresi organlarının görevlerini herhangi bir engelleme ile karşılaşmadan yapmasını sağlamak suretiyle kamu idaresinde sürekliliği güvence altına almaktır” denilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır. Öte yandan, kendisine verilen görevi yerine getirmekte olan kamu görevlisine karşı cebir ve/veya tehdit fiili gerçekleştirilmiş olduğundan bu suçla aynı zamanda kişi özgürlüğü ve beden bütünlüğü de korunmaktadır. (Mehmet Emin Artuk - Ahmet Gökçen - A. Caner Yenidünya, TCK Şerhi, 2. Bası, 5. Cilt, Ankara, 2014, s. 7645; Osman Yaşar - Hasan Tahsin Gökcan - Mustafa Artuç, Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, 6. Cilt, Ankara, 2014, s. 7956-7957).” ifadeleriyle 765 sayılı TCK dönemindeki içtihadına ve öğretiyeye atıfta bulunarak hem idareye ilişkin kamusal yararın korunduğunu hem de kamu görevlilerinin kişi ve beden özgürlüklerinin korunduğunu belirtmiştir. Y. CGK, E.2015/44, K.2019/312, 11.04.2019, (https://www.kanunum.com/Yargitay/2019-312/Ceza-Genel-Kurulu-2015-44-E,-2019-312-K,-11-04-2019-T_xxvid24690314_xxmid24690314_search#24690314)

¹⁵ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, 172. Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 115. Hafizoğulları Zeki ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: USA Yayıncılık, 2022), 226. Tuğrul Katoğlu. “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 2 (2012), 661. Eylem Baş, *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 669.

¹⁶ Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 172.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Mille ve Devlete Karşı Suçlar*, 117.; Suçun mağdurunun kamu görevlisi olduğuna ilişkin görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1139.; Kangal, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme,” 502.; Gültekin, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265)*, 70.; Keklik, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu,” 262.; Soyaşlan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 778.; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1158-1159.; Suçun mağdurunun devlet idaresi olduğuna ilişkin bkz. Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 189.

dolayı öğretide katıldığımız görüşe göre kamu görevlisine yardım eden kişi de kamu görevlisi sayılır ve suçun mağduru olabilir¹⁷.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 90. maddesine göre suçüstü halinde herkes yakalama koruma tedbirini gerçekleştirebilir. Öğretiye göre bu hükmün verdiği imkân ile yakalamayı gerçekleştiren kişiye karşı TCK m.265'te düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu işlenebilir¹⁸. CMK m.90'ın kişiye istisnai nitelikte bir imkân tanıdığını vurgulayan öğretideki aksi yöndeki görüşlere göre, bu kişilerin kamusal faaliyeti geçici de olsa yerine getirmesi söz konusu değildir ve bu sebeple bu kişilere karşı görevi yaptırmamak için direnme suçunun işlenmesi mümkün değildir¹⁹.

C. Fail

Suçun faili, soyut suç hipotezinde öngörülen fiili, dış dünyada, somut olarak, bütün unsurlarıyla gerçekleştiren kişidir²⁰. Suçun faili herkes olabilir. Direnilen kamu görevlisi, TCK m.6/1,c'de düzenlendiği haliyle "...kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,..." olarak anlaşılmalıdır. Kamu görevlisinin görevi, faille ilişkin olmak zorunda değildir; öğretide "sivil itaatsizlik" olarak adlandırılan yöresel bir soruna ilişkin direnme durumu örnek olarak verilmektedir²¹.

¹⁷ Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 172.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 117. Yazarlar, söz konusu kabulün hükmün kapsamını kanunilik ilkesine aleyhine genişletmek olmayacağını belirtmişlerdir. Aksi yönde yardım eden kişiye karşı bu suçun işlenemeyeceğine ilişkin bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1139.; Kangal, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme," 505.

¹⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1139.; Keklik, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu," 262-263.; Gültekin, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265)*, 15, 73-74.; Şık ve Şık, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu*, 68.

¹⁹ Kangal, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme," 506.

²⁰ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 108. Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 393.

²¹ Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 172.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 116.; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1139.

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 27.11.2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanun ile "Hükümet emrine karşı gelenler" iken "Direnme" şeklinde değiştirilen başlığa sahip 32. maddesinin 2. fıkrasına göre; kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü gerçekleştiren kişiler, ihtar ve zor kullanmaya rağmen kamu görevlilerine karşı cebir veya tehdit kullanarak direnirse TCK m.265'teki suçun faili olurlar²². Ayrıca belirtmek gerekir ki 2911 sayılı Kanunu'nun m.32/1 hükmündeki direnme suçu, pasif direnme davranışlarını m.265'ten farklı olarak suç kapsamına almıştır.

D. Maddi Konu

Suçun maddi konusu suç fiilinin üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olduğu insan veya şeydir²³. Öğretiye göre cebir kullanmak suretiyle kamu görevlisine karşı görevini yaptırmamak için direnme ancak cebirin kamu görevlisine karşı kullanılması durumunda bu suçu oluşturacaktır²⁴. Suçun maddi konusunu, cebir veya tehdidin üzerinde gerçekleştiği kamu görevlisi oluşturmaktadır²⁵. Cebirin kamu görevlisinin yakınlarına karşı kullanılması suç kapsamının dışındadır²⁶. Kamu görevlisinin almakla görevli olduğu şeyin tahribi durumunda öğretiyeye göre m.265'teki suçun gerçekleşmesi mümkündür²⁷.

²² RG, 08.10.1983, S. 18185.

²³ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 111. Uğur Orhan, *Suçun Maddi Konusu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 35-36.

²⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1139.; Kangal, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme," 509.

²⁵ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, 189.; Kangal, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme," 506.; Şık ve Şık, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu*, 97-98.

²⁶ Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 174.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 118.

²⁷ Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 174.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 118. Aksi yöndeki görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1139.; Kangal, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme," 509.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsur

Suçun ikili ayrımı görüşünde, maddi unsur; davranış, sonuç, bu ikisi arasındaki nedensellik bağı ve hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğundan oluşmaktadır²⁸. Yani suçun maddi unsuru, hukuka aykırı şekilde dış dünyada gerçekleştirilen suç fiili olarak tanımlanmaktadır²⁹.

1. Fiil

Kamu görevlisinin görevini yapmasını engellemek için cebir veya tehdit kullanılması durumunda m.265'teki suç işlenebilir. Öğretideki hâkim görüş cebir veya tehdit kullanımının ancak icrai davranışlarla gerçekleşebileceği yönündedir³⁰. Aksi yöndeki öğretideki görüşe göre cebrin ihmali hareketlerle gerçekleşmesi mümkün olduğu için örneğin araziye hacze gelen kamu görevlisinin zarar görmemesi için halihazırda bağlı olmayan köpeğini bağlamama ihmali davranışı ile m.265'teki suçun işlenebileceğinin kabulü gerekir³¹.

Yargı kararlarına konu olan kamu görevlisinin görevini yapmasını engellemek için söylenen "Haritadan yer beğen." veya "Seni sürdürürüm." gibi ifadelerle ilişkin Yargıtay farklı yönde kararlar vermektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına yansıyan bir olayda, ihbar üzerine yakalanarak haklarında işlem yapmak üzere karakola getirilen sanıklardan birinin "...Ben Kırklareli'nde Emniyet Müdürü G. B.'nin damadıyım, kendisi benim kayınpederim olur, siz kendinizi ne zannediyorsunuz, sizleri buradan sabah olmadan sürdürürüm, sizlere gününüzü göstereceğim, böyle bir dünya yok, arkadaşlarınızı da bırakacaksınız, nasıl olsa elbiselerinizi çıkaracaksınız..." söylemlerinin yanında üst aramasını gerçekleştirmekle görevli kamu görevlisini "...itekleyerek "Çek ellerini üzerimden, sen demin söylediklerimi anlamadın galiba." dediği, ayrıca kendisini sakinleştirmeye çalışan şikâyetçi

²⁸ Toroslu ve Toroslu, Genel Kısım, s. 133.

²⁹ Tuğrul Katoğlu. "Ceza Hukukunda Biçim ve İçerik", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (2022), 142.

³⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1142.; Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 177.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 120.

³¹ Kangal, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme," 514.

polis memurlarına "Aranızda g...tü yiyen delikanlı varsa gelir beni arar." diyerek karakoldan dışarı çıkmaya çalıştığı..." davranışları bir bütün halinde değerlendirilerek görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğuna karar verilmiştir³².

Yargı kararlarına yansıyan bir başka olayda, park yasağına ilişkin uyarılarak arabasını çekmesi istenen sanığın uyarıda bulunan kamu görevlilerine hitaben "...Bana ceza yazamazsın, vergilerimle maaş alıyorsun, seni sürdürürüm..." ifadeleri, tehdit içeriği nedeniyle yerel mahkeme hükmüne göre görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturmuştur. Ancak Yargıtay, söz konusu sanığın ifadelerini "...polis memurlarının görev yerini değiştirme konusunda herhangi bir yetki ve gücü bulunmayıp, müştekilerin ve tanıkların beyanı ile olay tutanağı içeriği de incelendiğinde, anılan sözlerin tartışmanın bütünü ve söylendiği bağlam içinde değerlendirildiğinde, tehdit niteliğinde olmadığı ..." değerlendirmesiyle, yerel mahkeme hükmünü bozmuştur³³.

Görevi yaptırmamak için direnme suçu sırf hareket suçudur³⁴. Cebir veya tehdit kullanılması ile suç gerçekleşmiş olur, görevi yaptırmama amacının gerçekleşmiş olması suçun gerçekleşmesi bakımından aranan bir şart değildir³⁵.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına yansıyan bir olayda, icra dairesine giderek ev arkadaşına ait icra takibi dosyasını incelemek isteyen ancak istemi icra müdürü olan katılan tarafından dosyaya sadece tarafların ve vekillerinin bakabileceği gerekçesiyle reddedilen ve borcun ödenmemesi durumunda eve icraya gelinebileceği bilgisi paylaşılan sanığın "...sen bizim eve gelemezsin, haciz yapamazsın, delikanlıysan gel, gelirsen seni g...den şişlerim..." ifadeleri yerel mahkeme kararına göre TCK m.106/1 kapsamında tehdit suçunu oluşturmuştur. Ancak Yargıtay 18. Ceza Dairesi, söz konusu ifadelerin m.265'teki suç kapsamına girdiğini değerlendirerek kararı bozmuştur.

³² Y. CGK., E. 2020/172, K. 2022/719, 15.11.2022, (Lexpera).

³³ Y. 4. CD., E. 2021/10263 K. 2023/18010, 8.5.2023, (Lexpera).

³⁴ Keklik, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu," 266.

³⁵ Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 177.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 120.; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1138.

Kararın karşı oyu “...icra memurunun o an için yaptığı görevi engelleyen cebir veya tehdidin var olup olmadığı veya yakın zamanda memurun yetkisine haiz olduğu görevi engellemeye yönelik tehdit veya cebrin var olup olmadığı...” sorununun çoğunluk tarafından değerlendirmeyeğini belirtmiştir. İcra müdürünün haciz yapma yetkisinin ancak borçlunun talebine bağlı olduğunu vurgulayan karşı oy gerekçesinde, doğmamış bir yetkinin engellenmesi söz konusu olamayacağından yerel mahkemenin tehdit suçundan kurduğu hükmün onanması gerektiğini savunmuştur.

Karara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından karşı oydaki gerekçelerle CMK m.308’de düzenlenen itiraz yoluna başvurulmuştur. 18. Hukuk Dairesi itirazı yerinde görmeyerek dosyayı m.308/3 gereği Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göndermiştir. Ancak sanığın ölümü dolayısıyla Yargıtay Ceza Genel Kurulu asıl uyumsuzluk konusunu değerlendirmemiştir ve itirazı reddetmiştir³⁶.

Görevi yaptırmama amacının, görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşumu bakımından aranan bir şart olmadığı göz önüne alındığında elverişli nitelikte olduğu kabul edilebilecek tehdit ifadelerinin m.265’teki suç oluşturduğu hakkındaki 18. Ceza Dairesi’nin çoğunluk görüşüne katılıyoruz. Tanık anlatımlarından icra dairesinin içerisinde herkesin duyabileceği şekilde ifade edildiği anlaşılan tehdit cümlelerinin, takip dosyasının işlemde olduğu göz önüne alındığında görevi yaptırmamaya elverişli olduğunun kabulü gerekir.

Karşı oy gerekçesinde ifade edildiği şekliyle görevi yaptırmamak için direnmenin icra dairesine karşı sadece haciz sırasında işlenebileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak, bu yaklaşım icra takibinin diğer evrelerinin kamu görevlisinin gerçekleştirdiği görevler olduğu gerçeğini göz ardı etmektedir. Değerlendirmemize göre örneğin takip başlatmak isteyen bir alacaklının dosyasının teslim alınmasını veya işleme konulmasını engellemek için icra dairesindeki kamu görevlilerinin tehdit edilmesi durumunda da m.265 kapsamındaki suç oluşacaktır.

Görevi yaptırmamak için direnme yukarıda belirttiğimiz gibi icrai hareketlerle gerçekleşmelidir. Ancak icrai hareket olsa da pasif direnme teşkil edebilecek davranışların gerçekleşmesi de mümkündür. Yargıtay kararına yansıyan bir olayda sanığın pasif direnme teşkil eden kaçması sırasında polis

³⁶ Y. CGK., E. 2020/172, K. 2022/719, 15.11.2022, (Lexpera).

memurundan vücut hareketi ile kurtulması ile polis memurunun dengesini kaybederek düşmesi arasında illiyet bağı bulunmadığı için 18. Ceza Dairesinin kararına göre suç oluşmamıştır³⁷.

2. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Suçun varlığı için dış dünyada gerçekleşen bir insan fiili gerekli olmakla birlikte, bu suç fiilinin ihlal edici olması da şarttır³⁸. Bir başka deyişle, dış dünyada failin gerçekleştirdiği maddi fiilin, hem soyut suç tipine uygun olması hem de söz konusu normla çatışma içinde bulunması gerekmektedir.

a. Meşru Savunma

Kişinin kendisine veya bir yakınına yönelmiş haksız bir saldırıya karşı kendisini ölçülü ve orantılı şekilde savunması durumunda TCK m.25/1’de düzenlenen meşru savunma hukuka uygunluk nedeni söz konusu olur. Mülga TCK döneminde görevi yaptırmamak için direnme suçu bakımından haksız saldırı haline gelen kamu görevlisinin yetki aşımını ve keyfi hareketlerine karşı direnme cezanın azaltılması veya ceza verilmemesi sebebi olarak öngörülmüştür³⁹. Mülga TCK’nın mehzaz düzenlemesinde ise yetki aşımı ve keyfi hareketlere karşı direnmenin, görevi yaptırmamak için direnme suçu kapsamında cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir⁴⁰. TCK’nın 265. maddesinde ise bu tür bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Öğretide meşru savunmanın, kamu görevlisinin görevi dolayısıyla yaptığı bir göreve karşı direnmenin, haksız bir saldırıya direnme olamayacağından m.265 kapsamındaki suç bakımından söz konusu olamayacağı yönünde görüşler mevcuttur⁴¹. Aksi yöndeki görüşe göre, kamu

³⁷ Y. 18. CD., E. 2015/19442, K. 2016/9153, 2.5.2016, (Lexpera).

³⁸ Selahattin Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 40, no. 1 (1988), 132.

³⁹ 765 sayılı TCK’nın m.258/4 hükmü: “Eğer memur haiz olduğu salahiyet hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle bu muameleye (görevi yaptırmamak için direnme) sebebiyet vermiş ise fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre ceza büsbütün de kaldırılabilir.”

⁴⁰ Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 178.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Mille ve Devlete Karşı Suçlar*, 120.

⁴¹ Kangal, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme,” 523-524. Kangal, kamu görevlisinin görevinde yetki aşımı veya keyfi hareketine karşı direnmenin meşru savunma kapsamında değerlendirilebileceğini ancak buradaki meşru savunmanın

görevlisinin görevini yapması sırasında yetkisini aşmaya veya keyfi hareketlerde bulunmaya hakkı olmadığı için haksız saldırı haline gelmiş fiillerine karşı meşru savunma mümkündür⁴².

Yargıtay da görevi yaptırmamak için direnme suçu bakımından meşru savunmanın mümkün olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi verdiği bir kararda, ceza muhakemesi tedbirlerinden olan ve kural olarak hâkim kararı gerektiren aramanın, karar olmadan gerçekleştirilmesine karşı direnme durumunda meşru savunma hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir⁴³.

b. Diğer Hukuka Uygunluk Nedenleri

Kanunun hükmü ve amirin emri başlıklı TCK m.24'te düzenlenen görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin şartları sağlanmışsa m.265'teki suç bakımından söz konusu olabileceği söylenebilir. Aynı şekilde öğretideki genel kabul TCK m.25/2'de düzenlenen zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeninin, m.265'teki suç bakımından mümkün olduğu yönündedir⁴⁴.

direnme suçu açısından değil; cebir, tehdit veya kasten yaralama suçları açısından söz konusu olacağını değerlendirmiştir.

⁴² Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 178.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 121.; Şık ve Şık, *Görevi Yaptırmamak için Direnme Suçu*, 120-121.

⁴³ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 283-284.; “Sanığın, üzerini aramak isteyen yakınan polis memuruna yumrukla vurmak suretiyle direndiğinin iddia ve kabul edilmesi, *CYY'nin 119. maddesi uyarınca sanığın üzerinde kural olarak hakim kararı olmadan arama yapılamaması, tanıklar Ali ve İrfan ile yakınanın, sanığı aramak istediklerinde kendisine mahkeme kararı gösterdiklerini söylemelerine karşın bahsi geçen kararın dosyada mevcut olmaması karşısında; yakınanın yerine getirmesi gereken hukuka uygun bir görev bulunup bulunmadığının tespiti açısından sanığa gösterildiği ifade edilen mahkeme kararının varsa dosyaya konulması ve kanıtlar birlikte tartışılarak sonucuna göre *TCY'nin 29. ya da 25/1. maddelerinin uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı da değerlendirildikten sonra sanığın hukuki durumunun belirlenmesi...*” Y. 4. CD., E. 2009/10254, K. 2011/8079, 8.6.2011, (Lexpera).*

⁴⁴ Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 179.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 121.

TCK'nın m.26/1 hükmüne göre kişinin hakkını kullanması bir hukuka uygunluk nedenidir. Kamu görevlisinin görevini yaptırmamak için direnme niteliğinde bir hakkın kullanılması, Anayasanın m.83/2 hükmüne göre kural olarak “...Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz.” yasama bağımsızlığı kapsamındaki milletvekilleri bakımından söz konusu olabilir⁴⁵.

Kamu görevlisinin görevini yapmaması için direnilmesine rızası, görevi üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı için söz konusu olamaz⁴⁶. Bu bakımdan TCK'nın m.26/2 hükmünde düzenlenen hak sahibinin rızası hukuka uygunluk nedeni, m.265'teki suç bakımından uygulanamaz.

B. Manevi Unsur

Maddi unsura yönelik bu açıklamaların ardından manevi unsur da incelenmelidir. Kast ve taksir biçiminde ortaya çıkan manevi unsur; işlenen fiilin, faile psikik yönden bağlanabilmesi şeklinde tanımlanabilir⁴⁷. Suçlar kural olarak kasten işlenirler, bir suçun taksirle işlenmesi için kanunda açık hüküm bulunması gereklidir⁴⁸. Görevi yaptırmamak için direnme suçunun taksirli hali düzenlenmediği için taksirle işlenemez. Kast TCK m.21/1' göre “...suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” Öğretiye göre m.265'teki suçunun işlenebilmesi özel kastı gerektirmektedir⁴⁹. Failin suç fiilini, belli bir amaç doğrultusunda

⁴⁵ RG, 20.10.1982 S. 17844; “...kanun bir hükmü ile bir görevin yerine getirilmesini diğer hükmü ile ise buna direnilmesini emredemez.” kabulüyle hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin m.265 kapsamındaki suç bakımından uygulanamayacağı görüşü için bkz. Şık ve Şık, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu*, 122.

⁴⁶ Kangal, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme,” 525.; Şık ve Şık, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu*, 121-122.

⁴⁷ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 201. Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 270.

⁴⁸ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 217.; Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>

⁴⁹ Arslan, “Memura Aktif Mukavemet Suçu,” 48.; Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 179.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 121.; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1145.; Gültekin,

işlemesi olarak tanımlanabilecek özel kastın⁵⁰ “*Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla*” ifadesinden dolayı m.265 açısından da ortaya çıktığı düşünülebilir. Ancak Yargıtay’a göre genel kast yeterlidir⁵¹. 265. maddedeki suçun işlenebilmesi için failin kamu görevlisinin görevini yapmasını engellemek için cebir veya tehdit ile direnmesi yeterli olduğundan dolayı Yargıtay’ın kararına katılıyoruz⁵².

Suçun görevi yaptırmama amacına yönelik olması bakımından öğretide, suçun geciktirme veya yavaşlatma amacına yönelik olması durumunda m.265’teki suçun oluşmayacağı değerlendirilmiştir⁵³. 265. maddedeki suçun oluşması bakımından direnilen görevin yapılmaması amacının gerçekleşmesi aranmadığından ve kamu görevlisinin görevini geciktirme ve yavaşlatma sonucunu doğuran cebir ve tehdidin de görevi yaptırmamaya elverişli olabileceğinden dolayı öğretideki bu görüşe katılmıyoruz.

III. NİTELİKLİ HALLER

A. Yargı Görevi Yapanlara Karşı İşlenmesi

TCK’nın 265. maddenin 2. fıkrasına göre “*Suçun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesi halinde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” Yargı görevini yapan kişiler m.6/1,d’deki tanıma göre “*...yüksek mahkemeler, adli ve idari mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar...*”dır. Öğretiye göre idari görevde bulunan yargı görevlileri, yargı görevi yapmadıkları için bu kişilere karşı görevi yaptırmamak için direnme durumunda bu nitelikli hal söz konusu olmayacaktır⁵⁴. Arbulucular ve uzlaştırmacılar bakımından ise öğretiyeye göre bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir⁵⁵.

Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265), 41.; Şık ve Şık, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu*, 111-112.

⁵⁰ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 226-227. Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 278.

⁵¹ Y. 18. CD., E. 2018/3363, K. 2019/15355, 4.11.2019, (Lexpera).

⁵² Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 779.

Özel kasta ilişkin açıklamalar için bkz. Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 226-227.

⁵³ Gültekin, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265)*, 120.; Kangal, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme,” 521-522.;

⁵⁴ Gültekin, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265)*, 77-78.

⁵⁵ Gültekin, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265)*, 77-78.

Hukuk düzenimizde arabulucular zaten avukat olduğu için arabuluculara karşı icra ettikleri kamu hizmetini yaptırmamak için direnme durumunda bu nitelikli halin uygulanması gerekeceği görüşündeyiz. Her ne kadar 6. maddede sayılmadığı için tek başına arabuluculuk sıfatı arabuluculara karşı suçun işlenmesi durumunda bu nitelikli halin uygulanmasına imkân vermese de özellikle dava şartı arabuluculukta, arabulucuların icra ettikleri kamu hizmeti kapsamında kanunen düzenlemekle yükümlü oldukları sonuç tutanağının yargı faaliyetine etkisi göz önüne alınmalıdır⁵⁶. Arabulucuların görevlerini yapmalarını engellemeye yönelik m.265'teki fiillerin bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilmesini mümkün kılacak şekilde m.6/1,d'ye arabulucuların eklenmesi gerekmektedir.

B. Tanınmayacak Hale Gelerek veya Birden Fazla Kişi Tarafından Gerçekleştirerek İşlenmesi

265. maddenin 3. fıkrasına göre “*Suçun, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle ... işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.*” Öğretiye göre failin kendisini tanınmayacak hale getirmekte başarılı olması bu nitelikli halin uygulanması bakımından aranmamalıdır, fail bu çabasına rağmen tanınmış olsa da bu nitelikli hal uygulanacaktır⁵⁷.

Aynı fıkrada düzenlenen bir diğer nitelikli hal olan “*Suçun ... birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hali...*” bakımından öğretiyeye göre kişilerin suçu birlikte işlemeye yönelik önceden bir kararının bulunması gerekmez⁵⁸. Öğretideki hâkim görüşe göre bu nitelikli halin uygulanabilmesi

⁵⁶ Murat Aybars Tunca, *İş Uyuşmazlıklarında Türkiye’de ve Farklı Hukuk Düzenlerinde Arabuluculuk*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023), 60-61.

⁵⁷ Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 180.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 122.; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 462.; Gültekin, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265)*, 78-79.

⁵⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 464.; Gültekin, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265)*, 79.; Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 180.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 122.

için bu suçun en az iki kişi tarafından birlikte işlenmesi, yani müşterek fail olmaları gerekmektedir⁵⁹.

C. Silahla veya Olan/ Var Sayılan Suç Örgütlerinin Korkutuculuğundan Yararlanarak İşlenmesi

265. maddenin 4. fıkrasında görevi yaptırılmamak için direnme suçunun “...silahla ya da var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi hali...” cezayı arttıran nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Hükümdeki silah deyiminden TCK m.6/1,f bendine göre “...Ateşli silahlar, ...Patlayıcı maddeler, ...Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, ...Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, ... Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler...” anlaşılmalıdır. Öğretiye göre silahın korku yaratmaya elverişli olması söz konusu nitelikli halin uygulanması bakımından yeterlidir⁶⁰.

265. maddenin 4. fıkrasında cezayı ağırlaştıran diğer bir neden olarak “...var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi hali...” düzenlenmiştir. Öğretide bir kısım yazar suçun örgüt adına işlenmesi gerektiğini savunmaktadır⁶¹. Ancak bir örgütün

⁵⁹ Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 180.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 122.; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 464.; Gültekin, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265)*, 80.; Farklı yönde iştirakin derecesinin önemli olmadığı yönündeki görüş için bkz. Arslantürk, *Zimmet, İrtikap, Rüşvet ile Görevi Kötüye Kullanma, Direnme, Görevli ve Görev Suçları*, 338.

⁶⁰ Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 181.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 123.; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1144.; Silahın teşhir edilmesi gerektiği, üzerinde bulundurma nitelikli halin uygulanması için yeterli olmadığı yönünde Gültekin, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265)*, 82; Silah yokken var gibi göstermenin nitelikli halin uygulanması için yeterli olmadığı yönünde bkz. Arslantürk, *Zimmet, İrtikap, Rüşvet ile Görevi Kötüye Kullanma, Direnme, Görevli ve Görev Suçları*, 340.

⁶¹ Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 181.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 123.

korkutucu etkisinin kullanılması ile m.265/1'deki suçun işlenmesi durumunun bu nitelikli halin uygulanması bakımından yeterli olacağının kabulü gerekir. Suçun örgüt adına işlenmesi veya örgütün gerçekten var olması nitelikli halin uygulanması bakımından bir şart olarak düzenlenmemiştir. Düzenlemenin açık hükmü gereği gerçekte var olmasa da var sayılan örgütün korkutucu gücünden yararlanma halinde bu nitelikli halin uygulanması gerekir⁶².

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Teşebbüs kavramı, TCK'nın 35. maddesinde, "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçta elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.*" biçiminde açıklanmıştır. Kamu görevlisinin görevini yapmaması için direnmek üzere cebir veya tehdidin icrası ile yukarıda belirttiğimiz gibi sırf hareket suçu olan m.265'teki suç tamamlanır⁶³. Öğretide bir kısım yazar görevi yaptırmamak için direnme suçuna teşebbüsün mümkün olmadığını savunmuştur⁶⁴. Ancak katıldığımız görüşe göre görevi yaptırmamak için direnme suçu sırf hareket suçu olduğu için teşebbüsün gerçekleşmesi zor olsa da tehdit veya cebrin icra hareketleri parçalara bölünebilir ise teşebbüsün mümkün olduğunun kabulü gerekir⁶⁵.

B. İştirak

Suç tipinde aranan sayıdan fazla kimsenin, iştirak iradesiyle ve birlikte suç fiilini gerçekleştirmeleri durumunda, suçun iştirak halinde işlenmesi söz konusu olacaktır⁶⁶. Öğretide vurgulandığı üzere görevi yaptırmamak için

⁶² Karşı görüş için bkz. Şık ve Şık, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu*, 105-107. Yazarlar, var sayılan bir örgüt kabulü için var olduğu yönünde kamuoyunda bir kabul olan örgüt olması gerektiğini belirtmişlerdir.

⁶³ Kangal, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme," 527.

⁶⁴ Arslantürk, *Zimmet, İrtikap, Rüşvet ile Görevi Kötüye Kullanma, Direnme, Görevli ve Görev Suçları*, 362.

⁶⁵ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 320-321.; Kangal, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme," 527-528.; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1145.; Gültekin, *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265)*, 93-94.; Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 177 dn.313.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 120 dn.283.

⁶⁶ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 322. Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 344.

direnme suçuna her türlü iştirak mümkündür. Yukarıda incelediğimiz gibi, öğretilerdeki hâkim görüşe göre sadece müşterek faillik durumunda suçun cezasının arttırılmasını gerektiren m.265/3'te düzenlenen suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesine ilişkin nitelikli halin uygulanması gerekir.

C. Suçların İçtması

1. Bileşik Suç

TCK'nın 42. maddesinin “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fül sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*” hükmü gereği, m.265'teki suçun unsurları olan cebir ve tehdit fillerinden dolayı fail ayrıca mahkûm edilemez. Nitekim Yargıtay yerel mahkemenin kararını “*...Somut olayda sanığın katılanı tekme atmak suretiyle yaralamak ve diğer polis memurlarının müdahalesi sonucu ayrıldığı esnada sarfettiği sözlerle tehdit etmek şeklindeki eyleminin bir bütün halinde 5237 sayılı Kanun'un 265 inci maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu gözetilmeden tehdit ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarından ayrı ayrı mahkûmiyet hükümleri...*” kurmasından dolayı bozmuştur⁶⁷.

Özel bir içtima hükmü niteliğinde olan m.265/5 gereğince görevi yaptırmamak için direnme suçunun işlenmesi sırasında “*...kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda...*” gerçek içtima söz konusu olur ve faile hem görevi yaptırmamak için direnme suçundan hem de kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden ceza verilir⁶⁸.

2. Zincirleme Suç

TCK m.43'te düzenlenen zincirleme suç hükümleri, görevi yaptırmamak için direnme suçu bakımından şartların sağlandığı durumlarda uygulanır⁶⁹. Öğretilerde bir kısım yazar m.43/1 hükmünün “*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla*

⁶⁷ Y. 4. CD., E. 2023/12582, K. 2023/21021, 13.9.2023, (Lexpera).

⁶⁸ Keklik, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu,” 287.

⁶⁹ Keklik, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu,” 289-290. Keklik, m.43/3 gereği kasten yaralama bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanmıyorken, cebir bakımından uygulanabilmesinin, ceza adaletsizliğine yol açtığı şeklinde eleştirmiştir.

işlenmesi durumunda...” ifadesinden hareketle bir kamu idaresinin aynı görevinin farklı zamanlarda gerçekleştirilmesine karşı tek bir karar kapsamında direnilmesi durumunda m.43/1 hükmünün uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁷⁰. Karşı yöndeki görüşe göre m.43/1’in açık düzenlemesi gereği zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için aynı kişiye karşı işlenmesi arandığından farklı kamu görevlilerine karşı suçun işlenmesi durumunda m.43/1’in uygulanması mümkün değildir⁷¹.

TCK m.43/2 gereği, bir suçun birden fazla kişiye karşı aynı davranışla işlenmesi durumunda da zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanır, yani tek ceza verilir ve bu ceza artırılır⁷². Görevi yaptırmamak için direnme suçunun birden fazla kamu görevlisine karşı işlenmesi durumunda m.43/2’nin uygulanmaması Yargıtay’a göre bozmayı gerektirmektedir⁷³. Yargıtay ile aynı yönde öğretide bir kısım yazar da suçun mağdurunun kamu idaresi yanında kamu görevlisi olduğundan bahisle m.43/2’nin uygulanabileceğini savunmaktadır⁷⁴. Kamu görevlisini, kamu idaresi ile birlikte suçun mağduru kabul eden görüşü benimsediğimiz için m.43/2’nin, görevi yaptırmamak için direnme suçunun birden fazla kamu görevlisine karşı işlenmesi durumunda uygulanabileceği görüşüne katılıyoruz.

⁷⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1146.

⁷¹ Kangal, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme,” 537.; Hafizoğulları ve Eşitli, *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, 177.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 120.

⁷² Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 369-372.

⁷³ Yargıtay’ın m.43/2’nin görevi yaptırmamak için direnme suçu bakımından uygulanmayacağına ilişkin yerleşik uygulamasının 2010 sonrası değiştiğini eleştiren 2023 yılında verilen bir kararın karşı oyu için bkz. Y. 4. CD., E. 2021/13848, K. 2023/20950, 13.9.2023, (Lexpera).

⁷⁴ Kangal, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme,” 538.; Yargıtay’ın mülga TCK dönemindeki içtihatlarında tek bir görevin yerine getirilmesine karşı direnildiği için tek bir suç olduğunu kabul ettiğine ilişkin bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 1145 dn.641.; Aynı yönde suçun birden fazla kamu görevlisine karşı işlenmesi durumunda dahi sadece kamu idaresine karşı işlendiği için içtima hükümlerinin uygulanamayacağı hakkında bkz. Arslantürk, *Zimmet, İrtikap, Rüşvet ile Görevi Kötüye Kullanma, Direnme, Görevli ve Görev Suçları*, 338, 360. Arslantürk her ne kadar bu görüşü savunsa da çalışmasının devam eden kısmında görevi yaptırmamak için direnmenin birden fazla kamu görevlisine karşı işlenmesi durumunda TCK m.43/2’nin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

3. Fikri İçtima

Görevi yaptırmamak için direnme için gerçekleştirilen fiiller ayrıca farklı bir suçun oluşmasına sebebiyet veriyorsa TCK'nın 44. maddesinde "*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*" biçiminde düzenlenen fikri içtima hükümleri gereğince fail en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılır. Öğretide, TCK'nın 277 maddesinde düzenlenen yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçu ile m.265/2'de düzenlenen nitelikli hale ilişkin düzenlemelerinin uygulanmasına ilişkin "*...ihlal edilen veya tehlikeye sokulan...*" hukuksal değer belirlenerek bir belirleme yapılması gerektiğini belirtmiştir⁷⁵. Dolayısıyla, bu belirme doğrultusunda, fikri içtima hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir.

SONUÇ

Görevi yaptırmamak için direnme suçunun kapsamının pasif direnme fiillerinin suç olmaktan çıkarılması ile daraltılmasının Anayasa'nın 17. maddesine göre kişinin dokunulmazlığının esas olması bakımından olumlu bir gelişme olduğu söylenebilir. Pasif direnmenin 2911 sayılı Kanun 32. maddesine göre suç teşkil etmesinin Anayasa'nın 34. maddesinde korunan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının hayata geçmesi önünde bir engeldir.

Yargı kararlarına sıklıkla yansıyan, kamu görevlisinin görevini yaptırmamak için "Haritadan yer beğen.", "Seni sürdürürüm.", "Sen benim kim olduğumu biliyor musun, benim arkam kuvvetlidir." ve "Tanıdıklarım önemli mevkiilerde, ayağını denk al." gibi tehdit söylemlerine ilişkin Yargıtay'ın failin tehditlerini gerçekleştirebilecek kudrete sahip olup olmamasına göre karar vermesinin, kamu görevlisinin iç huzurunun korunması bakımından olumsuz bir yaklaşımdır. Kamu görevlilerinin söz konusu söylemde bulunan kişinin bağlantılarını bilme imkanının olmaması ve coğrafi güvencelere sahip olmaması göz önüne alındığında söz konusu tehditlerin görevi yaptırmamak için direnme suçunu gerçekleştirmeye elverişli olduğunun kabulü gerekir.

⁷⁵ Kangal, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme," 540.

KAYNAKÇA

- Arslan, Çetin. "Memura Aktif Mukavemet Suçu ve Bazı Suçlarla İçtimai Sorunu." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 51, no. 2 (2002): 35-78.
- Arslantürk, Mustafa. *Zimmet, İrtikap, Rüşvet ile Görevi Kötüye Kullanma, Direnme, Görevli ve Görev Suçları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Ü. Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Baş, Eylem. *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Cüni, Sinan. "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu." *İstanbul Barosu Dergisi* 92, no. 3 (Mayıs-Haziran 2018): 239-46.
- Dönmezer, Sulhi. *Ceza Hukuku Özel Kısım: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1981.
- Gültekin, Enes. *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu (TCK m.265)*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Hafizoğulları, Zeki ve Ezgi Aygün Eşitli. *Kamu Görevlisinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Ankara: Us-A Yayıncılık, 2014.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Us-A Yayıncılık, 2016.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, Ankara: Us-A Yayıncılık, 2016.
- Kangal, Zeynel Temel. "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme." İçinde *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan*, Ed. Ayşe Nuhoglu, 491-542. İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- Katoğlu, Tuğrul. "Ceza Hukukunda Biçim ve İçerik", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (2022), 135-45.
- Katoğlu, Tuğrul. "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 2 (2012), 657-94.
- Keklik, Ramazan. "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 4 (2015): 259-95.
- Keyman, Selahattin. "Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 40, no. 1 (1988), 121-71.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Orhan, Uğur. *Suçun Maddi Konusu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Legem Yayınevi, 2023.
- Şık, Gülay Tunç ve Hüseyin Şık. *Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Rıfat Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2017. Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2023.
- Toroslu, Nevzat ve Metin Fevzioglu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Toroslu, Nevzat. *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Tunca, Murat Aybars. *İş Uyuşmazlıklarında Türkiye’de ve Farklı Hukuk Düzenlerinde Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023.

GINSBURG'UN SİGORTA TEORİSİ IŞIĞINDA ETİYOPYA'NIN SİYASİ DENETİM SİSTEMİ: SİHİR SİHİRBAZA DÖNÜŞTÜĞÜNDE

*Ethiopia's Political Review System in Light of the Ginsburg's
Insurance Theory: When the Magic Turns on the Magician*

Habib Yesuf YİMAM*

ÖZ

Bu makale, Etiyopya'nın siyasi denetim sistemini ve Etiyopya Halkının Devrimci Demokratik Cephesi (EPRDF) altındaki evrimini Tom Ginsburg'un sigorta teorisi merceğinden incelemektedir. Bir zamanlar Etiyopya'daki baskın siyasi güç olan Tigray Halk Kurtuluş Cephesi (TPLF), ülkenin siyasi ve anayasal çerçevesinin oluşturulmasında çok önemli bir rol oynamıştır. Ancak, siyasi dinamikler değiştikçe, TPLF liderliğindeki EPRDF tarafından tasarlanan anayasal denetim sistemi onlara karşı bir silah haline dönüştürmüştür. Bu çalışma, TPLF'nin etkili ve bağımsız bir yargısal denetim mekanizması oluşturamamasının onu, İktidar Refah Partisi'ne (PP) geçtiğinde, nasıl siyasi olarak savunmasız hale getirdiğini ve bunun klasik bir "sihrin sihirbaza dönüşmesi" durumuyla sonuçlandığını Ginsburg'un "sigorta teorisi" çerçevesinde incelemektedir. Bu vaka, siyasi elitlerin uzun vadeli kurumsal sigorta yerine kısa vadeli hakimiyete öncelik vermesinin risklerini altını vurgulamaktadır. Ayrıca, bu makale TPLF liderliğindeki EPRDF'nin anayasal otoriterlik rejimi altında meşruiyetini nasıl koruduğunu ve otoriter kontrolü pekiştirmek için zayıf anayasal denetim biçimi de dahil olmak üzere anayasal hükümleri ve yapıları nasıl manipüle ettiğini incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasal otoriterlik, siyasi denetim, sigorta teorisi, yargısal denetim, zayıf anayasal denetim.

Makalenin Geliş Tarihi: 1.11.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 21.11.2024.

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
Doktor Adayı, e-posta: habibukms@gmail.com, ORCID: 0009-0000-1628-0623.

ABSTRACT

This paper examines Ethiopia's system of political control and its evolution under the Ethiopian People's Revolutionary Democratic Front (EPRDF) through the lens of *Tom Ginsburg's* insurance theory. Once the dominant political force in Ethiopia, the Tigray People's Liberation Front (TPLF) played a pivotal role in establishing the country's political and constitutional framework. However, as political dynamics have changed, the system of constitutional review designed by the TPLF-led EPRDF has turned into a weapon against itself. This paper examines within the framework of Ginsburg's "insurance theory" how the TPLF's failure to establish an effective and independent judicial review mechanism rendered it politically vulnerable when power shifted to the Prosperity Party, resulting in a classic case of "magic turning on the magician". This case highlights the risks of political elites prioritizing short-term dominance over long-term institutional insurance. This article also examines how the TPLF-led EPRDF maintained its legitimacy under a regime of constitutional authoritarianism and manipulated constitutional provisions and structures, including the weak form of constitutional review, to consolidate authoritarian control.

Keywords: Constitutional authoritarianism, political review, Theory of insurance, judicial review, soft constitutional review.

GİRİŞ

Etiyopya'nın son otuz yıldaki siyasi yörüngesine, *TPLF* liderliğindeki bir koalisyon olan Etiyopya Halkının Devrimci Demokratik Cephesi'nin (*EPRDF*) hakimiyeti damgasını vurmuştur. Bu parti, yıllarca süren halk protestoları ve iç siyasi anlaşmazlıkların ardından 2018'deki çöküşüne kadar ülkede münhasır siyasi hakimiyetini sürdürmüştür. *TPLF*, anayasal denetim sistemi de dahil olmak üzere Etiyopya'nın siyasi yapısının şekillendirilmesinde önemli bir rol oynamıştır. Ancak Başbakan, Dr. *Abiy Ahmed*'in yükselişi ve Refah Partisi'nin (PP) kurulmasının ardından *TPLF* kendisini giderek marjinalleşmiş bulmuştur. Bir zamanlar *TPLF*'nin kontrol ettiği anayasal denetim sistemi, Federasyon Meclisi hükümetin ulusal seçimleri erteleme kararını onaylamasıyla *TPLF*'nin şiddetle karşı çıktığı bir şekilde aleyhlerine kullanılmıştır. Bu makale, bu dinamiği *Ginsburg*'un sigorta teorisi ışığında, anayasal otoriterlik üzerine sağladığı içgörülerle araştırmakta ve *TPLF*'nin bağımsız yargısal güvenceleri oluşturmadaki başarısızlığının nihayetinde kendi siyasi çöküşüne nasıl yol açtığını incelemektedir.

Etiyopya'nın anayasal denetim sistemini *Ginsburg*'un sigorta teorisi açısından analiz edebilmek için öncelikle bağlam ve temel çerçeveyi çizmek üzere ülkenin anayasal gelişimini ve denetim mekanizmalarını incelemek önemlidir. Ayrıntılara girmeden önce temel unsurları özetlemek gerekirse, Etiyopya'nın 1995 Anayasası, ülkenin etnik çeşitliliğini yansıtmayı amaçlayan federal bir sistem kurmuştur. Bununla birlikte, anayasal denetim süreci bağımsız bir yargıya değil Etiyopya'nın etnik gruplarının temsilcilerinden oluşan ve federal parlamentonun ikinci Meclisi olarak işlev gören siyasi bir organ olan Federasyon Meclisine bırakılmıştır. Bu sistem, *TPLF*'nin Federasyon Meclisi üzerindeki etkisiyle anayasal denetimi kontrol etmek için tasarlanmıştır. *FDRE* Anayasası'nın hazırlanmasında *TPLF*'nin (*EPRDF*) hakimiyeti söz konusu olup rakip siyasi güçler dışlanmıştır. Anayasanın kabulünden sonra *EPRDF*'nin iktidarı kaybedeceğine dair çok az endişe veya beklenti olduğundan partinin güçlü, bağımsız bir anayasal denetim mekanizması kurma motivasyonu yoktu. Bunun yerine, bu rolü Federasyon Meclisi'ne devrederek anayasal denetimin siyasi kontrol altında kalmasını ve iktidardaki *TPLF* elitlerinin çıkarlarıyla uyumlu olmasını sağlamıştır. Bu tasarım başlangıçta *TPLF*'ye fayda sağlamış ve partinin iktidarda olduğu süre boyunca kilit siyasi kararlar üzerinde önemli bir kontrol uygulamasına olanak tanımıştır.

ANAYASAL DENETİM MODELLERİ: *RAISON D'ÊTRE*

Temel hakların korunmasının bir araç olarak anayasal denetim; yazılı bir anayasa aracılığıyla insan haklarının ve siyasi süreçlerin yasal çerçevesinin çizilmesini, anayasa hükümlerine aykırı eylem ve işlemleri tespit mekanizmalarının oluşturulmasını ve bu tür ihlallerin düzeltilmesi için belli usullerin hayata geçirilmesini ifade etmektedir.¹ Bu amaçla, çeşitli anayasalarda yasaların ve hükümet işlemlerin anayasaya uygunluğunu denetlemek için farklı mekanizmalar geliştirilmiştir. Bu mekanizmaların, ilgili ülkelerin hukuk sistemlerinin temel ilkelerini şekillendiren tarihi ve felsefi faktörlerin karmaşık etkileşimine dayalı olarak geliştiğini söylemek mümkündür.² Farklı anayasal denetim modellerinin benimsenmesinde kilit bir

¹ Andrew Harding, "The Fundamentals of Constitutional Courts," *International Institute for Democracy and Electoral Assistance*, (Nisan 2017):1.

² Pablo Castillo-Ortiz, "Constitutional Review in the Member States of the EU-28: A Political Analysis of Institutional Choices," *Journal of Law and Society* 47, no.1 (Mart 2020): 87.

faktör, devletlerin yargı bağımsızlığı ile ilgili tarihsel deneyimlerinden etkilenecek yargıya duydukları güven (veya güvensizlik) düzeyidir. Bu güven dinamiği, denetim süreçlerinin nasıl yapılandırıldığını etkilemektedir.³ Ayrıca, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm gibi felsefi yönelimler ile bir ülkenin hukuk kültürü ve gelenekleri de önemli rol oynamaktadır.⁴ Ülkelerin farklı anayasal denetim modelleri benimsemeleri sürecinde kuvvetler ayrılığına yaklaşım da bir diğer önemli faktör olarak öne çıkmaktadır. Ülkeler, bu kavramı farklı şekillerde yorumlamakta ve uygulamakta olup, bu alandaki tercihlerin anayasal denetim konusundaki yetki dağılımı üzerinde kaçınılmaz etkileri bulunmaktadır. Bu bağlamda, bazı sistemlerde yargı, yasama ve yürütme arasında net bir ayırım olduğu ve diğer hukuk sistemlerinde ise farklı organların anayasaya uygunluk denetiminde belli yetkileri paylaştığı, daha “entegre” veya “örtüşen” bir yaklaşım söz konusu olabilmektedir. Örneğin, 2000 yılında yeni Finlandiya Anayasası'nın yürürlüğe girmesi sırasında bir anayasa mahkemesi kurulması önerisi tartışılmış ancak reddedilmiştir. Anılan kararın, böyle bir kurumsal dönüşümün ülkede mevcut kurumsal dengeyi bozabileceği ve Finlandiya anayasal kültürü ile gelenekleriyle uyum sağlayamayacağı endişelerine dayandığı gözlemlenmektedir.⁵

Tüm bu faktörlerin yanı sıra, devrimler, otoriterlikten demokrasiye geçişler ve önemli toplumsal çatışmalar gibi tarihsel olaylar, bir ülkenin anayasal denetim konusundaki yaklaşımını önemli ölçüde şekillendirmektedir. Örneğin, İkinci Dünya Savaşı öncesinde Avrupa'da yasama organına duyulan güvenin sarsılması, savaşın yıkıcı sonuçlarıyla birleşerek Almanya'da bir Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasına yol açan bir paradigma değişikliğine neden olmuştur. Bu faktörler, dünyanın dört bir

³ Bu bağlamda Roznai, birçok yargıcın diktatörlük rejimleri altında görev yaptığı Almanya, İtalya, İspanya veya Portekiz'de Amerikan modeli yargısal denetim sisteminin benimsenmesinin pratik olmadığını belirtmiştir. Ona göre Amerikan modelin uygulanması için çok sayıda yargıcın önceki rejimler tarafından lekelenmemiş az sayıda anayasa yargıcısı ile değiştirilmesi gerekirdi ki bu da mümkün değildi. Bknz Yaniv Roznai, "Introduction: Constitutional Courts in a 100-Years Perspective and a Proposal for a Hybrid Model of Judicial Review," *ICL Journal* 14, no. 4 (2020):363.

⁴ Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Oxford: Clarendon Press, 1989), 51.

⁵ Jaakko Husa, *The Constitution of Finland: A Contextual Analysis* (Oxford: Hart publishing, 2011), 83.

yanında görülen ve her ülkenin kendine özgü hukuki, siyasi ve kültürel bağlamına göre uyarlanarak anayasal denetim sistemlerinin çeşitliliğine toplu olarak katkıda bulunmaktadır.⁶

GINSBURG'UN SİGORTA TEORİSİ

Ginsburg'un sigorta teorisi,⁷ anayasal denetim modellerinin ve kurumsal tercihlerin, tasarımlarından sorumlu elitlerin çıkarları tarafından şekillendirildiğini öne sürmektedir. Ona göre, siyasi elitlerin iktidarı kaybetmeyi öngördüklerinde güçlü yargısal denetim mekanizmaları kurduklarını savunmaktadır. Yargısal denetim, bu elitlerin iktidarı kaybettiklerinde kendilerine koruma sağlayacak bir tür "sigorta" işlevi görür. *Ginsburg*'un bu sigorta teorisi, demokratik veya rekabetçi siyasi ortamlarda, gelecekteki güç dinamikleri hakkındaki belirsizliğin, elitleri siyasi geçişler sırasında tarafsız hakemler olarak hareket eden bağımsız mahkemeleri desteklemeye motive ettiğini öne sürmektedir.

Ginsburg'un teorisinin temel önermesi, siyasi elitlerin hakimiyetlerinde potansiyel bir düşüş öngördüklerinde iktidardan ayrıldıktan sonra çıkarlarını korumak için yargı kurumları tasarladıklarıdır. *Ginsburg*'a göre bir anayasanın kabul edilmesinin ardından nüfuzlarını kaybedeceklerini düşünen siyasi grupların, hükümet eylemlerine itiraz edebilecekleri alternatif bir alan sunduğu için bağımsız yargı denetimini tercih etme olasılığı daha yüksektir. İktidar partilerinin güçlü bir anayasal denetim desteğine olasılığı daha düşükken gelecek seçimleri kaybedeceklerini öngören siyasi partilerin, gelecekteki parlamento çoğunluğuna karşı çıkarlarını koruyacak bir forum olarak anayasa mahkemesinin kurulmasını savunmaları beklenmektedir.

Öte yandan, iktidarlarını uzun vadede koruyacaklarından emin olan baskın siyasi gruplar, yetkilerinin denetlenmesine ihtiyaç duymadıkları için güçlü anayasal denetim sistemleri kurmak için çok az istek duyarlar. Bu teori, anayasal gelişimde kurumsal tasarımın öneminin altını çizmekte ve bu kararların genellikle anayasa yapım sürecine dahil olan siyasi elitlerin çıkarlarını ve hedeflerini yansıttığını vurgulamaktadır. Etiyopya'da *TPLF* liderliğindeki *EPRDF*, muhalif grupları sistematik olarak dışlayarak 1995 *FDRE* anayasasının hazırlama sürecine hakim olmuştur. Etiyopya Federal

⁶ Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 115-131.

⁷ Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 22-23, 90.

Demokratik Cumhuriyeti 1995 anayasasının hazırlanma sürecine halkın katılımı son derece düşük düzeyde olmuştur. Bu katılım eksikliği, önemli muhalif siyasi partilerin marjinalleştirilmesi ve nihayetinde geri çekilmesiyle birleştiğinde,⁸ o dönemdeki hakim parti olan *TPLF*'nin siyasi ideolojisini büyük ölçüde yansıtan bir anayasaya yol açmıştır.⁹ Anayasa yapım sürecine *TPLF*'ye karşı olan siyasi güçlerin hiçbiri katılmadığından veya katılmalarına izin verilmediğinden, *FDRE* anayasasının başlangıçtan itibaren 'orijinal meşruiyet eksikliği' ile yüzleştiği belirtilmektedir.¹⁰ Uzun vadeli iktidarına güvenen *EPRDF(TPLF)*, anayasal denetim için Federasyon Meclisi'ni kendi siyasi çıkarlarıyla uyumlu olacak şekilde yetkilendirerek hükümet iktidarı üzerindeki güçlü kurumsal kısıtlamalardan kaçınmıştır. Sonuç olarak, anayasal denetim sistemi *TPLF*'nin siyasi elit ile uyum içinde çalışmıştır.¹¹

ETİYOPYA'DA ANAYASAL GELİŞMELER

Etiyopya'nın uzun¹² bir halk ve devlet geçmişi olmasına rağmen, Etiyopya'nın yazılı (modern) anayasalarla deneyimi ise 1931 anayasası ile başlamıştır. Ancak 1931'den çok önce Etiyopya'da meşru siyasi otoritenin kaynakları olarak işlev gören *Kibre Negest* 'Kralların ihtişamı', *Fetha Negest* 'Kralların hukuku' ve *Serate mangest* 'Krallığın Kurumları' gibi anayasal açıdan önemli geleneksel belgeler vardı. Bu belgeler, hükümdar, kilise ve soylular arasındaki etkileşimin önemli yönlerine odaklanan, anayasal öneme sahip klasik kamu hukuku kayıtları olarak kabul edilmektedir. Kraliyet hanedanı içindeki güç dinamiklerini, hükümdar ve kilise arasındaki

⁸ James C.N Paul, "Ethnicity and the new constitutional orders of Ethiopia and Eritrea," içinde *Autonomy and ethnicity: Negotiating competing claims in multi-ethnic States*, ed. Yash Ghai, (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 177.

⁹ Tsegaye Regassa, "The making and legitimacy of the Ethiopian Constitution: Towards bridging the gap between constitutional design and constitutional practice," *Afrika Focus* 23, no. 1 (2010): 87.

¹⁰ Ibid, 85.

¹¹ Adem Kassie Abebe, "Unique but Ineffective: Assessing the Constitutional Adjudication System in Ethiopia," içinde *Constitutional Adjudication in Africa*, ed. Charles M Fombad (Oxford: Oxford University Press, 2017), 200-202.

¹² Habeş (Etiyopya) krallığının başlangıcının 3000 yıl öncesine kadar uzandığı iddia edilmektedir. Bknz. Bahru Zewde, *A History of Modern Ethiopia 1855-1991* 2.baskı. (Oxford: James Currey, 2005), 7.

etkileşimleri ve kilisenin hükümet sistemindeki rolünü düzenlerler.¹³ 13. yüzyıla kadar uzanan bu belgeler, hükümdarın üstün otoriteye sahip olduğu kraliyet mutlakiyetçiliği ile karakterize edilen bir imparatorluğun oluşumunda önemli bir anayasal rol üstlenmiştir. Modern anayasal normlara uymamasına rağmen, bu tarihi metinler sosyo-politik çerçevedeki güç yapılarını ve ilişkileri karmaşık bir şekilde yönetmiştir. Hükümdar, kilise ve soylular arasındaki karmaşık dinamikleri tasvir ederek imparatorluğun yönetimini tanımlayan temel bir düzen kurmuşlardır. Dahası, bu belgeler modern Etiyopya'da yazılı anayasaların gelişiminin önünü açtıkları için tarihsel öneme sahiptir.

Modern anlamda yazılı anayasalar alanına girildiğinde, Etiyopya tarihsel yörüngesi boyunca dört yazılı anayasaya sahip olmuştur. Her anayasa, kabul edildiği tarihte ülkenin gelişen siyasi ve toplumsal manzarasını yansıtmaktadır. 1931 ve 1955 anayasaları, imparatorluk fikrini benimserken; 1987 Etiyopya Demokratik Halk Cumhuriyeti Anayasası ise üniter ve sosyalist bir devlet modeli inşa etmiştir. Halen yürürlükte olan 1995 Federal Demokratik Etiyopya Cumhuriyeti Anayasası ise etnik temelli federal bir devlet kurmuştur. Etiyopya'nın dört yazılı anayasası, monarşiden sosyalizme ve nihayetinde federal bir devlete geçişinde önemli bir atılımı işaret etmektedir. Her anayasa kendi zamanının sosyo-politik bağlamını yansıtır ve ülkenin anayasal gelişimini şekillendirmede önemli bir rol oynamaktadır.

A. 1931 Anayasası

1931 yılına kadar Etiyopya mutlak bir monarşiydi ve imparatorlar güçler ayrılığı veya hukukun üstünlüğü gibi anayasal sınırlamalar olmaksızın hüküm sürmekteydi. İktidar, din ve “Süleyman hanedanı efsanesi” aracılığıyla meşrulaştırılmıştır.¹⁴ Etiyopya imparatorları, yönetimlerini meşrulaştırmak için soylarını İsrail Kralı Süleyman ve Etiyopya Kraliçesi Sheba'ya kadar götürmekte ve devam eden hanedanlıklarını “Süleymanlı” olarak ilan etmişlerdir. Bu efsane, Etiyopya Krallarının otoritesini Tanrı'dan gelen bir

¹³ Fasil Nahum, *Constitution for a Nation of Nations* (Lawrenceville, New York, The Red Sea Press, 1997), 1-7.

¹⁴ Mamman Musa Adamu, “The Legend of Queen Sheba, the Solomonic Dynasty and Ethiopian History: An Analysis,” *African Research Review* 3, no.1. (2009): 468.

görev olarak konumlandırmalarında etkili bir araç olarak kullanılmıştır.¹⁵ Böyle bir yönetim anlayışının doğal bir sonucu olarak 1931'den önce vatandaşlar sadece İmparatorların tebası olarak görülmüş ve modern anlamda insan hakkının öznesi olarak kabul edilmemişlerdir.

1931 Anayasası, merkezi bir ulus-devlet inşa etmeyi amaçlayan dönemin temel siyasi dinamiklerinin bir yansımasıdır. Bu bağlamda, 1931 Anayasası'nın temel felsefesi, siyasal iktidarı sınırlamak değil imparatorun mutlak iktidarını meşrulaştırmak, yönetimi merkezileştirmek ve yerel feodal beyleri zayıflatmak olarak tanımlanabilir.¹⁶ 1931 Anayasası, monarşi ile soylular arasındaki dengeyi monarşi lehine değiştiren bir anlaşma olarak görülmektedir. Japonya'nın 1889 Meiji Anayasası'nı model alan bu anayasa, imparator ile gelenekçi soylular arasındaki gerilimleri dengelemeyi amaçlamış ve devrimci yaklaşımlardan kaçınarak modernite ile gelenek arasında hassas bir denge kurmaya çalışmıştır. 1931 Anayasası, imparatorun '*Siyume Egziabiher*' yani 'Tanrı'nın Seçilmiş'i ve '*Niguse Negast Za-Ethiopia*' yani 'Etiyopya Krallarının Kralı' olarak geleneksel rolünü pekiştirirken aynı zamanda soyluların yerel yönetimdeki rolünü azaltarak imparatorun gücü üzerindeki geleneksel kontrollerini zayıflatmıştır.¹⁷ 1931 anayasası, imparatorun kişiliğini kutsal, onurunu dokunulmaz ve egemenliğini tartışılmaz olarak resmileştiren 55 maddeden oluşmaktadır.¹⁸

1931 Anayasası, Senato ve Temsilciler Meclisi olmak üzere iki yarı temsili organ oluşturmuş ancak imparator tam kontrolü elinde tuttuğu için hiçbirini tam olarak seçilmemiş veya yasama yetkisine sahip olmamıştır. Soyluların katılımı rejime meşruiyet görüntüsü verirken, meclisler büyük ölçüde sembolikti ve merkezileşme ve modernleşme çabalarını pekiştirmeye yöneliktir.¹⁹ 1931 anayasası, imparator tarafından atanan ve yalnızca ona karşı sorumlu olan bakanların rolünü resmileştirmiştir. Müzakere Meclisleri Bakanların önerilerini alır ve tartışır ancak tüm yürütme yetkisini elinde tutan

¹⁵ Merara Gudina, *Ethiopia: Competing Ethnic Nationalisms and the Quest for Democracy 1960–2000* (Addis Ababa: Shaker Publishing, 2003), 7.

¹⁶ Nahum, *Constitution for a Nation of Nations*, 21.

¹⁷ John Markakis, *Ethiopia: Anatomy of a Traditional Polity* (London: Oxford University Press, 1974), 273.

¹⁸ Bu bağlamda Madde 6'da "Etiyopya İmparatorluğu'nda üstün güç İmparatorun elindedir" ifadesi yer almaktadır. İmparatorun yetkisi sınırsız ve tartışılmaz, işlevi ise çok yönlüdür: İmparator yürütmenin başı, adaletin kaynağı, değişimin temsilcisi ve kanun koyucusudur.

¹⁹ 1931 Anayasası mad. 31, 34.

imparator üzerinde hiçbir güce sahip değillerdir. Ayrıca, adli ve idari mahkemelerin yanı sıra kralın kendisinin yargıç olduğu son temyiz mahkemesi olarak İmparatorluk Mahkemesi'nin (*Zufan Chilot*) bulunduğu bir yargı sistemi kurmuştur.²⁰

1931 Anayasası halkın iradesinden ya da toplumsal bir sözleşmeden kaynaklanmamıştır. Bunun yerine yukarıdan "imparatorun bir armağanı" olarak bahşedilmiştir.²¹ 1931 Anayasası bir imparatorluk hediyesi olduğundan, doğası gereği, insan haklarına gerçek anlamıyla yer vermiş değildir. 1931 anayasasına göre halk tebaa olarak kabul edilmektedir. 1931 anayasasının üçüncü bölümü tebaanın bazı hak ve görevlerinden bahsetmektedir. Bazı maddeler tebaanın imparatora ve imparatorluğa karşı görevlerini ve statüsünü belirtmektedir.²² Anayasa, geleneksel olarak soyluların sahip olduğu keyfi otoriteye karşı çıkararak, hükümet gücünün yönlendirilmesi ve dağıtılması için yasal bir çerçeve oluşturmuştur. Pratikte, imparatora merkez ve taşra idaresi üzerinde tam yürütme yetkisi vererek, soylulara bağımsız bir güç bırakmadan mutlak imparatorluk otoritesini pekiştirmiştir.

B. 1955 Anayasası

1950'lerin başlarında, Etiyopya tarihinde hem siyasi hem de toplumsal manzaralardaki dinamik değişimler ışığında 1931 anayasasının eksikliklerini ortaya çıkaran önemli bir olay olmuştur. Bu dönemdeki önemli bir olay, Birleşmiş Milletler kararı uyarınca Etiyopya'nın 1952'de Eritre ile Federasyon kurmasıdır.²³ Bu gelişme Eritre ile federalleşme sürecinde Eritre'nin daha liberal bir anayasayı benimsemesi, Etiyopya'nın 1931 tarihli anayasasının çağdışı kaldığını ve güncel siyasi ideallerle uyummadığını ortaya koymuştur. Bu durum, Etiyopya'da anayasanın yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. İmparator *Haile Selassie I*, bu revizyonu sadece 1931 anayasasının yetersizliklerini gidermek için değil aynı zamanda Eritre üzerinde daha fazla kontrol sağlamak ve daha liberal ve kapsayıcı bir anayasal çerçeve için artan taleplere önceden cevap vermek için kullanmayı amaçlamıştır.

²⁰ 1931 Anayasası, mad. 50, 51, 54.

²¹ 1931 Anayasası, girişi.

²² 1931 Anayasası, mad.18-21.

²³ Gashaw Ayferam, "Constitution, Constitutionalism and Foundation of Democracy in Ethiopia," *International Journal of Research* 2, no.1 (2015): 591.

1955 anayasası, halkın iradesinin bir sonucu olmaktan ziyade imparatorun bir lütfudur (hibeydi) ve gücü imparatorun elinde toplayarak mutlakiyetçiliği pekiştirir. Etiyopya'yı modern yönetişime adapte olarak sunmayı amaçlasa da halkın katkısının olmaması ve yetkinin imparatora yoğunlaşması demokratik niteliğini zayıflatmıştır. Anayasa, monarşinin Solomonik kökenini pekiştirmiş ve imparatorun kutsallığını ve onurunu vurgulamıştır. 26. maddeye göre egemenlik, devlet başkanı olarak imparatorluğun tüm işleri üzerinde en üstün yetkiyi kullanan imparatora aittir. 1955 Etiyopya anayasası, Etiyopya Ortodoks Kilisesi'ni “devlet kilisesi” olarak tanımlamış ve devlet desteğini zorunlu kılmıştır. İmparatorun Ortodoks Kilisesi'nin savunucusu olduğunu ve Etiyopya Ortodoks inancına bağlı kalmasını zorunlu kılmıştır.²⁴

1955 anayasası, 1931 anayasasının atanmış meclislerinin aksine Temsilciler Meclisini seçilmiş bir organ haline getirerek temsil ilkesini benimsemiştir.²⁵ Bununla birlikte, Senato üyelerini hala imparator atamakta ve Senato'nun soylulara ayrılmış bir organ olarak kalmasını sağlamıştır. Kamaralardan biri seçilmiş olsa da imparator oturumları erteleme, parlamentoyu askıya alma, feshetme ve veto etme gibi önemli yetkileri elinde tutarak yasama süreci üzerindeki kontrolünü sürdürmüştür.²⁶ İlginç bir şekilde aristokrasi ve soylular dışındaki tüm nüfusun tebaadan başka bir şey olmadığı dönemde 1955 revize anayasası, devlet yönetimine katılım gibi temel siyasi hakları tanımamasına rağmen tebaa (subjects) için ayrıntılı bir sivil ve siyasi haklar rejimi içermektedir.²⁷ Üstünlüğünü ilan etmesine rağmen, 1955 Anayasası anayasal denetim için herhangi bir bağımsız organ kurmamıştır.²⁸ İmparator hem devletin hem de hükümetin başıdır. Ayrıca İmparatorun nihai Temyiz Mahkemesi, *Zufan Chilot* (Kraliyet Mahkemesi) aracılığıyla yargıyı denetlemektedir.²⁹

²⁴ 1955 Anayasası, mad. 126.

²⁵ Edmond J. Keller, “Constitutionalism, Citizenship and Political Transitions in Ethiopia: Historic and Contemporary Process,” içinde *Self-Determination and National Unity: A challenge for Africa*, ed. Francis M. Deng (Trenton, NJ: Africa World Press, 2010), 67.

²⁶ 1955 Anayasası, mad. 33.

²⁷ 1955 Anayasası, mad. 37–65.

²⁸ 1955 Anayasası, mad. 122.

²⁹ 1955 Anayasası, mad. 109.

1955 anayasa reformları geleneksel elitlerin feodal değerleri ile yükselen sınıfların burjuva-demokratik idealleri arasındaki çatışmayı yoğunlaştırmıştır. Genç aydınlar ve öğrenciler feodalizme ve kraliyet mutlakiyetçiliğine meydan okuyarak Şubat 1965'te " Kahrolsun Feodalizm Toprak Çiftçiye" sloganıyla toprak reformu tasarısını protesto eden "öğrenci hareketinin" ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu protestolar kısa sürede radikal reformlar isteyen serfler ve köylüleri de kapsayacak şekilde yayılmıştır.³⁰ Eylül 1974'te bir askeri darbe Etiyopya'nın modern imparatorluk rejimini sona erdirmiştir.³¹

Etiyopya'nın modern tarihi, bir ulus-devlet inşa etme amacıyla başlatılan hegemonik bölgesel fetihle karakterize edilmektedir.³² Son İmparator *Haile Selassie*'nin hükümdarlığı sırasında Etiyopya benzeri görülmemiş merkezileşme yaşamıştır. Eskiden özerk olan krallıkların merkezileştirilmesi ve birleştirilmesi süreci kültür, dil ve din alanlarında çeşitlilikler ortaya çıkarmıştır. Ancak devletin bu çeşitliliğe uyum sağlayamaması, siyasi ve ekonomik hakimiyetle birlikte "milliyetler sorununu" doğurmuştur.³³ Merkezileşme süreci, Etiyopya'nın güney kesimindeki nüfusun özellikle ekonomik, kültürel ve siyasi alanlarda marjinalleşmesini sürdürmüştür. İmparatorların "Tek Etiyopya, Tek Halk ve Tek Din" söylemi çekici olsa da 80'den fazla etnik gruba ev sahipliği yapan çok kültürlü Etiyopya'yı yansıtmamıştır.³⁴ 1960'lardan itibaren Etiyopya'da ulusal eşitliği ve sosyal adaleti savunan, ülkenin çok kültürlü kimliğini tanınması ve milliyetleri baskıdan kurtarması çağrısında bulunan bir öğrenci hareketi ortaya çıkmıştır. Milliyet Sorunu'nun Marksist-Leninist düşünceden etkilenen öğrenciler, ulusal baskıya bir çözüm olarak ayrılma da dahil olmak üzere Stalinist kendi kaderini tayin ilkelerini desteklemiştir. Bu hareket, ideolojilerini "ulusal baskı" üzerine kuran çeşitli etno-milliyetçi ve silahlı kurtuluş güçlerinin oluşmasına yol açmıştır. Etnisiteyi ulusal hegemonyaya karşı harekete

³⁰ Keller, "Constitutionalism, Citizenship and Political Transitions," 70.

³¹ Taffara Deguefe, *Minutes of an Ethiopian Century* (Addis Ababa: Shama Books, 2010), 281.

³² Temesgen Thomas Halabo, "Ethnic Federal System in Ethiopia: Origin, Ideology and Paradoxes," *International Journal of Political Science and Development* 4, no.1, (2016): 1.

³³ Assefa Fiseha, *Federalism: Teaching Material* (The Justice and Legal System Research Institute, 2009), 76.

³⁴ Adal Isaw, "One Ethiopia, One People and One Religion," *The African Executive*, December 25, 2017 <https://africanexecutive.com/article/read/9575>

geçmek için kullanılmış ve ayrılıkçı ideolojilerini emperyal rejimin asimilasyoncu politikalarına stratejik bir yanıt olarak konumlandırarak ayrılanın baskılanmış etnik gruplar için en iyi çare olduğunu savunmuşlardır.³⁵

C. 1987 Anayasası

1974 yılına gelindiğinde Etiyopya, genellikle şiddetin eşlik ettiği derin siyasi, ekonomik ve sosyal ayaklanmalar yaşamaktaydı. İmparatorluk rejimi, feodal toprak mülkiyeti ve etnik sorunlar gibi temel anayasal meseleleri ele almakta başarısız olmuştur. Siyasi özgürlükler üzerindeki sert kısıtlamaları ve asimilasyoncu politikaları, sonunda monarşiyi deviren devrimci bir hareketi ateşlemiştir. 1974'te İmparatoru tahttan indiren sosyalist devrimin ardından Ordu (askeri cunta *Derg*) 1955 anayasayı askıya alıp parlamentoyu feshetmiştir. Ordu, o zamanlar egemen olan sosyalizm ideolojisini benimseyerek siyasi boşluğu doldurmuştur. Komünist *Derg* rejimi feodalizmi ortadan kaldırmada başarılı olmasına rağmen güçlü bir Etiyopya ulusal kimliğine vurgu yaptığından ülkenin ikinci ana sorunu olan etnisite meselesini çözememiştir. Ordunun sonraki önlemleri, merkezileştirici ideoloji olarak monarşik mutlakiyetçiliğin yerini alan Marksist otokrasinin habercisi olmuştur.³⁶

13 yıl boyunca Komünist *Derg* rejimi, ülkeyi herhangi bir anayasa olmadan yönetmiştir. Sonunda 1987'de, etnik temelli silahlı muhalif güçlerin artan gücünü yatıştırmak amacıyla, Etiyopya Halk Cumhuriyeti anayasasını kabul etmiştir.³⁷ 1987 *Derg* (PDRE) anayasası, geniş yetkilerin Başkanlıkta toplanması ve Etiyopya'nın federasyon yerine üniter bir devlet olarak ilan edilmesi gibi önemli istisnalar dışında, 1977 Sovyet anayasasını yakından yansıtmıştır.³⁸ 1987 Anayasası, kolektif mülkiyeti ve sosyalist bir topluma dönüşümü vurgulayarak sosyalist değerleri desteklemiştir. Ayrıca tek partili

³⁵ Paul Henze, *Rebels and Separatist in Ethiopia: Regional Resistance to a Marxist Regime* (RAND Corporation, 1985), v–vii.

³⁶ Lovise Aalen, *Ethnic federalism in a dominant party state: The Ethiopian Experience 1991-2000* (Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights, 2002), 5.

³⁷ “Constitutional History of Ethiopia.” Constitutionet, <https://constitutionnet.org/country/ethiopia>.

³⁸ Muradu Abdo, *Introduction to Legal History and Traditions* (Bahirdar University, 2010), 357.

bir sistem kurarak Etiyopya İşçi Partisi'nin kurulmasına yol açmıştır. Devlet mekanizması, SSCB Yüksek Sovyet'ini model alan ulusal *Shengo* (Parlamento) ile sosyalist ulusları yansıtmaktadır. Bu tek kamaralı parlamento, yürütme komitesi olarak görev yapan ve başkanı aynı zamanda cumhurbaşkanı olarak görev yapan daimi bir Devlet Konseyi'ni içermektedir. Devlet Konseyi anayasal denetim yetkisine sahipken, cumhurbaşkanı hem devlet başkanı hem de hükümet başkanı olarak önemli yetkilere sahiptir.³⁹ Anayasa Sosyalizm ideolojisinin gereği hukukunun üstünlüğü değil sosyalist yasallığı ve kuvvetler ayrılığı değil kuvvetlerin birliği ilkesini benimsemiştir. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların önceliğine büyük önem veren sosyalist korumacı bir devlette, özellikle vatandaşlar arasında bir şeyi yapabilme yetkisi (*entitlement*) olarak insan hakları kavramı neredeyse hiç yoktur. İmparatorluk rejimine benzer şekilde Derg rejimi de aşırı merkezileşme ve bölgesel muhalefetin bastırılması ciddi insan hakları ihlallerine neden olmuştur. Yargısız infazlar ve muhaliflerin toplu katliamlarının yanı sıra etnik temelli direnişe karşı askeri güç kullanılması rejimin çöküşüne katkıda bulunmuştur.⁴⁰ Derg rejimi, etnik temelli kurtuluş hareketlerinin Mayıs 1991'de iktidarı ele geçirmesiyle sona ermiştir.

D. 1995 FDEC Anayasası

1991'deki kurtuluş hareketleriyle Sosyalist Derg'nin devrilmesinin ardından, Federal Demokratik Etiyopya Cumhuriyeti Anayasası 1994'te kabul edilmiş ve 1995'te yürürlüğe girmiştir. Yeni Anayasa, etnik temelli bir federal devlet kurmaktadır. Yeni anayasanın taslağını hazırlayan etno-milliyetçi kurtuluş güçlerine göre Etiyopya devletinin başarısızlığının ana nedeni, bir ulus inşa etme projesi tasarlayan yönetici seçkinler tarafından güç ve kaynakların tek elde toplanmasıdır. Bu tarihi ulus devlet inşa etme süreci, farklı grupları, çok kültürlü toplumlarla bağdaşmayan yönetici sınıf kimliği içinde asimile etmeye çalışan hegemonik bir projedir.⁴¹ Dolayısıyla, eğer Etiyopya bir devlet olarak devam edecekse, Etiyopya devlet yapısının yeniden

³⁹ 1987 Anayasası, mad. 65.

⁴⁰ Abebaw Y Adamu, "Diversity in Ethiopia: A Historical Overview of Political Challenges," *The International Journal of Community Diversity* 12, no.3 (2013): 22.

⁴¹ Messay Kebede, "Ethnic Politics and Individual Rights: An Alternative Vision for Ethiopia," *Ethiopian Review*, 29 Ekim, 2019, <https://www.ethiopianreview.com/index/49767>.

tanımlanmasını ve yeniden yapılandırılmasını gerektiren yeni bir Etiyopya'nın tasavvur edilmesi gerekmektedir. 1960'ların öğrenci hareketinden etkilenen etno-milliyetçi kurtuluş güçleri, etnik kimliği yalnızca devletin yeniden yapılandırılmasında tanımlayıcı bir unsur olarak değil, aynı zamanda siyasi örgütlenme ve yönetimin ideolojik temeli olarak benimsemektedir. Etnik siyaseti savunan kurtuluş güçleri arasındaki baskın inanç, kimlik siyasetinin doğrudan dilsel, kültürel veya dinsel tekelciliklerle tanımlanan grupların siyasi ve ekonomik ötekileştirilmesinden kaynaklanan toplumsal eşitsizliklerden kaynaklandığı yönündedir. Sonuç olarak, etnik temelli bölgesel devletlerin ve siyasi örgütlerin kurulmasının, bu tarihsel adaletsizliklerin giderilmesi için gerekli olduğu düşünülmektedir.⁴² Bu etnik ideolojik temelin bir yansıması olarak, 1995 FDEC Anayasası, esas olarak etnik hatlara göre çizilen bölgesel devletlerle federal bir devlet biçimi kurmaktadır. Dolayısıyla anayasası, tarihsel üniter ulus devletin aksine etnik temelli federal sistemi benimsemiştir. Milliyetler Sorunu'na meşru ve mantıklı bir yanıt olarak federal sistem, etnisiteyi birliğin tanımlayıcı bir unsuru olarak resmileştirmiştir. Dolayısıyla, FDEC anayasası, Etiyopya'yı siyasi, idari ve ekonomik gücü etnik olarak belirlenmiş; özerk bölgesel devletlere devreden çok kültürlü bir federasyon olarak yeniden tanımlamaktadır.⁴³

Anayasanın girişi "Biz Etiyopya'nın Milletler, Milliyetleri ve Halkları" ifadesiyle başlamaktadır. Dolayısıyla, Anayasa bireyler arasında değil, etnik gruplar arasında yapılan bir sosyal sözleşmedir. Devletin temelini bireyler değil etnik gruplar/ Milletler, Milliyetler ve Halklar oluşturmaktadır. FDEC Anayasasına göre, egemenlik Etiyopya halkına veya bireysel vatandaşlarına değil Etiyopya Milletleler, Milliyetler ve Halklara aittir.⁴⁴ Etnisiteye özel önem veren ve onu siyasi yönetim ve örgütlenmenin temeli olarak kabul eden FDEC Anayasası egemenliklerinin bir ifadesi olarak etnik gruplara, federal devletten ayrılma dahil olmak üzere self determinasyon hakkını koşulsuz olarak garanti etmektedir.⁴⁵

FDEC Anayasası, dokuz (şimdi on iki) bölgesel eyalet ve iki imtiyazlı şehirden oluşan parlamenter sisteme sahip bir federal devlet kurmaktadır.

⁴² FDEC Anayasası, giriş.

⁴³ Jan Erk, "Nations, Nationalities, and Peoples: The Ethnopolitics of Ethnofederalism in Ethiopia", *Ethnopolitics* 16, no. 3 (2017): 220-221.

⁴⁴ FDEC Anayasası, mad. 8.

⁴⁵ FDEC Anayasası, mad. 39.

Anayasa hem federal hem de bölgesel (federe) hükümetlerin kendi yasama, yargı ve yürütme yetkilerine ve vergi koyma ve bütçe tahsis etme hakkına sahip olmasını sağlamıştır. Federal Hükümet, Halk Temsilcileri Meclisi ve Federasyon Meclisi olmak üzere iki meclisten oluşmaktadır.⁴⁶ Etiyopya sistemi esasen parlamenter bir sistem olup, Halk Temsilcileri Meclisinde en fazla sandalyeye sahip olan siyasi parti veya partiler yürütmeyi oluşturmaktadır.

Alt meclis olan Halk Temsilcileri Meclisi doğrudan seçilen bir organdır. Üst meclis olan Federasyon Meclisi ise bölgesel eyalet meclisleri tarafından doğrudan veya dolaylı olarak seçilebilen ve etnik grupların temsilcilerinden oluşan bir organdır. Federasyon Meclisi, Etiyopya federal hükümetindeki ikinci veya üst meclistir. Geleneksel federal sistemlerde, ikinci meclis bölgesel birimlerin temsil kurumu olarak hizmet vermektedir. Ancak, FDEC anayasasına göre Federasyon Meclisi Federal birimlerin temsilcilerinden değil, "Milletlerin, Milliyetlerin ve Halkların temsilcilerinden" oluşmaktadır.⁴⁷ Her etnik grubun prensip olarak mecliste bir temsilcisi olmalıdır. Buna ek olarak, nüfusunun her bir milyonu için bir temsilci daha eklenmektedir.⁴⁸ Federasyon Meclisi anayasayı yorumlama ve anayasal anlaşmazlıkları soruşturma görevi olan Anayasa Araştırma Konseyi'ni kurma yetkisine sahiptir.⁴⁹ Federasyon Meclisi ayrıca eyaletlerin ayrılma dahil kendi kaderlerini tayin etme (self determinasyon) haklarıyla ilgili konularda karar verme, eyaletler arasındaki anlaşmazlıklara çözüm bulmalı ve ortak federal ve eyalet gelirlerinin paylaşımını ve eyaletlere yapılacak federal sübvansiyonları belirleme yetkisi sahiptir. Yargı yetkileriyle ilgili olarak Anayasa, en yüksek yargı yetkisini Federal Yüksek Mahkeme'ye vermektedir.⁵⁰

1. FDEC Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler

İnsan hakları, medeni varoluşun birincil koşulu ve siyasi toplumdan önce gelmesine rağmen, ulusal düzeyde etkin bir şekilde korunması, ülkelerinin en

⁴⁶ FDEC Anayasası, mad.53.

⁴⁷ FDEC Anayasası, mad. 61(1).

⁴⁸ FDEC Anayasası, mad.61(2).

⁴⁹ FDEC Anayasası, mad.61(1) ve (2).

⁵⁰ FDEC Anayasası, mad.78.

ustun yasası tarafından tanınmasıyla başlamaktadır.⁵¹ FDEC Anayasasının girişi, diğer ilkelerin yanı sıra hukukun üstünlüğü, demokrasi, temel haklar ve bireylerin ve halkların özgürlüklerini bünyesinde barındırmaktadır. Anayasanın üçte biri temel hak ve özgürlüklerine ilişkin konuları kapsamaktadır. Temel bireysel hak ve özgürlüklerin yanı sıra, FDEC Anayasası Milletlerin, Milliyetlerin ve Halklarının bir takım grup haklarını tanımaktadır. Anayasa, federal ve federe yasama, yürütme ve yargı organlarının her düzeyinde temel hak ve özgürlüklere saygı gösterme ve uygulama sorumluluğunu ve görevini yüklemektedir.⁵² Ayrıca FDEC Anayasası üçüncü bölümünde İnsan Hakları ve Demokratik Haklar olmak üzere iki kategoriye ayrılan uzun bir haklar listesi sunmaktadır. ⁵³ FDEC Anayasası geleneksel kişisel ve siyasal haklardan⁵⁴ sosyo-ekonomik ve kültürel⁵⁵ grup veya dayanışma haklarına kadar uzanan çeşitli insan haklarını tanımaktadır. Ancak, FDEC Anayasası kapsamında bireylerin değil milletlerin, milliyetlerin ve halkların egemenliğinin, grup haklarının bireysel haklardan önce geldiğine dair ideolojik bir temel oluşturduğu

⁵¹ Matthew E. Nwocha, Steve A. Amaramiro ve Emmanuel C. Ibezim, "The Jurisprudence of Human Rights in a Global Context," *The International Journal of Social Sciences and Humanities Invention* 8, no. 4, (2021): 6443.

⁵² FDEC Anayasası, mad.13.

⁵³ FDEC Anayasası, mad. 13- 44.

⁵⁴ Örneğin Yaşama hakkı (15.mad), güvenlik hakkı (16.mad), Özgürlük hakkı (17.mad), İşkence yasağı (18.mad), Tutulanların Hakları (19.mad), Ceza hukukunun geçmişe uygulanmaması ilkesi (22.mad), aynı suç için ikinci defa yargılanmama ilkesi (23.mad) dahil olmak üzere adaleti sistemiyle ilgili haklar, Mahremiyet hakkı (18.mad), Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (27.mad), İfade özgürlüğü (29.mad), Toplanma özgürlüğü (30.mad), Örgütlenme özgürlüğü (31.mad), seçme ve seçilme hakkı (27.mad).

⁵⁵ FDEC Anayasasının 41. maddesi uyarınca her Etiyopyalı, herhangi bir ekonomik faaliyette serbestçe bulunma, geçim kaynaklarını ve mesleğini seçme ve kamu hizmetlere eşit erişim hakkına sahiptir. Anayasa ayrıca, devletin sosyal hizmetleri sağlamak için sürekli artan kaynakları tahsis etmesini; engellilerin, yaşlıların ve ebeveynleri olmayan çocukların rehabilitasyonu için mevcut imkanlara bağlı olarak fon sağlamak ve kamu programları ve iş projeleri üstlenerek yoksullar için iş fırsatlarını genişletmeyi amaçlayan politikalar izlemesini gerektirir. Anayasa aynı zamanda devlete tarihi ve kültürel mirasları koruma, sanat ve sporun geliştirmesi görevini de yüklemektedir. Anayasa ayrıca birçok işçi haklarını güvence altına almaktadır (42.mad).

belirtilmektedir.⁵⁶ Milletlerin, Milliyetlerin ve Halkların self-determinasyon hakkı, dillerini kullanma ve geliştirme, kültürlerini ifade etme ve geliştirme, federe ve federal hükümetlerde özyönetim ve adil temsil hakkını kapsamaktadır. Bu hak, federal devlet içinde kendi federe devletlerini kurma ve hatta federal devletten ayrılmaya kadar uzanmaktadır.

FDEC Anayasası'nın 13. Maddesi, insan hakları ile ilgili hükümlerin nasıl yorumlanması gerektiğini öngörmektedir. Anayasanın 13 (2) maddesine göre üçüncü bölümünde belirtilen temel hak ve özgürlükler, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Etiyopya tarafından kabul edilen uluslararası araçların ilkelerine uygun bir şekilde yorumlanacaktır. Ayrıca, FDEC Anayasası'nın 9 (4). maddesi uyarınca, Etiyopya tarafından onaylanan uluslararası anlaşmalar, ülke hukukunun ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır.

ETİYOPYA'DA ANAYASAL DENETİMİN TARİHÇESİ

Etiyopya anayasal tarihinde, anayasal denetim sınırlı bir rol oynamış ve anayasacılığın gelişimi üzerinde çok az etkisi olmuştur. İmparatorluk, sosyalist ve mevcut anayasal dönemler de dahil olmak üzere farklı rejimlerde, odak noktası rejime yargısal denetim yoluyla meydan okumak yerine ona hizmet etmek olmuştur. İmparatorluk rejimi sırasında imparator, anayasanın üzerinde egemen bir güce sahiptir. Kral sadece yasama ve yürütmenin başı olarak görev yapmakla kalmamış, aynı zamanda *Zufan Chilot* Kraliyet Mahkemesi'nin son yargıçısı olarak da görev yapmıştır. Anayasanın üstünlüğüne ilişkin bir maddenin 1933 anayasasında yer almaması, anayasal üstünlüğün göz ardı edildiğini ortaya koymuştur. Sonraki anayasalar, örneğin 1955 Anayasası, anayasanın üstünlüğünü ilan etse bile, yasaların ve hükümet eylemlerinin anayasaya uygunluğunu denetleyecek bağımsız bir organ oluşturmamıştır.⁵⁷ Bu kurumsallaşmış yargı denetimi eksikliği Etiyopya Demokratik Halk Cumhuriyeti'nin (PDRE) 1987 Anayasası ile devam etmiştir. Bu anayasa, üstünlüğünü ilan etmesine rağmen bağımsız bir anayasa

⁵⁶ FDEC Anayasası, mad. 62(1). Maddesi uyarınca Milletler, Milliyetler ve Halkların temsilcilerinden oluşan Federal Parlamento'nun üst meclisi olan Federasyon Meclisi'ne anayasa denetim yetkisi verilmesinin ana nedenlerinden biri, Anayasa'nın hükümlerinin anlamlandırma konusundaki son sözü egemen etnik gruplara bırakma taahhüdüdür.

⁵⁷ FDEC Anayasası, mad. 122.

yargısı kurmakta başarısız olmuştur.⁵⁸ Sosyalist ideolojiye uygun olarak, anayasal denetim yetkisi, devlet başkanı tarafından yönetilen siyasi bir organ ve parlamentonun daimî bir komitesi olan Devlet Konseyi'ne verilmiştir.⁵⁹ Bu düzenleme, siyasi ve yargısal işlevler arasındaki çizgileri daha da belirsizleştirerek anayasal denetimin bağımsızlığını zayıflatmıştır. Mevcut 1995 Anayasası'na göre, anayasal denetim yetkisi parlamentonun üst kanadı (ikinci meclisi) olan Federasyon Meclisi'ne verilmiştir.⁶⁰ Ancak bu düzenleme, anayasal ilkeleri etkili bir şekilde koruyabilecek ve hukukun üstünlüğünü savunabilecek sağlam ve bağımsız bir anayasa yargısı oluşturmada yetersiz kalmaktadır. İlerleyen kesimlerde göreceğimiz gibi anayasal denetim sistemi, hükümet gücü üzerinde bir kontrol işlevi görmek ve anayasal ilkelere bağlılığı sağlamak yerine, iktidardakilerin çıkarlarını korumak için bir araç olarak işlev görmüştür.

ETİYOPYA'DA ANAYASAL DENETİMDE BENİMSENEN MODEL

FDEC Anayasası, esas olarak federal parlamentonun ikinci meclisi tarafından yürütülen merkezi bir siyasi denetim süreci oluşturarak geleneksel anayasal denetim sistemlerinden ayrılmaktadır. Federasyon Meclisi üyelerinin hukuk uzmanı olmaması nedeniyle, anayasal denetim sürecinde onlara yardımcı olmak amacıyla, büyük ölçüde hukuk uzmanlarından oluşan Anayasa Soruşturma Konseyi kurulmuştur.⁶¹ Anayasal denetim yetkisini, yargıya veya anayasa mahkemesine değil, Federasyon Meclisine vermenin gerekçesi, anayasa kurucularının, anayasanın 'niteliğini' genel olarak hukuki olmaktan çok siyasi, *Tushnet*'in deyimiyle bir 'siyasi yasa',⁶² olarak görmeleri ve milliyetlerin- etnik grupların- rolüne vurgu yapmalarındır. FDEC anayasasına göre egemenlik Etiyopya milleti, milliyetleri ve halklarına aittir ve Anayasa, onların egemenliğinin ifadesidir.⁶³ Böylece, sadece Anayasa'nın 'egemen' yazarları anayasayı yorumlama hakkına sahiptir. Anayasanın yargı tarafından yorumlanmasının, yargıçların millet, milliyetler ve halkların iradesini geçersiz kılmasına, kendi siyasi tercihlerini ilerletmelerine, izin

⁵⁸ PDRE anayasası, mad. 118.

⁵⁹ PDRE anayasası, mad. 82(1) (b).

⁶⁰ FDRE anayasası, mad. 62, 83.

⁶¹ FDEC Anayasası, mad. 84.

⁶² Mark Tushnet, "Marbury v. Madison around the World," *Tennessee Law Review* 7, no.2 (2004): 257.

⁶³ FDRE anayasası, mad. 8.

vereceği ve bu durumun demokrasi ile çelişeceği iddia edilmektedir.⁶⁴ Bu bağlamda, anayasa komisyonu sekreteri şunları kaydetmiştir:

*Halk meclisi tarafından onaylanan bir anayasanın, halk tarafından seçilmemiş profesyoneller tarafından yorumlanmasına nasıl izin verilebilir? Mahkemelerin yorum yapmasına izin vermek, demokratikleşme sürecini yıkmaya davetiye çıkarmaktır. Anayasa nihayetinde millet milliyetler ve halklarının siyasi bir sözleşmesi olduğuna göre yargıçların yorumuna tabi tutulması uygun değildir.*⁶⁵

Diğer yandan mahkemeleri anayasal denetimden hariç tutma kararı, bağımsız ve tarafsız bir kurum olarak prestiji çok düşük olan yargının itibarı ile doğrudan ilişkilidir. Etiyopya'da yargı, kurduğu rejimden hiçbir zaman daha uzun süre varlığını sürdürmemiş ve her yeni rejim kendi hedeflerine uygun yargı sistemini oluşturmaktadır.⁶⁶ Mahkemeler tarihsel olarak monarşiye ve askeri rejimlere yakından bağlı ve baskıcı rejimlerin araçları olarak görülmüştür.⁶⁷ Halk ve siyasi elitler arasında hakimlere ve mahkemelere yönelik yaygın güvensizlik nedeniyle, anayasa hazırlayıcıları yargı organı dışında ayrı bir anayasa mahkemesi kurmayı bile tercih etmemişlerdir.

Ayrıca, anayasal denetimin “yargısal” değil “siyasi” bir işlev olması nedeniyle, yargıçların hassas anayasal meseleleri ele alma konusunda mesleki yetenek ve güvenilirlikten yoksun oldukları iddia edilmektedir.⁶⁸ Bu

⁶⁴ Etiyopya'nın Geçici Hükümeti, Anayasa komisyonu, Bülten No 3 (1994).

⁶⁵ Meaza Ashenafi, “Ethiopia: Process of democratization and development,” içinde *Human Rights under African Constitutions*, ed. A An-narim (New York: University of Pennsylvania Press, 2003), 30.

⁶⁶ Assefa Fiseha, “Constitutional Adjudication in Ethiopia: Exploring the Experience of the House of Federation (HoF),” *Mizan Law Review* 1, no.1 (2007): 13.

⁶⁷ Benzer şekilde Kommers, Almanya'nın bir anayasa mahkemesi kurma kararında, Avrupa'daki olağan yargı organlarının anayasal yargılama için uygun olmadığı düşüncesinin ve olağan mahkemelerin "muhafazakâr itibarı ve kamuoyundaki güvensizliğinin" etkili olduğunu belirtmektedir. Hans Kelsen'in yargısal denetim anlayışına göre, anayasa mahkemelerinde sıradan yargıçlar yerine hukuk profesörleri görev yapmalıdır. Bknz. John E. Ferejohn, “Constitutional Review in the Global Context,” *New York University Journal of legislation and public policy* 6, no.1 (2002): 51-52.

⁶⁸ K.I. Vibhute, “Non-Judicial Review in Ethiopia: Constitutional Paradigm, Premise and Precinct,” *African Journal of International and Comparative Law* 22, no.1 (2014): 129.

bağlamda, Etiyopya anayasası "siyasi bir anayasa"⁶⁹ olarak öne çıkmaktadır. Çünkü kapsamlı bir siyasi çerçeve içinde siyasi süreçler yoluyla sorunların çözümüne güçlü bir vurgu yapmaktadır. Bu bağlamda Etiyopya Halk Devrimci Demokratik Cephesi (*EPRDF*) mevcut anayasanın yazarı olarak düşünüldüğünde, halkın iradesini potansiyel olarak geçersiz kılmak için seçilmemiş mahkemeleri güçlendirmeye karşı çıkan solcu bir parti olarak ideolojik duruşunu tanımak çok önemlidir. Etiyopya'daki hakim iktidar partisi olarak *EPRDF*, anayasa taslağı hazırlama süreci üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. *EPRDF*'nin 1991'den önce resmi olarak Marksist-Leninist yanlısı bir ideolojiye bağlı olması, anayasanın oluşumunu şekillendirmiştir. Partinin bu anlayışı çerçevesinde, burjuvazinin çıkarlarıyla uyumlu olarak görülen yargıya karşı içsel bir güvensizlik söz konusu olmuştur. Marksist-Leninist siyasi sistemlerde, anayasal denetim yetkisi genellikle yargı yetkisini sınırlandırmak için parlamento organlarına aittir. Güçlü bir yargıya yönelik bu kaygı, yasama ve yürütme yetkilerinin kullanılmasını engelleyebileceği endişesinden kaynaklanmaktadır. Mevcut anayasanın hazırlanma sürecinin, Marksist ilkelere bağlılığı ve iktidar partisinin çıkarlarının korunmasını yansıtabilecek şekilde, yargının denetim yetkisini sınırlandırmaya yönelik kasıtlı bir çabayı ortaya koyduğu belirtilmektedir.

Etiyopya'da anayasayı yorumlamaktan sorumlu kurumun belirlenmesi sürecinin öncelikle bireysel anayasal hakların korunması amacıyla motive edilmediğini göstermektedir. Bunun yerine, ülkedeki milletler, milliyetler ve halklar olarak bilinen çeşitli etnik grupların çıkarlarına ve haklarına öncelik verme niyetinden etkilenmiştir. Bu durum, Etiyopya'daki anayasal yorum sürecinin, bireysel hakların korunmasını sağlamak yerine etnik grupların kolektif haklarını ilerleten ağır bir şekilde siyasallaşmış bir sistem olduğu anlamına gelmektedir. Anayasal yoruma yönelik bu siyasallaşmış yaklaşım, birçok demokratik hukuk sisteminin temelini oluşturan geleneksel bireysel hakların korunması ilkesinden sapmaktadır.

ETİYOPYA'DA ANAYASAL DENETİM ORGANLARININ GÖREV VE İŞLEVLERİ

FDEC Anayasası uyarınca, Anayasa Soruşturma Konseyi (*CCI*) tarafından desteklenen, yasama dışı fakat yine de siyasi bir organ olan

⁶⁹ Winlock Wahiu, "Introduction," içinde *A Practical Guide to Constitution Building*, eds. Markus Bekendred, Nora Beding and Winlock Wahiu (International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), 2011), 21.

Federasyon Meclisi (*HoF*) anayasayı yorumlar ve tüm anayasal ihtilafları karara bağlar.⁷⁰ Dolayısıyla, Etiyopya'nın anayasal denetim sistemi iki kurum tarafından yürütülen iki aşamalı bir yargılama sürecine sahiptir. Soruşturma ve danışma rolü olan Anayasa Soruşturma Konseyi (*CCI*) ve nihai karar mercii olarak Federasyon Meclisi (*HoF*) söz konusudur. Bu nedenle, Etiyopya'nın anayasal denetimini tartışırken, her iki kurumun görevleri ve işlevlerine bakmak gerekmektedir.

E. Federasyon Meclisi'nin Görevleri ve İşlevleri

Federal parlamentonun üst meclisi olan Federasyon Meclisi, bölgesel (federe) ve federal devlet arasındaki arabuluculuk organı veya forum olarak işlev görmekte ve esasen Etiyopya federalizminin temel değerlerini koruyan bir kurum olarak kabul edilmektedir. Etiyopya'nın federal sistemindeki etnik siyasetin merkeziliği, Federasyon Meclisi'nin yapısı ve işlevleriyle yansıtılmaktadır. Federasyon Meclisinin ana işlevi, anayasal denetim, Anayasal Soruşturma Konseyi'ni organize etmek ve millet, milliyetler ve halkların self-determinasyon haklarına ilişkin konularda karar vermeyi içermektedir.⁷¹ Ayrıca, Federasyon Meclisi, devlet başkanını halk temsilcileri meclisi ile ortak bir oturumda seçme, anayasa değişikliği sürecine katılma, federe devletler arasında ortaya çıkabilecek ihtilafları ve anlaşmazlıkları çözme yetkisine sahiptir. Federasyon Meclisi, ortak federal ve federe vergi kaynaklarından elde edilen gelirlerin paylaşımını belirlemek gibi önemli mali sorumluluklarla da görevlendirilmiştir. Ayrıca herhangi bir federe devlet anayasal düzene tehdit oluşturduğunda müdahale etme yetkisine sahiptir ve böylece ülke içindeki siyasi ortamın istikrarını ve düzenlenmesini sağlamaktadır. Bu nedenle, Federasyon Meclisi, yalnızca doğrudan kendisine sunulan anayasal ihtilafları çözmekle kalmayıp, aynı zamanda ülkedeki siyasi (federal) sistemi dengelemek ve düzenlemek gibi geniş kapsamlı yetkilere de sahiptir.

Anayasal denetim işleviyle ilgili olarak, Federasyon Meclisi, Anayasa Soruşturma Konseyi tarafından sunulan bir öneri üzerine nihai kararı vermektedir.⁷² Anayasal davalar doğrudan Federasyon Meclisi'ne

⁷⁰ FDRE anayasası, mad. 83.

⁷¹ FDRE anayasası, mad. 62.

⁷² Proclamation No. 251/2001, Consolidation of the House of the Federation and Definition of its Powers and Responsibilities Proclamation, mad. 5; Proclamation No. 1261/2021, mad. 7.

sunulabilmektedir. Bu durumda, Meclis davayı Anayasa Soruşturma Konseyi'ne iletir.⁷³ Ayrıca, Federasyon Meclisi, Anayasa Soruşturma Konseyi'nin kararından memnun olmayan taraflarca başvurulması durumunda temyiz organı olarak karar vermektedir.⁷⁴ 251/2001 sayılı Bildirinin 4(2) maddesine göre Federasyon Meclisi anayasal konularda kendi takdirine bağlı olarak tavsiye, danışma veya yol gösterici görüşler sunma yetkisine sahiptir. Bu tür görüşler sunma kararı veya danışmanlık hizmetleri bir kanunun yürürlüğe girmesinden önce veya sonra verilebilmektedir.

Anayasa mahkemeleri, kanunların anayasal denetiminin yanı sıra seçim anlaşmazlıklarını çözmek, demokratik olmayan partileri kapatmak ve milletvekilliğinin düşmesi gibi siyasi görevleri de üstlenir. Bu nedenle, anayasa mahkemeleri, ABD'deki "siyasi soru doktrini" ile karşılaşmadan siyasi meseleleri karara bağlama konusunda daha yetkilidir. Etiyopya Federasyon Meclisi'nin siyasi niteliği, siyasi sorular kavramını bu bağlamda geçersiz kılmaktadır. Bununla birlikte, merkezi anayasal denetim sistemine sahip birçok ülkenin aksine, Etiyopya'da milletvekilliğinin düşmesi işlemleri ve siyasi partilerin kapatılması gibi konular anayasal denetime tabi değildir. Türkiye ve Güney Afrika gibi ülkelerde anayasa mahkemeleri anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu inceleme yetkisine sahiptir. Ancak Etiyopya'da Federasyon Meclisi, Halk Temsilcileri Meclisi ile birlikte federal parlamentonun ikinci meclisi olarak değişiklikleri önererek, işleyerek ve karara bağlayarak değişiklik sürecinde merkezi bir rol oynamaktadır. Federasyon Meclisi'nin bu sürece bir anayasal inceleme veya yargılama organı sıfatıyla değil, ulusların, milliyetlerin ve halkların temsilcileri olarak katıldığını belirtmek önemlidir.⁷⁵

⁷³ Proclamation No. 251/2001, mad. 6.

⁷⁴ Proclamation No. 251/2001, mad. 5(2).

⁷⁵ Anayasanın değiştirilmesi sürecinde Federasyon Meclisi, önerilen değişikliklerin hem başlatılmasında hem de onaylanmasında önemli bir rol oynamaktadır. Madde 104'e göre Federasyon Meclisi, üye devletlerin Eyalet Konseylerinin üçte birinin anayasa değişikliği önerisini desteklemesi halinde değişikliklerin başlatılması sürecine dahil olmaktadır. Bu destek, teklifin görüşülmek ve karara bağlanmak üzere sunulmasını tetiklemektedir. Bu da Federasyon Meclisi'nin önerilen bir değişikliğin değerlendirmeye alınıp alınmayacağını belirlemedeki etkisinin altını çizmektedir. Ayrıca, 105. madde 105 Federasyon Meclisi'nin anayasa değişikliklerini onaylamadaki rolünü tanımlamaktadır. Anayasanın Üçüncü Bölümünde belirtilen hak ve özgürlükler ile diğer belirli maddelere ilişkin

F. Anayasal Soruşturma Konseyi'nin Görevleri ve İşlevleri

FDEC Anayasası'nın 82 (1) maddesi uyarınca anayasal bir organ olarak kurulan Anayasa Soruşturma Konseyi, Federasyon Meclisi'nin hukuk danışmanıdır. Konsey, Federasyon Meclisi'ne profesyonel destek vermek üzere kurulmuştur. Anayasaya aykırı olduğu iddia edilen herhangi bir hükümet organı ya da görevlisinin herhangi bir yasası ya da kararının kendisine sunulması halinde, Konsey konuyu araştırır ve nihai karar için önerisini Federasyon Meclisi'ne sunar.⁷⁶ Ancak eğer Konsey, davayı inceledikten sonra, anayasal yoruma gerek olmadığını tespit ederse, davayı reddeder ve kararını ilgili tarafa bildirmektedir. Benzer şekilde, anayasal yorum sorunları mahkemelerde ortaya çıkarsa, anayasal yoruma gerek olmadığı tespit edilirse, Konsey davayı ilgili mahkemeye geri gönderir. Ancak, anayasal yoruma ihtiyaç olduğu inaniyorsa, nihai bir karar için önerilerini Federasyon Meclisi'ne sunar.⁷⁷

Genel olarak Konsey, Anayasa'yı yorumlamaya gerek olmadığına karar verirse, davayı reddetmektedir. Ancak, ilgili tarafların itiraz etme seçeneği vardır. Federasyon Meclisi itirazı incelemeye karar verirse, Konsey'e geri gönderebilir, Konsey'den tavsiye isteyebilir ya da bağımsız olarak yargılama yapabilir. Konsey, anayasal konularda profesyonellerden veya kurumlardan uzman görüşü alma yetkisine sahiptir. Ayrıca hükümet organları, Konsey ya da Federasyon Meclisi'nin talebi üzerine tartışmalı anayasal konulara açıklık getirmekle yükümlüdür.

değişiklikler için Federasyon Meclisi'nin önerilen değişikliği üçte iki çoğunlukla onaylaması gerekmektedir. Ayrıca, Üçüncü Bölüm'de belirtilenler dışındaki hükümleri hedef alan değişiklikler için Federasyon Meclisi, Halk Temsilcileri Meclisi ile ortak bir oturumda iş birliği yaparak önerilen değişiklikleri üçte iki çoğunlukla onaylamaktadır. Özetle, Federasyon Meclisi anayasa değişikliği süreci boyunca çok önemli bir organ olarak hareket etmekte, özellikle üye devletleri ve belirli anayasal hak ve özgürlükleri ilgilendiren konularda hem değişikliklerin başlatılmasında hem de onaylanmalarının sağlanmasında önemli roller oynamaktadır.

⁷⁶ Proclamation No. 250/2001: Council of Constitutional Inquiry proclamation, mad. 6(2).

⁷⁷ Proclamation No. 250/2001, mad. 6(3).

ETİYOPYA'DA DENETİM ORGANLARININ İÇ YAPISI

Federasyon Meclisi, milletlerin, milliyetlerin ve halkların temsilcilerinden oluşmaktadır.⁷⁸ Her millet, milliyet ve halk, Federasyon Meclisi'nde en az bir üye tarafından temsil edilmektedir. Ayrıca, her millet veya milliyet, nüfusunun her bir milyonu için bir ek temsilci tarafından temsil edilmektedir. Federasyon Meclisi şu anda farklı milliyetleri (etnik grupları) temsil eden 153 üyeye sahiptir. Federasyon Meclisi üyeleri, bölgesel devlet konseyleri yani federasyonun kurucu birimleri yasama organı tarafından atanmaktadır.⁷⁹

Anayasal Soruşturma Konseyi, Federasyon Meclisi'nin son derece siyasi yapısına hukuki bir dokunuş sağlamak için tasarlandığından, konsey üyelerinin çoğunluğunun hukuki bir arka planı bulunmaktadır. Anayasal soruşturma Konseyi on bir (11) üyeden oluşmaktadır: bunlar Federal Yüksek Mahkemenin (yargıtayın) Başkanı ve Yargıtayın Başkan Yardımcısı, Halkların Temsilcileri Meclisi tavsiyesi üzerine devlet başkanı tarafından atanan mesleki yetkinliği ve yüksek ahlaki duruşunu kanıtlamış altı (6) hukuk uzmanı ve üyeleri arasından Federasyon Meclisi tarafından aday gösterilen üç (3) kişidir.⁸⁰ Dolayısıyla, Yargıtay Başkanı Konseyin Başkanı olarak, Yargıtay Başkan Yardımcısı ise Konsey Başkan Yardımcısı olarak Konseyin doğal üyesi *ex officio* olarak anayasa tarafından yetkilendirilmektedir. Konsey üyeleri hem siyasi hem de yargı organlarından seçilmektedir. Ayrıca, Federal Yüksek Mahkeme Başkanı ve Başkan Yardımcısının atanması, parlamentonun onayına bağlı olarak Başbakanın yetkisindedir.

Bir anayasal denetim organının meşruiyeti, bağımsızlığını koruması ve siyasi yelpazenin her kesiminden geniş siyasi destek alması gereken yapısına sıkı sıkıya bağlıdır. Bu, şeffaf seçim (atanma) süreçlerini, farklı temsiliyetleri ve usulsüz etkiyi azaltacak mekanizmaları içerir; böylece anayasal ilkelerin ve insan haklarının korunmasında tarafsız bir hakem olarak rolünü güçlendirmektedir. Bu amaçla, siyasi muhalefet üyeleri de dahil olmak üzere farklı siyasi aktörleri içeren bir atama süreci oluşturulması, mesleki yeterlilik şartlarının tanımlanması ve yenilenemeyen görev süresi önerilmektedir.⁸¹

⁷⁸ FDRE anayasası, mad. 61.

⁷⁹ FDRE anayasası, mad. 61(3).

⁸⁰ FDRE anayasası, mad. 82.

⁸¹ Sujit Choudhry, *Constitutional Review in New Democracies* (New York: Centre for Constitutional Transitions, 2013), 4.

Etiyopya'da Federasyon Meclisi/Konseyi 'nin üyesinin seçme veya atama süreci, iktidar veya muhalefet partilerinin bu atamalarla ilgili olarak müzakere etmeleri ve bir uzlaşmaya varmaları için belirli bir çerçeve içermemektedir. Federasyon Meclisi'nin temsilcileri yalnızca anayasaya karşı değil öncelikle temsil ettikleri milliyetlere, milletlere ve halklara karşı sorumludur. Federasyon Meclisi, onun siyasi bir organ olarak işlev gördüğünü ve iktidar partisinin hakim olduğu bir federal hükümet içinde siyasi bir organ olarak faaliyet göstermekte ve bu da karar alma sürecini ve anayasal denetimi etkilemektedir.⁸²

Federasyon Meclisi'nin görev süresi beş yıldır. Benzer şekilde, Federasyon Meclisi tarafından aday gösterilen Anayasal Soruşturma Konseyinin üyelerinin görev süresi de beş yıldır.⁸³ Konseyin Başkanı ve Başkan Yardımcısı, Federal Yüksek Mahkeme Başkanı ve Başkan Yardımcısı, Yüksek Mahkemede (Yargıtay'daki) konumlarının sürdüğü süre boyunca görevde kalmaktadır. Cumhurbaşkanı tarafından atanan hukuk uzmanlarının görev süresi altı yıldır.⁸⁴ Üyeler yeniden aday gösterilebilmektedir. Bu durum, onların sınırlı bir görev güvencesine sahip olduğu ve her seçimin kazananlarının kendi anayasal yargılayıcılarını oluşturduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, Etiyopya anayasal denetim organı, Ginsburg'un "yargısal denetimin sigorta modeli" olarak adlandırdığı ve seçimleri kaybedenlere koruma sağlayan demokrasilerdeki anayasa mahkemesine benzer bir işlev görme kapasitesinden yoksundur.⁸⁵ Yeniden atanma olasılığı, kurumsal bütünlüğe yönelik önemli bir tehdit olarak görülmekte ve bazı anayasalar bunu açıkça yasaklamaktadır. Bu bağlamda Venedik Komisyonu, sınırlı ve yenilenebilir görev sürelerinin hakimleri kendilerini atayan veya yeniden atama yetkisine sahip olan makama bağımlı hale getirebileceğini belirtmiştir.⁸⁶ Bu endişe, yargıçların – Etiyopya bağlamında Konsey üyelerinin- ikinci bir dönem için aday olabilmeleri halinde, ilk dönemdeki bağımsızlıklarının, kendilerini aday gösterenlerin gözüne girmeye çalışmaları nedeniyle tehlikeye girebileceği inancından kaynaklanmaktadır. Ancak süresiz ömür boyu atama usulü, toplumdaki sosyal, kültürel ve siyasi değişimleri yeterince yansıtamayan "yaşlanmış bir

⁸² Şu anda Federasyon Meclisi üyelerinin %100 iktidar partisinden oluşmaktadır.

⁸³ Proclamation No. 250/2001, mad. 7(1).

⁸⁴ Proclamation No. 250/2001, mad. 7(2).

⁸⁵ Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies*, 24-25.

⁸⁶ Venice Commission, *Rule of Law Checklist*, CDL-AD (2016)007, para. 76.

mahkeme” yaratma riskini de beraberinde getirir. Zaman içinde bu kopukluk, anayasanın daha geniş bağlamı içinde değişen ideolojik dengeler ve sosyo-politik dinamiklerle uyum sağlayamayan bir mahkeme ile sonuçlanabilir.⁸⁷ *Sadurski*'ye göre, yeniden seçilme seçeneğinin olmadığı belirli uzun süreli bir sistem bu ikisinin arasında bir yerde algılanmaktadır.⁸⁸ Yeniden atanmanın yasaklanması, Konsey üyelerinin siyasetçilerden çıkar sağlamasını önleyerek bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını korumalarına yardımcı olabilmektedir. Federasyon Meclisi üyelerinin yeniden atanmasına karşı açık bir anayasal veya hukuki yasak bulunmamasıyla birlikte 798/2013 sayılı Bildiri ile yürürlükten kaldırılan 250/2001 sayılı Bildiri, 7(3) maddesinde Federasyon Meclisi ve Başkan tarafından atanan Anayasa Soruşturma Konseyi üyelerinin yeniden aday gösterilebileceğini belirtmiştir.

Bu bağlamda Federasyon Meclisi üyesi, kendisini seçen devlet konseyinin görevden alınmasına karar vermesi halinde veya bir üyenin doğrudan halk tarafından seçilmesi durumunda, seçmenlerin yüzde on beşinin seçim kurulunun ilgili yönetmeliklerine uygun olarak görevden alınmasına karar vermesi halinde ya da Federasyon Meclisi'nin üçte iki oyla bir üyenin ahlaki yetersizlik nedeniyle seçim bölgesini gerektiği gibi temsil etmediğine karar vermesi halinde görevden alınabilmektedir.⁸⁹ Dolayısıyla, Federasyon Meclisi üyelerinin bu özel koşullar altında görevden alınabildiği Etiyopya'daki durum, diğer demokratik ülkelerde bu tür üyelere tipik olarak sağlanan korumayla açık bir tezat oluşturmaktadır.

Başkan ve Başkan Yardımcısı hariç olmak üzere, Anayasa Soruşturma Konseyi'nin tüm üyeleri, haklı gerekçeyle (*Good Cause*),⁹⁰ disiplin nedenleriyle veya yetkinlik ya da verimlilik eksikliği nedeniyle, onları aday gösteren organ tarafından görevden alınabilmektedir. Ancak bu kararın, Federasyon Meclisi'nin çoğunluk oyuyla onaylanması gerekmektedir.⁹¹ Bu tür görevden almalarla sorumlu bağımsız bir organın bulunmaması, kurumun

⁸⁷ Venice Commission, *The Composition of Constitutional Courts*, CDL- STD (1997)020, 13.

⁸⁸ Wojciech Sadurski, *Rights before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post communist States of Central and Eastern Europe* (Dordrecht: Springer, 2005), 14.

⁸⁹ Proclamation No. 251/2001, mad. 50.

⁹⁰ Makbul sebep (*Good Cause*) standart, suistimal etmeye açık, açık uçlu bir kaygan standarttır.

⁹¹ Proclamation No. 250/2001, mad. 8(2).

tarafsızlığı konusunda endişelere yol açmaktadır. Millet, milliyetler ve halk temsilcisi olarak Federasyon Meclisi üyeleri, hukuk ya da anayasa bilgisi için değil, siyasi görüşleri için tayin edilen siyasetçilerdir. Meclisi'nin üyelerinin çoğunluğunu göz önünde bulundurulduğunda, hukuki birikim eksikliği nedeniyle, Anayasa'yı anlama, yorumlama ve karmaşık yasal uyumsuzlukları yargılama yetenekleri tartışmalıdır.⁹² Federasyon Meclisi üyelerinin kendi etnik gruplarını temsil ettikleri ve siyasi partilere bağlı oldukları göz önüne alındığında, karar alma süreçlerinin hem temsil ettikleri etnik gruba hem de ait oldukları siyasi partiye olan bağlılıklarından etkileneceğini öngörmek mantıklıdır. Meclis üyelerinin çoğunluğunun aynı zamanda bölgesel (federe) yürütme ve yasama organlarında görev almaları ve bölgesel konseyler tarafından seçilmeleri, bu organın anayasal yorumlama görevini yerine getirirken tarafsızlık ve bağımsızlık konusunda kaygılara neden olmaktadır.

Siyasi kurumların tek bir partinin hakimiyetinde olduğu Etiyopya'da Anayasal Soruşturma Konseyi üyeleri için önceden belirlenmiş nitelikler bulunmamaktadır. Bu durum, siyasi olmayan aktörlerin seçim sürecine dahil edilmesini zorunlu kılmaktadır. Siyasi azınlıkları koruyan ve *CCI/HoF*'un tamamen iktidar partisi tarafından kontrol edilmesini engelleyen bir güvence işlevi görecektir. Ne yazık ki Etiyopya bağlamında böyle bir sistem mevcut değildir. Bu nedenle Konsey üyeleri için atama süreci tamamen siyasidir ve partizan atamalara karşı usule ilişkin güvence sağlamamaktadır. Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme (Yargıtay) Başkanının ve Başkan Yardımcısının dışında⁹³ Konsey'in diğer dokuz üyesi, iktidar partisinin aktif siyasetçileri veya üyeleri (başka bir şekilde bağlantılı) olabilmektedir.

Konsey üyelerinin statülerine ilişkin bir başka mesele, diğer görevlerinde- sıfatlarıyla- zaten karar verdikleri davaları yeniden denetleme olasılığıdır. Bu esasen her iki üyenin (Yüksek Mahkeme Başkanının ve Başkan Yardımcısının) de daha önce Federal Yüksek Mahkeme'de yargıç sıfatıyla karara bağladıkları davaları konseyde incelemelerine izin vermektedir. Benzer bir sorun, Federasyon Meclisinin üç üyesinin anayasal denetim üyesi sıfatıyla Konseyin üyesi olarak seçilmeleri ve aynı zamanda

⁹² Takele Seboka, "Judicial Referral of Constitutional Disputes in Ethiopia: From Practice to Theory," *African Journal of International and Comparative Law* 19, no.1 (2011): 122.

⁹³ Anayasanın 81. maddesine göre Federal Yüksek Mahkeme Başkanı ve Başkan Yardımcısı, Başbakanın önerisi üzerine Halk Temsilcileri Meclisi tarafından atanır.

Federasyon Meclisi'nin karar alma süreçlerine katılmaları halinde de ortaya çıkmaktadır. Pratikte, iktidar partisine bağlı kişilerin bu organın üyesi olarak görev yaptığı sıklıkla görülmektedir. Örneğin, 2012 yılında Konsey, Başbakan'ın hukuki danışmanı, eski bir Bakan, Gümrük ve Gelir İdaresi Başsavcısı, Halk Temsilcileri Meclisi'nin iki üyesi ve Etiyopya Halkının Devrimci Demokratik Cephesi'nin (*EPRDF*) bir üyesi dahil olmak üzere on bir üyeden oluşmuştur. Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme Başkanı ve Başkan Yardımcısı dışında kalan dokuz üyesi aktif olarak siyasetin içinde yer alan ve iktidar partisine bağlı olan kişilerdir. Yasama ve yürütme organlarının parlamentoda birleştiği parlamenter sistemde, iktidar partisi ve devlet arasında bir kaynaşma söz konusudur. Esasen tavsiye niteliğinde olan Konseyin kararları, siyasi dinamiklerin etkisini yansıtacak şekilde, Federasyon Meclisi tarafından kolay bir şekilde reddedilebilmektedir. Konseyin kararları oy çokluğuyla onaylanmalıdır.⁹⁴

ETİYOPYA'DA ANAYASAL DENETİM TÜRLERİ

Etiyopya anayasal denetim sistemi somut, soyut ve anayasal (bireysel) şikâyetten oluşan bir denetim mekanizmasını içermektedir.

G. Soyut Norm Denetimi

Soyut denetim hem halihazırda hukuk sistemine girmiş olan kanunlar veya diğer normatif düzenlemeler hem de parlamentoda görüşülmekte olan kanun tasarıları gibi hukuk sistemine girmemiş olanlar için gerçekleştirilebilmektedir. Mahkemeler tarafından yargılanamayan (*non justiciable*) ve anayasal yorum gerektiren meseleler, federal veya federe (bölgesel) devlet yasama organları üyelerinin en az üçte biri veya federal ya da federe (bölgesel) devlet yürütme organları tarafından soruşturma konseyine sunulabilmektedir.⁹⁵ Bu nedenle, federal ya da federe devletler yasama veya yürütme organları tarafından yasa *tasarısı*, yürürlüğe girmeden önce anayasal denetim için Konseye gönderebilmektedir. Bu, esas olarak anayasal ihlallere neden olmadan önce, potansiyel olarak anayasaya aykırı yasaları filtreleyerek önleyici bir işleve sahiptir. Soyut denetim tipik olarak belirli bir davaya atıfta bulunulmadan gerçekleştirilmektedir. Çünkü anayasaya uygunluk itirazı hukuki bir ihtilafa dayanmaz. Bunun yerine, hukukun anayasaya uygunluğu anayasanın bir hükmü ile karşılaştırılarak değerlendirilmektedir. Bu süreç

⁹⁴ Council of Constitutional Inquiry Proclamation No.798/2013, mad. 11(2).

⁹⁵ Proclamation No. 250/2001, mad. 23(4).

olgu odaklı olmadığından, anayasa sorunu sadece davanın bir unsuru değil, davanın özü haline gelmektedir.⁹⁶ Bu prosedüre göre, anayasal yorum gerektiren ve mahkemelerin yargı yetkisi dışında kalan, yargılanmayabilir konular, Konsey'e havale edilebilmektedir. Dolayısıyla hükümetin politikalarının (*policy*) ve uygulamalarının anayasaya uygunluğuna ilişkin davaların sunulmasına izin vermektedir. Etiyopya'da seçim sistemi, tek isimli tek turlu sistem (*First Past the Post*) esasına göre işlemekte ve bu da baskın iktidar partisinin hem federal hem de federe meclisler üzerinde hakimiyet kurmasına neden olmaktadır. Önemli bir temsile sahip olmayan muhalefet partileri ise parlamentonun yüzde beşinden daha azını kontrol etmektedir.⁹⁷ Bu koşullar altında, parlamento üyelerinin en az üçte biri tarafından başlatılması gereken soyut inceleme süreci, yasalara yürürlüğe girmeden önce itiraz etmek için etkisiz görünmektedir.

H. Somut Norm Denetimi

Somut anayasal denetim davaları mahkemelerce görülmekte olan davalarla ilgilidir. Dolayısıyla, somut denetim esasen olgu odaklıdır. Mahkeme işlemleri sırasında anayasal bir sorun ortaya çıkarsa ve mahkeme davayla ilgili karar verirken anayasal yoruma ihtiyaç olduğuna ikna olursa, davayı Konseye sunmalıdır. Dolayısıyla, davayı Konseye sevk etmeden önce mahkeme, önündeki bir dizi olgu temelinde, belirli bir kanunun uygulanmasının anayasaya aykırı sonuçlara yol açıp açmayacağını tespit edecektir. Mahkeme, davayı kendiliğinden veya tarafların talebi üzerine Konseye götürebilir.⁹⁸ Soyut denetimin aksine, somut denetim ancak *a posteriori*, yani kanun kabul edildikten ve etkin bir şekilde hukuk sisteminin bir parçası haline geldikten sonra gerçekleşebilmektedir.

Etiyopya anayasal denetim sisteminde hem *a priori* denetimin hem de *a posteriori* denetimin mevcut olması teorik olarak davaların çeşitli aşamalarda veya zaman noktalarında açılmasına izin vermektedir. Buna göre, *a priori* aşamada yapılan hatalar daha sonraki bir *a posteriori* denetimde düzeltilebilmektedir.

⁹⁶ Gustavo F. de Andrade, "Comparative Constitutional Law: Judicial Review," *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 3, no.3 (2001): 983.

⁹⁷ Örneğin Etiyopya'daki son 2021 ulusal seçimlerinde iktidar partisi parlamento sandalyesinin %97'sini kazanmıştır.

⁹⁸ Proclamation No. 250/2001, mad. 21, 22.

İ. Anayasa Şikâyet (Bireysel Başvuru)

Üçüncü prosedür, bireylerin haklarının ihlal edildiğine inandıklarında Anayasa Soruşturma Konseyi'ne veya Federasyon Meclisi'ne başvurmaya yetkili oldukları 'anayasa şikâyet' olarak adlandırılmaktadır. Soyut veya somut denetimin aksine, anayasa şikâyeti usulü bir normun anayasaya uygunluğunu incelemeyi amaçlar. Bunun yerine, kamu yetkililerinin anayasal hakları ihlal edebilecek belirli eylem veya ihmallerine yöneliktir. Mahkemeler dışında ortaya çıkan anayasal davalar ancak temel hak ve özgürlüklerle ilgili olması halinde Anayasa Soruşturma Konseyi'ne sunulabilmektedir.⁹⁹ Böylece, herhangi bir devlet kurumunun veya görevlisinin nihai kararı ile mağdur olan kişi Konsey'e anayasal denetim için başvurabilmektedir. Bununla birlikte, devlet kurumundaki tüm hukuk yolları tüketilmiş olmalıdır. Nihai karar idari veya adli süreç içerisinde tam olarak tüketilmiş ve başka bir temyiz yolu bulunmayan bir karardır.¹⁰⁰

J. Kararın Etkisi ve Türleri

FDEC Anayasası'nın 9(1), 62(1) ve 83(1) maddelerinin birlikte yorumlanması, Federasyon Meclisi'ne kanunları, idari kararları veya eylemleri geçersiz ilan etme -iptal- yetkisi vermektedir. Federasyon Meclisi'nin anayasal ihtilaflara ilişkin nihai kararının genel bir etkisi vardır. Karar bağlayıcıdır ve gelecekte ortaya çıkabilecek benzer anayasal konularda uygulanabilirliği bulunmaktadır. Bu nedenle, Federasyon Meclisi kararının *erga omnes* etkisi vardır. Federasyon Meclisi bir yasanın bir bölümünün anayasaya aykırı olduğuna karar verirse, aksi belirtilmedikçe, nihai karar genellikle yasanın söz konusu bölümüyle sınırlı olacaktır.¹⁰¹ Federasyon Meclisi'nin kararının ileriye dönük etkisi olacaktır. Federasyon Meclisi'nin kararları, Meclis aksi yönde bir karar almadıkça, karar tarihinden itibaren geçerlidir. Dolayısıyla, Federasyon Meclisi'nin yasaları geçersiz kılan kararları, Meclis'in kararından önce bu yasalar uyarınca yapılan işlemleri etkilemez. Bununla birlikte, Federasyon Meclisi, kararında bu niyetin açıkça belirtilmesi koşuluyla, kararının geriye dönük etkisini belirleme yetkisine sahiptir.¹⁰² Ayrıca, yasama organının anayasaya aykırılık konusunda nihai

⁹⁹ Proclamation No. 250/2001, mad. 23(1).

¹⁰⁰ Proclamation No. 250/2001, mad. 23(2).

¹⁰¹ Proclamation No 251/2001, mad. 12.

¹⁰² Proclamation No 251/2001, mad. 16(1).

kararını vermeden önce yasayı değiştirmesi veya yürürlükten kaldırması için altı ayı geçmemek üzere ek süre verebilmektedir.¹⁰³ Federasyon Meclisi Başkanı, anayasal denetim talebinde bulunan bir başvurucunun telafisi mümkün olmayan bir zararla karşı karşıya olduğu düşünüldüğünde yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisine sahiptir.

ETİYOPYA'DA ANAYASAL DENETİM SİSTEMİNİN ETKİNLİĞİ VE YAPISAL PROBLEMLERİ

Bir anayasal denetim sisteminin etkinliği, halkın bu kuruma duyduğu güven düzeyine ve siyasetteki önemli anayasal ihtilafların bu sistem aracılığıyla ele alınma sıklığına bağlıdır.¹⁰⁴ Etiyopya'nın anayasası otuz yıldır yürürlükte olmasına ve oldukça büyük nüfusuna rağmen, Konsey veya Federasyon Meclisi önüne getirilen dava sayısı oldukça düşüktür. Anayasal davalarının, özellikle anayasal şikayet, sayısının sınırlı olması, insan haklarının hükümet tarafından sık sık ihlal edilmesine rağmen halkın anayasal denetim mekanizmalarıyla olan sınırlı ilişkisinin altını çizmektedir.¹⁰⁵ Tarihsel olarak, güvenliği korumayı ve sivil toplumu düzenlemeyi amaçlayan yasalar sıklıkla muhalefeti bastırmak, siyasi katılımı kısıtlamak ve temel hakları ihlal etmek için kötüye kullanılmıştır. Terörle ilgili suçların geniş yorumlanması, muğlak kriterler, gevşek delil standartları ve geniş polis otoritesinin damgasını vurduğu önceki terörle mücadele yasası,¹⁰⁶ ifade özgürlüğü, siyasi haklar ve özel hayatın gizliliği gibi temel özgürlüklerin yaygın bir şekilde ihlal edilmesine yol açmıştır. Kolluk kuvvetlerine yeterli güvenceler olmaksızın aşırı yetki vererek adalet ve adil yargılama ilkelerini aşındırılmış ve nihayetinde muhalefeti ve siyasi katılımı bastırmıştır. Ayrıca, kefaletle serbest kalma hakkı, hızlı yargılanma ve masumiyet karinesi gibi temel haklara önemli sınırlamalar getirmiştir.¹⁰⁷ Bu kısıtlamalar adaletin temel ilkelerini zedelemiş ve tutuklanan bireylerin adil yargılanma haklarının

¹⁰³ Proclamation No 251/2001, mad. 16(1).

¹⁰⁴ Alec Stone Sweet, "Constitutional Courts," içinde *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michel Rosenfeld and Andras Sajó (Oxford, UK: Oxford University Press, 2012), 825.

¹⁰⁵ Freedom House, 1995'ten 2024'e kadar yaptığı değerlendirmede Etiyopya'yı "özgür olmayan" ülkeler arasında sınıflandırmıştır.

¹⁰⁶ Proclamation No. 652/2009, Anti-Terrorism proclamation.

¹⁰⁷ Proclamation no.434/2005, Revised Anti-Corruption Special Procedure and Rules of Evidence and Criminal Procedure Code of 1961.

sistematik olarak inkâr edilmesine katkıda bulunmuştur. Benzer şekilde, önceki Sivil Toplum Kuruluşları (STK'lar) yasası,¹⁰⁸ yabancı ve anonim fonlara ciddi kısıtlamalar getirerek siyasi katılımı, toplanma ve örgütlenme hakkını, ifade özgürlüğünü etkili bir şekilde engellemiştir. Benzer şekilde, basın özgürlüğü ve bilgiye erişim yasası, bilgi edinme hakkını geçersiz kılan, aşırı gizliliği ve şeffaflık eksikliğini teşvik eden çok sayıda istisna içermektedir.¹⁰⁹ Bu tür yasaların yaygınlaşmasına rağmen ne bireyler ne sivil toplum grupları ne de siyasi partiler bu yasaların anayasaya uygunluğuna itiraz etmek için anayasal denetim sistemine başvurmuşlardır.¹¹⁰

K. Anayasal Denetimin Bağlamsallaştırılması

Yargısal denetimin etkinliğinin değerlendirilmesi, siyasi ve kurumsal bağlamının anlaşılmasını gerektirmektedir. *Tom Ginsburg*'a göre, iktidarın dağılımı, demokrasinin durumu ve kurumsal çerçeveler de dahil olmak üzere çeşitli faktörler yargısal denetimi önemli ölçüde etkilemektedir. Yargısal denetim hem hukuki hem de siyasi bir süreç olarak işlemekte, çevredeki siyasi ortam tarafından şekillendirilmekte ve başarısı bu siyasi dinamikler ile kurumsal düzenlemeler arasındaki etkileşime bağlı olmaktadır. Gücün eşit olarak dağıtıldığı ve demokratik temellerin güçlü olduğu toplumlarda yargı bağımsız olarak işleyebilir ve etkili bir denetim sağlayabilir. Buna karşılık, gücün yoğunlaştığı otoriter rejimlerde, yargı genellikle etkinliğini zayıflatan

¹⁰⁸ Proclamation No.621/2009, Charities and Societies Proclamation.

¹⁰⁹ Proclamation No. 590/2008, Freedom of the Mass Media and Access to Information proclamation.

¹¹⁰ Dr. Abiy Ahmed'in 2018'de iktidara gelmesinin ardından, baskıcı yasaların revizyonu da dahil olmak üzere önemli reform önlemleri başlatılmıştır. Sivil toplumlar yasası, Terörle Mücadele Yasası ve Medya Yasası gibi ilerici yasaların yürürlüğe girmesiyle mevzuat reformunda önemli adımlar atılmıştır. 2020'de kabul edilen Terörle Mücadele yasası, mevzuat reformunda bir başarı hikâyesi olarak öne çıkmaktadır. Önceki yasanın eksikliklerini kabul eden yeni yasa, daha önce vatandaşların hak ve özgürlüklerini ihlal eden maddi ve uygulama boşluklarını ele almaktadır. Benzer şekilde, yeni Medya Masası, anayasal ve uluslararası insan hakları ilkeleriyle uyumlu olarak ifade ve medya özgürlüğünü desteklemektedir. Ancak bu yasal reformlara ve revize edilen kanunların yürürlüğe girmesine rağmen, bunların sadece evrak işlerinden ibaret olduğu ve yürürlüğe girmelerinden bu yana çok az önemli değişiklik olduğu ortaya çıkmıştır. Bazı durumlarda işler daha da kötüye gitmiş ve 2018'deki reform döneminin başlangıcında belirlenen beklentilerin gerisinde kalmıştır.

siyasi baskılarla karşı karşıya kalmaktadır. Mahkemeler, devlet kurumlarından, çıkar gruplarından ve kamuoyundan farklı derecelerde destek veya dirençle karşılaşır ve bu da operasyonel bağlamlarını şekillendirmektedir. Bu dinamikleri anlamak, anayasal denetimin etki ve sınırlamalarını doğru bir şekilde değerlendirmek için önemlidir.¹¹¹

Etiyopya'da siyasi gücün yoğunlaşması, anayasal denetim sisteminin etkinliğini büyük ölçüde zayıflatmaktadır. Ülke, son 30 yıldır fiilen tek parti sistemine dayanmaktadır. Zayıf muhalefet partileri, adil olmayan seçimler, kısıtlı siyasi ortam, sınırlı ifade özgürlüğü ve aktif olmayan bir sivil toplum gibi etkenler, kırılabilir ve etkisiz bir anayasal denetim sistemine zemin hazırlamıştır. Anayasanın kabulünden bu yana, iktidardaki hakim parti - önceden EPRDF- şimdi ise Refah Partisi- her genel seçimi kazanmaya devam etmiş ve güçlü bir muhalefet olmaksızın siyasi iktidarı elinde tutmuştur.¹¹² Örneğin, iktidardaki Refah Partisi şu anda Halk Temsilcileri Meclisi'ndeki sandalyelerin %95'inden fazlasını ve Federasyon Meclisi'ndeki sandalyelerin %100'ünü kontrol etmektedir.

Bu bağlamda Etiyopya' daki egemen siyasi kültürü anlamak için özellikle 2018'e kadar, ülkeyi yöneten *EPRDF*'nin siyasi ideolojisi olan devrimci demokrasiyi incelemek gerekmektedir. *EPRDF*'nin devrimci demokrasisi, Leninizm, Marksizm, Maoizm ve etnik (kimlik) siyaset ideolojisiyle birleşmiş "demokratik" ilkelerin melezi olarak yorumlanmaktadır.¹¹³ *EPRDF*'nin devrimci yollarla demokratik projesi, kısmen, Marx'ın Proletarya diktatörlüğü tezinin Leninist bir yorumundan ortaya çıkmıştır.¹¹⁴ Devrimci demokrasi partisinin iç işlevi, demokratik merkezîyetçilik ilkesi tarafından yönlendirilmektedir. Demokratik merkezîyetçilik, parti başkanlarının

¹¹¹ Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies*, 19.

¹¹² Seçim düzenlemesi, kazanan partinin hakimiyetini pekiştirerek güç yoğunlaşmasına da katkıda bulunmuştur. Etiyopya'daki seçim sistemi, her seçim bölgesinde en çok oyu alan aday veya partinin mutlak çoğunluğu (%50'den fazla) elde edip etmediğine bakılmaksızın koltuğu kazanması anlamına gelen "sondan bir önceki seçim" (FPTP) esasına göre işlemektedir. Bu sistem, bir seçim bölgesinde kazanan partinin o bölgeye tahsis edilen tüm sandalyeleri aldığı "kazanan hepsini alır" sonucuna yol açar. Bu da sadece baskın bir partinin önemli bir güce sahip olduğu, yeni veya alternatif seslerin ortaya çıkmasını ve etkili bir şekilde rekabet etmesini zorlaştıran bir siyasi ortama yol açmaktadır.

¹¹³ Jean-Nicolas Bach, "Abyotawi democracy: neither revolutionary nor democratic, a critical review of EPRDF's conception of revolutionary democracy in post-1991 Ethiopia," *Journal of Eastern African Studies* 5, no. 4 (2011): 641.

¹¹⁴ Bach, "Abyotawi democracy," 641.

(partinin çekirdek liderlerinin) tüm önemli kararları almalarını ve üyelerin parlamento üyeleri de dahil olmak üzere hükümetin farklı düzeylerindeki organlarının buna göre hareket etmelerini sağlamaktadır. Demokratik merkezîyetçiliğe göre, Federasyon Meclisi'nde veya Anayasal Soruşturma Konseyi'nde bulunan iktidar partisi üyeleri, partisinin politikasını desteklemek, kararını doğrulamak ve onaylamakla yükümlüdür. Güçlü ve bağımsız bir anayasal yargısı olan ülkelerde bile tek bir siyasi grubun mutlak hakimiyetinin, anayasal yargıların anayasal standartları cesurca yerine getirme kapasitesini ve istekliliğini azalttığı belirtilmektedir.¹¹⁵ Demokratik merkezîyetçiliğin egemen olduğu bir siyasi ortamda, siyasi sadakat ve parti disiplinine bağlılık, anayasaya ve anayasal ilkelere bağlılığın önüne geçmektedir. Bu durum, Meclis'in anayasal denetim rolündeki bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda endişe yaratmaktadır. Meclis, anayasayı korumak yerine, siyasi gündemlere anayasal ilkelere göre daha fazla öncelik veren iktidar partisinin bir aracı olarak algılanabilmektedir.

Federasyon Meclisi, üyeleri bölgesel yasama organındaki çoğunluğu kontrol eden parti tarafından aday gösterildiği için iktidar partisi ile uyum içinde çalışacak şekilde yapılandırılmıştır. Dolayısıyla Federasyon Meclisi'nin anayasal meselelere bağımsız olarak karar vermesi beklenemez. Mevcut bağlamda, Federasyon Meclisi'nin üyeleri genellikle Federe Devlet Konseyi üyeleri ve bazen Federe Devlet Başkanlarıdır. Bu nedenle, Federasyon Meclisi, kendi bölgesel (federe) devlet mevzuatının veya bölgesel düzeyde Başkan olarak verdiği kendi kararının anayasallığını denetlemektedir. Bu gibi durumlarda, Federasyon Meclisinin kendi kararlarını veya mevzuatını anayasaya aykırı olarak ilan etmesi olası değildir.¹¹⁶ Federasyon Meclisi, anayasal yorumlama ile ilgili meşru ancak siyasi açıdan hassas olan anayasal şikayetleri haksız yere reddetmekle eleştirilmektedir. Bir durumda, örneğin, Birlik ve Demokrasi Koalisyonu (*CUD*) – o zamandaki ana muhalefetteki siyasi parti – federal bir mahkemede Başbakanın toplantı ve gösteri yapma hakkını askıya alma kararına itiraz etmiştir.¹¹⁷ *CUD*, askıya almanın barışçıl gösterileri düzenleyen yasaya aykırı olduğunu savunmuştur.

¹¹⁵ Ran Hirschl, “The Nordic Counter-narrative: Democracy, Human Development, and Judicial Review,” *International Journal of Constitutional Law* 9, no.2 (2011): 465.

¹¹⁶ Haile Minasse, “The New Ethiopian Constitution: It's Impact upon Unity, Human Rights and Development,” *Suffolk Transnational Law Review* 20, no.1 (1996): 59.

¹¹⁷ *Coalition for Unity and Democracy vs Başbakan Meles Zenawi Asres*, Federal ilk derece Mahkemesi, Dosya No. 54024 (3 Haziran 2005), Olağanüstü hal ilanı davası- Anayasa Soruşturma Konseyi (14 Haziran 2004).

CUD, davasının Anayasa Soruşturma Konseyi'ne sevk edilmesini istemediği için başvurusunu anayasal hükümlerine dayandırmamıştır. *CUD* mahkemeye davayı Konsey'e göndermemesi yönünde istememesine rağmen, mahkeme ihtilafın anayasal yorum gerektirdiğine ve konuyu Anayasa Soruşturma Konseyi'ne yönlendirdiğine karar vermiştir. Aslında bu, anayasal denetim kurumlarına karşı halkın güvensizlik düzeyini ve halkın neden anayasal denetim sistemine başvurmaktan kaçındığını gösteren bir örnektir. ¹¹⁸

Federasyon Meclisi'nin tarafsız ve bağımsız anayasal denetim için uygun bir organ olmadığını vurgulayan diğer örnek ise, bir davada hem yargıç hem de taraf rolünü üstlenerek adaletin temel ilkelerini doğrudan ihlal etmesidir. *Başkan*¹¹⁹ davası, anayasal konularda Federasyon Meclisi'nin tarafsızlığı ve bağımsızlığına yönelik önemli bir meydan okumayı gösteren dokunaklı bir örnek teşkil etmektedir. Söz konusu dava, eski Cumhurbaşkanı Dr. *Negasso Gidada*'nın Federasyon Meclisi ve Halk Temsilcileri Meclisi Başkanları tarafından alınan ortak kararlara itirazını içermektedir. Bu karar, Dr. *Negasso Gidada*'yı bağımsız aday olarak seçime katıldığı için- 'partizan siyasete' karıştığı iddiasıyla- eski Cumhurbaşkanı'na tanınan haklardan mahrum bırakmıştır. Ayrıca bu karar, Dr. *Negasso Gidada*'nın görevden ayrılmasından sadece saatler önce çıkarılan ve görevden ayrılan Başkanların herhangi bir siyasi parti veya faaliyette bulunmasını yasaklayan yeni bir yasadaki kaynaklanmıştır.¹²⁰ Bu davadaki sanıklardan (davalılardan) birinin, kurumu temsil eden Federasyon Meclisi'nin Başkanı olması dikkat çekicidir. Dolayısıyla, bu durum bir çıkar çatışması ortaya çıkarmıştır: Federasyon Meclisi'nin kendi Başkanının davalı olduğu bir davaya başkanlık etmesi, esasen onu kendi davasında bir yargıç haline getirecektir ve Başkan Federasyon Meclisi'nin temsilcisi olarak görev yapacaktır. Ancak, Anayasa Soruşturma Konseyi müdahale ederek potansiyel olarak zarar verici bir senaryoyu önlemiştir. Anayasa Soruşturma Konseyi, Federasyon Meclisi'nin bu durumda anayasayı yorumlamasına gerek olmadığına karar vererek başvuruyu reddetmiştir.

¹¹⁸ Diğer kısmında detaylı olarak tartışıldığı üzere Anayasa Soruşturma Konseyi, Başbakanın anayasal yetkisini aşmadığı için anayasal bir yoruma gerekmediğine hükmedip davayı mahkemeye geri göndermiştir.

¹¹⁹ *Former President, Dr Negasso Gidada vs Speaker of the HoF and Speaker of House of Peoples' Representatives of Federal Democratic Republic of Ethiopia*, CCI'nın 25 Şubat 2005 tarihli Kararı.

¹²⁰ Administration of the President of the Federal Democratic Republic of Ethiopia Proclamation No. 255/2001.

L. Siyasetin Yargısallaşması vs. Yargının Siyasallaştırılması

Etkin bir anayasal denetim sistemine sahip demokratik toplumlarda, anayasa mahkemesi genellikle en saygın ve güvenilir devlet kurumu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu saygın statü, mahkemenin anayasal ilkeleri savunma ve bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlama konusundaki kararlılığı sayesinde elde edilmektedir. Nitekim, sadece vatandaşlar arasında değil, aynı zamanda siyasi çevrelerde de yüksek düzeyde güvene sahip bir adalet ve tarafsızlık timsali olarak yaygın bir şekilde kabul görmektedir. Bu olgu genellikle siyasetin yargısallaşması¹²¹ olarak adlandırılır ve yargının güvenilirliği nedeniyle siyasi alanda merkezi bir rol üstlendiği bir süreçtir. Anayasa mahkemelerinin tarafsız olduğu ve hukukun üstünlüğüne bağlı kaldığı bir ülkede, siyasi aktörler mahkemelerin kararlarına saygı duyar ve böylece mahkemelerin hükümet politikalarını ve eylemlerini şekillendirmedeki etkisi artmaktadır.

Anayasal denetim siyasi süreçleri anayasal prosedürlere tabi tutarak, siyaseti yargısallaştırmayı amaçlarken,¹²² Etiyopya'da anayasal denetim aşırı siyasallaştırılmıştır. Mevcut sistem, anayasal üstünlüğü korumak yerine, iktidarın kararlarını haklı çıkarma ve meşrulaştırma eğilimindedir. Etiyopya bağlamında anayasanın ana tehditleri oluşturan hükümetin siyasi organları-yasama ve yürütme- olduğundan, siyasi organın kendi davasında bir yargıç/hakem olarak oturması, anayasal denetimin temel hedeflerini pratik olarak ortadan kaldırmaktadır. Siyasi organların kendilerini doğrudan ilgilendiren anayasal ihtilafları karara bağlamasına imkân vermek, anayasal denetim sürecinin bütünlüğünü aşındıran ve anayasal yönetimdeki temel denge ve denetleme ilkesini zayıflatan bir çıkar çatışması yaratmaktadır.

M. TPLF'nin (EPRDF) Düşüşü ve Refah Partisi'nin Yükselişi

TPLF, 1991'den 2019'daki dağılmasına kadar Etiyopya'yı yöneten koalisyon olan Etiyopya Halkının Devrimci Demokratik Cephesi'nin (EPRDF) kurucu üyesi olmuştur. Bir koalisyonun parçası olmasına rağmen, TPLF uzun yıllar hâkim parti olarak kalmış ve Etiyopya'nın federal sisteminin tasarımı ve anayasal denetim çerçevesi de dahil olmak üzere önemli siyasi ve yasal kararları şekillendirmiştir. Başbakan Dr. Abiy Ahmed'in 2018'deki yükselişi ve ardından EPRDF'nin kurucu partilerinin hem ideolojik hem de yapısal açıdan farklı olan (PP) Prosperity Party-Refah Partisi- ile

¹²¹ Sweet, "Constitutional Courts", 827.

¹²² Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies*, 255.

birleşmesinin ardından, *TPLF*'nin siyasi etkisi azalmaya başlamıştır.¹²³ *TPLF*, yeni kurulan Refah Partisi'ne katılmayı reddettiğinden, *TPLF* ile federal hükümet arasında derin bir çatlak oluşmuş ve bu yeni siyasi ortamda *TPLF* marjinalleşerek önceki hakimiyetini tamamen kaybetmiştir.

2020'de hükümet KOVID-19 salgını nedeniyle ulusal seçimleri erteleme kararı aldığında Etiyopya büyük bir siyasi krizle karşı karşıya kalmıştır. Olağanüstü hal¹²⁴ ilan edildikten sonra Başbakan, Parlamento aracılığıyla Federasyon Meclisi'nden seçimlerin ertelenip ertelenemeyeceği ve seçimler yapılana kadar Parlamento ve eyalet meclislerinin akıbetinin ne olacağı konusunda anayasal bir yorum istemiştir. Refah partisinin hükümet, seçimin ertelenmesini haklı çıkarmak için anayasal yoruma başvurmuş ve Federasyon Meclisi, Anayasa Soruşturma Konseyi'nin tavsiyesine dayanarak, Parlamento Kovid-19'un artık bir halk sağlığı tehdidi olmadığına karar verene kadar seçimin ertelenebileceğine hükmetmiştir. Bu karar Federasyon Meclisi tarafından onaylanmıştır. Ancak, muhalefetteki olan *TPLF*, Federal Anayasayı ihlal ettiğini ve demokrasi ilkelerini baltaladığını savunarak bu kararı reddetmiştir. *TPLF* için bu durum, bir zamanlar kendisinin kurduğu anayasal denetim mekanizmasının artık kendi çıkarlarına karşı işlediği açık bir vaka olmuştur. Bağımsız bir denetim işlevi görmekten ziyade siyasi elitlerle uyumlu olacak şekilde tasarlanan anayasal denetim sistemi, iktidarı olduğu sürece *TPLF* (*EPRDF*) için etkili bir şekilde çalışmıştır. Ancak siyasi güç el değiştirdiğinde bu sistem, *TPLF* dahil azınlık çıkarlarını korumakta yetersiz olduğu ortaya çıkmıştır.

¹²³ Aralık 2019'da Refah Partisi (PP), birkaç partinin birleşmesinin ardından Etiyopya Ulusal Seçim Kurulu (NEBE) tarafından resmen tanınmıştır. Birleşme, Etiyopya Halk Devrimci Demokratik Cephesi'nin (EPRDF) üç çekirdek üyesini içeriyordu: Amhara Demokrat Partisi (ADP), Oromo Demokrat Partisi (ODP) ve Güney Etiyopya Halk Demokratik Hareketi (SEPD). Ayrıca Afar Ulusal Demokratik Partisi (ANDP), Benishangul-Gumuz Halk Demokratik Birlik Cephesi (BGPDUF), Etiyopya Somali Halk Demokratik Partisi (ESPDP), Gambela Halk Demokratik Hareketi (GPDM) ve Hareri Ulusal Ligi (HNL) gibi diğer bölgesel partiler de birleşmeye katılmıştır. Bu birleşme EPRDF'nin yürütme komitesi tarafından onaylanmıştır.

¹²⁴ Proclamation No. 3/2020: State of Emergency Proclamation Enacted to Counter and Control the Spread of COVID-19 and Mitigate Its Impact, Proclamation 1189/2012: A Proclamation to Approve the State of Emergency Proclamation Enacted to Counter and Control the Spread of COVID-19 and Mitigate Its Impact Proclamation No. 3/2020.

N. Etiyopya Anayasal Denetim Sisteminin *Ginsburg*'un Sigorta Teorisi Üzerinden Analizi

Ginsburg'un sigorta teorisi, olası bir güç kaybını öngören siyasi elitlerin, gelecekteki siyasi marjinalleşmeye karşı bir güvence sağlamak amacıyla genellikle bağımsız yargı kurumlarının kurulmasını savunduklarını öne sürmektedir. Ancak Etiyopya örneğinde, *TPLF* böyle bir koruyucu önlem alma konusunda başarısız olmuştur. Anayasal denetim görevini bağımsız bir yargıya devretmek yerine, siyasi olarak kontrol edilen Federasyon Meclisi'ne bırakmıştır. Bu durum, *TPLF*'nin nihayetinde baskın siyasi konumunu kaybetmesiyle birlikte, bağımsızlıktan yoksun, zayıf ve etkisiz bir denetim sistemi ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Ginsburg'un sigorta teorisi, *TPLF*'nin stratejik hatasını analiz etmek için değerli bir mercek sunmaktadır. *EPRDF*'nin baskın gücü olan *TPLF*, uzun vadeli siyasi hegemonyasını sürdürme arzusuyla, anayasa mahkemesi gibi bağımsız bir yargısal denetim mekanizması kurmanın gerekliliğini göz ardı etmiştir. Anayasa yorumunu Federasyon Meclisi'ne bırakmış ve bu organ üzerinde süresiz kontrol sağlayabileceği varsayımıyla hareket etmiştir. Ancak bu yaklaşım, *TPLF*'nin uzun vadeli stratejisindeki kritik bir kusuru ortaya koymaktadır: *TPLF*, olası siyasi geçişler sırasında bir koruma işlevi görebilecek tarafsız ve bağımsız bir denetim sistemi kurmak yerine, kısa vadeli siyasi hakimiyete öncelik vermiştir. Bu dar görüşlü karar, nihayetinde anayasal çerçevenin dayanıklılığını zayıflatmıştır.

TPLF, *EPRDF* koalisyonu ve federal hükümet içerisindeki hakimiyetini koruduğu sürece, bağımsız bir yargının yokluğu çıkarları için önemli bir tehdit oluşturmuyordu. Ancak, siyasi gücün dengelerinin değişmesi ve *TPLF*'nin etkisinin azalmasıyla birlikte, kurduğu kurum- Federasyon Meclisi- Refah Partisi'nin elinde bir araç haline gelmiştir. Artık Refah Partisi'nin kontrolü altındaki Federasyon Meclisi, *TPLF*'nin çıkarlarını doğrudan zarar veren kararları meşrulaştırmak için kullanılmaktadır. Bu tersine dönüş, *TPLF*'nin anayasal denetim sürecine ilişkin orijinal tasarımındaki içsel kırılmanın altını çizmekte ve gücünü korumak için kurumsal özerklikten ziyade siyasi kontrole dayandığını göstermektedir.

TPLF, siyasi değişim olasılığını öngörmüş olsaydı, güçlü ve bağımsız bir anayasa mahkemesinin kurulmasını savunabilirdi. Böyle bir kurum, iktidar partisinin eylemleri üzerinde istikrarlı, tarafsız bir kontrol sağlayabilir ve *TPLF* sonrası bir siyasi ortamda *TPLF*'nin çıkarlarını koruyabilirdi. Ancak *TPLF*, anayasal denetimi siyasi olarak kontrol edilen bir organa devrederek,

farkında olmadan kendi gelecekteki konumunu zayıflatmıştır. Federasyon Meclisi'nin siyasi niteliği, iktidardakilerin anayasal yorumu kolayca etkilemesine olanak tanımış, *TPLF*, artık siyasi aygıtın kontrolünü kaybettiğinde savunmasız hale gelmiştir.

SONUÇ

TPLF'nin deneyimi, *Ginsburg*'un sigorta teorisinin temel bir ilkesini ortaya koymaktadır: şansları varken bağımsız yargısal denetim mekanizmaları oluşturmayan siyasi elitler, güç el değiştirdiğinde kendilerini genellikle aynı sistemin insafına kalmış bulurlar. Bu bağlamda, *TPLF*'nin anayasal denetimi siyasi bir organ içinde tutma kararı, iki ucu keskin bir kılıç niteliği taşımaktadır. Bir zamanlar siyasi hakimiyetin bir aracı olan kurum, rakipleri tarafından kullanılan bir silah haline gelmiştir. *TPLF* siyasi olarak kontrol edilen bir Federasyon Meclisi'nin kendi çıkarlarına hizmet edeceğine inanıyordu. Ancak, bu uygulama, daha sonra federal hükümet üzerindeki etkisini kaybettiği zaman ters tepmiştir. Refah Partisi'nin yükselişiyle birlikte *TPLF*, marjinalleşmiş bir konuma düşmüştür. Refah Partisi'nin, daha sonra Federasyon Meclisi tarafından onaylanan anayasal yorum aracılığıyla seçimlerin ertelenmesini meşrulaştırma çabası, anayasal denetim sisteminin sınırlarını ortaya koymaktadır.

Bir zamanlar *TPLF*'nin çıkarlarıyla örtüşen Federasyon Meclisi, artık *TPLF*'nin siyasi etkisini zayıflatmaya yönelik adımlar attığı görülmüştür. Hâkim bir parti tarafından tasarlanmış siyasi mekanizmaların daha sonra onun aleyhine çalıştığı bu olgu, “sihrin sihirbaza dönüşmesi” olarak tanımlanabilir. Sonuç olarak, *TPLF* kendisini muhalefette bulduğunda, artık kendi kurduğu sisteme güvenemez hale gelmiştir.

TPLF'nin Federasyon Meclisi'nin kararını reddetmesi, Etiyopya'nın siyasi ve anayasal sistemindeki içsel gerilimlere işaret etmektedir. *TPLF*, Refah Partisi hükümetin iktidarı pekiştirmek için anayasal mekanizmaları kullandığını savunması, siyasi niyetler göz önünde bulundurularak tasarlanan anayasal denetim mekanizmalarının, güç dinamikleri değiştiğinde nasıl istenmeyen sonuçlara yol açabileceğini göstermektedir. Denilebilir ki Etiyopya'nın anayasal denetim sistemi durumu, *Ginsburg*'un sigorta teorisinin uygulamada nasıl işlediğine dair çarpıcı bir örnek sunmaktadır. *TPLF*, iktidarda bulunduğu yıllar boyunca, kontrolü kaybedebileceği bir geleceği öngörememiş ve bu nedenle güçlü, bağımsız bir anayasal denetim sistemi kurmamıştır. İktidar Refah Partisi'ne geçtiğinde ise *TPLF* kendisini bir zamanlar kontrol ettiği aynı anayasal denetim organı tarafından kenara itilmiş

durumda bulmuştur. Bu vaka, siyasi sistemlerde yargı bağımsızlığının önemini vurgulamakta ve siyasi elitlerin uzun vadeli kurumsal güvenceler yerine kısa vadeli kontrole öncelik verdiklerinde karşılaşılabilecekleri riskleri ortaya koymaktadır.

Etiyopya'daki *TPLF* deneyimi, siyasi aktörlerin kaprislerine tabi olmayan ve hukukun (anayasanın) üstünlüğünün tarafsız bir şekilde koruyan, sigorta olarak işlev gören, bir anayasal denetim sistemine duyulan ihtiyacı çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır. *TPLF*'nin kovid nedeniyle seçimlerin ertelenmesine karşı çıkması ve hükümetin anayasal denetim organına başvurarak bu ertelemeyi gerçekleştirmesi, siyasi değişimlerin anayasal denetim kurumlarının birer hakimiyet aracı olmaktan çıkıp dışlama araçlarına dönüşebileceğini göstermektedir. Sonuç olarak, bu vaka, siyasi iktidar ile anayasal denetim sistemi arasındaki ilişkiye dair daha geniş meseleleri yansıtmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aalen, Lovise. *Ethnic Federalism in a Dominant Party State: The Ethiopian Experience 1991-2000*. Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights, 2002.
- Abdo, Muradu. *Introduction to Legal History and Traditions*. Bahir Dar University, 2010.
- Abebe, Adem Kassie. "Unique but Ineffective: Assessing the Constitutional Adjudication System in Ethiopia." İçinde *Constitutional Adjudication in Africa*, Ed. Charles M Fombad, 181-206. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Adamu, Abebaw Y. "Diversity in Ethiopia: A Historical Overview of Political Challenges." *The International Journal of Community Diversity*, 12, no. 3 (2013): 17-27.
- Adamu, Mamman Musa. "The legend of Queen Sheba, the Solomonic Dynasty and Ethiopian history: an analysis." *African Research Review* 3, no. 1 (2009): 468-482.
- Andrade, Gustavo F. de. "Comparative Constitutional Law: Judicial Review." *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 3, no. 3 (2001): 977-989.
- Ashenafi, Meaza. "Ethiopia: Process of democratization and development." İçinde *Human Rights under African Constitutions*, Ed. A. An-naim, 29-52. New York: University of Pennsylvania Press, 2003.

- Ayferam, Gashaw. "Constitution, Constitutionalism and Foundation of Democracy in Ethiopia." *International Journal of Research* 2, no.1 (2015): 586-596.
- Bach, Jean-Nicolas. "Abyotawi Democracy: Neither Revolutionary nor Democratic, a Critical Review of EPRDF's Conception of Revolutionary Democracy in Post-1991 Ethiopia." *Journal of Eastern African Studies* 5, no. 4 (2011): 641-663.
- Cappelletti, Mauro. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Castillo-Ortiz, Pablo. "Constitutional Review in the Member States of the EU-28: A Political Analysis of Institutional Choices." *Journal of Law and Society* 47, no. 1 (March 2020): 87-120.
- Choudhry, Sujit. *Constitutional Review in New Democracies*. New York: Centre for Constitutional Transitions, 2013.
- Constitutionnet, *Constitutional History of Ethiopia*, <https://constitutionnet.org/country/ethiopia> (Mayıs 2023)
- Deguefe, Taffara. *Minutes of an Ethiopian Century*. Addis Ababa: Shama Books, 2010.
- Erk, Jan. "Nations, Nationalities, and Peoples: The Ethnopolitics of Ethnofederalism in Ethiopia." *Ethnopolitics* 16, no. 3, (2017): 219–231.
- Etiyopya'nın Geçici Hükümeti, *Anayasa Komisyonu*, Bülten No 3 (1994).
- Ferejohn, John E. "Constitutional Review in the Global Context." *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 6, no. 1 (2002): 49-60.
- Fiseha, Assefa. "Constitutional Adjudication in Ethiopia: Exploring the Experience of the House of Federation (HoF)." *Mizan Law Review* 1, no. 1, (2007): 1-32.
- Fiseha, Assefa. *Federalism: Teaching Material*. The Justice and Legal System Research Institute, 2009.
- Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Gudina, Merara. *Ethiopia: Competing Ethnic Nationalisms and the Quest for Democracy 1960–2000*. Addis Ababa: Shaker Publishing, 2003.
- Halabo, Temesgen Thomas. "Ethnic Federal System in Ethiopia: Origin, Ideology and Paradoxes." *International Journal of Political Science and Development* 4, no.1 (2016): 1-15.
- Harding, Andrew. "The Fundamentals of Constitutional Courts." *International Institute for Democracy and Electoral Assistance*, (April 2017).

- Henze, Paul. *Rebels and Separatists in Ethiopia: Regional Resistance to a Marxist Regime*. RAND Corporation, 1985.
- Hirschl, Ran. "The Nordic Counter-narrative: Democracy, Human Development, and Judicial Review." *International Journal of Constitutional Law* 9, no. 2 (2011): 449-469.
- Husa, Jaakko. *The Constitution of Finland: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- Isaw, Adal. "One Ethiopia, One People and One Religion," *The African Executive*, December 25, 2017 <https://africanexecutive.com/article/read/9575>
- Kebede, Messay. "Ethnic Politics and Individual Rights: An Alternative Vision for Ethiopia." *Ethiopian Review*, 29 Ekim, 2019. <https://www.ethiopianreview.com/index/49767>
- Keller, Edmond J. "Constitutionalism, Citizenship and Political Transitions in Ethiopia: Historic and Contemporary Process." İçinde *Self-Determination and National Unity: A challenge for Africa*, Ed. Francis M. Deng, 57-90. Trenton, NJ: Africa World Press, 2010.
- Markakis, John. *Ethiopia: Anatomy of a Traditional Polity*. London: Oxford University Press, 1974.
- Minasse, Haile. "The New Ethiopian Constitution: Its Impact upon Unity, Human Rights and Development." *Suffolk Transnational Law Review* 20, no. 1 (1996):1-84.
- Nahum, Fasil. *Constitution for a Nation of Nations*. Lawrenceville, New York: The Red Sea Press, 1997.
- Nwocha, Matthew E, Steve A. Amaramiro ve Emmanuel C. Ibezim. "The Jurisprudence of Human Rights in a Global Context." *The International Journal of Social Sciences and Humanities Invention* 8, no. 4, (2021): 6441-6453.
- Paul, James C.N. "Ethnicity and the New Constitutional Orders of Ethiopia and Eritrea." İçinde *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-Ethnic States*. Ed. Yash Ghai, 173-196. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Regassa, Tsegaye. "The Making and Legitimacy of the Ethiopian Constitution: Towards Bridging the Gap Between Constitutional Design and Constitutional Practice." *Afrika Focus* 23, no. 1, (2010): 85-118.
- Roznai, Yaniv. "Introduction: Constitutional Courts in a 100-Years Perspective and a Proposal for a Hybrid Model of Judicial Review." *ICL Journal* 14, no.4 (2020):355-377.

- Seboka, Takele. "Judicial Referral of Constitutional Disputes in Ethiopia: From Practice to Theory." *African Journal of International and Comparative Law* 19, no. 1 (2011): 99-123.
- Sadurski, Wojciech. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2005.
- Stalin, Joseph. *Marxism and the National Question: Selected Writings and Speeches*. University of California, International Publishers, 1942.
- Sweet, Alec Stone. "Constitutional Courts." İçinde *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michel Rosenfeld and Andras Sajó, 816-31. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Tushnet, Mark. "Marbury v. Madison around the World." *Tennessee Law Review* 7, no.2 (2004): 251-274.
- Vibhute, K.I. "Non-Judicial Review in Ethiopia: Constitutional Paradigm, Premise and Precinct." *African Journal of International and Comparative Law* 22, no. 1 (2014): 20-139.
- Wahiu, Winlock. "Introduction." İçinde *A Practical Guide to Constitution Building*, Eds. Markus Bekendrde, Nora Beding and Winlock Wahiu, 1-42. International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), 2011.
- Zewde, Bahru. *A History of Modern Ethiopia 1855–1991*. 2.baskı. Oxford: James Currey, 2005.

Anayasalar

- Constitution of Ethiopia* (1931).
- Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia* (1995).
- Constitution of the People's Democratic Republic of Ethiopia* (1987).
- Revised Constitution of Ethiopia* (1955).

Kanunlar

- Administration of the President of the Federal Democratic Republic of Ethiopia Proclamation No. 255/2001*.
- Anti-Terrorism proclamation No. 652/2009*.
- Charities and Societies Proclamation No. 621/2009*.
- Consolidation of the House of the Federation and Definition of its Powers and Responsibilities Proclamation No. 251/2001*.

Council of Constitutional Inquiry proclamation No. 250/2001.

Council of Constitutional Inquiry Proclamation No.798/2013.

Freedom of the Mass Media and Access to Information proclamation No. 590/2008.

Proclamation No. 3/2020: State of Emergency Proclamation Enacted to Counter and Control the Spread of COVID-19 and Mitigate Its Impact.

Proclamation 1189/2012: A Proclamation to Approve the State of Emergency Proclamation Enacted to Counter and Control the Spread of COVID-19 and Mitigate Its Impact Proclamation No. 3/2020.

Revised Anti-Corruption, Special Procedure and Rules of Evidence Proclamation No. 434/2005.

Kararlar

Coalition for Unity and Democracy v. Prime Minister Meles Zenawi Asres, Federal İlk Derece Mahkemesi, Dosya no. 54024, (2005).

Coalition for Unity and Democracy vs Başbakan Meles Zenawi Asres Olağanüstü hal ilanı davası: Anayasa Soruşturma Konseyi (2004)

FDEC Federasyon Meclisi Kararı, Federasyon Meclisi 5. Yıl, 2. Olağan Oturum, (10 Haziran 2020).

Former President, Dr Negasso Gidada vs Speaker of the HoF and Speaker of House of Peoples' Representatives of Federal Democratic Republic of Ethiopia, Anayasa Soruşturma Konseyi (2005).

MADEN RUHSAT VE İZİNLERİ VE İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

*Mining Licences and Permits and Discretionary Power of the
Administration*

Ali D. ULUSOY*

ÖZ

Madencilik faaliyetleri son yıllarda Türkiye’de çok fazla hukuksal ihtilaf çıkan konulardan biridir. Hukuksal ihtilafların büyük çoğunluğu ise madencilik faaliyetlerinin yürütülmesi için gerekli idari izin ve ruhsatların verilme veya uzatılma süreçlerindeki sorunlar ve bu süreçlerdeki idari makamların takdir yetkileri hususlarında çıkmaktadır. Çalışmada bu alandaki maden arama ruhsatları, maden işletme ruhsatları, maden işletme izinleri, işyeri açma ve çalışma izinleri, orman izni gibi mülkiyet izinleri, Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) onayları ve maden işletme ruhsat uzatımlarının hukuksal rejimi, idari prosedürleri ve bu konulardaki idarenin takdir yetkisinin kapsam ve sınırları incelenmiştir. İdareye genellikle bağlı yetkiye oranla takdir yetkisi tanınan durumlar uygulamada çok daha fazla olmasına karşın, takdir yetkisinin derecesi ve “dozajı”, yani hangi konularda ve durumlarda takdir yetkisinin daha geniş veya daha dar kabul edilmesi gerektiği hususu idare hukuku literatüründe yeterince işlenmiş bir konu değildir. Maden ruhsat ve izinleri konusunda mevzuatta oldukça ayrıntılı ve somut düzenlemeler bulunduğu için, anılan yasal kuralların yerine getirilmesi halinde idarenin bu konulardaki takdir yetkisinin geniş değil dar ve sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Maden Hukuku, Maden Ruhsat ve İzinleri, Takdir Yetkisi, Ruhsat Hukuku, Çevre Hukuku

Makalenin Geliş Tarihi: 28.10.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 7.1.2025

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: aliulusoy@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0310-4070.

ABSTRACT

Mining activities are one of the issues that have been the subject of many legal disputes in Turkey in recent years. The majority of legal disputes arise from the problems in the processes of granting or extending the administrative permits and licences required for the execution of mining activities and the discretionary powers of administrative authorities in these processes. In this study, the legal regime, administrative procedures and the scope and limits of the discretionary power of the administration in the field of mining exploration licences, mining operation licences, mining operation permits, workplace opening and operation permits, property permits such as forestry permits, Environmental Impact Assessment (EIA) approvals and mining operation licence extensions are examined. Since there are quite detailed and concrete regulations in the legislation on these matters, it has been concluded that the discretionary power of the administration in these matters is not broad but narrow and limited, provided that the aforementioned legal rules are fulfilled.

Keywords: Mining Law, Mining Licences and Permits, Discretionary Power, Licence Law, Environmental Law

GİRİŞ

Türkiye coğrafyası tarihin ilk devirlerinden bu yana madencilik yönünden zengin olduğu bilinen ve madencilik faaliyetlerinin çok uzun süredir yürütüldüğü bir alandır. Madencilik sektörünün özellikle Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerin ulusal ekonomilerinin gelişmesi ve ekonomik kalkınma için önemli ve kilit sektörlerden biri olduğu açık ve bariz bir olgudur.

Bununla birlikte, madenlerin çıkarılma ve işletmelerinde gerek çıkarma ve işletme yöntemlerinin çevresel kirlilik ve insan sağlığı açısından riskler ve olumsuzluklar içerme potansiyeli taşınması, gerekse ormanlık alanlar ve tarım alanları gibi doğal ortamı korunması beklenen alanlarda madencilik faaliyetlerinin yürütülmesinin kamuoyunda birtakım tepkiler doğurması olguları çerçevesinde çevresel faktörler de madencilik faaliyetlerinin yürütülmesinde dikkate alınması gereken en önemli hususlardandır.

Bu bağlamda madencilik faaliyetlerinin yürütülmesindeki ülke ekonomisine katkı açısından önemli kamu yararı ile çevrenin korunmasındaki kamu yararının nasıl uzlaştırılacağı ve dengeleneceği hususu günümüzde hukuksal boyuttaki en can alıcı sorun seviyesine ulaşmaktadır.

Bu çerçevede ise madencilik faaliyetlerinin yürütülmesini hukukten mümkün kılan idari izin ve ruhsatların¹ hukuksal rejimi ile işbu ruhsat ve izinlerin verilmesindeki idarenin takdir yetkisinin kapsamının ve sınırlarının irdelenmesi işin teknik hukuk boyutunun belki de en önemli konusudur.

I. TÜRKİYE’DE MADEN MEVZUATINA GENEL BAKIŞ

1985 yılında yürürlüğe giren ve halen yürürlükte bulunan 3213 sayılı Maden Kanunu öncesinde, 1954 yılında çıkarılmış 6309 sayılı Maden Kanunu² yürürlükte idi. Bu kanun da tıpkı mevcut kanun gibi, MTA (Maden Tetkik Arama Kurumu) gibi devlet kurumları dışında özel kişilerin hatta Türkiye’de Türk kanunlarına göre şirket kurmak kaydıyla yabancıların da maden arama, çıkarma ve işletmesine izin veriyordu.

Buna karşın bu önceki kanunun öngördüğü hukuki rejime göre özel kişilerin maden arama, çıkarma ve işletmesi basit ve daha önemsiz görülen maden cevherleri için idarenin tek yanlı izin (ruhsat) usulüne tabi tutulmuş iken, daha önemli ve değerli görülen maden cevherlerinin arama, çıkarma ve işletmesi için “imtiyaz” usulü öngörülmüştü (m.51, m.63-70). Özel kişilerin maden imtiyazı alabilmesi için ise, Danıştay ve Bakanlar Kurulu onayı üzerine idare ile özel kişi arasında imtiyaz sözleşmesi (*concession contract*) aktedilmesi gerekiyordu. Bu prosedürün ise oldukça zor ve uzun bir süreç gerektirdiği söylenebilir.

Diğer yandan 1985 öncesindeki döneme ilişkin olarak ayrıca, 1978 yılında çıkarılan 2172 sayılı kanun ile Bakanlar Kuruluna değerli madenlerin çıkarılma ve işletilmesinin devlet tekeline alınabilmesi için yetki verilmiş ve Bakanlar Kurulu bor, taşkömürü, demir, asfaltit gibi bazı değerli madenlerin

¹ İdare hukuku açısından aslında idari “izin” ve “ruhsat” terimleri aynı şeyi ifade etmektedir ve her ikisi de bir faaliyetin talep eden o kişi tarafından yapılabilmesinin ve yürütülebilmesinin idare tarafından tek yanlı biçimde uygun bulunması ve onaylanması anlamına gelen idari işlemi karşılamaktadır. Madencilik alanında hem “izin” hem de “ruhsat” terimlerinin aynı anda ve farklı işlemler için kullanılmasının esasa yönelik bir nedeni olmayıp, salt isimlendirme farklılığından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda “maden arama ruhsatı”, “maden işletme ruhsatı”, “maden işletme izni” ifadeleri arasındaki isimlendirmedeki fark sadece şeklidir. Buradaki “ruhsat” ve “izin” terimleri arasında (mevzuattaki spesifik içeriği haricinde) idari işlemin niteliği açısından fark yoktur.

² “6309 Sayılı Maden Kanunu,” (1954), https://www.tmdr.org.tr/modules/mevzuat/datafiles/FILE_E7B4A7-E406BC-64854C-2A952D-07AC9B-65B75D.pdf.

işletilmesini devlet tekeline almıştır. Ancak 1983 yılında kabul edilen 2840 sayılı kanun ile sözkonusu devlet tekeli kaldırılmıştır.

Öncesindeki 6309 sayılı kanun kaldırılarak 1985 yılında 3213 sayılı yeni Maden Kanununun getirilmesinin temel hedefinin madencilik faaliyetlerini geliştirmek ve maden işletim süreçlerinin idari ve hukuki prosedürlerini daha etkin kılmak ve bu bağlamda madenciligi daha fazla özel sektör işletimine açmak olduğu söylenebilir.

Bu arada 1982 yılında yürürlüğe konulan yeni Anayasa'nın "Ekonomik Hükümler" alt bölümünde düzenlenen 168. maddesi³ ile madenler gibi doğal kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilmekle birlikte, bunların özel kişilerce de işletilmesi mümkün görülmüştür. Ancak madenlerin özel kişilerce işletilmesi devlet tarafından regüle edilmek zorundadır. Buradaki "regüle edilmeden" kasıt ise, madenlerin işletilmesine ilişkin temel kuralların devlet tarafından belirlenmesi (düzenleme), maden işletiminin devlet denetimi altında olması ve kuralları ihlal edenlere devletçe yaptırım uygulanmasıdır. Aslında maddenin devletin regülasyon görevi dışındaki diğer kısımları önceki Anayasada da bulunmaktaydı (1961 Anayasası m.130).

1985 yılında çıkarılan yeni Maden Kanununda günümüze kadar 5 önemli değişiklik olmuştur. İlk kapsamlı değişiklik 2004 yılında 5177 sayılı kanun ile, ikincisi 2010 yılında 5995 sayılı kanun ile, üçüncüsü 2015 yılında 6592 sayılı kanun ile, dördüncüsü 2019 yılında 7164 sayılı kanun ile ve sonuncusu 2020 yılında 7257 sayılı kanun ile gerçekleşmiştir. Değişiklikler esas itibarıyla güncel ihtiyaçların karşılanması amacıyla yapılmıştır. Bununla birlikte değişikliklerin genel olarak madencilik alanında özel sektörün katılımını azaltmadığını ve güçleştirmedeğini ve bazı değişikliklerde devletin yetkilerinde bazı artırımlar öngörülse de, genel hatları itibarıyla özel sektörün konumunu güçlendirdiği söylenebilir.

³ "Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi Madde 168 – Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir."

Nitekim kanundaki madencilik faaliyet izinlerini düzenleyen genel madde olan 7. Madde ile maden ruhsatlarını düzenleyen 24. Madde açısından bakıldığında; 2010 değişikliğinde özel kişilerin de orman alanlarında, özel çevre koruma bölgelerinde ve milli parklarda bile madencilik faaliyetlerinde bulunmasına olanak tanıyan spesifik hükümler getirildiği ve kazanılmış hakların korunmasına özel vurgu yapıldığı; 2019 değişikliğinde ruhsat başvuruları için belgelerde eksiklik bulunması halinde idarelerin başvuruların sürüncemede bırakılmasını engelleyecek şekilde belli bağlayıcı süreler öngörüldüğü ve özel kişilerin ruhsat taleplerinde bürokrasinin azaltılmasının hedeflendiği açıkça görülmektedir.

Örneğin, 2019 yılındaki 7169 sayılı kanunun Maden Kanunu m.24’de yaptığı değişikliğin gerekçesinde, “*Madde 17- Madde ile, ruhsatın süresinin bitimine ez az altı ay kala süre uzatım talebinde bulunulma şartı getirilerek işlemlerin sonuçlanması sürecinde hukuken oluşan sıkıntıların önlenmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca, farklı Kanun döneminden gelen ve ruhsat süresi dolmuş ruhsatlara ilişkin uygulamadaki belirsizlikler giderilerek ruhsat sürelerinin yeniden uzatılmasına ilişkin çerçeve belirlenmektedir.*” denilmektedir⁴.

Bu kapsamda yine, ruhsat süre uzatımları için gereken belgelerin verilmemesi veya eksik veya uygun olmayan belge verilmesi ya da projelerde eksiklik bulunması halinde, ruhsat iptali yerine idari para cezası uygulanmasına yönelik Kanunun 24. Maddesinde 4.2.2015 tarihli ve 6592 sayılı kanunun 13. Maddesi ile yapılan yapılan değişiklik⁵ ile de, özel kişilerin madencilik faaliyetlerinde ruhsat uzatımlarını kolaylaştırması ya da ruhsatı birtakım idari formalitelerdeki eksiklikler nedeniyle kaybetmelerini engellemesi suretiyle özel sektörün madencilik faaliyetlerinin teşvik edilmeye çalışıldığı söylenebilir⁶.

Örneğin, maden işletme “ruhsatı” alındıktan sonra işletme “izni” alınması konusu esas olarak Kanunun m. 24/11 hükmünde düzenlenmiştir. Bu husus ilk olarak Kanunda 2010 yılında 5995 sayılı kanunun m.11/5 hükmüyle düzenlenmiş ve işletme ruhsatı alındıktan sonra 1 yıl içinde işletme

⁴ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss41.pdf>, (27.10.2024).

⁵ <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6592.html>, (27.10.2024).

⁶ Anayasa Mahkemesi anılan değişikliği Anayasaya aykırı bulmamıştır: AYM, 1.11.2017, E.2017/36, K. 2017/147, RG, 20.12.2017, para.22-24.

izni alınması zorunlu tutulmuş ve alınmazsa idari para cezası öngörülmüş ve 3 yıl içinde işletme izni alınmadığı takdirde ise ruhsat iptali öngörülmüştür⁷.

Bu maddede daha sonra 2015 yılında 6592 sayılı kanununun 13. Maddesi ile yapılan değişiklik ile işletme izni alma süresi 1 yıldan 3 yıla uzatılmış ve 3 yıl içinde işletme ruhsatı alınmazsa ruhsat iptali yerine idari para cezası öngörülerek, işletme ruhsatı süresi sonuna kadar işletme izni alınması mümkün hale getirilmiştir⁸. Nitekim işletme ruhsatı sonrasında işletme izni alınması için orman idaresi, Çevre Bakanlığı ve yerel idareler gibi çok çeşitli idarelerden birçok idari izin alınması gerektiğinden, bu süreçler çok fazla zaman alabilmekte ve kanunda öngörülen 1 ve 3 yıllık süre sınırlamalarına uyulması güç olabilmektedir.

Maden İşleri Genel Müdürlüğü (MİGEM), kapatılmadan önce Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına (ETKB) bağlı ve bakanlığın ana hizmet birimlerinden biri olan bir genel müdürlük idi. Bakanlık adına maden ruhsatları ve işletme izinlerini vermekle ve bunlar için gerekli idari işlemleri yürütmekle görevli idi. Ancak mevzuatta doğrudan bakan veya bakanlığın onayına veya takdir yetkisine bırakılmış hususlarda MİGEM, işlem yapmadan önce Bakanlık makamının onayını almadan işlem tesis edemezdi.

9.7.2018 tarihinde 703 sayılı KHK m.118 ile MİGEM kaldırılmış ve 15.7.2018 tarihli 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) m.763 ve devamı maddeleri ile yerine Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü (MAPEG) kurulmuştur. Anılan CBK uyarınca MAPEG, ETKB'ye bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz ve özel bütçeli bir genel müdürlüktür. Maden ruhsat ve izinlerini vermek ve bunlarla ilgili işlemleri yapmak da bu genel müdürlüğün görevleri arasında açıkça sayılmıştır (m.768/1-a).

MİGEM ile MAPEG arasındaki fark sadece görünürde (şeklen) olup, esasta ve gerçekte madencilik faaliyeti yapan özel kişiler açısından ve kullandıkları yetkilerin niteliği açısından önemli bir farkları bulunmamaktadır. Şeklen MİGEM Bakanlığın ana hiyerarşik teşkilatı içinde yer almasına ve MAPEG, Bakanlıktan ayrı tüzel kişiliğe sahip bir “bağlı kuruluş” olmasına karşın, bu olgu MAPEG'in bakanlığa göre özerk bir idari yapısı bulunduğu anlamına gelmemektedir. Bu noktada MAPEG gibi bakanlık bağlı kuruluşlarının “tüzel kişilikleri”nin bulunması bunlara

⁷ <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5995.html>, (27.10.2024).

⁸ <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6592.html>, (27.10.2024).

bakanlığa/merkezi idareye göre özerk bir karar alma yetkileri tanıdığı anlamına gelmemektedir⁹. Sözkonusu tüzel kişilikleri sadece şekli ve sombolik niteliktedir. Nitekim 4 sayılı CBK m.768/ü bendinde Cumhurbaşkanlığının ve ETKB'nin MAPEG'e görev verebileceği ve bu görevlerin yerine getirilmesinin zorunlu olduğu açıkça belirtilmiştir. Böyle bir genel görev ve talimat verme yetkisi ise ancak hiyerarşik yetki kapsamında mümkün olabilir. Aynı şekilde gerek 1 nolu CBK m.503, gerekse 3046 sayılı Kanun m.19/A hükümleri bakanlıklara, kamu tüzel kişiliğine sahip olsalar bile MAPEG gibi bağlı kuruluşlar üzerinde hiyerarşik denetim benzeri genel idari denetim yetkileri tanımaktadır.

Bu bağlamda, 2018 yılında çıkarılan 2018/8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi uyarınca ETKB bünyesinde kurulan **Taşınmaz Komisyonu (TK)** da maden ruhsat ve izinleri konusunda MAPEG'in kararları üzerinde onay makamı olarak yetkilendirilmiştir. Ne var ki TK'nın herhangi bir kanunla veya CBK ile kurulmamış olması ve Maden Kanununda ruhsat ve izinler konusunda TK'ya herhangi bir yetki tanınmamış olması, anılan birim ve yetkileri açısından ciddi bir kanunilik (yasallık) sorunu doğurmaktadır. Danıştay 13. Dairesi, maden ruhsat ve izinleri öncesindeki ihale komisyonu kararını onaylamayan TK kararlarında, ihale konusunun ayrıntılarının Maden Kanununda düzenlenmediği gerekçesiyle ve ihale konusuyla sınırlı biçimde yasallık sorunu görmediyse¹⁰ de, işbu içtihadı yasallık ilkesi açısından açıkça hatalıdır. Zira, idare hukukunda ve genel olarak kamu hukukunda çok önemli görülen yasallık ilkesine göre idarenin 3. kişilere yükümlülük yükleyen ve hukuki durumlarını etkileyen kararlar alabilmesi için bu yetkinin açıkça kanunda öngörülmesi zorunludur¹¹. Nitekim, Danıştay 8. Dairesi, 2012 yılında çıkarılan benzer bir Başbakanlık Genelgesi uyarınca maden ruhsat ve izinlerinin Başbakanlık onayına tabi tutulmasını, isabetli biçimde, yasallık ilkesine aykırı bularak iptal etmiş ve bu iptal kararı Danıştay İDDK tarafından da onanmıştır¹². Danıştay 13. Dairesinin bu kadar açık ve bariz bir yasallık

⁹ Mevcut idari yapıda bu tür kuruluşların ayrı kamu tüzel kişiliğine sahip olmasının bunların idari özerkliğe sahip oldukları anlamına gelmediğine dair bkz. Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 141-143, 186-187.

¹⁰ D. 13. D., 7.2.2022, E.2021/2847, K..2022/279, DD, 2022/10, s..377 vd.

¹¹ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Bursa: Ekin Yayınları, 2018), 72-73, 275.

¹² D. 8. D., 3.12.2018, K.2014/7883, K.2018/7636; D.İDDK, 5.2.2020, E.2019/1456, K.2020/249.

problemini dikkate almaması anılan Daire'nin genelde tanık olunan özenli ve titiz yaklaşımı ile bağdaşmamaktadır.

Maden Kanunu m.46, özel kişilerin mülkiyetinde olan arazilerin maden işletme faaliyetinde ihtiyaç bulunması halinde kamulaştırılmasına olanak tanımaktadır. Bu hüküm kanuna 2004 yılında 5177 sayılı kanun m.20 hükmü ile getirilmiştir. Buna göre maden işletme faaliyetinde bulunan özel kişi, maden işletimi için özel mülkiyetteki bir araziye ihtiyaç duyarsa, MAPEG'e başvurup kamulaştırma talep edebilir. Uygun görülürse kamulaştırma kararı MAPEG tarafından alınır, bedel maden işletme sahibince ödenir. Bu durumda kamulaştırılan arazinin mülkiyeti hazineye ait olur fakat ruhsat süresi boyunca arazinin kullanım hakkı ruhsat sahibine geçer. Diğer yandan arama döneminde kamulaştırma yerine sadece arazinin kullanım hakkı (irtifak ve/veya intifa) da talep edilebilir ve bu kullanım hakkı işletme ruhsat süresi sonuna kadar da uzatılabilir. Kamulaştırma işlemleri 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunundaki özel kişiler lehine kamulaştırma hükümlerine göre yürütülür.

Anayasa Mahkemesi bu konuda verdiği kararında, madencilik faaliyetleri için özel kişi lehine kamulaştırma öngörülmesini, kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle Anayasaya uygun bulmuş; ancak madenin tükenmesi veya ruhsat bitiminde taşınmazı özelleştirilen kişilerin geri alım hakkının öngörülmemesini anayasal mülkiyet hakkına aykırı bulmuştur¹³. Sonrasında da geri alma hakkı ayrıca düzenlenmiştir.

Belli alanlarda madencilik faaliyetleri yürütmeye getirilen sınırlamaların kaldırılmasına verilebilecek en bariz örnek, Maden Kanununun 7. Maddesinde 2010 yılında 5995 sayılı kanun m.3 hükmüyle getirilen değişikliktir. Bu hükümle, özel çevre koruma bölgeleri, milli parklar, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları, muhafaza ormanları, kıyıları, 1 inci derece askeri yasak bölgeler, 1/5000 ölçekli imar planı onaylanmış alanlar, 1 inci derece sit alanları ve içme suyu rezervuarlarının 1000 metreye kadar yakınında, gerekli koruma önlemlerinin alınması kaydıyla madencilik faaliyetlerinde bulunulması mümkün görülmüştür. Mevzuatın önceki halinde bu konularda belirsizlikler bulunmaktaydı ve kanunda 10. 06. 2010 tarihinde yapılan bu değişiklikle bu alanlarda madencilik faaliyeti yapılabilmesine de kanunda açıkça izin verilmiş oldu.

¹³ AYM, 22.9.1993, E.1993/8, K.1993/31.

II. İDARİ İZİNLERİN VERİLMESİNDE TAKDİR YETKİSİNİN GÖRÜNÜMLERİ

Türk idare hukukunda bir faaliyetin yürütülmesinin idarenin tek yanlı iznine (ruhsat, lisans, izin, onay vs.) tabi tutulan hallerde, idareden talep edilen bir idari iznin verilir verilmemesi hususunda idarenin sahip olduğu yetki iki türdür: Bağlı yetki ve takdir yetkisi.

Bağlı yetki, mevzuatla öngörülen koşulların oluşması ve/veya yerine getirilmesi halinde idarenin anılan idari izni verip vermeme hususunda seçeneği bulunmaması ve anılan idari izni vermek zorunda olması durumunda söz konusu olur. Takdir yetkisi durumunda ise, idarenin o idari izni verip vermeme hususunda seçeneği vardır. İdare o izni mutlaka vermek zorunda olmayıp, haklı bir nedeni veya dayanağı varsa izni vermemeyi de tercih edebilir. Böyle bir durumda idarenin sahip olduğu yetkinin bağlı yetki mi yoksa takdir yetkisi mahiyetinde mi olduğu, anılan idari izni düzenleyen mevzuatın içeriğine bakılarak ve bu mevzuat yorumlanarak anlaşılır.

Diğer yandan idarenin anılan idari izni verip vermeme hakkındaki takdir yetkisinin seviye ve derecesi de farklı olabilir. Diğer bir ifadeyle, idarenin anılan idari izni vermeme hususundaki seçeneği ve serbestisi bazı hallerde daha geniş, bazı hallerde ise daha dar ve sınırlı olabilir. Burada takdir yetkisinin derecesinin ve seviyesinin belirlenmesinde ya da daha somut bir ifadeyle, bir idari iznin verilmesinde/verilmemesinde ya da mevcut bir idari iznin yenilenip yenilenmemesinde İdarenin yetkisinin derece ve seviyesinin anlaşılabilmesi için ilgili mevzuata bakılarak yapılacak değerlendirmede 4 ayrı ihtimal (*takdir yetkisi dereceleri*) sözkonusu olabilir:

1. Olasılık (Sıfır serbestlik hali): O konuyu düzenleyen kanun, belli şartların sağlanması halinde sözkonusu iznin mutlaka verileceğini açık veya dolaylı biçimde ifade etmiş olabilir. Bu durumda aslında idarenin gerçek anlamda bir takdir yetkisi bulunmayıp, idare o izni vermede bağlı yetki içindedir¹⁴.

2. Olasılık (Yasal sınırlı serbestlik hali): Kanun o iznin verilmesine yönelik olarak gerekli koşulları ayrıntılı olarak belirlemiş olmakla birlikte, bu şartların sağlanması halinde o iznin mutlaka verileceğini net bir dille ifade etmemiş olabilir. Örneğin iznin verilmesi için gerekli şartlar somut olarak ayrıntılı biçimde sayıldıktan sonra, bunları yerine

¹⁴ Bağlı yetki konusunda bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginler, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınları, 2018), 102.

getirenlere o iznin “verileceği” ifadesi yerine “verilebileceği” ifadesi kullanılarak, kesin bir hukuki taahhütten kaçınılmış olabilir. Bu durumda idarenin takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu takdir yetkisi son derece sınırlanmış durumdadır. Hatta takdir yetkisinin bağlı yetkiye oldukça yaklaşmış olduğu söylenebilir. İdarenin, kanunda veya alt düzenlemede öngörülmüş olan somut şartların yerine getirilmesine rağmen o izni vermeyi reddedebilmesi için, idarenin çok açık, somut ve haklı bir nedeninin bulunması gerekir. Örneğin bir maden işletme ruhsatı için sunulan projede somut bir teknik sorun bulunması gibi. Çünkü bu durumda idare, izin verme şartlarını ayrıntılı ve somut biçimde belirlemek suretiyle, kişilere hukuksal bir taahhütte bulunmuş olmaktadır ve “idareye güven ilkesi”, “hukuki istikrar” ilkesi ve “öngörülebilirlik” ilkesi çerçevesinde aksi bir karar hukuk devleti ilkesine ve dolayısıyla hukuka aykırı olacaktır¹⁵.

3. Olasılık (Regülatif sınırlı serbestlik hali): İdarenin yetkisini hangi durumlarda ve hangi koşulların yerine getirilmesi halinde kullanabileceğine ilişkin ayrıntılı hükümler kanunda değil, idarece yapılan ikincil düzenlemede öngörülmüş olabilir. Kanunun belirlediği çerçeveyi ve sınırları aşmamak kaydıyla, yönetmelik gibi ikincil idari düzenlemelerle kanunların nasıl uygulanacağını belirlenmesi ve kanunların yorumlanarak detaylarının açıklanması mümkün olduğundan, bu durumda da bir üst paragrafta yapılan açıklamalar kural olarak geçerlidir.

4. Olasılık (Genel sınırlı serbestlik hali): İdari iznin verilip verilmeyeceği veya hangi durumlarda verileceği veya verilmeyeceği kanunda ya çok genel ve soyut ifadelerle öngörülmüş olabilir, ya da kanunda hiçbir şart öngörülmeden ve ayrıntı düzenlenmeden o iznin idarece verilebileceği veya verilmeyebileceği belirtilmekle yetinilebilir. Örneğin iznin “görülen lüzum üzerine” verilmeyebileceği veya iptal edilebileceği, veya “kamu düzeni” veya “kamu yararının gerektirmesi halinde” işlemin yapılmayabileceği belirtilmekle yetinilmiş ve başka bir somut belirlemede bulunulmamış olabilir¹⁶. Bu durumda Danıştay’ın yerleşik içtihadına göre idarenin sözkonusu işlemi o yönde yapma/yapmama nedenini açıklaması ve işlemi bu şekilde yapmasının ya da ilgilinin talebine uygun biçimde yapmamasının “kamu hizmeti

¹⁵ Bu ilkelerin idareyi hukuken bağlayacağına dair bkz. Bayram Keskin ve Zuhâl Yağcı, “Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Uygulanması,” *Terazi Hukuk Dergisi* 13, S. 148 (2018): 56-74.

¹⁶ Turgut Tan ve Bahar Beyazıt, *İdare Hukuku*, 10. bs (Ankara: Turhan Yayınları, 2021), 863.

gereklere ve kamu yararı” açısından gerekli olduğunu somut gerekçeyle ortaya koyabilmesi gerekir¹⁷. Diğer bir ifadeyle, mevzuatta idarenin takdir yetkisini hangi koşullara göre kullanabileceğinin somut olarak belirtilmemiş olması, idarenin takdir yetkisini istediği gibi keyfi biçimde kullanabileceği anlamına gelmez. Mevzuattaki takdir yetkisi kullanım nedenleri açıkça belirtilmemiş olsa bile, idarenin takdir yetkisi kullanımını haklı sebebe dayandırdığını ortaya koyabilmesi gerekir¹⁸.

Özellikle 4. ihtimaldeki “genel sınırlı serbestlik hali” açısından, Türk hukukunda İdarenin takdir yetkisinin kullanımı konusundaki *standart hukuksal test* şudur¹⁹:

İdare takdir yetkisi kullanımında,

- Yasal hükümlerin dışına çıkmış mıdır?
- Eşitlik ilkesine uymuş mudur?
- Kamu yararını gözetmiş midir?
- İşlemi o şekilde yapma sebebini göstermiş midir?
- Mevzuatta özel koşullar öngörülmüşse bunu gözetmiş ve dikkate almış mıdır?

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrasında parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçilmesiyle yürütme erkinin daha da güçlenmesi olgusu idarenin takdir yetkisinin kapsam ve derecesi hususunda yukarıda değinilen ve uzun süredir geçerli uygulamada bir istisna dışında önemli bir değişiklik ortaya çıkarmamıştır. Bu istisna ise üst düzey kamu görevlilerinin görevden alınmasında ve göreve atanmalarında idarenin takdir yetkisinin öncesine göre daha geniş görülmesidir. Bu istisnanın nedeni ise 2017 yılındaki Anayasa değişikliği sonrasında üst düzey kamu görevlilerinin atanma usul ve esaslarının kanun yerine Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile düzenlenmesinin öngörülmesidir²⁰. Bu istisna dışındaki konularda ve örneğin burada incelenen idarece tek yanlı verilen ve kişilere hak sağlayan

¹⁷ Örnek içtihat: D. 2. D., 11.09.2009, E.2019/766; D. 5. D., 25.01.1995, E.1994/6864; D. 5. D., 04.11.1993, E.1993/4085; D. 5. D., 22.05.1991, E.1986/1723; D. 5. D., 15.02.1983, E.1982/2585.

¹⁸ Tan ve Beyazıt, *İdare Hukuku*, 865.

¹⁹ Tan ve Beyazıt, *İdare Hukuku* 864; Akyılmaz, Sezginler, ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 106-107.

²⁰ Bkz. 3 nolu CBK ve Anayasa m.104/9.

izin, ruhsat ve lisanslar gibi konularda idarenin takdir yetkisinin genel sınırları konusunda idare hukukunda ve yargı içtihadında 2017 Anayasa değişikliği sonrasında da kayda değer bir değişiklik bulunmamaktadır.

Nitekim, Türkiyenin de taraf ve üye olduğu Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İdarenin Takdir Yetkisi Hakkındaki Tavsiye Kararında, idarenin takdir yetkisi kullanımında kendi koyduğu kurallarla uyum içinde davranması, yetki kullanımının kurallarının önceden kamuya duyurulması ve kararların makul süre içinde alınması ve makul sürede alınıp alınmadığının idari ve hukuksal denetim mekanizmalarının sağlanması tavsiye edilmektedir²¹. Bu ilkelerin hukuken tam bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte, tüm üye ülkelerin uyması beklenmektedir.

Sonuç itibarıyla, mevzuatta takdir yetkisinin nasıl kullanılacağına dair ayrıntılı hükümler varsa yetkinin kullanımında bu kurallara uyularak karar verilmesi zorunludur. Yani takdir yetkinin kullanımı için kanunda ya da idari regülasyonda belirtilen kurallara uyulması öncelikle gereklidir.

Takdir yetkinin kullanımı konusunda mevzuattaki kuralların ne kadar detaylı olması gerektiği konusunda kesin bir kural yoktur. Asgari bir detay belirtme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, mevzuatta hiç detay öngörülme ve mevzuatta sadece idarenin o konuda takdir yetkisi kullanabileceği belirtilmekle yetinilse bile, idare bu takdir yetkisi kullanımını kamu yararı ve o hizmetin gerekleri açısından kabul edilebilir somut ve haklı sebebe dayandırdığını ortaya koymak zorundadır.

Kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararının tam olarak neleri içerdiği net olarak mevzuatta veya yargı içtihatlarında belirlenmiş değildir. Bu iki kavrama hangi hususların gireceği ya da bu iki kavramın neleri içerdiği esas olarak somut uyuşmazlıkta idare veya yargı organı tarafından değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte, idare hukukunda “kamu hizmeti gerekleri” ile anlaşılması gereken genel olarak, somut olayda o kamu hizmetinin düzgün biçimde yürütülebilmesi için gerekli olan hususlardır. Örneğin yüksek öğretim kamu hizmetinde öğretim üyesinin sınavda yeterince başarılı olamayan bazı öğrencilere düşük not vermesi ve takdir yetkisini sınavda düşük not alan öğrencilerin sınıfta kalması yönünde kullanması yürütülen “hizmetin gereğidir”.

²¹ Council of Europe Committee of Ministers, “Recommendation No.R(80)2”, 11 Mart 1980, <https://rm.coe.int/16804f22ae>.

“Kamu yararı” ile anlaşılması gereken ise, toplumun refah seviyesini yükseltilmesinin, toplumun ve ülkenin gelişmesinin, daha ileriye gitmesinin veya toplum düzeninin korumasının sağlanması ve hedeflenmesidir. Neyin kamu yararına uygun olduğu neyin olmadığı konusu göreceli olabilmekle birlikte, bu kavramın objektif bir içeriği bulunduğu da yadsınamaz. Örneğin ülkenin doğal kaynakları ve madenlerinin çevreye de ciddi zarar vermeyecek şekilde işletilip değerlendirilmesinde ve bu yolla ülke ekonomisine katkıda bulunulmasında kamu yararı olduğu söylenebilir. Zira madenlerin bu şekilde değerlendirilmesinde kamu yararı bulunduğu bizzat kanun koyucu yani yasama organı tarafından da Maden Kanunu ile açıkça kabul edilmiştir²². Hatta yasama organı Maden Kanunu ile madenlerin çıkarılması ve işletilmesindeki “kamu yararı” değerlendirmesinde ülke ekonomisine katkısını ön plana çıkarmıştır²³.

Türkiyede idare hukuku alanındaki en üst konumdaki mahkeme olan Danıştay içtihadıyla geliştirilmiş olan ve yukarıda değinilen ve takdir yetkisi kullanımının “kamu yararı ve hizmet gereklerine” uygun olup olmama testi kural olarak, geniş takdir yetkisi dahil her tür takdir yetkisi için uygulanmaktadır. Diğer bir anlatımla, idarenin takdir yetkisinin geniş kabul edildiği hallerde bile (örneğin üst düzey kamu görevlilerinin görevden alınması veya atanması) hizmet gereklerine uygunluk denetimi yapılmaktadır²⁴.

İdarenin takdir yetkisinin kullanılma ölçütleri konusunda Danıştay, Anayasanın 2. Maddesindeki hukuk devleti ilkesine genellikle spesifik bir atıf yapmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında idarenin takdir yetkisi kullanımında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun davranmak ve kazanılmış haklara saygı ve hukuka güven ilkelerine uymak zorunda olmasını hukuk devletinin bir gereği olarak görmektedir²⁵.

²² Maden Kanunu m.7: Kanun bu hükümlerle gerekli önlemlerin alınması kaydıyla örneğin orman alanlarında maden aranmasına ve işletilmesine izin vermek suretiyle, madenlerin işletilmesinde kamu yararı bulunduğunu varsaymış olmaktadır. Bkz: “3213 Sayılı Maden Kanunu” (1985), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.3213.pdf>.

²³ Bkz. Aydın Gülan, *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri* (İstanbul: Lamure Yayınları, 2008), 24-25.

²⁴ Örnek: D. İDDK, 2024, E.; D. 5. D., 9.12.1981, E.1979/6154, DD, 1982, S.46-47, s.164.

²⁵ AYM, 10.02.1970, E.1969/60; AYM, 21.09.1995, E.1995/27; AYM, 08.10.2003, E.2003/31.

III. MADENCİLİK FAALİYETLERİNDE KAMU HİZMETİ

Madencilik faaliyetlerindeki “kamu hizmeti”, madenlerin çıkarılması ve işletilmesi boyutunda değil, daha ziyade maden çıkaracak ve işletecek kişilerin bu madencilik faaliyetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi yani regüle edilmesi (regülasyon) boyutundadır. Diğer bir ifade ile, Türkiyede madencilik faaliyetleri mutlaka devletçe üstlenilecek “kamu hizmeti” niteliğinde değildir. Çünkü bu faaliyet hukuk sisteminde özel kişilerin de yürütebileceği ticari faaliyetler niteliğindedir. Buna karşın doğal kaynak niteliği, çevre ve diğer faktörlere etkisi ve faaliyetin ve gerektirdiği yatırımın büyüklüğü gibi özellikleri bu faaliyet üzerinde devletin bir kamu hizmeti olarak regülasyon yetkilerini gerektirmiştir. Bu regülasyonun kamu hizmeti boyutu ise, bu faaliyetin ancak devletçe tek yanlı olarak verilecek bir idari izin ile yapılabilmesi ve devletin bu faaliyette bulunanlar üzerinde birtakım idari denetim ve yaptırım yetkileri kullanabilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda idareye verilen kamu hizmeti görevi bizzat Anayasanın 168. maddesine dayanmaktadır. Çünkü anılan maddede devletin özel kişiler dahil maden işletiminin temel kurallarını ve kamusal denetim yetkilerini ve sınırlamalarını kanunla belirleme ve regüle etme görevine vurgu yapılmaktadır.

Devletin burada kullanabileceği takdir yetkisi kapsamında bir ruhsat talebini veya ruhsat uzatım talebini reddetmesinin buradaki “kamu hizmeti gereklerine” uygun olabilmesi için, örneğin bu faaliyeti yürütmeye talip olan kişinin daha önce yapmaya çalıştığı madencilik faaliyetlerinde başarısız olmuş olması, hilesi veya kötü niyetinin tespit edilmiş olması gibi faktörlerin ortaya konulabilmesi gerekir. Buradaki takdir yetkisinin ruhsat veya ruhsat uzatım talebinin reddi yönünde kullanılmasının kamu yararına uygun olabilmesi için ise örneğin faaliyette bulunmak isteyen kişinin sunduğu projede açıkça ciddi problemler bulunması veya diğer madencilik faaliyetlerinde ciddi kusurunun tespit edilmiş olduğunun somut verilerin ortaya konulması gerekir. Diğer bir ifadeyle takdir yetkisinin kişi aleyhine kullanılabilmesinin hukuka uygun sayılabilmesi için kamu yararı ve hizmet gerekleri kapsamında bu tür somut durumların ortaya konulabilmesi şarttır.

IV. MADEN KANUNU UYARINCA RUHSAT VE İZİN SÜREÇLERİ VE TAKDİR YETKİSİ

A. Arama Ruhsatı

Maden Kanununun 2. Maddesinde bu kanuna tabi olan madenler 5 grup olarak sınıflandırılmıştır. Kanundaki bu sınıflandırma esas olarak kanunda 2004 yılında 5177 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile öngörülmuş ve gruplarda sonradan bazı değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır.

Örneğin, IV. Grup madenler için ilk işletme ruhsatı başvurusunun arama ruhsatı süresinin sonuna kadar yapılması gerektiğine dair Maden Kanunu m.24/1 hükmünden²⁶, bu tür madenler için ilk defa işletme ruhsatı alınmasının arama ruhsatına bağımlı olduğu anlamı çıkmaktadır. Arama ruhsatı verilmesine dair koşullar Kanununun 16. Maddesinde belirtilmiştir. Kanunun bu maddesinin 2015 yılındaki 6592 sayılı kanun m.11 ile değişik ve halen de geçerli olan şeklinde arama ruhsatı alınabilmesi için herhangi bir ihale gerekli olmayıp öncelik hakkı esastır.

Arama ruhsatı başvurusu genel müdürlüğe yapılır. Gerekli belgeler, ön inceleme raporu, mali yeterliliği de içeren maden arama projesi sunulması ve ruhsat bedelinin (işletme ruhsatı taban bedeli) yatırılmasıdır.

Anılan maddenin 10.6.2010 tarihinden 2015 yılına kadar geçerli halinde ise, aynı koşullar geçerli olup, sadece ruhsat bedeli yerine başvuru harcı ve teminat yatırılması gerekiyordu. Kanunun aynı hükmünün 2004 yılındaki 5177 sayılı kanunla değiştirilen ve 10.6.2010 tarihine kadar geçerli halinde ise, arama ruhsatı için yine öncelik hakkı öngörülmuş ve mali yeterlilik dahil arama projesi sunulması açıkça belirtilmemiş ve sadece başvuru harcı ve teminat aranacağı belirtilmiştir.

Arama ruhsatı alınmasına ilişkin ayrıntılar 21.9.2017 tarihinde yürürlüğe konulan Maden Yönetmeliğinin m.9 – m.22 arasında düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre maden arama ruhsatı başvurusunda gerekli belgeler, ruhsat bedelinin yatırıldığına dair belge dışında şunlardır (m.11):

“1) Müracaatçı tüzel kişiye ait güncel şirket ana sözleşmesini, yönetim kurulunu ve şirketin ortaklarının pay oranlarını içeren Ticaret Sicil Müdürlüğünden onaylı Ticaret Sicil Gazetesi örneği,

²⁶ “İşletme ruhsatı taleplerinde, I. Grup (b) bendi ve II. Grup (a) ve (c) bendi madenler için ihale bedelinin yatırılmasından itibaren iki ay içinde, diğer maden grupları için arama ruhsat süresi sonuna kadar ...”.

- 2) Tüzel kişinin bağlı olduğu vergi dairesi, ili ve vergi numarasını gösterir belge,
- 3) Tüzel kişiyi temsil ve ilzama yetkili kişilerin onaylı imza sirküleri,
- 4) Ruhsat bedelinin yatırıldığına dair belge,
- 5) Ek-7’de yer alan ön inceleme raporu,
- 6) Ek-8’de yer alan maden arama projesi,
- 7) Mali yeterlilik belgeleri,
- 8) KEP adresi.

Yönetmeliğe göre; “Müracaat sahibi; ruhsat bedelinin yatırıldığına dair belgeyi ve Ek-6’daki diğer belgeler ile ön inceleme raporu, maden arama projesi ile mali yeterlilik belgelerini müracaat gününden itibaren iki ay içinde genel müdürlüğe vermek zorundadır. Belgelerin verilmesini müteakip ek-9’da yer alan arama ruhsatı veya ek-10’da yer alan arama sertifikası düzenlenip sicile işlenerek yürürlüğe girer. Aksi takdirde, bu alanlar başka bir işleme gerek kalmaksızın müracaatlara açık hale gelir” (m.14/1). Maden arama projesinde bulunması gereken hususlar ise Yönetmeliğin 13. maddesinde düzenlenmiştir.

Arama ruhsatı taleplerinin kabul edilip edilmemesinde kural olarak idarenin takdir yetkisi bulunduğu, ancak bu takdir yetkisinin yine kanunda büyük ölçüde sınırlanmış olduğu söylenebilir. İdarenin bu konudaki yetkisinin niteliği kanunda açıkça belirtilmemekle birlikte, gerek arama ruhsatı verilmesi için bir projenin (maden arama projesi) sunulmasının zorunlu olması ve proje sunumu durumunda projenin mutlaka kabul edilmesinin zorunlu olmamasının işin mahiyeti gereği olması, gerekse kanunda idarenin ruhsat taleplerini mutlaka kabul etmek zorunda olduğuna dair açık hüküm bulunmaması nedeniyle buradaki arama ruhsatı verme yetkisinin takdir yetkisi niteliğinde olduğu söylenebilir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere bu takdir yetkisinin dar ve sınırlı olduğu görülmektedir.

Nitekim, öncelikle idarenin buradaki takdir yetkisinin sadece maden arama projesinin uygun bulunup bulunmamasıyla sınırlı olduğu, bunun dışındaki hususlarda kanunda öngörülen koşulların ve belgelerin yerine getirilmesi halinde idarenin ruhsatın verilmemesi gibi bir seçeneği bulunmadığı söylenebilir. Maden arama projesinin uygun bulunmaması için ise teknik ve somut olarak haklı bir sebebin gösterilmesi şarttır. Zira kanunun

m.16/8 hükmündeki “*Talep edilen alanın müsait olan kısmı müracaat tarihinde müracaat edene bildirilir ve iki ay içinde ön inceleme raporu, arama dönemi faaliyetlerinin yerine getirilebilmesi için gerekli olan mali yeterliliği de içeren maden arama projesinin verilmesi, ruhsat bedelinin yatırılması hâlinde arama ruhsatı verilir.*” hükmü sonundaki “verilir.” ifadesi, projenin uygun bulunması ve diğer belgelerin sağlanması halinde ruhsatın verilmesinin hukuken zorunlu olduğuna işaret etmektedir.

Öte yandan, kanunda örneğin IV. Grup madenler için arama ruhsatında ihale usulü değil öncelik hakkı esası kabul edildiği için (m.16/1²⁷), önce başvurup diğer gerekli belgeleri de sağlayan bir kişi varken, idarenin takdir yetkisi çerçevesinde bu kişi yerine daha sonra başvuran bir kişiye arama ruhsatı vermesi mümkün olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, kanundaki “öncelik hakkı” zaten idarenin bu konudaki takdir yetkisini büyük ölçüde kısıtlamaktadır.

‘Öncelik Hakkı’ ilgili kanunun; “Tanımlar” başlıklı 3. Maddesinde “Takaddüm Hakkı: Maden hakkı için ilk müracaat edene tanınan öncelik.” şeklinde tanımlanmıştır. Kanunun 16. Maddesindeki arama ruhsatları için öngörülen bu öncelik hakkı gerek Kanunun 2004 değişikliğinde, gerek 2010 değişikliğinde gerek 2015 değişikliğinde gerekse 2019 değişikliğinde aynı şekilde korunmuştur.

Sonuç olarak kanunda öngörülen koşulların sağlanması ve belgelerin tam olarak verilmesi halinde idarenin arama ruhsatı verme konusundaki takdir yetkisi son derece sınırlı olup, söz konusu talep sadece maden arama projesindeki somut teknik sorun ve eksiklikler nedeniyle reddedilebilir.

Bu bağlamda arama ruhsatı verme konusunda idarenin takdir yetkisinin derecesinin, yukarıda yapılan Takdir Yetkisi Sınıflandırmasına göre “2. İhtimal” yani 2 Numaraya girdiği söylenebilir.

B. Maden İşletme Ruhsatı

Yukarıda da değinildiği gibi arama ruhsatının bir sonraki doğal aşaması (eğer arama sonucunda işletmeye değer bir maden rezervi bulundu ise) işletme ruhsatı alınmasıdır. Zaten kanun kural olarak ilk işletme ruhsatı verilmesini arama ruhsatı bulunması koşuluna bağlamıştır (Maden Kanunu m.24/1 ve ayrıca m.24/4).

²⁷ “...IV. Grup madenler için yapılan ... müracaatlarda öncelik hakkı esastır.”

Maden işletme ruhsatı, madencilik faaliyetlerinin icra edilebilmesi için alınması gereken en asli ve temel idari izin türü olarak nitelenebilir. Zira sonrasında alınması gereken izinler işbu ruhsata bağımlıdır.

Nitekim kanuna göre maden arama ruhsatı sahibi kişinin aynı madenin işletilmesinde de öncelik hakkı bulunmaktadır. Bu olgu Kanunun m. 24(1) ve (4) hükümleri ile güvenceye alınmıştır.

Bu durum kanunda 2004 yılında yapılan değişiklikte de aynı şekildeydi ve Ocak 2010 itibarıyla da aynı durum geçerliydi. Aynı kural günümüze kadar geçerli olmaya devam etmektedir.

Maden işletme ruhsatı alınabilmesi için Kanunda öngörülen koşullar şunlardır (m.24):

- *Arama ruhsatına sahip olmak,*
- *İşletme ruhsat taban bedeli ve işletme ruhsat bedelini yatırmış olmak,*
- *İşletme projesi (idarece yetkilendirilmiş şirketlerce ve maden mühendisinin sorumluluğunda hazırlanmış olmalı),*
- *Mali yeterliliğe ilişkin belge,*
- *Kayıtlı elektronik posta adresi (KEP) ve e-tebligat belgesi.*

Konuya ilişkin olarak maden yönetmeliği m.24 hükmünde kanunda istenen belgelere ek olarak, işletme projesinde yönetmeliğin ekindeki formata uygun çevre ile uyum planı veya taahhüdünün de bulunması gerektiği belirtilmiştir. 10.6.2010 tarihli kanun değişikliği ile bu konuda önemli değişiklik yapılmamıştır.

İşletme projesinde gerek faaliyet esnasında gerek faaliyet sonrası çevreye uyum konusunun açıkça belirtilmemiş olması, uygulamada bu hususların aranmayacağı anlamına gelmez. Zira bu hususların belirtilmediği bir işletme projesinin onaylanma ihtimali düşük olacaktır ve büyük olasılıkla sonradan tamamlanacaktır. Kaldı ki bu husustaki eksiklik sonradan Yönetmelik m.24 hükmünde giderilmiştir.

Kanundaki 14.2.2019 değişikliğinde ise 2015 değişikliğine oranla bu konudaki tek fark, 6183 sayılı kanun m.22/A kapsamında borcu bulunmama şartıdır. Bu şart, ruhsat talebinde bulunan kişinin vergi borcu bulunmaması anlamına gelmektedir. Bu şart daha sonra 25.11.2021 tarihli kanun değişikliği ile kaldırılmıştır.

Kanunun m.24/1 hükmünün son cümlesinde, “Taleplerin uygun görülmesi hâlinde bir ay içinde işletme ruhsatı düzenlenir.” ifadesi yer almaktadır. Bu hükmün anlamı, gerekli belgelerin tamamlanmasından ve işletme projesinin idarece uygun bulunmasından itibaren ruhsatın hazırlanma ve talep edene verilmesinin 1 aylık süreyi aşmamasıdır. Kanunun Ocak 2010’da yürürlükte olan şeklinde bu konuda idarenin ruhsat işlemlerini tamamlaması için herhangi bir bağlayıcı süre bulunmuyordu. Aynı şekilde kanunda 10.6.2010 tarihinde ve 4.2.2015 tarihinde yapılan değişikliklerde de işletme ruhsatının hazırlanması için bu şekilde bağlayıcı süre öngörülmemiştir. Buradaki bağlayıcı süre kanunda 14.2.2019 tarihinde yapılan değişiklikle getirilmiştir.

İdarenin burada da tıpkı arama ruhsatı vermede olduğu gibi, işletme projesini değerlendirme konusunda “takdir yetkisi” bulunmaktadır. Ancak idarenin buradaki takdir yetkisi de tıpkı arama ruhsatında olduğu gibi geniş değil dar bir takdir yetkisidir. Sadece işletme projesinin somut teknik bir haklı nedene dayanılarak uygun bulunmaması halinde ruhsat talebi reddedilebilir. Bu konuda yukarıda arama ruhsatına dair takdir yetkisine ilişkin açıklamalarımız ve referanslarımız aynen geçerlidir. Zira buradaki takdir yetkisi derecesinin de tıpkı arama ruhsatında olduğu gibi “2 Numaralı” (2. İhtimal) takdir yetkisi türüne girdiği söylenebilir.

Nitekim, bu görüşümüzü doğrulayacak şekilde Danıştay, bu konuda emsal olabilecek ve 2020 ve 2021 yıllarında verdiği iki ayrı kararında orman alanında madencilik faaliyetinde bulunmaya izin verme hususunda, mevzuatta öngörülen kurallara uyulmuş olması kaydıyla, idarenin takdir yetkisinin sınırlı olduğuna ve faaliyete izin verilmemesi için idarenin somut haklı neden göstermesi gerektiğine karar vermiştir²⁸.

Maden işletme ruhsatının hazırlanmasına yönelik 1 aylık süre sınırına ilişkin kural Kanundaki 14.2.2019 tarihli değişiklik ile getirilmiş olup, bu tarih öncesinde Kanunda bu hususta bağlayıcı bir ruhsat hazırlama süresi bulunmuyordu.

C. Maden İşletme İzni

Maden Kanunu m.24/11 ve m.7 uyarınca maden işletme faaliyetine başlayabilmek için alınması gereken son idari izin, maden işletme iznidir.

²⁸ D. 8. D, 23.02.2021, E.2017/7542; D. 8. D, 21.1.2020, E.2018/6994.

Kanunun m.24/11 hükmüne göre, “(Değişik onbirinci fıkra: 4/2/2015 – 6592/13 md.) 7 nci maddeye göre gerekli izinlerin alınmasından itibaren işletme izni verilir. Bu iznin verildiği tarihten itibaren Devlet hakkı alınır. Ruhsat sahibince, işletme ruhsatı yürürlük tarihinden itibaren üç yıl içinde 7 nci maddeye göre alınması gerekli olan çevresel etki değerlendirme kararı, mülkiyet izni, işyeri açma ve çalışma ruhsatı ile Genel Müdürlüğün kayıtlarına işlenmiş alanlar ile ilgili izinlerin Genel Müdürlüğe verilmesini müteakip, işletme izni düzenlenir. Süresi içinde yükümlülükleri yerine getirilmeyen ruhsatlar için her yıl 50.000 TL idari para cezası verilir. İşletme ruhsat süresi sonuna kadar bu fıkroda belirtilen izinlerden dolayı işletme izninin alınmaması hâlinde ruhsat süresi uzatılmaz.”

Bu konuda kanunun 2004 değişikliği ile işletme izni alma konusunda işletme ruhsatı alınmasından itibaren sadece 1 yıllık süre öngörülmüş iken, bu sürenin Haziran 2010 değişikliği ile 3 yıla çıkarıldığı, 2015 değişikliği ile ise işletme ruhsatı süresinin sonuna kadar işletme izni alınabilmesine olanak tanındığına yukarıda değinilmiştir. Diğer bir ifadeyle kanunda işletme izni alma süresi sonradan büyük ölçüde esnetilmiştir.

Kanunun 7. Maddesi maden işletme izni alınması için diğer idarelerden (orman idaresi, çevre idaresi vs.) alınması gereken idari izinleri düzenlemekte olup, bu maddenin halen geçerli olan hali büyük ölçüde Haziran 2010 değişikliği ile bu şekilde düzenlenmiştir.

Haziran 2010 öncesinde maden işletme izni alınması için diğer idarelerden alınması gereken izinler kanunda daha genel düzenlenmişti ve ayrıntılar büyük ölçüde yönetmeliğe bırakılmıştı. Ancak bu konuda diğer idarelerden verilmesi gereken izinlerde uygulamada ciddi gecikmeler ve diğer idarelerin kendi mevzuatlarından kaynaklanan idari sorunlarla karşılaşıldığı için, Haziran 2010 değişikliği ile bu konuda daha ayrıntılı ve somut hükümlerin bizzat Maden Kanunu m.7 hükmüne konulması yöntemi benimsenmiştir. Böylece maden alanındaki yatırımcıların işleri kolaylaştırılmak istenmiş ve bürokrasinin azaltılması ve hızlandırılması hedeflenmiştir.

Kanunun anılan 7. Maddesi uyarınca işletme izni alınabilmesi için diğer idarelerden alınması gereken idari izinler şunlardır:

- Çevre Bakanlığından alınması gereken ÇED onayı,
- Madenin çıkarılacağı yere ilişkin olarak taşınmazın kullanma izni (örneğin maden orman alanına giriyorsa Orman idaresinden (OGM) alınması gereken kullanım izni),

- *İlgili yerel idarede alınması gereken işyeri açma ve çalışma izni (GSM ruhsatı)*

Bunlara ilaveten, ilgili bazı teknik idari izinlerin alınması da gerekebilir. Bunlar maden işletme izni istenen alan için idarenin kayıtlarında bulunan varsa spesifik idari izinlerdir. Örneğin maden alanından geçen bir enerji nakil hattı, devlet veya yerel idarelerce işletilen yollar bulunması, askeri tatbikat alanı içinde kalması ya da sözkonusu alanın başka bir faaliyet ile kesişmesi gibi durumlar olabilir.

Maden işletme izinlerinde kanun idareye takdir yetkisi tanımamıştır. Zira işletmeci kanunda öngörülen belgeleri (işletme ruhsatı ve diğer idarelerden alınması gerekli izin ve belgeler) ibraz ettiğinde idare (MAPEG) işletme izni vermede bağlı yetki içindedir. Diğer bir ifadeyle, mevzuatta öngörülen belgelerin eksiksiz olarak sunulması durumunda idarenin işletme iznini vermeme yönünde seçeneği bulunmamaktadır (*1 Numaralı takdir yetkisi türü*). Bu noktada idarenin yetkisi işletme ruhsatı verme yetkisinden farklıdır.

Bu konuda benzer bir görüş maden hukuku alanında yazılmış spesifik bir bilimsel çalışmada da aynı yönde savunulmuştur. Buna göre maden işletme ruhsatı maden işletimi için objektif bir statü yaratmakta; maden işletme izni ise ruhsat ile yaratılmış bu objektif statüyü subjektif hale getirmektedir ve buradaki izin, ruhsattan bağımsız düşünülemez²⁹.

Nitekim, Danıştay 8. Dairesinin, “Mevzuatın, maden işletme izinlerin ruhsat hukuku süresi dikkate alınarak belirleneceğinin düzenlendiği, bu durumun ilgililerde haklı beklenti oluşturduğu...” şeklindeki değerlendirilmesi³⁰ de özellikle dikkat çekicidir ve yukarıda savunduğumuz görüşü destekler niteliktedir.

Bu durumda, eğer bir işletmeci için maden işletmesi hususunda yasal bir sakınca (örneğin projede somut bir sorun bulunması ya da maden işletiminde daha önceden kötü sicili bulunması vs.) varsa, bu durumun işletme ruhsatı aşamasında değerlendirilmesi ve haklı sebep varsa kişinin maden işletmesine o aşamada engel olunması gerekir. Maden işletme ruhsatı verilmiş kişiye daha sonra (gerekli somut ve teknik koşulları sağlamasına rağmen) işletme izni verilmemesi öngörülebilirlik, hukuki istikrar ve idareye güven ilkelerine aykırı olacaktır. Diğer yandan böyle bir durum, **haklı beklenti** ilkesini de ihlal

²⁹ Gülan, *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri*.

³⁰ D. 8. D, E.2017/7542, 23.02.2021, (<https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=666601900&arananKelime=8.%20Daire>).

edecektir. Çünkü işletme ruhsatına ve diğer idarelerden alınması gereken izinlere sahip olan işletmeci işletme iznini almak bakımından “haklı beklenti³¹”ye sahiptir.

Benzer bir kararında Danıştay, maden işletme ruhsatı talebini değerlendirirken Enerji Bakanlığının Başbakanlıktan izin sormasını ve Başbakanlığın izin vermemesi üzerine maden işletme talebini reddetmesini hukuka aykırı bulmuştur. Çünkü mevzuatta maden işletme ruhsatları verilmesi başbakanlığın iznine tabi tutulmuş değildir³².

D. GSM Ruhsatı

Maden işletme izni almak için gerekli olan işyeri açma ve çalışma izinleri Maden Kanunu m.7/9 hükmüne göre büyükşehir belediyesi bulunan illerde Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlıkları, diğer illerde il özel idareleri tarafından verilir.

İşyeri açma ve çalışma izni (GSM izni) 1985 yılında çıkarılan Bakanlar Kurulu Yönetmeliğine göre verilir (*İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik*³³, RG, 10.08.2005) (GSM Yönetmeliği). Bu yönetmeliğin başlıca yasal dayanaklarından biri 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanundur. GSM Yönetmeliğine göre işyerleri, sıhhi işyerleri ve gayrisihhi (GSM) olarak iki ana gruba ayrılmış ve GSM’ler ise yakınlarındaki konutlar ve insan sağlığını etkileme kriterine göre 3 gruba ayrılmıştır (1., 2., 3. Sınıf GSM) (m.4/c,d,e).

Hangi tür GSM’lerin hangi sınıfa gireceği Yönetmelik EK-2’deki listede belirtilmiştir. Buna göre EK-2 A) 3.7. hükmüne göre³⁴, 25 hektar ve üstü çalışma alanı bulunan açık maden işletmeleri için 1. Sınıf GSM ruhsatı

³¹ “Haklı beklenti, yönetimin bir düzenleyici işlemine veya bir taahhüdüne veyahutta uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleridir.” (D. 10. D. E. 2007/5427, K. 2011/2289, T. 14.06.2011, (<https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=ozendirme-ve-destekleme-faaliyetine-ile-ilgili-derste-gosterilen-kararlar.docx>).

³² D. 8. D. E.2018/6994, 21.01.2021, (<https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=654480900&arananKelime=8.%20Daire>).

³³ “İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik” (2005), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=20059207&MevzuatTur=21&MevzuatTertip=5>.

³⁴ “3.7- 25 hektar ve üzeri çalışma alanında (kazı ve döküm alanı toplamı olarak) açık işletmeler,”

alınması; 1. ve 3. Sınıf GSM ruhsatı alınması özel olarak belirtilmeyen her türlü madenin çıkarılması için ise 2. Sınıf GSM ruhsatı alınması gerekmektedir (EK-2 B) 3.13.³⁵).

GSM Yönetmeliğinin 17. Maddesine göre madencilik faaliyetleri için sözkonusu GSM ruhsatı alabilmek için aynı Yönetmeliğin Ekindeki “Örnek-7” formuna göre başvuruda bulunmak gerekmekte ve 19. Maddesine göre, ÇED izni alınmışsa bu izin için gereken belgelerin ayrıca sunulması gerekmemektedir. 21. Maddeye göre ise idare başvuru belgelerini 7 gün içinde incelemek zorunda olup, belgelerde eksiklik yoksa GSM ruhsatını 3 gün içinde vermek zorundadır. Belgelerde eksiklik varsa eksikliklerin tamamlanması için 1 yıla kadar süre verilebilmektedir. Bu süre içinde işletme faaliyete devam edebilmekte ancak faaliyeti çevreye somut biçimde zarar verdiği takdirde idarece faaliyet durdurulabilmektedir.

GSM yani işyeri açma ve çalışma izni verip verip vermeme konusunda idarenin takdir yetkisi son derece sınırlıdır. Zira bu iznin verilme şartlarına dair ilgili mevzuat hükümleri son derece somut ve ayrıntılı olup, bu mevzuatta belirtilen somut bilgi ve belgelerin sağlanması halinde ilgili idarenin bu izni reddetme seçeneği bulunmamaktadır. Bu iznin verilmesinde tek kriter, açılacak işyerinin yakınında bulunan konutları ve buralarda yaşayan insanların sağlığını korumak olup, bu amaca yönelik olarak asgari birtakım somut önlemlerin yerine getirilip getirilmediğine bakılmaktadır.

Nitekim Danıştay bir kararında, işyeri açma ve çalışma izni verildikten sonra işyerinin türü değiştiğinden bahisle (kafeteryadan içkili restorana dönüşüm) işyeri açma ve çalışma ruhsatının iptal edilmesini, durumun düzeltilmesi ve eksikliğin tamamlanması için önce belli bir süre verilmesi gerektiği ve ruhsatın doğrudan iptalinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır³⁶. Benzer bir konuda Anayasa Mahkemesi, önceki mevzuata uygun olarak verilmiş bir işyeri açma ve çalışma izninin sonradan imar planı değişikliği nedeniyle idarece iptal edilmesini, anayasal mülkiyet hakkı ile doğrudan bağlantısını kurarak, böyle bir iptalin mutlak zorunluluk içerdiğinin ve ilgilinin zararının tazmin edildiğinin idari veya yargısal makamlarca ortaya konulması gerektiğinden hareketle, hukuka aykırı bulmuştur³⁷.

³⁵ “3.13- Her türlü madenin çıkarılması (birinci ve üçüncü sınıf gayrisihhî müesseseler kapsamında yer almayanlar).”

³⁶ D. 8. D, 20.02.1985, E.1984/787.

³⁷ Anayasa Mahkemesi, 2. Bölüm, Bireysel başvuru, B.no: 2015/12306, “Çağdaş Petrol Ürünleri Ltd. Şti Başvurusu” 28.11.2018, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/1236>).

E. Mülkiyet Kullanma İzni

Maden işletme izni almak için mevzuatta öngörülen “mülkiyet izni”, örneğin maden alanı orman sınırları içinde ise orman alanında yapılacak madencilik faaliyetleri için Orman Bakanlığında alınacak orman izni anlamına gelmektedir. Zira devlete ait orman alanlarının özel mülkiyete satın alma veya diğer yollarla geçirilmesi mümkün olmayıp, devlet ormanında madencilik ve benzeri bir ticari faaliyette bulunmak için ancak bu ormandan yararlanma izni alınması gerekir.

Bu konu esas olarak Maden Kanunu m.7/4 hükmünde³⁸ düzenlenmekte ve ayrıntısı Maden Yönetmeliği m.113'te belirtilmektedir. Maden Kanunu bu iznin verilme usulü hakkında 6831 sayılı Orman Kanununa atıf yapmaktadır. Kanunun haziran 2010'a kadar geçerli olan halinde orman izinleri konusunda özel düzenleme bulunmayıp, bu tür izinlerin ilgili bakanlıkça verileceğine dair genel bir hüküm bulunuyordu. Bu konuda kanunun mevcut hali 10 Haziran 2010'daki kanun değişikliği ile getirilmiştir.

6831 sayılı Orman Kanununa göre maden işletme için orman izni verilme şartları, 16. Maddede, ayrıntıları ise yönetmelikte düzenlenmiştir. Kanunun bu maddesi de maden kanununa paralel olarak 10.6.2010 tarihinde yeniden düzenlenmiştir. Orman izni verme şartlarının somut ayrıntıları bu konuda 18.4.2014 tarihinde çıkarılmış spesifik bir yönetmelikle düzenlenmiştir (*Orman Kanununun 16'ncı Maddesinin Uygulama Yönetmeliği*³⁹). Yönetmeliğin 4. Maddesinde madencilik faaliyetleri için orman izni talebinde gerekli dökümanlar; 5. Maddesinde inceleme ve değerlendirme süreci, 6. Maddesinde ön izin ve 7. Maddesinde kesin izin koşulları belirtilmiştir.

Orman bakanlığının devlet ormanları içinde maden işletimi için orman izni verip vermeme konusunda takdir yetkisi olduğu söylenebilir. Bu takdir yetkisinin dar mı geniş mi olduğu konusunda mevzuatta açıklık bulunmamaktadır. Bu takdir yetkisinin uygulamada spesifik bir özelliği

³⁸ “(Ek fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) Devlet ormanları içinde yapılacak maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için zorunlu ve ruhsat süresine bağlı olarak yapılan geçici tesislere 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine göre izin verilir.”

³⁹ “Orman Kanununun 16'ncı Maddesinin Uygulama Yönetmeliği”, 18 Nisan 2014, <https://www.ogm.gov.tr/tr/e-kutuphane-sitesi/mevzuat-sitesi/Yonetmelikler/Orman%20Kanununun%2016.%20Maddesinin%20Uygulama%20Y%20C3%B6netmeli%C4%9Fi%2006072018.pdf>.

bulunmayan genel devlet ormanları (muhafaza ormanları) içindeki maden işletiminde dar ve sınırlı olduğu (2 Numaralı takdir yetkisi türü); ancak endemik ve korunması gereken nadir ekosistem alanları, gen alanları ve tohum mescereleerinde (*forest stand*) daha geniş olduğu (4 Numaralı takdir yetkisi türü) söylenebilir. Buna ilaveten, faaliyette bulunulacak ormanlık alandaki orman yoğunluğu (örneğin %71 ve daha fazlası orman ile kaplı 3 kapalı alan) da kullanılacak takdir yetkisinin derecesi açısından önemlidir.

Bu konuda öncelikle belirtmek gerekir ki Türk hukukunda gerek Maden Kanunu gerekse Orman Kanunu orman alanlarında madencilik faaliyeti yürütülmesine ilke olarak olumsuz bakmamakta ve genel kural olarak orman alanlarında medencilğe izin ve onay vermektedir. Hatta sadece genel muhafaza ormanları içinde değil, daha nadir koruma alanlarında bile maden işletimine ilke olarak karşı çıkmamaktadır.

Orman idaresinin uzun süredir genel yaklaşımı da orman alanlarında maden işletimine olumsuz bakmama yönündedir. Orman idaresi, orman alanında madencilik faaliyeti sonrasında ormanın tekrar rehabilite edilmesini kural olarak mümkün ve olağan görmektedir. Dolayısıyla orman idaresinin ormanda madencilik faaliyeti konusunda ilke olarak önyargılı, aşırı ve fazla sınırlayıcı olumsuz bir tavrı genellikle yoktur.

Bu bağlamda, orman izninin hukuka uygunluğuna dair bir değerlendirmede somut ihtilaf bazındaki madencilik projesinin bulunduğu orman alanının endemik veya nadir nitelikte spesifik olarak korunması gereken orman alanı mı, yoksa genel muhafaza ormanı konumunda mı olduğu ve ayrıca alandaki orman yoğunluğu önemlidir. Bu noktada diğer spesifik orman alan türlerine sokulmayan ormanların “genel muhafaza ormanı” olarak sınıflandırıldığını ve aksi spesifik biçimde kanıtlanmadığı sürece, orman alanlarının çok büyük kısmının bu nitelikte sayıldığını belirtmek gerekmektedir. Genel muhafaza ormanlarındaki madencilik projeleri için orman izni konusunda ise orman idaresinin şimdiye kadar olan ve uzun süredir devam eden genel yaklaşımı, takdir yetkisinin dar olması yönünde olduğu söylenebilir.

Bu konuda idari yargının yaklaşımı da mevzuatta öngörülen koşulların yerine getirilmesi halinde ve spesifik olarak koruma altında olan bir orman alanı veya spesifik bir orman kalitesi ve yoğunluğu bulunmadığı sürece, orman idaresinin madencilik faaliyetleri için orman izni vermeme ya da verilmiş orman izni süresini uzatmamada takdir yetkisinin geniş olmadığı yönündedir (2 Numaralı Takdir Yetkisi türü).

Örneğin, bu konulardaki en üst düzey yetkili yargı mercii olan Danıştay 8. Dairesi, maden işletme ruhsatı alınmış bir orman alanında orman izni süresinin maden işletme ruhsat süresi bitimine kadar uzatılma talebinin reddi ve orman izninin yenilenmemesi işleminin iptali istemiyle açılmış bir davada, ilk derece mahkemesi ve istinaf merciinin, idarenin orman izninin uzatılmaması için haklı bir sebep göstermediği ve sadece takdir yetkisine binaen işlem tesis edildiği yönündeki savunmasına itibar etmeyerek, orman iznini yenilememe işlemini hukuka aykırı bularak verdiği iptal kararını temyiz aşamasında onamıştır⁴⁰.

Yine, Danıştayın aynı dairesinin yakın tarihlerde ve bu konuda önemli bir emsal oluşturacak kararında, davacı IV. Grup kuvarsit madenini yaban hayatı koruma bölgesi niteliği taşıyan orman alanında işletmek için maden işletme ruhsatı almış; işletme ruhsatı süresi 2025 yılında bitecek olmasına rağmen ve orman izni başvurusu da ruhsat süresi sonuna kadar izin verilmesi yönünde olmasına rağmen, orman idaresi orman iznini 2017 yılı sonuna kadar vermiş; bu işleme karşı açılan davada ilk derece mahkemesi (idare mahkemesi), “dava dosyasında bulunan belge ve bilgiler dikkate alınmak suretiyle, davalı idarenin maden izni verilmesi konusunda takdir yetkisinin bulunduğu ancak verilen izin yapılan faaliyetin niteliğine göre kısa olduğu, izin süresi bitiminde yeniden müracaat olması halinde talebin değerlendirileceği savunulmakta ise de izinle ilgili idari prosedürün belli bir zaman alacağı, bu durumda davacının faaliyetlerinin olumsuz etkilenmesinin sözkonusu olabileceği, davalı idarece izin süresinin kısa tutulmasının gerekçelerinin yeterince ortaya konulmadığı, öte yandan davacının madencilik faaliyeti ile ilgili kesin taahhüdünün bulunduğu ve bu taahhütlere uyulmaması halinde idarenin gerekli tedbirleri alabileceği ve birtakım yaptırımları uygulayabileceği, buna göre verilen izin süresinin faaliyetin niteliğine göre kısa olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline” karar vermiş; istinaf mercii olan bölge idare mahkemesi, ruhsat alanının yaban hayatı koruma alanı içinde olması nedeniyle idarenin bu konuda orman izni vermeme hususundaki takdir yetkisinin çok daha geniş olduğu gerekçesiyle idare mahkemesi kararını kaldırıp davayı reddetmiş; temyiz mercii Danıştay 8. Dairesi ise, yaban hayatını koruma bölgesi içinde orman izni verilmemesinde idarenin takdir yetkisinin daha geniş olduğunu kabul etmekle

⁴⁰ D. 8. D. E.2017/7665, 22.09.2021, (<https://www.hukukplatform.com/ictihat-detay-81606-danistay-Danistay-8-Daire-2017-7665-Esas-2021-3998-Karar-Sayili-Ilami.html>).

birlikte, kanunun yaban hayatı koruma alanlarında bile madencilik faaliyetlerine izin verilebilmesine olanak tanıdığına vurgu yaparak, orman idaresinin burada daha kısa süre için de olsa maden işletimi için orman izni verilmesini uygun gördüğüne göre, orman iznini ruhsat süresi sonuna kadar değil de daha kısa süre için vermedeki takdir yetkisinin sınırlı olduğu ve somut olayda maden işletme ruhsatı almış kişinin orman izninin de aynı süre için olmasında “haklı beklenti” içinde olduğuna vurgu yaparak, orman izninin maden işletme ruhsatı süresinden daha kısa olmasını hukuka aykırı bularak, istinaf kararını temyiz aşamasında bozmuştur⁴¹.

Bu konuda örnek olabilecek başka bir yargı kararında, orman alanı içinde kil madeni çıkarılması için orman idaresinden istenilen orman izni, İdarece, “istemde bulunulan bölgenin konumu ve özellikleri dikkate alınarak ve daha önceki madencilik faaliyetlerinin ruhsata konu bölgedeki yerleşim alanlarına, su toplama havzalarına ve insan sağlığına verdiği zararlar kapsamında” “kamu yararına” aykırı bulunarak reddedilmiş; açılan davada idarenin bu gerekçesi mahkemece de haklı bulunarak dava reddedilmiştir. Kararın temyizinde mahkeme kararı Danıştayca oyçokluğu ile onanmış olup, karşıyda bu konuda teknik bilirkişi incelemesine göre karar verilmesi gerektiği savunulmuştur⁴².

Bu karar da esasen takdir yetkisi konusundaki yukarıdaki değerlendirmelerimize aykırı değildir, çünkü orman izninin reddi, aynı yöredeki maden işletimlerinde daha önce verilmiş orman izinleri sonucunda çevre ve orman koruma yönünden somut olarak olumsuz durumların ortaya çıkmasının kamu yararına aykırılığı gibi somut bir haklı gerekçeye dayandırılmıştır.

F. ÇED Onayı

Çevre Kanunu m.10 kapsamında konuyu düzenleyen ÇED Yönetmeliği m.6 uyarınca, Yönetmelik EK-1’de belirtilen projeler ve aynı yönetmeliğin m.20 hükmüne göre, bunların kapasite artışları için çevresel etki değerlendirme (ÇED) raporu hazırlanması ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca (“Çevre Bakanlığı”) “ÇED olumlu” kararı verilmesi gerekmektedir. Yönetmelik EK-1’de 27. Sırada ise ÇED’e tabi olacak madencilik projeleri sayılmıştır:

⁴¹ D. 8. D, 23.02.2021, E.2017/7542; 18.03.2021, E.2017/4004 (aynı yerdeki iki ayrı proje için iki ayrı dava).

⁴² D. 8. D, 18.02.2016, E.2011/7099.

“27- Madencilik projeleri: a) (Değişik:RG-26/5/2017-30077) Ruhsat alanı büyüklüğüne bakılmaksızın 25 hektar ve üzeri çalışma alanında (Kazı ve döküm alanı toplamı olarak) açık işletmeler, b) 150 hektarı aşan (Kazı ve döküm alanı toplamı olarak) çalışma alanında açık işletme yöntemi ile kömür çıkarma, c) Biyolojik, kimyasal, elektrolitik ya da ısı işleme yöntemleri uygulanan cevher zenginleştirme tesisleri ve/veya bu zenginleştirme tesislerine ilişkin atık tesisleri, ç) 400.000 ton/yıl ve üzeri kırma, eleme, yıkama ve cevher hazırlama işlemlerinden en az birini yapan tesisler.”

Dolayısıyla burada belirtilen madencilik faaliyetlerinin yapılabilmesi için Çevre Bakanlığından “ÇED olumlu” kararı alınması zorunludur. Söz konusu ÇED Raporunun anılan Bakanlıkça onaylanarak “ÇED olumlu” kararı verilebilmesi için ise aynı yönetmelik uyarınca ÇED Değerlendirme “Komisyonu” kurulması gerekli olup (m.8); işbu Komisyona anılan proje ile doğrudan ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları ve bakanlık temsilcilerinin de üye yapılması zorunludur⁴³. Komisyonun diğer bakanlıklardan ve kurumlardan gelen üyeleri ÇED onayına dair görüşlerini (olumlu veya olumsuz görüş) haricen yazılı olarak da verebilmektedirler (m.8, m.12). Anılan komisyondaki konuyla doğrudan ilgili kurum ve bakanlık temsilcilerinden birinin bile ÇED raporu hakkında olumsuz görüş vermesi durumunda, Komisyon tarafından ÇED süreci olumsuz olarak sonuçlandırılacak (“ÇED olumsuz” kararı) ve durum ve kararın Çevre Bakanlığı tarafından ilgililere bildirilmesi ve duyurulması sağlanacaktır (m.14).

Çevre Kanunu ve ÇED Yönetmeliğine göre ÇED onay süreci kapsamında mevcut proje ile doğrudan ilgili diğer idarelerin anılan ÇED kararı hakkında almaları gereken karar Danıştay’a göre “görüş” niteliği taşımaktadır. Zira bu bağlamda diğer idarelerin ÇED hakkında vermeleri gereken karar aslında salt ÇED onayını vermekle görevli ve yetkili makam olan Çevre Bakanlığına yardımcı olmak ve onun nihai kararına hazırlık işlemi teşkil etmek amaçlıdır. Yoksa diğer idarelerin bu konudaki kararı ÇED açısından nihai karar niteliği taşımamaktadır⁴⁴. Kaldı ki zaten normalde bu konudaki diğer idare görüşleri diğer idarelerden gelen temsilcilerden de oluşan ve Çevre Bakanlığı bünyesinde kurulan “ÇED Komisyonu” tarafından

⁴³ Süheyla Suzan Alica, “Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XV, S. 3 (2011): 113-14.

⁴⁴ Alica.

(komisyon olarak) verilmesi gereken kararlar olmasına karşın, yukarıda da işaret edildiği üzere Yönetmelik bu görüşlerin diğer idarelerce Komisyon harici de verilebilmesine olanak tanımaktadır.

Bu noktada Danıştay (gerek 14. Daire gerekse 6. Daire), ÇED kapsamındaki gerekli diğer idare görüşlerini "uygun görüş" gibi görmeyip hazırlık işlemi mahiyetinde görmekte ve İYUK m.14 açısından dava açılabilir nitelikteki kesin ve yürütülebilir işlem olarak kabul etmemektedir⁴⁵.

İdari yargılama hukukunda bir idari işlemi hazırlayıcı nitelikteki ve bağlayıcı olmayan diğer ön ve alt işlemler tek başlarına dava edilebilir nitelikte kesin ve yürütülebilir işlemler yani doğrudan hukuken "etkili" işlemler olarak görülmemektedir⁴⁶. Bu noktada diğer idarelerden ÇED bağlamında alınması gereken kararların bağlayıcı olup olmadığı hususu fazla sorgulanmaksızın, Danıştay 14. Daire ve 6. Daire çoğunluğunun bu kararları hazırlık işlemi olarak görmelerinin nedeni aslında pratik mülahazalara da dayanmaktadır. Zira normalde Danıştay'ın klasik yaklaşımı, "uygun görüş" mahiyetinde olan ve bu yönüyle bağlayıcılık taşıyan idari görüşlerin kesin ve yürütülebilir işlem niteliğinde görülmesidir. Çünkü uygun görüş verilmesinin gerekli olduğu hallerde verilen uygun görüş kararı salt görüş olma yani bağlayıcılık taşımama özelliğinden sıyrılarak bir tür bağlayıcılık zırhına bürünmektedir. Bu tibarla "etkili" bir idari işlem konumuna ulaşmaktadır.

Burada farklı bir yaklaşım sergilenmesinin nedeni ise ivedi yargılamaya tabi tutulan idari işlemler İYUK m. 20/A hükmünde sayma yoluyla belirlendiğinden ve bu hükümde sayılmayan idari işlemlerin ivedi yargılamaya tabi olması mümkün olmadığından ve bu bağlamda, ÇED kapsamında verilen Çevre Bakanlığı kararlarının ivedi yargılamaya tabi olacağı anılan maddede açıkça sayılmasına karşın, ÇED hakkında diğer idarelerden verilen önceki aşamadaki kararların ivedi yargılamaya tabi tutulacağı açıkça belirtilmediğinden, örneğin orman idaresi kararı gibi ÇED onay kararı öncesinde verilen olumlu veya olumsuz görüşler ivedi yargılamaya tabi olmayacaktır. Bu noktada Çevre Bakanlığının ÇED onay/ret kararlarının (ÇED sürecini sona erdirme, "ÇED olumlu/olumsuz" veya "ÇED

⁴⁵ Örnek için bkz. D. 14. D, 24.10.2016, E: 2016/10400, K: 2016/5993; D. 6. D, 07.04.2022, E: 2022/751, K: 2022/4390; D. 14. D, 21.01.2016, E: 2015/9436, K: 2016/245. D. 14. D, 24.10.2016, E.: 2016/10400, K: 2016/5993; D. 6. D, 07.04.2022, E: 2022/751, K: 2022/4390.

⁴⁶ Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 9. bs (Bursa: Ekin Yayınları, 2023).

gerekli değil” kararları) ivedi yargılamaya tabi olup, ÇED kapsamında diğer idarelerin önceki kararlarının ivedi yargılama dışında olması, özellikle ivedi yargılamada asıl amacın bu türden idari davaların çok kısa süre içinde tamamlanması amacı olması olgusu karşısında⁴⁷, usul ekonomisi açısından içinden çıkılması güç ciddi bir kaos ve çelişki yaratacağı endişesiyle de Danıştayca böyle bir içtihat geliştirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü bir “ÇED olumlu” kararına karşı açılan dava ivedi yargılamada kısa sürede sonuçlanmasına karşın, bu karara esas ve dayanak teşkil eden örneğin OGM orman izni olumlu görüşüne karşı açılan dava (eger dava edilebilirse) ivedi yargılama tabi olmayacağından çok daha uzun sürecek ve bu davanın sonradan ortaya çıkan sonucu, öncesinde kesinleşmiş ÇED olumlu davasına etki edebilecek ve sonrasında içinden çıkılmaz durumlar ortaya çıkarabilecektir.

Bu bağlamda eğer “uygun görüş” niteliği ön plana alınarak bu tür ÇED süreci ön işlemleri için ayrı dava yolu açılacaksa, İYUK m.20/A hükmüne ekleme yapılarak, bu davaların da ivedi yargılama kapsamına alınması daha isabetli olacaktır.

Sonuçta pozitif hukukta bu konuda nihai ve kesin ve yürütülebilir işlem olarak ÇED onaylarına (“ÇED gerekli değildir” veya ÇED olumlu/olumsuz” kararları, ÇED sürecini sona erdirmeye kararları) karşı idari yargıda iptal davası açılması mümkündür. İvedi yargılama kapsamında işbu davaların yetkili yani projenin bulunduğu yer idare mahkemesinde 30 gün içinde açılması gerekmektedir. İşbu kararlara karşı İYUK m.11 kapsamında idari itiraz başvurusu da hukuken anlamlı ve etkili bir yol değildir, çünkü dava sürelerine etkisi bulunmayacağından (İYUK m.20/A), yapılacak işbu idari itirazın reddi halinde (ki genellikle İYUK m.11 başvuruları rutin ret ile sonuçlanmaktadır) dava süresi normal koşullarda kaçırılmış olacaktır. Açılacak iptal davalarında yürütmeyi durdurma talebi hakkında verilen kararlara karşı YD itiraz yolu da kapatılmıştır (İYUK m.20/A). İlk derecede verilen kararlara karşı istinaf yolu da kapalı olup, 15 gün içinde doğrudan Danıştay’a temyiz yolu açıktır (İYUK m.20/A). Danıştay’ın ilgili dairesinin temyiz üzerine verdiği karar kesin olup, karar düzeltme veya (direnme üzerine) İDDK’ya başvuru yolu bulunmamaktadır.

Madencilik faaliyetlerinde çevre boyutuna yönelik olarak kamuoyunda genellikle çok ciddi bir hassasiyet bulunduğu görüldüğünden, madencilikle

⁴⁷ Ali D. Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku*, 3. bs (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022).

ilgili hemen her “ÇED gerekli değildir” ve “ÇED olumlu” kararına karşı idari yargıda gerek o yörede yaşayanlar gerekse çevre örgütleri veya ilgili sivil toplum kuruluşları tarafından iptal davaları açıldığına tanık olunmaktadır.

Açılan davalarda mahkemelerce genellikle bilirkişi incelemesi yoluna gidilmekte ve esastan dava sonucu genellikle bilirkişi raporuna bağımlı olmaktadır. Bu itibarla gerek bilirkişi heyetinin doğru ve iyi seçimi ve oluşumu (*konu hakkında gerekli her uzmanlık alanına yer verilmesi, bilirkişilerin teknik uzmanlıklarının ve tecrübelerinin yeterli ve güvenilir olması, tarafsızlık olgusu*), gerek bilirkişi heyetine sorulan soruların açık, net, somut ve teknik uzmanlıkla sınırlı olması ve hukuksal değerlendirme içermemesi; gerekse bilirkişi heyetinin raporda kendilerine sorulan teknik soruların yanıtı ile yetinmeyip, yerindeliğe kayacak şekilde o alana ve madencilik ve çevre politikalarına yönelik kendi kişisel değerlendirme ve dünya görüşlerini ön plana çıkarmamaları hukuka uygun, istikrarlı ve tüm taraflar için güven veren bir yargı kararı için yaşamsal önemdedir.

Diğer yandan gerek ulusal gerekse özellikle uluslararası yaklaşımda son zamanlarda madencilik ve çevre konularıyla bağlantılı olarak, o yörede yaşayan halkın ilgili idari izin, ruhsat ve onay süreçlerine demokratik biçimde katılımını sağlamak ve yatırımcılar ve işletmeciler tarafından, gerektiğinde yöre halkının ortak ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik sosyal sorumluluk projeleriyle desteklenen yerel halk ve muhatapları projedeki kamu yararına ve ülke ihtiyaçlarına dair ikna veya bilgilendirme ve aydınlatma süreçlerini ifade eden önemli bir kavram olarak *sosyal lisans* kavramı da ön plana çıkmaktadır⁴⁸.

Bu bağlamda yeni ÇED Yönetmeliğinde⁴⁹ de bu hususu öngören yeni hükümler getirilmiş ve ÇED raporu kapsamında ayrıca “*paydaş katılım planı*” yapılması öngörülmüş ve bu planın ÇED onaylarında da dikkate alınması kurala bağlanmıştır (m.4/çç; m.12/11-d). Uygulaması ise önümüzdeki dönemde daha da netleşecektir.

⁴⁸ Bu konuda bkz. Pamela Lesser vd., “European Mining and The Social License to Operate,” *The Extractive Industries and Society* 8, S. 2 (2021), <https://doi.org/10.1016/j.exis.2020.07.021>.

⁴⁹ RG, 29.07.2022, Erişim:11.01.2024, (<https://www.resmigazete.gov.tr/fihrist?tarikh=2022-07-29>).

V. MADEN İŞLETME RUHSATININ UZATILMASI (TEMDİT)

Maden Kanununun işletme ruhsat uzatımlarını (temdit) düzenleyen m.24/2 ve m.24/3 hükümlerinde 14.2.2019 tarihinde 7164 sayılı kanunla yapılan değişiklikle ruhsat uzatım süreci şu şekilde düzenlenmiştir:

“Ruhsatların süre uzatım taleplerinde; ruhsat süresinin bitiş tarihinden en geç altı ay öncesine kadar, 6183 sayılı Kanunun 22/A maddesi kapsamında vadesi geçmiş borcunun bulunmaması şartıyla Genel Müdürlüğün bütçesine gelir kaydedilmek üzere işletme ruhsat taban bedeli yatırılarak, yetkilendirilmiş tüzel kişilerce maden mühendisinin sorumluluğunda hazırlanmış işletme projesi ve aktif edilmiş tebligata esas kayıtlı elektronik posta adresinin (KEP) veya kurumsal elektronik tebligat sistemi (e-Tebligat) adresinin ruhsat sahibi tarafından Genel Müdürlüğe verilmesi zorunludur. Aksi hâlde talep reddedilir ve ilgili saha ihalelik saha konumuna getirilerek ihale yolu ile ruhsatlandırılır. Genel Müdürlükçe proje üzerinde veya mahallinde yapılan/yapılmış inceleme sonucunda tespit edilen, projedeki teknik eksiklikler ve süre uzatımı talebinde bulunulan ruhsata ilişkin vadesi geçmiş ruhsat harcı, ruhsat bedeli, çevre ile uyum teminatı ve Devlet hakkı gibi mali eksiklikler Genel Müdürlük tarafından ruhsat sahibine iki ay içerisinde bildirilir, eksiklikler yapılan bildirimden itibaren üç ay içinde tamamlanır. Eksikliklerini verilen sürede tamamlamayanlara 31.054 TL idari para cezası uygulanır. Ruhsat süresinin sonuna kadar eksikliklerin tamamlanmaması durumunda ruhsat süresi uzatılmaz ve bu alanlar başka bir işleme gerek kalmaksızın ihalelik saha konumuna getirilerek ihale yolu ile ruhsatlandırılır. Talebin kabul edilmemesi hâlinde yatırılan işletme ruhsatı taban bedeli iade edilmez. Süre uzatım talebinin uygun görülmesi hâlinde ise en geç ruhsat süre sonundan itibaren bir ay içinde işletme ruhsatının süresi, işletme ruhsatının süresinin bitim tarihinden itibaren uzatılır. Ruhsat süresi dolan ruhsat sahalarında maden işletme faaliyetleri yapılamaz.”

“I. Grup (a) bendi madenlerin işletme ruhsat süresi beş yıldır. Diğer grup madenlerin işletme ruhsat süresi on yıldan az olmamak üzere projesine göre belirlenir. I. Grup (a) bendi ve diğer gruplardaki maden işletme ruhsatlarının süresi, sürenin bitiminden altı ay önce süre uzatma talebinin olması ve uygun bulunması hâlinde uzatılabilir. I. Grup (a) bendi maden işletme ruhsat süresini uzatma taleplerinde,

işletme ruhsat bedelinin beş katından fazla olmamak üzere büyükşehir belediyesi olan illerde valilik, diğer illerde ise il özel idaresi tarafından belirlenen uzatma bedeli alınır. Süre uzatımları dahil toplam işletme ruhsat süresi I. Grup madenlerde otuz yılı, II. Grup madenlerde kırk yılı, diğer grup madenlerde ise elli yılı geçmeyecek şekilde projesine göre Genel Müdürlük tarafından belirlenir. I. Grup madenlerde otuz yıldan altmış yıla kadar, II. Grup madenlerde kırk yıldan seksen yıla kadar sürenin uzatılmasına Bakan, diğer grup madenlerde ise elli yıldan doksandokuz yıla kadar sürenin uzatılmasına Cumhurbaşkanı yetkilidir. Ruhsat süreleri, süre uzatımları dahil bu süreleri aşamaz ve süresinin sonuna gelen ruhsat alanları başka bir işleme gerek kalmaksızın ruhsat sahasındaki buluculuk ve görünür rezerv geliştirme hakkı düşürülerek ihalelik saha konumuna gelir. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait ruhsatlarda süre sınırları uygulanmaz. Kamu kurum ve kuruluşları tarafından ihale edilen ruhsat sahalarında ruhsat süre başlangıcı hak sahibi adına ruhsatın düzenlendiği tarihtir.”.

Daha sonra kanunun sözkonusu m.24/2 hükmünde 25.11.2020 tarihinde 7257 sayılı Kanun m.3 hükmüyle yapılan değişiklikle, maden işletme ruhsatlarının süre uzatım taleplerinin ruhsat süresinin bitiminden 12 ay öncesinde yapılması ve eksikliklerin ruhsat süresi bitiminden en 6 ay öncesine kadar tamamlanması kurala bağlanmış ve bu yükümlülükleri yerine getirmeyenler için 100 bin TL idari para cezası ve ruhsat süresinin uzatılmaması yaptırımını öngörülmüştür.

Kanunun m.24/3 hükmüne göre işletme ruhsat süreleri birden çok kez ve toplamda 50 yıla kadar uzatılabilir. Hatta Cumhurbaşkanı bu sürenin toplamda 99 yıla kadar uzatılmasına yetkilidir.

Maden işletme ruhsatı için süre uzatımında mevzuatta şekli koşullar ve esasa ilişkin koşullar ayrı ayrı belirlenmiştir.

Şekli koşullar, esas olarak Maden Kanunu m.24 ve Maden Yönetmeliği m.39’da belirtilmiş olup, mevzuatta sunulması istenen belgelerin sunulması anlamındadır. Örneğin işletme projesi sunulması, ruhsat bedellerinin ödendiğine dair belgelerin ve e-tebligat adresinin sunulması gibi. Esasa ilişkin koşullar ise Kanunun m.7 ve Yönetmeliğin m.39 hükmünde belirlenmiş olup, o yerde o kişi tarafından böyle bir maden işletimine devam edilmesinin mevzuatta öngörülen kurallar açısından sakınca yaratmamasına veya işletme projesinin çevre ve toplum sağlığına zarar vermeyeceğine dair değerlendirmelerdir.

Bu bağlamda idarenin şekli koşullar açısından, eğer bu koşullar tamamlandı ise, takdir yetkisi yoktur. Ancak esasa ilişkin koşullar idarenin sonuçta bir değerlendirmesini gerektireceğinden, idarenin bu noktada takdir yetkisine sahip olduğu söylenebilir.

Nitekim, Kanun m.7/1 hükmünde ruhsatlarda süre uzatımları dahil olmak üzere, “*maden işletme yöntemi, faaliyetin yapıldığı bölge, madenin cinsi, yapılacak yatırımın çevresel etkileri, şehirleşme ve benzeri hususların dikkate alınacağı*” belirtilerek aslında idarenin ruhsat vermede ve ruhsat uzatımlarında esasla ilişkin koşullar belirtilmiştir. Bu hususlar aynı zamanda idarenin bu konudaki takdir yetkisini de belirlemektedir. Ancak yukarıda takdir yetkisine dair genel açıklamalarımız kapsamında, idare bu noktadaki takdir yetkisini sınırsız ve keyfi kullanamaz. Esasa ilişkin koşullar açısından ruhsat süre uzatımını kabul etmemesi için, somut bir haklı neden göstermek zorundadır.

Buradaki “benzeri diğer eksikliklerden” kastedilen, gerek kanunun m.7/1 hükmünde gerek Yönetmeliğin m.39/2(b) hükmünde sayılan esasa dair koşullar ile benzer nitelikte görülebilecek teknik hususlara ilişkin eksikliklerdir. Örneğin ruhsat uzatımı talep eden aynı tüzel kişi aynı zamanda başka bir maden faaliyeti yürütüyor ve bu diğer maden faaliyetinde kanuna aykırı ciddi bir faaliyeti tespit edildiyse, hakkında bu açıdan olumsuz bir eksiklik değerlendirmesi yapılabilecektir.

Bu itibarla, idarenin bu noktadaki takdir yetkisinin dar olduğu söylenebilir (2 Numaralı takdir yetkisi türü). Diğer bir anlatımla idare ruhsat uzatım talebini reddedebilmek için, “maden işletme yöntemi, faaliyetin yapıldığı bölge, madenin cinsi, yapılacak yatırımın çevresel etkileri, şehirleşme ve benzeri hususlar” açısından somut bir haklı neden ortaya koymak zorundadır. Aksi halde ret kararı hukuka aykırı olur. Zira eğer buradaki ifade, idarenin kanunda sayılan bu hususlar dışında başka herhangi bir nedenle de ruhsat uzatımını reddedebileceği şeklinde anlaşılırsa, idarede belirlilik, öngörülebilirlik ve hukuki istikrar ilkesine⁵⁰ aykırılık oluşacağı tabiidir⁵¹.

⁵⁰ Bkz. Keskin ve Yağcı, “Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Uygulaması,” 56-74.

⁵¹ Bkz. AYM, E.2009/51, K.2010/73, K.T. 20/5/2010; AYM, E.2009/21, K.2011/16, K.T. 13/1/2011; AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7/7/2011; AYM, E.2011/18, K.2012/53, K.T. 11/4/2012.

Diğer yandan, zaten daha önce bir proje alanı için maden işletme ruhsatı verilmiş bir kişiye, aynı proje alanine yönelik olarak daha sonra aynı ruhsat hakkında süre uzatımı verilmemesi için idarenin normalden çok daha somut ve haklı bir neden gösterebilmesi de beklenir. Zira aynı işletmeye daha önce ruhsat verildiğine göre zaten işletmenin o faaliyeti yapma kapasitesine sahip olduğu idarece önceden kabul edilmiş olmaktadır. (Somut yasal koşulların yerine getirilmesi halinde) aynı idarenin aynı kişinin mevcut ruhsat uzatma talebini kabul etmesi normal ve olağan bir durum; reddetmesi ise istisnai ve olağanüstü bir durum teşkil edecektir.

Nitekim, bir maden (kömür) işletme ruhsatının MAPEG tarafından uzatımına karşı çevresel nedenlerle 3. Kişiler tarafından açılan iptal davasında Muğla İdare Mahkemesi, yasal olarak daha önce işletmeye alınmış olması ve bu ruhsatın hukuka aykırılığına dair herhangi bir derdest dava veya iptal kararı bulunmaması nedeniyle, işbu ruhsatın uzatımında idarenin takdir yetkisinin sınırlı olacağı yaklaşımıyla, davayı reddetmiş ve dava ret kararı İzmir Bölge İdare Mahkemesince de onanmıştır⁵². Davada MAPEG'in de savunmasında önceki maden ruhsatının uzatımında takdir yetkisinin dar ve sınırlı olduğu hususuna vurgu yaptığı anlaşılmaktadır.

Esasa ilişkin ruhsat uzatım koşullarında kanunda (m.7/1) öngörülen değerlendirme kriterleri ile Yönetmelikte (m.39/2(b)) öngörülen değerlendirme kriterleri farklı olup, yönetmelikteki kriterlerin daha fazla ve kapsamlı olduğu dikkat çekmektedir. Bununla birlikte sözkonusu değerlendirme kriterlerinin yönetmelikte daha da genişletilmesi kural olarak hukuka aykırı değildir. Zira kanunla öngörülen ve çerçevesi kanunla çizilen bir konunun yönetmelikle daha da ayrıntılarının belirlenmesi, yani ayrıntıların yönetmelikle belirlenmesi mümkündür. Burada hukuki açıdan önemli olan; yönetmelikle öngörülen daha geniş somut koşulların kanunla idareye verilen görevin sınırlarını aşacak şekilde ve hizmet gereklerine uygun olmayacak biçimde artırılmış olmaması ve buna ilaveten, kişi hak ve özgürlüklerinde ilave bir sınırlamaya gidilmemesi ve getirilen ilave koşulların muğlak ve belirsiz olmamasıdır. Bu çerçevede burada yönetmelikle getirilen ilave koşulların yeterince somut ve denetlenebilir olduğu ve hizmet gerekleri ile uyumlu olduğu söylenebilir.

⁵² Muğla 1. İM, 12.10.2023, E.2022/763, K.2023/2034; İzmir BİM, 7. İDD, 16.4.2024, E.2023/2158, K.2024/816.

Yaptığımız araştırmada maden işletme ruhsatlarının uzatımında idarenin ruhsat uzatımını esasa ilişkin nedenlerle reddetmesi ve bu konudaki takdir yetkisini olumsuz yönde kullanması nedeniyle açılmış spesifik davalara rastlanmamıştır. Bunun nedeni muhtemelen, normal koşullarda zaten bir işletme için işletme ruhsatı verilmesi halinde, aynı işletmenin ruhsat uzatımı talebinin, şekli koşulların sağlanması halinde idarece (MAPEG) normal koşullarda zaten uygulamada reddedilmemesi ve bu nedenle de hukuksal ihtilaf doğmamış olmasıdır.

Öte yandan, maden ruhsatının uzatılması konusundaki idarenin takdir yetkisinin seviyesi ve niteliği konusunda yukarıda Türk idare hukukunda takdir yetkisine ilişkin olarak yaptığımız genel açıklamalar ve verilen referanslar kural olarak burada da geçerlidir.

SONUÇ

Maden ruhsat ve izinleri madencilik faaliyetlerinin yürütülebilmesi için en önemli hukuksal araçlardır⁵³. Nitekim kanun yapıcı yasama organı da bu ruhsat ve izinlerin hukuksal rejimine bir bütün olarak atıf yapan “ruhsat hukuku” kavramına özel bir önem atfetmektedir (*Maden Kanunu m.3, m.6/6*).

Bu bağlamda, maden ruhsat ve izinlerinin gerek şekli gerekse esasa dair yasal koşullarının mevzuatta açık, net, somut, tutarlı ve anlaşılabilir biçimde düzenlenmesi madencilik yatırımlarının teşvik edici ve belki de en önemli faktördür. İşbu kurallar dışında, idare tarafından “kamu yararı” veya “milli menfaat” gibi genel ve soyut kavramlara dayanılarak ilave ve fakat öngörülebilir olmayan koşullar ileri sürülmesi hukuki istikrar, idareye güven ve öngörülebilirlik ilkelerine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır. Zira kamu yararını özellikle de böyle önemli ve hassas konularda zaten ilke olarak kanun belirler.

İdarenin kamu yararını keyfi biçimde belirlemesi meşru değildir. İdare ancak kanunla belirlenen kamu yararını yorumlayabilir veya detaylandırabilir. İdarenin bu çerçevede kişilerin hukuksal durumunu olumsuz etkileyen bir işlem yapması halinde ise bir yandan mevzuata aykırılık bulunmadığını, diğer yandan somut haklı nedene dayandığını ortaya koymak zorundadır. Çünkü

⁵³ Taşkın Deniz Yıldız, *İşletme İzin Sürecinin Madencilik Sektörüne Etkileri* (Ankara: İKSAD Yayınları, 2020), <https://iksadyayinevi.com/wp-content/uploads/2020/09/SLETME-IZIN-SURECININ-MADENCILIK-SEKTORUNE-ETKILERI.pdf>.

kamu yani halk adına yetki kullanan hiç kimse kullandığı kamu kudretini keyfi biçimde kullanamaz ve kamu otoritesi kullanılması mutlaka hukuksal hesap verebilmeyi (*accountability*) gerektirir. İdarenin sahip olduğu takdir yetkisini de bu çerçevede görmek gerekir.

Madencilik alanındaki ruhsat ve izinlerde de yatırımcının tabi tutulacağı hukuksal kuralların kanunda ve ilgili mevzuatta açık, tutarlı ve somut biçimde düzenlenmesi, aslında devletin yatırımcıya sağladığı ya da sağlaması gereken en önemli hukuksal “taahhüttür”.

Mevzuatın uygulanmasında kişisel politik düşüncelerin, dünya görüşünün ve yerindelik mülahazalarının kanun yapıcının+ tercih ve kurallarının önüne geçmesi ise teknik hukuk yönünden objektif davranma yükümlülüğüne aykırı olacağı gibi, ayrıca bir meşruiyet sorunu da doğuracaktır. Ancak bu olgu kuşkusuz kamuoyunun gerek mevzuatta gerekse uygulamada madencilik faaliyetlerinin düzenlenmesinde uluslararası boyutta da kabul görmüş çevresel standartların uygulanmasını talep etmedeki demokratik ve anayasal taleplerine engel olmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginler, ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. 9. bs. Ankara: Savaş Yayınları, 2018.
- Alıca, Süheyla Suzan. “Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XV*, S. 3 (2011): 113-14.
- Council of Europe Committee of Ministers. “Recommandation No.R(80)2,” 11 Mart 1980. <https://rm.coe.int/16804f22ae>.
- Gözler, Kemal, ve Gürsel Kaplan. *İdare Hukuku Dersleri*. 20. bs. Bursa: Ekin Yayınları, 2018.
- Gülan, Aydın. *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri*. İstanbul: Lamure Yayınları, 2008.
- Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*. 9. bs. Bursa: Ekin Yayınları, 2023.
- Keskin, Bayram, ve Zuhul Yağcı. “Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Uygulaması.” *Terazi Hukuk Dergisi* 13, S. 148 (2018): 56-74.
- Lesser, Pamela, Katharina Gugerell, Gregory Poelzer, Michael Hitch, ve Mizhael Tost. “European Mining and The Social License to Operate.” *The Extractive Industries and Society* 8, sy 2 (2021). <https://doi.org/10.1016/j.exis.2020.07.021>.
- Tan, Turgut, ve Bahar Beyazıt. *İdare Hukuku*. 10. bs. Ankara: Turhan Yayınları, 2021.
- Ulusoy, Ali D. *İdari Yargılama Hukuku*. 3. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Ulusoy, Ali D. *Türk İdare Hukuku*. 6. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Yıldız, Taşkın Deniz. *İşletme İzin Sürecinin Madencilik Sektörüne Etkileri*. Ankara: İKSAD Yayınları, 2020. <https://iksadyayinevi.com/wp-content/uploads/2020/09/SLETME-IZIN-SURECININ-MADENCILIK-SEKTORUNE-ETKILERI.pdf>.

DÜZENLEME ORTAKLIK PAYININ VERGİ NİTELİĞİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

*An Evaluation on the Tax Nature of the Development
Readjustment Share*

Erdem ERCAN*

ÖZ

Gördüğü imar işlemi nedeniyle değeri artan arsa ve arazilerin bir kısmının artan değere karşılık olarak kamuya aktarılmasına ilişkin düzenlemeler ülkemizde 19. yüzyıldan bu yana bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin günümüzdeki en önemli örneği İmar Kanunu'nun 18'inci maddesidir. Madde, arsa veya arazisi işlem gören kimselerin işleme tabi tutulan bu gayrimenkullerinin belirli bir kısmının umumi hizmet ve kamu hizmeti alanlarında kullanılmak amacıyla yetkili kamu idaresi tarafından alınması şeklinde uygulanmaktadır. Düzenleme ortaklık payı (DOP) adı verilen bu uygulama gerek 6785 sayılı mülga İmar Kanunu gerekse yürürlükteki 3194 sayılı İmar Kanunu döneminde Anayasa Mahkemesinde iptal davasına konu edilmiştir. 3194 sayılı Kanun dönemindeki kararlarda DOP'un gayrimenkulün artan değeri karşılığında alınan ölçülü bir değerlendirme resmi (şerefiye) olduğu gerekçesiyle iptal talebi reddedilmiştir. Çalışmada, DOP'un şerefiye niteliğinde bir vergi olduğu, aynı olarak alınmasının ve kimi kaynaklarda hukuka uygun kamulaştırmasız el atma olarak nitelendirilmesinin bu durumu ortadan kaldırmadığı sonucuna varılmıştır. Ayrıca daha adil bir vergilendirme için değer esaslı DOP uygulamasına geçilmesi önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arazi ve Arsa Düzenlemesi, Düzenleme Ortaklık Payı, Vergi, Aynı Vergiler, Şerefiye.

Makalenin Geliş Tarihi: 8.1.2025, **Makalenin Kabul Tarihi:** 4.2.2025.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Fakültesi Gayrimenkul Geliştirme ve Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi; e-posta: erdemercan@ankara.edu.tr, ORCID:0000-0002-1645-0394.

ABSTRACT

Regulations concerning the transfer of a portion of real estate, whose value has increased due to zoning process, to the public in exchange for the increased value have been in place in our country since the 19th century. The most significant example of these regulations today is Article 18 of the Zoning Law. This article is implemented by transferring a certain portion of the real estate of individuals whose properties are being processed by the authorized public administration for use in public service areas. This implementation, known as the Development Readjustment Share (DRS), has been the subject of annulment lawsuit in the Constitutional Court under both the repealed Zoning Law No. 6785 and the current Zoning Law No. 3194. In the decisions of Law No. 3194 term, DRS's request for annulment was rejected on the grounds that it was a measured betterment tax. This study concluded that DRS is a betterment tax, and the fact that it is received in kind and described as a confiscating without expropriation in accordance with the law in some sources does not eliminate this situation. Furthermore, the study suggests transitioning to a value-based DRS system in order to achieve more equitable taxation.

Keywords: Land Adjustment, Development Readjustment Share, Tax, Taxes In Kind, Betterment Tax.

GİRİŞ

3194 sayılı İmar Kanunu'nun¹ 18'inci maddesi gereğince arazi ve arsalar birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerler ile birleştirilebilmekte, yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayrılabilen, müstakil veya hisseli olarak ya da kat mülkiyeti esasına göre hak sahiplerine dağıtılabilir. Yetkili idarelerce uygulama imar planlarına dayanan parselasyon planları ile gerçekleştirilen ve hamur kuralı² adı verilen bu uygulamalar neticesinde işleme konu gayrimenkuller değer kazanabilmekte, artan değere karşılık öteden beri düzenleme ortaklık payı (DOP) adı verilen bir pay arazi veya arsa sahibinden alınarak bölgenin ihtiyaç duyduğu mevzuatta sayılan umumi hizmet ve kamu hizmeti alanlarına

¹ 03/05/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu, (www.mevzuat.gov.tr).

² Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 409. Aydın Gülan, *Türk İmar Hukukunda Hamur Kuralı Uygulaması (3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım)* (İstanbul: Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, 2000), 14.

ayrılabilir. Bu pay, 09/07/1956 tarihli ve 6785 sayılı mülga İmar Kanunu'nun³ 42'nci maddesinin devamı mahiyetindeki 3194 sayılı Kanun'un mezkûr maddesi uyarınca gayrimenkulden düşülen aynı bir paydır. Tarihsel açıdan bakıldığında; bedelsiz yola terk, yangın alanlarındaki imar planlarında gayrimenkulden eksiltme gibi benzer uygulamaların 19. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu döneminde de bulunduğu ve şerefiye düzenlemeleri kapsamında ele alındığı görülmektedir⁴.

Hal böyleyken, kimi yazarların yakın geçmişte ortaya koyduğu DOP'un aynı bir vergi, şerefiye veya değerlenme resmi olduğu yönündeki düşünce,⁵ Anayasa Mahkemesinin günümüzde geçerliliğini koruyan 21/06/1990 tarihli kararları ile de desteklenmiştir⁶. Yüksek Mahkemenin bu somut tespitine karşın idare ve imar hukuku çalışmalarında, DOP'un hukuka uygun kamulaştırmatsız el atma işlemi olduğundan bahisle konu kamulaştırma başlığı altında incelenmekte, vergi boyutuyla ele alınmamaktadır⁷. Literatürde

³ RG, 16.07.1956, S. 9359.

⁴ Koray Özcan, "Tanzimat'ın Kent Reformları: Türk İmar Sisteminin Kuruluş Sürecinde Erken Planlama Deneyimleri (1839–1908)," *Osmanlı Bilimi Araştırmaları*, VII, sy. 2, (2006): 171.

⁵ Yıldızhan Yayla, *Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 1975), 179. Ruşen Keleş, *Kentleşme Politikası*, (Ankara: İmge Kitabevi, 1990), 198.

⁶ Anayasa Mahkemesi, E.1990/7, K.1990/11, 21.06.1990, E.1990/8, K.1990/12, 21.06.1990, E.1990/9, K.1990/13, 21.06.1990, (www.anayasa.gov.tr).

⁷ Günday, literatüre yön vermiş olan yaklaşımını; "Görülüyor ki, düzenleme ortaklık payı alınması usulüne uygun olarak bir kamulaştırma kararı alınmasına gerek olmaksızın, özel mülkiyette bulunan taşınmazların belli bir kısmına hukuka uygun olarak zorla el atılmasıdır. Kamulaştırma yoluyla el atmada taşınmazın el atılan kısmının bedelinin ödenmesi zorunlu iken, düzenleme ortaklık payı ayrılmasında herhangi bir bedel ödenmemektedir." sözleriyle gerekçelendirmektedir. Bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 1999), 182. Kalabalık ise benzer şekilde; "Usulüne uygun olarak bir kamulaştırma kararı olmaksızın özel mülkiyetteki taşınmazların İK m. 18 hükmü gereği, imar sınırı içindeki arsa ve arazilerin, idare tarafından, imar planına uygun şekilde ada ve parsellere ayrıldıktan veya birleştirildikten sonra belli bölümlerine el atılması, bunun sonucunda meydana gelecek değer artışı karşılığında bir defaya mahsus olmak üzere düzenleme ortaklık payının alınması "hukuka uygun kamulaştırmatsız el atma" kabul edilmektedir. ... Buna göre ya Kamulaştırma Kanunu çerçevesinde usulüne uygun kamulaştırma yaparak ve bedelini peşin ödeyerek veya İmar Kanunu'na göre imar uygulaması yaparak bedel ödemeksizin en fazla %45'e kadar DOP olarak el konulabilir." demek suretiyle konuyu aynı çizgide ele almaktadır. Bkz. Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, 302-303.

egemen olan bu yaklaşım DOP'un vergisel niteliği hakkında tereddütlere yol açmaktadır. Çalışmada DOP'un vergi olup olmadığı, vergi ise dar anlamda vergi mi diğer mali yükümlülüklerden mi kabul edilmesinin gerektiği sorularına yanıtlar aranacaktır. Fakat öncesinde DOP'un tarihsel gelişimi, güncel mevzuat ve Anayasa Mahkemesinin DOP düzenlemelerinin iptali amacıyla açılan davalarda vermiş olduğu kararlar ele alınacaktır.

I. TARİHSEL GELİŞİM

DOP benzeri uygulamalara ilişkin düzenlemeler, Osmanlı İmparatorluğunda 19. yüzyıl ortalarından itibaren görülmeye başlanmıştır. İmar işlemleri neticesinde gayrimenkulde meydana gelen değer artışlarının vergilendirilmesi veyahut da nakden veya aynen kamuya aktarımı şeklindeki bu düzenlemelerin ilk örneği, İstanbul için çıkartılan 1848 tarihli Ebniye Nizamnamesinde yer almaktadır. Nizamnamede, genişletilecek yollar için gereken alanın yolun iki tarafındaki arsalardan eşit miktarlarda bedelsiz olarak sağlanacağı hükme bağlanmıştır⁸. Bahse konu bedelsiz yola terk oranı azami %25 olarak belirlenmiş, bu oranın aşılması durumunda aşılan miktar kadar kamulaştırma yapılması yoluna ilk defa bu dönemde gidilmiştir⁹. 1864 tarihli Turuk ve Ebniye Nizamnamesi'nde bedelsiz yola terk uygulamasına devam edilmiş, ayrıca alan bazlı %25 bedelsiz terk uygulaması da ilk kez bu dönemde yangın alanlarında gerçekleştirilmiştir¹⁰. Böylece arazi ve arsa düzenlemesinin temelini oluşturan bedelsiz terk uygulaması, yangın alanları ve yollarla sınırlı olarak tüm ülkede yaygınlaşmıştır¹¹. Yine önemli bir başka

Aynı yöndeki görüşler için bkz. Mustafa Yılmaz, "İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Uygulamaları," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 16, sy. 3-4, (2010): 38. Ali Hamza Şahin, "Dünden Bugüne Hukuka Uygun El Atma ve Mülkiyet Hakkı İhlallerinin Giderimi," *TAAD (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi)* 9, sy. 35, (2018): 408. Kerim Azak, "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde İmar Planı Uygulamaları ile Mülkiyet Hakkının Sınırlanması," *SÜHFD (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi)* 31, sy. 4, (2023): 1572.

⁸ Yılmaz, "İmar Kanunu'nun 18. Maddesi," 46.

⁹ Özcan, "Tanzimat'ın Kent Reformları," 163.

¹⁰ Özcan, "Tanzimat'ın Kent Reformları," 167.

¹¹ Melih Ersoy, "Yeni İmar Yasası Hazırlanması Sürecinde Plan Uygulama Araçlarının Önemi," *Ankara Şehir Plancıları Odası Yeni İmar Kanununa Doğru Sempozyumu*, (2005): 5, <http://www.melihersoy.com/wp-content/uploads/2012/04/Yeni-İmar-Yasasi-Hazirlanmasi-Surecinde-Plan-Uygulama-Araclarinin-Onemi.pdf>.

düzenleme, Turuk ve Ebniye Nizamnamesi'nin 9'uncu maddesinde yer almış, devlete ait boş bir miri araziye yahut da vakıf arazisine bina inşa edilmesi suretiyle mahalle teşkil etmek maksadıyla plan yapılması ve bunun uygulanması durumunda bina sahiplerinin düzenleme alanının sahibi olan devlete bir ödeme yapması öngörülmüştür¹². Buna göre, bina sahibi arazi sahibine kullanım bedeli gibi bir bedel ödeyecektir. Fakat bu bedelin, "mukataa-yi zemin" yani bir nevi "üst hakkı" karşılığı bedel, kira veya arazi vergisi olarak ödendiği ve miktarının idarece takdir edildiği anlaşılmaktadır¹³. Kökleri iltizam usulüne dayanan bu gibi uygulamalar, Medeni Kanun'un 1926'da kabulüyle yapılamaz hale gelmiş¹⁴, müteakiben 05/06/1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 27'nci maddesi ile, mukataalı vakıf arazilerinde, arazi mülkiyetinin, üzerinde binası bulunan tasarruf sahibine uygun bir bedel karşılığında devredilmesi suretiyle tamamen tasfiye

¹² Nizamnamenin 9'uncu maddesi şöyledir: "Bir kimse yahud bir şirket eser bina olmayan arazi ve bostanlar üzerine ebniye inşasıyla müceddeden mahalle teşkil edecek olduktaki evvel emirde bunun bir kat'a haritasını tanzim ile Ticaret Nezaretine takdim edecektir. Nezaret dahi icab eden makam ve mevkiler ile bil muhabere bunun münasib olup olmadığını ve muhazir ve menafîini tahkik ve menafî-i umumiyece icrası lâzım gelen şeraiti tayin ederek harita-yı mezkûreyi bir kut'a tahrir ile Babi Aliye takdim eyleyecektir. Bu haritanın kabulü ile mahallenin inşası İrade-yi Mahsuse-yi şahane süduruna münevveddir. Ve alelumum böyle ham arazi üzerine ebniye inşa olunacak olduktaki gerek arazi-yi emiriyye olsun ve gerek arazi-yi vakfiyeden bulunsun yapılacak ebniye mülk olmak üzere yedlerine mukataa-yi zemin olarak icara takdir olunacaktır." Nihal Ekin Erkan, "Ebniye Nizamnamelerinden Şehir Planlama Teorisine Uzanan Yol: İstanbul'da Şehir Planlama," *Çağdaş Yerel Yönetimler* 21, sy. 4, (Ekim 2012): 9. Ayrıca Nizamnamenin tam metni için bkz. Mehmet Seyitdanlıoğlu, "Bir Belge-Yerel Yönetim Metinleri (V): Turuk ve Ebniye Nizamnamesi ve Getirdikleri," *Çağdaş Yerel Yönetimler* 5, sy. 3, (Temmuz 1996): 69 vd.

¹³ "Mukātaa kelimesi başlangıçtan beri, mülkiyeti devlete veya vakıflara ait araziden ve arsalarından ifraz edilerek özel şahıslara veya kurumlara kiralanmış parçalar için yapılan kira sözleşmesini ve ödenen kirayı ifade etmek üzere "mukātaa-i zemîn" veya "mukātaalı" gibi tabirlerde de kullanılmıştır. Mukātaa ayrıca "vergi mükellefinden üretimin hacmine göre alınması gereken öşür, haraç vb. vergilerin sabit bir meblağ olarak belirlenmiş olması" anlamına da geliyordu." <https://islamansiklopedisi.org.tr/mukataa>. Bu ödemenin devlete ait düzenleme alanında inşa edilen yapı sahiplerinin arsa değerinin %10'unun devlete vergi olarak verilmesi şeklinde bir ödeme olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. Seyitdanlıoğlu, "Bir Belge-Yerel Yönetim Metinleri (V)," 72.

¹⁴ Ahmet İşeri, "Vakıflar (Medeni Kanundan Önceki ve Sonraki Vakıf Nevileri ve Hukuki Mahiyetleri)," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, sy. 1, (Mayıs 1964): 266 vd.

edilmiştir¹⁵. Bir başka önemli düzenleme, aynı Nizamname'nin 33'üncü maddesinde yer alan; "*Sokaklardan geçecek su ve gaz boruları ve su yolları ve lağım misüllü şeylerin inşa veya tamirleri hükümetin nezaretiyle yaptırılarak masarifat-ı vakıası sahipleri tarafından tesviye olunacaktır.*" hükmüdür¹⁶. Her ne kadar masrafın doğrudan yapı sahiplerince karşılanması bakımından farklılık arz etmekte ise de bu uygulama, maliyeti idarece karşılanıp yararlananlara paylaştırılarak alınan günümüzdeki yol, su ve kanalizasyon harcamalarına katılma paylarının ilk örneklerindedir.

Benzer düzenlemeler, 1882 tarihli Ebniye Kanunu'nda da yer almıştır. Türkiye'nin ilk imar kanunu olan Ebniye Kanunu'nda yol genişletmelerinde %25'lik bedelsiz terk uygulamasına devam edilmiştir¹⁷. 16'ncı madde gereğince arazisinde yapılaşma talep eden kişilerin bu talepleri karşılığında veya isteğe bağlı olarak gerçekleştirilen mahalle ölçekli parselasyon işlemlerinde, maliklerin arazilerinin ihtiyacı karşılayacak kadarını karakol ve okul alanı olarak bedelsiz terk etmesi, kanalizasyon yapması ve kaldırım masrafını karşılamak üzere parsellenen yerlerin satış bedelinden belli bir kısmını belediyeye ödemesi zorunlu kılınmıştır¹⁸. Bu düzenleme, arazinin o dönem koşullarındaki parselasyonu karşılığında belirli bir kısmının okul ve karakol alanı olarak kullanılmak üzere kamuya devredilmesi bakımından DOP mahiyetindedir. Böylece hem parselasyon hem de bedelsiz terk işlemleri imar uygulamalarına yerleştirilerek İmar Kanunu'nun 18'inci maddesinin temelleri de atılmıştır¹⁹. 1882 yılında yürürlüğe giren Ebniye Kanunu, 6785 sayılı mülga İmar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1956 yılına kadar varlığını sürdürmüştür. Belirtilen dönemde, Ankara Şehri İmar Müdürlüğü'nün Kuruluş ve Görevleri Hakkında 1351 sayılı Kanun'a 02/06/1930 tarihli ve 1663 sayılı Kanunla eklenen hükümlerle Ankara özelinde, 10/06/1933 tarihli ve 2290 sayılı Yapı Yollar Kanunu ile Türkiye genelinde arazi ve arsa düzenlemesinin

¹⁵ Bkz. RG, 13.06.1935, S. 3027.

¹⁶ Bkz. Seyitdanlıoğlu, "Bir Belge-Yerel Yönetim Metinleri (V)," 77.

¹⁷ Ahmet Talha Tetik, "İmar Hukukunda İfraz ve Tevhit İşlemleri," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy. 158, (2022): 142.

¹⁸ Ersoy, "Yeni İmar Yasası," 5. Selahattin Tuncer, "Şerefiye (Değerlenme Resmi) Üzerine Bir Deneme," *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi* 2, sy. 1, (1966): 29. Tetik, "İmar Hukukunda İfraz," 132-133.

¹⁹ Ö. Kırıl, *6785/1605 Sayılı İmar Yasasının 42. Maddesine Eleştirel Bir Yaklaşım* (Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1980), 22'den aktaran Ersoy, "Yeni İmar Yasası," 5.

yangın alanları dışında da %15 eksiltme yapılarak uygulanması sağlanmıştır²⁰. Bu oran, mülga 6785 sayılı Kanunla %25, 3194 sayılı Kanunla ve sonrasında bu Kanun'da yapılan değişikliklerle sırasıyla %35, %40 ve nihayet %45 olarak belirlenmiştir.

II. GÜNCEL MEVZUAT

DOP, İmar Kanunu'nun 18'inci maddesinin 2'nci ve 10'uncu fıkraları gereğince uygulama imar planlarına dayanılarak hazırlanan parselasyon planlarının, uygulama imar planlarının kesinleşmesini müteakip beş yıl içerisinde onaylanmasıyla birlikte aynı anda gayrimenkulden düşülmektedir. Diğer bir deyişle, parselasyon planının onaylanması sonucunda DOP da kesilmiş olmaktadır. Çünkü Kanun'un 19'uncu maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca parselasyon planları onaylanmakla yürürlüğe girmekte, ayrıca kesinleşmesine ve tescil edilmesine gerek bulunmamaktadır. Parselasyon planlarının kesinleşmesi ve tapuda tescil edilmesi 18'inci madde uygulaması için değil, 15'inci maddede yer alan ifraz ve tevhit için zorunludur²¹. Özetle, DOP'un alınabilmesi için öncelikle konut alanını ihtiva eden uygulama imar planının kesinleşmiş olması, sonrasında beş yıl içerisinde parselasyon planının onaylanmış olması gerekmektedir²².

3194 sayılı Kanun'da DOP tanımı bulunmamakta, İmar Kanunu'nun 18'inci maddesi uygulamasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliğin²³ 4/1-ç bendinde; "*Düzenleme alanındaki ve bölgedeki yaşayanların kentsel faaliyetlerini sürdürebilmeleri için gerekli olan umumi hizmet ve kamu hizmet alanlarını elde etmek ve/veya düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında; düzenlemeye tâbi tutulan arazi ve arsaların, düzenlemeden önceki yüzölçümlerinden, imar planındaki kullanım kararlarına göre yüzde kırk beşe (%45) kadar düşülebilen miktar*" olarak tanımlanmaktadır. Tanıma göre, parsel sahiplerinin ihtiyaç duyacağı umumi hizmet ve kamu hizmeti alanları, parselasyon öncesi sahip oldukları arsa ve arazilerden %45'e kadar düşülebilen DOP'tan karşılanmakta ve düzenleme alanını ifade eden parselasyon planında gösterilmektedir.

²⁰ Kanun metinleri için bkz. RG, 02.06.1930, S. 1509 ve RG, 21.06.1933, S. 2433.

²¹ Tetik, "İmar Hukukunda İfraz," 132.

²² Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, 459.

²³ 22/02/2020 tarihli ve 31047 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren *Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik*, (www.mevzuat.gov.tr).

DOP'a ilişkin temel yasal düzenleme, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 'Arazi ve Arsa Düzenleme Esasları' başlıklı 3'üncü bölümünde 'Parselasyon planlarının hazırlanması' başlıklı 18'inci maddesinde yer almaktadır²⁴. Maddenin 1'inci fıkrası uyarınca belediye ve il özel idareleri, düzenlemeye tabi tuttukları arsa ve arazileri; yol fazlalarıyla, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya yetkili kılınmıştır. 2'nci fıkrada; düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtım sırasında, bunların yüzölçümlerinin %45'ini aşmamak kaydıyla, yeteri kadar sahanın düzenleme alanındaki nüfusun kentsel faaliyetlerini sürdürebilmeleri için gerekli olan umumi hizmet alanlarının tesis edilmesi ve düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında DOP olarak düşülebileceği düzenlenmiştir. Yönetmelikteki tanımdan farklı olarak "kamu hizmeti alanları" ifadesine bu fıkrada yer verilmemekle birlikte "umumi hizmet alanı" ifadesinin "kamu hizmet alanını" da kapsadığı takip eden 3'üncü fıkradaki "diğer umumi ve kamu hizmeti alanları" ifadesinden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Yönetmelik tanımı Kanun hükmüyle uyumaktadır. 3'üncü fıkrada, düzenleme alanından düşülecek DOP'un yalnızca bölgede ihtiyaç duyulan yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi/parkı, yeşil saha, ibadet yeri, karakol, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı öğretime yönelik eğitim tesis alanları, kamuya ait kreş ve gündüz bakım evleri, pazar yeri, semt spor alanı, toplu taşıma istasyonları ve durakları, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık tesis alanları, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, bölgenin geneline hizmet veren spor alanı, belediye hizmet alanı, sosyal ve kültürel tesis alanı, kamu hizmeti için planlanan teknik altyapı ve trafo alanları, özel tesis yapılmasına konu olmayan ağaçlandırılacak alan, rekreasyon alanı olarak ayrılan parseller ve mesire alanları, resmî kurum alanı, uygulama imar planı kararı ile getirilen diğer umumi ve kamu hizmet alanları, otogar alanları için kullanılabileceği hüküm altına alınmıştır. 5'inci fıkra uyarınca; umumi hizmetler için ayrılması gereken alanların toplamının %45'ten fazla olması veya daha öncesinde parselasyon planı tescil olmuş alanlarda ikinci kez düzenleme ortaklık payı kesintisi yapılamaması halinde kamu eline geçişi sağlanamayan umumi ve kamu hizmet alanlarının kamuya geçişi Kanun'un 13'üncü maddesinde

²⁴ 04.07.2019 tarihli ve 7181 sayılı Kanun'un 8 ve 9'uncu maddeleriyle üçüncü bölüm başlığı "İfraz ve Tevhid İşleri" iken "Arazi ve Arsa Düzenleme Esasları" şeklinde, 18'inci madde başlığı "Arazi ve arsa düzenlemesi" iken "Parselasyon planlarının hazırlanması" şeklinde değiştirilmiştir.

belirtilen yöntemlerle sağlanacaktır. DOP kesilemediği yani 18'inci madde uygulaması yapılamadığı takdirde başvurulacak yöntemler; ihtiyacın tescil harici ve belediye mülkiyetindeki alanlardan karşılanması, muvafakat alınmak kaydıyla kamuya ait taşınmazlardan karşılanması, Hazine mülkiyetindeki alanlardan karşılanması, imar hakkı aktarımı veya kamulaştırma ile karşılanması olarak sıralanmaktadır. Umumi ve kamu hizmet alanlarının kamulaştırma yoluyla kamu eline geçirilecek olması halinde, uygulamaya giren parsellerin imar planında kamulaştırmaya konu kamu ve umumi hizmet alanlarına denk gelen kısımlarının ilgili idarece kamulaştırılması öngörülmektedir. 6'ncı fıkra gereğince DOP alınacak arsa veya arazide kamulaştırma işlemi söz konusu olduğunda; DOP, kamulaştırılan alandan geriye kalan saha üzerinden hesaplanacaktır. DOP'un kamulaştırmadan farklı olduğu, kamulaştırma olmadığı bu iki fıkra hükmüyle açıkça ortaya konulmaktadır. 7'nci fıkarda, kural olarak DOP'un bir kez alınabileceği, ancak 7, 8 ve 9'uncu fıkralardaki koşulların oluşması halinde %45'i geçmemek kaydıyla ilk uygulamadaki düzenleme ortaklık payına ilave DOP kesintisi yapılabileceği düzenlenmiştir. 11'inci fıkarda, mevcut yapılar nedeniyle parsellerden DOP alınamadığı hâllerde bu payın bedele dönüştürülebileceği, parselasyonu onaylayan idare tarafından alınan bu bedelin, fazladan düzenleme ortaklık payı kesintisi yapılmak zorunda kalınan diğer parsel sahiplerine ödeneceği, 12'nci fıkarda, bu bedelin, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11'inci maddesinde belirtilen bedel tespiti esaslarına uygun olarak lisanslı gayrimenkul değerlendirme uzmanları veya ilgili idare takdir komisyonlarınca raporlandırılarak tespit edileceği hüküm altına alınmıştır. DOP'un, yapılaşma nedeniyle alınamadığı yerlerden gayrimenkul değerlendirme uzmanlarınca veyahut da takdir komisyonlarınca tespit edilecek değer üzerinden hesaplanması ve para olarak alınabilmesini mümkün kılan bu uygulama, aynı DOP uygulamasının istisnası mahiyetindedir.

Kanun hükmüne ilişkin ayrıntılar, İmar Kanunu'nun 18'inci maddesi uygulamasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik'te yer almaktadır. Mevcut yönetmelik Danıştay tarafından birçok maddesi iptal edilmiş veya yürütmesi durdurulmuş vaziyette varlığını sürdürmekte, üstelik 05/12/2024 tarihli ve 7534 sayılı Kanunla²⁵ yapılan son değişikliklere de uyumlaştırılmamış durumdadır. Açıklanan nedenlerle kapsamlı bir reforma tabi tutulması gerekmektedir.

²⁵ Bkz. RG, 12.12.2024, S. 32750.

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN DOP DÜZENLEMELERİNE İLİŞKİN İPTAL DAVALARINDA VERDİĞİ KARARLAR

Anayasa Mahkemesinin, 6785 sayılı mülga İmar Kanunu'nun DOP düzenlemesini ihtiva eden 42'nci maddesinin “şüyulandırılan taşınmaz malların yüzde yirmibeşe kadar noksanı ile sahiplerine dağıtabileceğine”²⁶ ilişkin kısmının “dolayısı ile kamulaştırma (kamulaştırmaz el atma-yazar notu)”²⁷ niteliğinde olduğu gerekçesiyle iptali yönündeki 22/11/1963 tarihli ve E.1963/65-K.1963/278 sayılı kararı²⁸ 19. yüzyıldan itibaren uygulanagelen arazi ve arsa düzenlemelerinin anayasaya aykırı olduğunu ifade eden önemli bir karardır.

Kararda; “334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 38'inci maddesinin birinci fıkrasına göre gerçek karşılığı peşin ödenmedikçe kamulaştırma yapılamaz. 6785 sayılı İmar Kanunu'nun dolayısıyla kamulaştırma hükmünü kapsayan 42'nci maddesinin uygulanması sonucu taşınmaz malının bir kısmı elinden alınacak olan kişiye bunun gerçek karşılığının ödenmesi gerekir. Taşınmaz malların plâna uygun şekilde inşaata elverişli hale getirilmesi sonucu değerinin yükseleceği, bu sebeple de yüzde yirmibeşe kadar eksik verilecek taşınmaz malların değerlerinin bunların eski yüz ölçülerindeki değerlerini karşılayacağı bazı üyeler tarafından ileri sürülmekte ise de bu, her zaman doğru olamaz. Nitekim, İmar ve İskân

²⁶ İptale konu kısmı içeren 42'nci madde; “İmar ve yol istikamet plânları hududu içindeki binalı ve binasız gayrimenkullerin, plâna uygun şekilde inşaata elverişli hale getirilmesi için, gayrimenkul sahiplerinin muvafakati aranmaksızın birbirleriyle ve yol fazlası ile veya sair belediye, âmme hükmi şahıslarıyla âmme müesseselerine ait yerlerle birleştirilerek, plân icaplarına göre, müstakillen veya şuyulu olarak parsellere ayırmaya ve bu yerleri yüzde yirmi beşe kadar noksanıyla sahiplerine dağıtmaya belediyeler salâhiyetlidir.

Bu yerlerin birleştirildikten sonra parsellere ayrılmasında ve dağıtılmasında eski mevkii ve miktarı esas tutulur. Bunlardan yol, meydan, otopark ve yeşil saha gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan ve yüzde yirmi beşten fazla olup istimlâki icap eden yerlere mukabil, mülk sahiplerine bu madde hükümleri dahilinde yer göstermeye belediyeler salâhiyetlidir.” şeklindedir.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Ayhan, “Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. Maddesi ve Türk Hukukunda “Dolayısıyla Kamulaştırma” Uygulaması Üzerine Bir Deneme,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 69, sy. 1-2, (2011): 1128 vd.

²⁸ Anayasa Mahkemesi, E.1963/65, K.1963/278, 22/11/1963 Kararı için bkz. (www.anayasa.gov.tr).

Bakanlığı yayınlarından bir yüksek mühendis tarafından kaleme alınan (İmar mevzuatında değiştirilmesi düşünülen hususlar) adlı broşürde zayıf miktarları için her yerde ve her türlü taşınmaz mala aynı yükümlüğün yükletilmiş olmasından haksızlıklar doğduğu açıklanmaktadır. ...

Yukarıdan beri yapılan açıklamadan anlaşılacağı üzere 6785 sayılı İmar Kanunu'nun şüylendirilen taşınmaz malların yüzde yirmi beşe kadar noksanı ile sahiplerine dağıtılabileceğine ilişkin hükmü Anayasa'nın 38'inci maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. Bu sebeple de iptaline karar verilmek gerekir.

Burada şunu işaret edelim ki tarla kaidesinin uygulanması sonunda sahiplerine verilen taşınmaz malların değerleri artmışsa hiç şüphesiz bu artıştan yalnız mal sahipleri değil, belediyeler de faydalanacaktır. Nitekim 9/7/1948 günlü ve 5237 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun (Değerlenme resmî) kenar başlıklı 16'nci maddesiyle 8/9/1956 günlü ve 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun (Kısmî istimlak) kenar başlıklı 12'nci maddesi artan değerlerin bir kısmının belediyelere ait olacağını açıkça göstermektedir." denilmektedir.

Netice itibarıyla arazi ve arsa düzenlemesi sonucunda yapılması öngörülen %25'lik kesintinin kamulaştırma işlemi mahiyetinde olduğu fakat Anayasa'ya aykırı olarak karşılığında mülk sahibine herhangi bir para verilmediği gerekçesiyle söz konusu ifadenin iptaline oyçokluğuyla karar verilmiştir. Azınlık görüşündeki; imar düzenlemesi neticesinde gayrimenkulün değerinin arttığı, yapılan kesintinin bu artışa karşılık olarak alındığı, dolayısıyla değerlendirme resmi mahiyetinde olduğu, bu nedenle iptali talep edilen ifadenin dolaylı kamulaştırma sonucunu doğurmadığı yönündeki gerekçelerin, bahse konu imar düzenlemesi neticesinde her zaman değer artışı olmayabileceği, artan değerlerin gayrimenkulün bulunduğu yere, konumuna ve büyüklüğüne göre farklılık arz edebileceği, bu nedenle her yerden aynı oranda kesinti yapılmasının eşitlik dışlıklara yol açabileceği, kaldı ki değer artışından yalnızca hak sahiplerinin değil belediyelerin de yararlanacağı gözetilerek değerlendirme resmi iddiasının yerinde görülmediği ifade edilmiştir.

Kararın bir başka önemli yönü ise; Başkanvekili Lütfi Akadlı, Üye Şemsettin Akçoğlu ve Üye Lütfi Ömerbaş'ın, muhalefet şerhinde dahi olsa ilk defa bir Anayasa Mahkemesi kararında %25'lik kesintinin, bir başka ifadeyle DOP'un aynı resim, değerlendirme resmi olarak nitelendirilmiş olmasıdır.

Muhalefet şerhinde; "... Yüzde yirmi beşe kadar eksik dağıtma sonucu belediyenin uhdesinde tapuya tescil edilmiş bir taşınmaz mal husule gelmiş

olmuyor. Sırf imar plâni gereği işlem yapılması sonucu bu durum hasıl olmaktadır.

Taşınmaz malın imardan evvelki metre kare değeri ile imardan sonraki değeri arasında daima bir artış meydana gelir, iyi yapılan bir hamur ameliyesi mutlaka fazla bir değerde yaranmaktadır. Çoğunluk kararın da bir büroşürdeki yayına atfen ileri sürülen haksızlıklar için esasında değil, uygulamaya taallük edebilir. ...

1- ... Kamulaştırmada, taşınmaz malın tümü veya bir parçası, sahibinin rızası olmaksızın elinden alınarak kamulaştırmayı yapan idare adına tapu kütüğüne geçirilip, eski malikin bu taşınmaz malla ilgisi kesilir. Kamulaştırma kısmî yapılmış ise, mülkiyet hakkı kamulaştırılmayan parça üzerinde devam eder. 6785 sayılı kanunun kabul ettiği sistem ise büsbütün başkadır. Sözü geçen kanunun 42'nci maddesinin öngördüğü amaç, imar ve yol istikamet plânları sınırı içinde kalan binalı ve binasız taşınmaz malları plâna uygun şekilde inşaata elverişli hale getirmektedir. Taşınmaz malların önce birleştirilmesi, sonra dağıtılması işi, kamulaştırmada olduğu gibi belli bir kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi için değil beldenin sağlık ve teknik şartları haiz olacak şekilde yavaş yavaş yenilenmesi için yapılmaktadır. ... Bu işleri bir kamulaştırma saymak ve 42'nci madde hükümlerini Anayasa'nın kamulaştırmaya ilişkin hükümleriyle karşılaştırmak kanun koyucunun amacından uzaklaşmak olur.

2- ... Belediye, bütün taşınmaz malları, eski sınırları, miktarı ve malikleriyle kayıtlı kalmaksızın, birleşmekte, böylece meydana gelen alanda yapılması program gereğinden olan yol, yeşil saha ve otopark gibi yerleri ayırmakta, işlemin verdiği zayıatı hesaplamakta, sonra da eski miktarın % 25 ini geçmiyen bir zayıatla teşkil edilen imar parsellerini mümkün olduğu kadar eski sahiplerine müstakil veya şüvulu olarak dağıtmaktadır. Yani taşınmaz mallar, birleştirildikten, genel hizmetler için gerekli yerler ayrıldıktan sonra imar parsellerine uygun kadastro parselleri meydana getirilerek, sınırları, yüz ölçümleri, bazen de, mevkileri değiştirilip yeni bir tescile tabi tutulmaktadır. Kanunun cevaz verdiği bu işlemler kadastro parsellerinin malikleriyle olan bağlarını tamamen kestiğinden ve aynı kimseler, imar plânına uygun yeni kadastro parsellerinin malikleri olduğundan % 25 e kadar olan zayıatın maliklere in'ikâsı ise ancak dağıtma sırasında vukua geldiğinden diğer işlemler bir yana bırakılıp yalnız zayıattan ötürü olaya kamulaştırma hükümleri uygulanmaz.

3- Kaldı ki, kararda görüşüne dayanılan Ord. Prof. Sıddık Sami Onar'ın da kabul ettiği gibi (Nafia işleri umumun menfaatine yarayacak nafia eserleri vücuda getirmek üzere yapılır. Binaenaleyh bunların icap ettirdiği masraflar da, sair âmme masrafları gibi, umuma tahmil edilmek lâzım gelir. Bununla beraber bu nafia işlerinden doğrudan doğruya ve diğerlerinden fazla bir şekilde faydalanan muayyen mülklere bir takım malî külfetler yükletilmektedir Yapı ve Yollar Kanunu'nun 6'ncı maddesi hükmüne göre "Müstakil şehir haritası dahilindeki arsaların tevhit ve ifraz ve tevziinde mesahai sathiyelerin aynen muhafazası kabil olmadığı takdirde tevziat, nihayet %15'e kadar noksanıyla yapılır." şu suretle belediye, şehir haritasının tatbiki dolayısıyla yapacağı nafia işlerinin alâkalı mülklere temin edeceği menfaatin üzerinden arsaların % 15'ini aynen almaktadır.) Sonuç olarak bu % 15'e (6785 sayılı kanuna göre % 25'e) kadar karşılık ödenmeden alınan taşınmaz mal parçası, aynı bir resim niteliğindedir. Bu görünüşü ile düşünülür ve kanuna dayandığı da göz önüne alınırsa bu, vergi ve resimlerden ayrı değildir ve ortada Anayasa'ya aykırı bir yön yoktur.

4- Kararın gerekçe bölümünün sonunda 5237 sayılı Kanununun 16 ncı maddesinde yazılı değerlendirme resminin, bir nafia işinin yapılmasından dolayı mülkü değerlendirilen kimseden alınması ve yine 6830 sayılı istimlâk Kanununun 12 nci maddesi uyarınca kısmî kamulaştırmada kamulaştırma dışında kalan parçanın değerinde, kamulaştırmadan ötürü, artış olmuş ise, bu artışın kamulaştırma parasından indirilmesi Anayasa'ya uygun görüldüğü halde, genel imar hareketleri sebebiyle yapılan işlemlerde, taşınmaz malı, eskisinden % 25 e kadar azalan, buna karşılık, eskisinden çok daha fazla değer kazanan kişinin tabi tutulacağı işlemin Anayasa'ya uygun görülmemesi, ortada bir nevi kamulaştırma bulunduğu yolundaki gerekçe ile izah edilemez. Kısmî kamulaştırmada kamulaştırma dışında kalan parçanın, kamulaştırma sebebiyle artan değeri oranında, kamulaştırma parasından yapılan indirme veya bazı imar işlemleri sebebiyle, o yerdeki taşınmaz mal sahiplerinden alınan değerlendirme resmi ne ise, 6785 sayılı Kanunun 42'nci maddesi uyarınca imar parsellerinin, maliklere, eskisinden %25'e kadar noksanıyla verilmesi de odur. Bu sebeplerden ötürü 42'nci maddenin dâva konusu hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği yolundaki görüşe muhalifiz." ifadelerine yer verilmiştir.

Özetle; iptal edilen hükmün kamulaştırmaya ilişkin olmadığı, kamulaştırmada gayrimenkulün tümü veya bir parçasının sahibinin rızası olmaksızın elinden alınarak kamulaştırmayı yapan idare adına tapu kütüğüne

geçirilip eski malikin bu taşınmaz malla ilgisinin kesildiği, kamulaştırma kısmi yapılmış ise mülkiyet hakkının kamulaştırılmayan parça üzerinde devam ettiği, halbuki arazi ve arsa düzenlemesinde maliklerin eski kadaströ parselleriyle ilişkisinin kesildiği, imar uygulamasına göre oluşturulan yeni parsellerin adlarına tescil edildiği, düzenlemenin kamulaştırmada olduğu gibi belli bir kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi için değil, beldenin sağlık ve teknik şartları haiz olacak şekilde yavaş yavaş yenilenmesi için yapıldığı, %25'lik kesintinin ise belde sakinlerinin ortak kullanım alanlarına yönelik ve artan değere karşılık olarak öteden beri alınan aynı bir resim olduğu, kesintilerde oluşabilecek adaletsizliklerin düzenlemeden değil yanlış uygulamalardan kaynaklanabileceği ifade edilmektedir.

İptal kararından yaklaşık dokuz yıl sonra 11/07/1972 tarihli ve 1605 sayılı Kanun ile 42'nci madde yeniden düzenlenmiş,²⁹ kesinti bu kez "düzenleme ortaklık payı" olarak nitelendirilerek düzenlemeye tabi tutulan gayrimenkullerin %25'ini geçmeyecek bir kısmını değer artışları karşılığında düşme yetkisi belediyelere tekrar verilmiştir³⁰. Yeni 42'nci maddenin uygulanmasına ilişkin günümüz Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliğe benzer nitelikte bir uygulama yönetmeliği de çıkartılmıştır³¹.

6785 sayılı İmar Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18'inci maddesinin 2'nci fıkrasında DOP yeniden düzenlenmiştir. Zonguldak İdare Mahkemesi tarafından yargılamasına devam olunan üç adet davada, bahse konu DOP düzenlemesinin, somut olaya uygulanacağı ve Anayasa'nın 'Kamulaştırma' başlıklı 46'nci maddesine aykırı olduğu yönündeki davacı iddiaları Mahkemece ciddi bulunarak somut norm denetimi yoluyla iptali talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin 21/06/1990 tarihli kararlarında konu yeniden ele alınmış ve iptal talebi, söz konusu payın değerlendirme resmi niteliğinde olduğu gerekçesiyle bu kez reddedilmiştir³².

Kararların ilgili bölümü; "... İptali istenilen kuralla yönetim, kamulaştırma dışında, kişinin mülkiyet hakkını yasayla sınırlandırırken, işlem

²⁹ RG, 20.07.1972, S. 14251.

³⁰ Yılmaz, "İmar Kanunu'nun 18. Maddesi," 48.

³¹ İmar Kanununun 42 inci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik, RG, 23.03.1973, S. 14485.

³² Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.1990/7, K.1990/11, 21.06.1990, E.1990/8, K.1990/12, 21.06.1990, E.1990/9, K.1990/13, 21.06.1990, (www.anayasa.gov.tr).

konusu taşınmazdan "düzenleme ortaklık payı" olarak ayrılan yerleri, şehirleşme için gerekli olan genel hizmetlerde kullanmaya yetkili kalmıştır.

... İtiraz konusu kural ile, kadastral parsellerin imar parseline dönüştürülmesinden sonra belediye tarafından kamu hizmeti yapılırken, hizmet karşılığı, yine o yere getirilecek hizmet için malikin taşınmazından belli bir miktarın düzenleme ortaklık payı olarak alınması yetkisinin, karşılık ödenmeden yapılan bir kamulaştırma olarak nitelendirilmek olanaksızdır. Bu nedenle yönetimin kamulaştırmasız el atmada bulunduğundan söz edilemez.

... arazi ve arsa düzenlemesinde bir kısım alanın "düzenleme ortaklık payı" olarak alınması işlemi; belediyenin yaptığı kamu hizmeti karşılığında, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 16., 86., 87., 88. maddeleri gereği alman değerlendirme resmi (şerefiye)yle, yol yapı harcamalarına, kanalizasyon harcamalarına, su tesisleri harcamalarına yararlananların katılma payı gibi, kendine özgü dengeli bir değerlendirme niteliğindedir.

... İmar Yasası'nın dava konusu 18. maddesinin ikinci fıkrası, belediyeye düzenlemeye bağlı tutulan taşınmaz maliklerinden, götürülen hizmetten dolayı bir karşılık alma yetkisi vermektedir.

Düzenlemeden önceki taşınmazına karşılık olarak verilen taşınmaz da malikin tasarrufuna özgü olduğundan, uygulamaya esas hükümlerin Anayasa'ya aykırılığı söz konusu değildir. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu hükmün, "belediyeler yönünden" Anayasa'nın 46. maddesine ve öbür kurallarına aykırı bir yönü bulunmadığından iptal isteminin reddine karar verilmelidir." şeklindedir.

Kararda; DOP'un, değerlendirme resmi (şerefiye) ve harcamalara katılma payı gibi kendine özgü bir değerlendirme olduğu ifadesiyle dengeli (ölçülü) bir mali yükümlülük yani vergi olduğu vurgulanmıştır³³. Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi eski içtihadını değiştirerek DOP'un dolaylı kamulaştırma olmadığına, mali yükümlülük niteliğinde olduğuna ve davanın reddine karar vermiş, böylece eski kanun döneminden beri devam eden tartışmalara Yüksek Mahkemece son nokta konulmuştur. Buna karşın günümüzde DOP'un vergi niteliği üzerinde yeterince durulmamakta, çoğu çalışmada hukuka uygun kamulaştırmasız el atma olduğu ifadesiyle yetinilmektedir.

³³ Yılmaz, "İmar Kanunu'nun 18. Maddesi," 51.

IV. DOP VERGİ MİDİR?

Vergiler, kamu hizmetlerinin finansmanında en önemli kamu gelirleridir³⁴. Aynı zamanda mali yükümlülük nitelikleri gereğince zor unsuruna dayanmaktadırlar. Zor unsuru vergi ilişkisinin tek taraflılığının bir göstergesi olup aynı zamanda devletlerin vergi koyma yetkisinin doğal bir sonucudur. Vergilendirme yetkisi olarak da ifade edilen vergi koyma yetkisi, para basma ve borçlanma gibi devletlerin mali egemenlikleri kapsamında sahip oldukları en önemli yetkilerinden biridir³⁵. Vergi koyma yetkisi, literatürde dar ve geniş anlamda vergilendirme yetkisi şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Dar anlamda vergilendirme yetkisi, devletin sadece vergi koyma yetkisini içermekte iken geniş anlamda vergilendirme yetkisi, devletin gerçek ve tüzel kişiler üzerine koyduğu her çeşit mali yükümlülüğe ilişkin yetkisini ifade eder³⁶. Geniş anlamda vergilendirme yetkisinde, vergilerin yanı sıra resim, harç, şerefiye ile SGK gibi sosyal kamu kurumlarına, barolar gibi meslek kuruluşlarına ve dini kuruluşlara ödenen prim, ödenek ve aidat gibi vergi benzeri gelirler de bu yetkinin alanı içine girerler³⁷. Bu ayırmadan hareketle, vergi kavramının da geniş anlamda vergiler ve dar anlamda vergiler şeklinde tanımlanması mümkündür. Bu durumda, DOP bir vergi ise uygulama ve doktrindeki tanımlarından hareketle dar anlamda bir vergi midir yoksa geniş anlamda bir vergi midir sorusunun yanıtlanması gerekecektir.

³⁴ Örneğin 2025 yılı Türkiye Cumhuriyeti bütçe teklifinde önceki yıllara paralel olarak vergi gelirleri toplam bütçe gelirinin yaklaşık %90'ı seviyesinde öngörülmüştür. Bkz. 2025 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu Teklifi ve Bağlı Cetveller, 69 vd. <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2024/10/2025-Yili-Merkezi-Yonetim-Butce-Kanun-Teklifi-ve-Bagli-Cetveller.pdf>. Ancak vergiler her zaman bugünkü kadar önemli olmamıştır. Orta Çağ'da devletler için mülk gelirleri en yüksek gelir kalemini teşkil etmiş, vergilerin mülk gelirlerinin yerini alması için modern bütçelerin gelişim gösterdiği 18. yüzyılın sonlarını beklemek gerekmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tülin Canbay, *Dünyada Vergileme Anlayışındaki Değişim (Antikçağdan Günümüze)*, (Bursa: Dora Basım Yayın Dağıtım Ltd., 2009), 25 vd.

³⁵ Ernst Blumenstein, *System des Steuerrechts - Band I*, (Zurich: Polygraphischer Verlag A.G., 1945): 22. Nami Çağan, "Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi," *Anayasa Yargısı*, sy. 2 (1986): 171. Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker, *Vergi Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 37.

³⁶ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 37.

³⁷ Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982), 5.

A. DOP Dar Anlamda Bir Vergi Midir?

Türk Vergi Hukuku'nda yasal bir vergi tanımı bulunmamaktadır. Ancak uygulamada genel kabul görmüş doktriner tanımlar mevcuttur. Örneğin Kaneti'ye göre; *“kamusal gereksinmelerin karşılanması için özel kesimden kamu kesimine, hukuksal zor altında, karşılıksız ve kesin olarak yapılan parasal bir aktarım”*dir³⁸. Aksoy'a göre; *“devlet veya vergilendirme yetkisine sahip kamu kuruluşları tarafından kişi ve kurumlardan hukuki cebir altında, belirli kurallara göre ve karşılıksız olarak alınan iktisadi değerler”*dir³⁹. Yılmaz'a göre; *“kamu giderlerini karşılamak maksadı ile kanunlarla gerçek ve tüzel kişilerden mali güçlerine göre devlet veya devleti temsil eden kurumlarca toplanan yükümlülük”*tür⁴⁰. Bilici'ye göre ise; *“kamu ihtiyaçlarının karşılanması maksadıyla kişilerden zora dayanarak somut bir karşılığı olmaksızın alınan değerler”*dir⁴¹.

Türkiye'de yasal vergi tanımı bulunmasa da bazı ülkelerin vergi mevzuatında vergi tanımına yer verildiği görülmektedir. Bunlardan belki de en önemlisi, vergi devleti niteliği doktrinde genel kabul gören Almanya'daki tanımlardır. 13/12/1919 tarihli mülga Alman İmparatorluk Vergi Usul Kanunu'nun 1'inci maddesinde vergi; *“yetkili kamu otoritesince kanunun gerçekleşmesi halinde yükümlendirdiği vergiyi doğuran olayın üzerine gerçekleştiği herkesten gelir elde edilmesi amacıyla karşılıksız ve bir kereye mahsus veyahut da sürekli olarak alınan parasal yükümlülükler.”* şeklinde tanımlanmıştır⁴². Günümüz Alman Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında ise, *“asli veya tali olarak gelir elde edilmesi amacıyla yetkili kamu kurum veya kuruluşunca kanunun gerçekleşmesi halinde yükümlendirdiği vergiyi doğuran olayın üzerine gerçekleştiği herkesten karşılıksız olarak alınan parasal yükümlülükler.”* vergi olarak tanımlanmaktadır⁴³. Paylaşılan son iki tanım, vergi kavramının ve kavrama yüklenen anlamın Almanya'daki gelişimini ve değişimini bize göstermektedir.

Yukarıdaki tanımlardan hareketle dar anlamda vergilere dair temel özelliklerin tespiti mümkündür. Buna göre, dar anlamda vergilerin

³⁸ Selim Kaneti, *Vergi Hukuku*, (İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası, 1986/1987), 4.

³⁹ Şerafettin Aksoy, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1999), 3.

⁴⁰ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, (Ankara: Seçkin Kitabevi, 1986), 772.

⁴¹ Nurettin Bilici ve Adem Bilici, *Kamu Maliyesi*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011), 129.

⁴² Dieter Birk, *Steuerrecht*, (Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2008), 32.

⁴³ <http://dejure.org/gesetze/AO/3.html>.

karşılıksız⁴⁴ ve zora dayalı olma özellikleri her tanımında ortaklaşmakta ve öne çıkmaktadır. Bunların yanında para ile ödenme,⁴⁵ vergilendirme yetkisi kanunla hangi kamu otoritesine verilmiş ise vergilendirme işlemlerinin o otorite tarafından yapılması,⁴⁶ gelir elde etme amacından önce belirli malların tüketimini azaltmak, belirli alanlara yatırımı özendirmek gibi belirli sosyal ve ekonomik sonuçları elde etme amacıyla alınabilme,⁴⁷ kural olarak vergiyi doğuran olayın üzerinde gerçekleştiği kişilerden alınma⁴⁸ özellikleri de zikredilmektedir. Hal böyleyken, zor unsuruna dayanma özelliği örtüşse⁴⁹ dahi DOP dar anlamda vergilerden farklı olarak karşılıksız alınmamakta, imar işlemlerinde gayrimenkulde meydana gelen değer artışına karşılık olarak alınmaktadır. Özetle, DOP'un dar anlamda vergi niteliği bulunmamaktadır.

B. DOP Geniş Anlamda Vergi Midir?

Geniş anlamda vergi, dar anlamda vergileri de kapsayan, kamunun giderlerini karşılamak için gerçek ve tüzel kişiler üzerine konulan her türlü mali yükümlülüğü ifade eder⁵⁰. Bir başka deyişle, dar anlamda vergiler ile diğer mali yükümlülüklerin toplamı geniş anlamda vergiyi oluşturur. Başlıca diğer mali yükümlülükler; resimler, harçlar, şerefiyeler, harcamalara katılma payları ile vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülüklerdir.

Resimler, yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından belirli bir işin yapılmasına izin verilmesi karşılığında zora dayalı olarak alınan paralardır⁵¹. Günümüzde bütçe gelirleri arasındaki oranı çok düşüktür. Bu mali

⁴⁴ Kaneti, *Vergi Hukuku*, 4. Klaus Tipke ve Joachim Lang, *Steuerrecht*, (Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005). Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 58.

⁴⁵ Tipke ve Lang, *Steuerrecht*, 47.

⁴⁶ Aksoy, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 3.

⁴⁷ Tipke ve Lang, *Steuerrecht*, 46. Abuzer Pınar, *Maliye Politikası (Teori ve Uygulama)*, (Ankara: Naturel Yayıncılık, 2006), 36. Cenker Göker, *Yönlendirici Vergilendirme*, (Ankara: Turhan Kitabevi, Mayıs 2011), 1 vd.

⁴⁸ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 91. Kanun koyucu bazı vergilerde tahsilatın kolaylaştırılması için vergi yükümlüsü ile vergiyi ödeyen ayrı kişiler olarak belirleyebilmektedir. Bu kişilere vergi sorumlusu denmektedir. Şerafettin Aksoy, *Kamu Maliyesi (Kamu Harcamaları - Kamu Gelirleri - Devlet Borçları - Bütçe - Maliye Politikası)* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1998), 199. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Kaneti, *Vergi Hukuku*, 72 vd.

⁴⁹ Tuncer, “Şerefiye (Değerlenme Resmi) Üzerine,” 24.

⁵⁰ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 37.

⁵¹ Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 5. Bilici ve Bilici, *Kamu Maliyesi*, 130.

yükümlülük türüne örnek olarak Rıhtım Resmi, Gemi Sağlık Resmi ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nda⁵² vergi adını alan eski Eğlence Resmi ile eski İlan ve Reklam Resmi gösterilebilir. Anayasa Mahkemesinin yukarıda paylaştığımız kararlarında ve kimi eserlerde DOP'un da "değerlenme resmi" veya "aynı resim" olarak nitelendirildiği görülmektedir. Ancak DOP izin karşılığı alınan bir pay olmadığından bu yöndeki görüşlere katılmak mümkün değildir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi kararlarında, literatürde ve mevzuatta resim kavramının geçmişten beri harç ve vergi kavramlarıyla karıştırıldığı, çoğu yerde resim yerine harç veya vergi kavramının kullanılması durumunda bu karmaşanın giderilmiş olacağı yönündeki düşünce de yukarıdaki tespiti desteklemektedir⁵³. Gerçekten günümüzde ismi resim olsa dahi resim mahiyetinde etkin bir mali yükümlülüğün var olduğunu söylemek oldukça güçtür. Şerefîyelerin adının mülga 01/07/1948 tarihli ve 5237 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun⁵⁴ yürürlüğe girmesiyle birlikte 'değerlenme resmi' olarak değiştirilmiş⁵⁵ olmasının, şerefîyeler bakımından ortaya çıkan bu kavram kargaşasının müsebbibi olduğu anlaşılmaktadır.

Harçlar ise 492 sayılı Harçlar Kanunu⁵⁶ gerekçesine göre; "*fertlerin menfaatlerine ilişkin olarak, kamu kurumları ve hizmetlerden yararlanmaları karşılığında yaptıkları ödemelerdir.*" Vergilerden farklı olarak kanun gerekçesinde tanımlanmış bulunması, harçların önemli bir özelliğidir. Öyle ki bu tanıma Anayasa Mahkemesi kararlarında dahi başvurulmaktadır⁵⁷. Kaneti'nin; "*kamusal güce dayalı olarak kamusal harcamaların finansmanı için, kamu idaresinin belirli edimleri ya da belirli kamu hizmetlerinden yararlanma karşılığında alınan para*" şeklindeki harç tanımı da yukarıdaki tanımla benzerlik arz eder⁵⁸. Tanımlar göstermektedir ki bir kamu gelirininki harç sayılabilmesi için, bu kamu geliri karşılığında kişilerin bir kamu hizmetinden veya kamu kurumundan yararlanması, kendilerine kamu tarafından özel bir yarar sağlanması gerekir. Harçların dar anlamda vergiden

⁵² 26.05.1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu, (www.mevzuat.gov.tr).

⁵³ Güneş Yılmaz, "Vergi, Resim, Harç" Kavramlarının Tarihsel Devinimi: Kavram Kargaşası Bağlamında "Resmin" Günümüzdeki Varlık Sorunu," *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 40, sy. 2 (Ocak 2019): 374 vd.

⁵⁴ Bkz. RG, 09.07.1948, S. 6953.

⁵⁵ Tuncer, "Şerefiye (Değerlenme Resmi) Üzerine," 29.

⁵⁶ RG, 17.07.1964, S. 11756.

⁵⁷ Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.2009/42, K.2011/26, 26.01.2011 Kararı, RG, 14.05.2011, S. 27934.

⁵⁸ Kaneti, *Vergi Hukuku*, 5.

ayrıldığı iki nokta vardır: Vergi zorunlu, harç ihtiyari bir ödemedir. Ancak buradaki ihtiyarilik hizmetten yararlanılana kadar mevcut olan bir ihtiyariliktir. Hizmetten yararlanıldığı anda harç zorunlu bir ödeme haline gelmektedir. Dolayısıyla harç hizmetten yararlanmayanlar için ihtiyari bir yükümlülüktür. İkinci fark, verginin karşılıksız, harcın ise kısmen de olsa bir kamu kurumundan veya hizmetinden yararlanma karşılığında alınmasıdır. Bu karşılık, alınan harç bedelinden yüksek gerçekleşmektedir⁵⁹. Yargı harçları ve tapu harçları bu gelir türüne örnek olarak gösterilebilir. DOP bakımından bir karşılaştırma yapıldığında; imar kamu hizmetinden yararlanılması bakımından harçlardaki karşılık unsurunu taşımakla birlikte, imar kamu hizmetine değil bu hizmet sonucunda artan değere karşılık alınıyor olması⁶⁰ ve hizmetten yararlanmada ihtiyarilik unsurunu taşımadığı, idarenin resen gerçekleştirdiği arazi ve arsa düzenlemesi neticesinde alındığı göz önüne alındığında zorunlu olduğu, açıklanan nedenlerle harç olarak nitelendirilemeyeceği fakat hizmetten yararlanma unsuru bakımından harç benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilebileceği sonucuna varılmaktadır.

Şerefiyeler; “kamusal güce dayalı olarak kamusal harcamaların finansmanı, kamusal tesislerin yapımı, donanımı, genişletilmesi ya da iyileştirilmesi için yapılan harcamalara doğrudan bir katkı olarak alınan paralar”dır⁶¹. 01/07/1948 tarihli ve 5237 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nun 16’ncı maddesinde “şerefiye” yerine “değerlenme resmi” ismi verilerek 26/05/1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu yürürlüğe girene dek uygulanmıştır. Şerefiyeler, harcamalara katılma payına çok benzemektedir. Her ikisi de kamunun özel kişi ve kurumlara bayındırlık alanında fayda sağlayan yatırımları sebebiyle bu kişi ve kurumlardan tahsil edilmektedir. Lakin harcamalara katılma payı borcunun doğması için mülkte bir değer artışının olup olmadığına ve miktarına bakılmamakta, faydalanma yeterli olmakta iken⁶² şerefiyenin alınması için mülkte mutlaka bir değer artışı

⁵⁹ Aksoy, *Kamu Maliyesi*, 143.

⁶⁰ Tuncer, “Şerefiye (Değerlenme Resmi) Üzerine,” 24.

⁶¹ Kaneti, *Vergi Hukuku*, 5-6. Mülga değerlendirme resminden sonra İmar Kanunu’na 14/02/2020 tarihli ve 7221 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle eklenen Ek 8’inci maddeyle getirilen Değer Artış Payı (DAP), günümüzde uygulanan bir başka şerefiyedir. İmar planı değişikliği neticesinde gayrimenkulün artan değeri karşılığı alınıyor olması bunu gösterir. Ayrıntılar için bkz. Erdem Ercan ve Esra Alptekin, “İmar Rantı Vergisi Türü Olarak Değer Artış Payı: Güncel Veriler Işığında Tespit ve Öneriler,” *Maliye Dergisi*, sy. 183 (Temmuz-Aralık 2022): 147 vd.

⁶² Uğur Yiğit, “Harcamalara Katılma Paylarının Mali Güce Göre Ödeme İlkesi Kapsamında Analizi,” *Maliye Dergisi*, sy. 174 (2018): 448.

meydana gelmiş olmalıdır. Bir başka deyişle, imar faaliyetleri sonucunda değeri artan gayrimenkul sahiplerinden şerefiye alınmaktadır⁶³. Vergide somut bir karşılık olmasa da şerefiyelerde ve harcamalara katılma paylarında bir karşılık mevcuttur⁶⁴. Bu açıdan harçlara benzemektedirler⁶⁵. DOP ise hem zorunluluk unsuru hem de gayrimenkuldeki değer artışına karşılık alınma unsuru bakımından şerefiye özelliklerini taşımakta, değer artışı zorunluluğu bulunmayan harcamalara katılma payından bu yönüyle ayrılmaktadır. Gerek doktrinde gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında “aynı resim”, “değerlenme resmi”, “parasal olmayan vergi” olarak nitelendirilen DOP’un tipik şerefiye özellikleri taşıdığı,⁶⁶ bu nedenle uygulamada ve doktrinde farklı isimlerle anılsa dahi mali hukuk teorisinde şerefiye olarak anılmasının gerektiği düşünülmektedir.

Vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülükler ise kişilerden, belirli ihtiyaçların karşılanması için kamu hizmetleri karşılığında ya da bir hizmet karşılığı olmaksızın, kamu gücüne dayanılarak alınan, genellikle özel fonlarda toplanan paralardır⁶⁷. Anayasa Mahkemesi kararlarında mali yükümlülükler benzedikleri mali yükümlülüğün türüne göre vergi benzeri, resim benzeri ve harç benzeri şeklinde nitelendirilmektedir⁶⁸. Benzeri mali yükümlülüklerin en belirgin özelliği, genellikle bir kamu hizmeti karşılığında kamu gücüne dayanılarak tek taraflı olarak yükletilmelerine karşın vergi, resim ve harç değil ücret görünümünde olmalarıdır⁶⁹. Anayasa Mahkemesinin muhtelif kararlarında harcamalara katılma paylarının resim benzeri mali yükümlülük olarak tanımlandığı⁷⁰ görülmekle birlikte harcamalara katılma paylarının izin karşılığında alınmıyor olması bu tanımlamaların doğruluğu hakkında şüphe uyandırmaktadır. Kanımızca eğer böyle bir tanımlama yapılacaksa harcamalara katılma paylarının ve hatta aynı olmasa dahi şerefiyelerin resim değil kamu hizmeti neticesinde alınmıyor olmaları nedeniyle yukarıda harç bahsinde de ifade edildiği üzere harç benzeri mali yükümlülük olarak tanımlanmaları daha isabetli olacaktır.

⁶³ Aksoy, *Kamu Maliyesi*, 145.

⁶⁴ Bilici ve Bilici, *Kamu Maliyesi*, 131.

⁶⁵ Aksoy, *Kamu Maliyesi*, 145.

⁶⁶ Özcan, “Tanzimat’ın Kent Reformları,” 171.

⁶⁷ Kaneti, *Vergi Hukuku*, 6.

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şahnaz Gerek ve Ali Rıza Aydın, *Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010), 32 vd.

⁶⁹ Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.1986/20, K.1987/9, 31.03.1987, (www.anayasa.gov.tr).

⁷⁰ Gerek ve Aydın, *Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku*, 34, 37.

Dar ve geniş anlamıyla iki kategoride ele aldığımız vergiler, günümüz bütçelerinde; gelir, servet ve harcamalar üzerinden alınan vergiler şeklinde sınıflandırılmaktadır⁷¹. Her bir vergi sınıfı özelinde beklenen tahmini gelirler ayrı ayrı belirtilmektedir⁷². Mali gücü kavrama esasına dayalı olarak yapılan bu sınıflandırmanın teoride de önemli bir yeri bulunmaktadır⁷³. Örneğin gelir ve kurumlar vergisi gelir üzerinden alınan, emlak ve motorlu taşıtlar vergisi servet üzerinden alınan, katma değer vergisi ve özel tüketim vergisi harcama üzerinden alınan vergiler olarak nitelendirilmektedir. Bu çerçevede DOP'un da bir vergi olarak sayılan üç ekonomik unsurdan hangisi üzerinden alınıyorsa o sınıfa girmesi gerekmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere DOP, elde edilen bir gelir yahut da yapılan harcama üzerinden alınmamaktadır. Bir servet unsuru olan gayrimenkuldeki değer artışına karşılık, gayrimenkulün bir kısmının hamur kuralına uygun bir şekilde düşülmesi suretiyle malik veya maliklerden alınmaktadır. Bu açıdan, DOP'un, emlak vergisi, değerli konut vergisi, değer artış payı, motorlu taşıtlar vergisi gibi servet unsuru üzerinden alınan bir vergi olduğu açıktır. O nedenle, 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun⁷⁴ mükerrer 80'inci maddesi gereğince gayrimenkulün satışından elde edilen değer artışı kazançlarından alınan vergiyle aralarında herhangi bir benzerlik kurulmaması gerekmektedir. Keza ilkinde bir servet unsuru olan gayrimenkulün değeri artmakta fakat bu bir gelire dönüşmemekteyken ikincisinde değeri artan gayrimenkul satılarak değer artışı gelire dönüşmekte, satılan gayrimenkul değil, elde edilen gelir vergilendirilmektedir.

Yapılan değerlendirmeler DOP'un şerefiye niteliği taşıdığını, geniş anlamda bir servet vergisi olduğunu göstermektedir. Verginin konusu arazi ve arsa düzenlemesi neticesinde değeri artan gayrimenkul, vergiyi doğuran olay arazi ve arsa düzenlemesi neticesinde gayrimenkulün değerinin artması, verginin mükellefi gayrimenkul maliki veya malikleri, verginin oranı %45,

⁷¹ Bkz. 2025 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu Teklifi ve Bağlı Cetveller, 69 vd.

⁷² Bkz. 2025 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Teklifi ve Bağlı Cetveller, s. 70 vd. Aynı başlık altında harçlara da yer verilmektedir. Bu durum, Türkiye Cumhuriyeti bütçelerinde vergi kavramının geniş tanımının esas alındığını göstermektedir.

⁷³ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 224. Pınar, *Maliye Politikası (Teori ve Uygulama)*, 37. Bilici ve Bilici, *Kamu Maliyesi*, 141. Aksoy, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 130-131. Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008), 141.

⁷⁴ Bkz. RG, 06.01.1961, S. 10700.

matrahı ise düzenleme öncesindeki gayrimenkulün kendisi olmaktadır. Vergi aynı kesinti yapılmak suretiyle ödenmekte, kesilen pay umumi hizmet ve kamu hizmeti alanında kullanılmakta ve bu alanlar fonksiyonuna göre Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliğin 17'nci maddesi uyarınca işlemi yapan belediye, hazine yahut da ilgili kamu kurumu adına tapuda tescil edilmektedir.

O halde, literatürde DOP için kullanılan hukuka uygun kamulaştırmasız el atma şeklindeki tanımlamaya, bu tanımlamanın DOP'un vergi niteliğini reddetmek amacıyla kullanılıyor olmaması kaydıyla itiraz edilmesinin de bir anlamının bulunmadığı ifade edilmelidir. Keza devlet nasıl ki nakden alınan vergilerde vatandaşın 'kesesine' hukuka uygun bir şekilde el atıyorsa⁷⁵ DOP'ta da 'malvarlığına' el atmaktadır. Bu bağlamda hukuka uygun kamulaştırmasız el atma nitelemesinin bir kamulaştırma yöntemini değil vergilendirme işlemi ifade ettiği dahi söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 21/06/1990 tarihli kararlarında DOP'un bir değerlendirme resmi olduğu, kamulaştırma veya kamulaştırmasız el atma işlemi olmadığı yönündeki iradesi de bu yöndedir⁷⁶.

C. DOP'un Şerefiye Olmadığı Yönündeki Görüşler Niçin Haklı Değildir?

DOP'un, şerefiye özelliklerini taşıyan geniş anlamda bir servet vergisi olduğu sonucuna yukarıda varılmıştı. Buna karşın, Yüksek Mahkemenin 22/11/1963 tarihli kararında ve doktrinde; kesintiyi yapan idarenin gayrimenkule ortak olması, diğer şerefiyelerin aksine alınan payın yalnızca düzenleme alanında kullanılmak zorunda olunması, aynı olarak alınması ve artan değer somut bir şekilde tespit edilmemesi gibi özellikleri nedeniyle DOP'un şerefiyeden farklılaştığı, şerefiye olmadığı yönünde görüşler mevcuttur⁷⁷. Bu görüşlerin dayandığı gerekçelerin bir bölümü önemli argümanlar içermekte ise de hiçbirinin yukarıda vardığımız sonucun aksini

⁷⁵ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 2.

⁷⁶ Aynı yönde görüş için bkz. Ayhan, "Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. Maddesi," 1127.

⁷⁷ Bkz. Yılmaz, "İmar Kanunu'nun 18. Maddesi," 45. Gülan, *Türk İmar Hukukunda Hamur Kuralı Uygulaması*, 21. Anayasa Mahkemesinin 22.11.1963 tarihli karar gerekçesi ve 21.06.1990 tarihli kararlarındaki muhalefet şerhleri, (www.anayasa.gov.tr).

kanıtlar mahiyetinin bulunmadığı düşünülmektedir. Bahse konu gerekçeleri sırasıyla ele alacağız.

Öncelikle DOP uygulaması neticesinde, ilgili idarenin gayrimenkulü değerlendirilen kişilerin gayrimenkulüne ortak olduğu yönündeki iddianın gerçeği yansıtmadığı ifade edilmelidir. 22/11/1963 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının yukarıda paylaştığımız muhalefet şerhinde de ifade edildiği üzere malik veya maliklerin parselasyona katılan gayrimenkulü karşılığında, aynı veya yakın yerden verilen yeni arsaları tapuda adlarına tescil edilmekte, düzenlemeye giren gayrimenkulden düşülen pay ise planlama bölgesinde yaşayanlar için umumi hizmet ve kamu hizmeti alanlarına ayrılmaktadır. Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliğin 17'nci maddesi uyarınca bu hizmet alanları da hangi hizmete özgülenmiş ise o hizmeti yapmakla yükümlü olan kamu kurumu adına tapuda tescil edilmektedir. Parselasyon sonucunda malik veya maliklere verilen arsa, hamur kuralı gereğince artık eskisinden farklı bir arsa olmakta, ne işlemi yapan idarenin düzenlemeye giren gayrimenkule ne de gayrimenkul malikinin ilgili kamu kurumu adına tescil edilen gayrimenkule ortak olması söz konusu olmaktadır.

Yine iddianın aksine payın kullanılmasında belirli bir alan sınırlaması getirilmiş olması, DOP'un şerefiye olmadığını göstermemektedir. Bu sınırlama yükümlülük niteliğini ortadan kaldıran bir özellik olarak değerlendirilemez. Çünkü ekseriyetle pay, fon gibi adlarla alınan birçok mali yükümlülükte bunların kullanılacağı alan ve konular kanun koyucu tarafından yasayla belirlenebilmekte, ademi tahsis ilkesi hilafına sınırlandırılabilir. Örneğin, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun Ek 8'inci maddesinin 7'nci fıkrası gereğince değer artış payı (DAP), ilgili idareler arasında paylaşılacak ve özel hesaplarda toplanan bu paralar madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere başta kentsel dönüşüm projeleri olmak üzere kanunda öngörülen hizmetler için kullanılmaktadır⁷⁸. Bir başka örnek de 11/07/2019 tarihli ve 7183 sayılı Türkiye Turizm Tanıtım ve Geliştirme Ajansı Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesinde yer alan turizm payıdır. Bir mali yükümlülük olan bu pay 5'inci maddede Ajansın gelirleri arasında gösterilmekte, dolayısıyla Ajansın kamu hizmetlerinde kullanılmaktadır.

Payın aynı olarak kesiliyor olmasına yönelik eleştiriler ise günümüzde verginin para olarak ödenen bir yükümlülük olarak kabul görülmesi

⁷⁸ Bkz. Ercan ve Alptekin, "İmar Rantı Vergisi," 149, 150, 151.

nedeniyle önemlidir. Aynı ekonominin geçerli olduğu geçmişte dünyada olduğu gibi Türkiye’de de aynı olarak alınan vergiler olmuştur⁷⁹. Bunların ülkemiz tarihinde en bilinen örnekleri çiftçilerin ürünlerinin onda birinin alınması şeklinde tahsil edilen ve 1925 yılında kaldırılan aşar vergisi, kurtuluş savaşı döneminin olağanüstü koşullarında yürürlüğe konulan geçici nitelikte aynı yükümlülükler getiren Tekalif-i Milliye emirlerinden bazıları⁸⁰ ile 1952 yılında kaldırılan ve parası olmayanların çalışarak ödedikleri yol vergisidir⁸¹. Aşar kelimesi aslında öşür kelimesinin çoğuludur ve aslında şer’i bir vergidir⁸². 1925 yılına gelindiğinde devlet gelirlerinin %25’ini teşkil eden aşarın kaldırılması büyük bir gelir kaybına yol açsa dahi modern vergilerin önünü açarak Türk vergi sisteminin gelişiminde dönüm noktası olmuştur⁸³. Osmanlı İmparatorluğu döneminde, 19. yüzyılda gerçekleştirilen arsa ve arazi düzenlemeleri nedeniyle değeri artan gayrimenkul maliklerinin gayrimenkulünün bir kısmının yola terki, yangın alanlarındaki imar planlarında gayrimenkulden eksiltme gibi uygulamalar da öteden beri şerefiye kapsamındaki yükümlülükler olarak kabul edilmiştir⁸⁴. Günümüzde içeriği yönünden Anayasaya aykırı olduğu düşünülmeyle birlikte imece, bedensel çalışmayla ödenen aynı bir mali yükümlülük olarak varlığını sürdürmektedir⁸⁵. Hal böyleyken DOP’un, şerefiyenin diğer tüm özelliklerini taşısa dahi kimi eski vergiler gibi aynı olarak alınıyor olması önemli bir farklılıktır. Bununla birlikte, yalnızca para olarak alınmadığı gerekçesiyle geniş anlamda vergilerin tüm özelliklerini taşıyan mezkûr payın vergi olmadığına ifade edilmesi de oldukça güçtür. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 1990 yılında vermiş olduğu kararlar da bunu teyit etmektedir. Öyleyse para olarak alınmaması, DOP’un şerefiye veya geniş anlamda vergi olarak nitelendirilmemesi sonucunu doğurmamalıdır. Buna karşın bahsedilen özelliği nedeniyle modern bir vergi olmadığı, hatta katılmamakla birlikte vergi kabul edilmemesi gerektiği yönündeki eleştirilere muhatap olması da pek tabiidir.

⁷⁹ Aksoy, *Kamu Maliyesi*, 192 vd.

⁸⁰ 2, 5 ve 7 sayılı emirler için bkz. Mehmet Kayıran, “Tekalif-i Milliye Emirleri ve Uygulanışı,” *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 5, sy. 15 (Temmuz 1989): 649 vd.

⁸¹ Bilici ve Bilici, *Kamu Maliyesi*, 141.

⁸² Bilici, *Vergi Hukuku*, 141.

⁸³ Aksoy, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 130-131.

⁸⁴ Özcan, “Tanzimat’ın Kent Reformları,” 171.

⁸⁵ Aksoy, *Kamu Maliyesi*, 192. Erdem Ercan, *Geçmişten Günümüze Yerel Yönetimlerde Mali Özerklik*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 175-176.

Bir diğer önemli karşı görüş, Anayasa Mahkemesinin 22/11/1963 tarihli karar gerekçesinde yer alan; düzenleme neticesinde gayrimenkulün değerinin her zaman artmayabileceği, artsa dahi artan değerın tespit edilmemesi nedeniyle DOP'un mali gücü kavrayamayacağı, dolayısıyla vergi olarak nitelendirilemeyeceği yönündedir. Ancak bilinmektedir ki bir yerde arazi ve arsa düzenlemesi yapıldığında çok istisnai haller dışında düzenlemeye giren gayrimenkullerde mutlaka değer artışı olmaktadır. Buna rağmen değer artmamışsa ve DOP da kesilmişse o takdirde vergiyi doğuran olay gerçekleşmemiş demektir ve vergilendirme işlemi sebep unsuru yönünden hukuka uygun olmayacaktır⁸⁶. İşlemin iptali için idari yargıda iptal davası açılması durumunda işlem iptal edilecektir⁸⁷. İptali talep edecek olan ise diğer vergilerde olduğu gibi kural olarak mükelleftir. Sonuçta değerın artmaması durumunda vergi borcu doğmayacağından bu görüş de mesnedini yitirmektedir.

Ayrıca artan değer tespit edilmediği gerekçesiyle DOP'un, mali güce göre vergilendirme ilkesine uygun olmadığına ilişkin eleştiriler doğru kabul edilse dahi bu durum DOP'un vergi olmadığını göstermez. Gerçekten emlak vergisi, değerli konut vergisi, motorlu taşıtlar vergisi gibi servet vergisi niteliğindeki pek çok mali yükümlülükte de bu açıdan eksiklikler bulunmaktadır. Yine dolaylı vergilerde satın alınan belirli temel ihtiyaç maddeleri için farklı gelir gruplarından aynı oran veya miktarda vergi alınmasının tersine artan oranlılığa neden olarak adil vergilendirme ve mali güce göre vergilendirme ilkelerinin ihlaline neden olduğu bilinmektedir. Bu örnekler kimi vergilerde adaletsizliklerin bulunabildiğini fakat bu durumun bahse konu vergilerin vergi niteliğini ortadan kaldırmadığını göstermektedir. Dolayısıyla DOP'un değer esaslı kesilmiyor olmasının da vergi niteliğini ortadan kaldıracak bir etkisi bulunmamaktadır.

⁸⁶ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 91.

⁸⁷ Değer artışı olmaması durumunda DOP kesilemeyeceğine ilişkin D. 6. Dairenin; E.2000/7453, K.2002/840, 05/02/2002, E.2001/2999, K.2003/1045, 19/02/2003 ve E.2003/5021, K.2003/4766, 10/10/2003 Kararları için bkz. (<https://gayrimenkulmevzuati.com/duzenleme-ortaklik-payi/>). Benzer kararlar için ayrıca bkz. Ahmet Yılmaz ve Hülya Demir, "İmar Uygulamasında (3194/18) Değer Esası, Maliyet Karşılama ve Değer Kazanımı," *TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası, 16. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı*, (3-6 Mayıs 2017): 2.

Buna karşın, artan değer gözetilmeden her gayrimenkulden aynı oranda kesinti yapılmasının farklı değerlerde vergilendirmeye yol açtığı ve vergi adaletine uygun olmadığı da açıktır. Olması gereken, alan esaslı DOP uygulamasından, artan değer hesaplanması suretiyle matrahın tespit edildiği, gayrimenkulden düşülecek payın değer artışları üzerinden hesap edildiği değer esaslı DOP uygulamasına geçilmesidir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (mülga Bayındırlık ve İskân Bakanlığı) başta olmak üzere birçok kurum, kuruluş ve kişinin bu yönde çalışmaları mevcuttur⁸⁸. Değer esasında kanımızca, düzenleme alanında ihtiyaç duyulan hizmet alanı belirlendikten sonra düzenlemeye giren her bir gayrimenkulün artan değeri hesaplanmalı ve öncelikle bu değerler üzerinden eşit oranda (örneğin %50) kesinti yapılmalıdır. Bu değere karşılık gelen pay aynı olarak metrekare cinsinden belirlenerek gayrimenkulden düşülmelidir. Böylece belirli bir asgari büyüklüğün altına inmemek kaydıyla değeri çok artan gayrimenkulden çok, az artan gayrimenkulden az fakat değer bazında eşit oranda kesinti yapılmak suretiyle bahse konu alan ihtiyacı karşılanmış olacaktır. Önerilen yeni sistemde ihtiyaç bu şekilde tamamen karşılanamıyorsa kalan kısım için mevcut düzenlemede olduğu gibi 3194 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinde sayılan diğer yöntemlere başvurulmalıdır. İlk bölümde de belirtilen bu yöntemler; 18'inci madde uygulaması (DOP), tescil harici ve belediye mülkiyetindeki alanlardan karşılama, muvafakat alınmak kaydıyla kamuya ait taşınmazlardan karşılama, Hazine mülkiyetindeki alanlardan karşılama, imar hakkı aktarımı veya kamulaştırma yöntemleri olarak sıralanmaktadır. Ancak DOP alınmadığı için 18'inci madde uygulaması yapılamayacağından kamu hizmeti ve umumi hizmet alanı ihtiyacı ilk etapta tescil harici ve belediye mülkiyetindeki alanlardan, kamuya ait gayrimenkullerden, Hazine alanlarından karşılanacaktır. Aynı zamanda imar hakkı transferi ve kamulaştırma yöntemlerine de başvurulabilecektir. Yine güncel mevzuat kısmında bahsedildiği gibi yapılaşmanın mevcut olması, fiili imkansızlık vb. nedenlerle DOP kesintisi yapılamayan istisnai hallerde, gayrimenkullerin artan değeri

⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz ve Demir, "İmar Uygulamasında (3194/18) Değer Esası," 1 vd. Ayrıca bkz. Vuslat Salalı ve Şaban İnam, "Arazi ve Arsa Düzenlemesi Çalışmalarında Değer Esaslı Uygulama Yönteminin Benimsenmesi Gerekliliği Üzerine Bir Çalışma," *Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi* 20, sy. 01, (2022): 179-190.

üzerinden hesaplanacak DOP miktarının, 18'inci maddenin 11'inci fıkrasına göre bu gayrimenkul sahiplerinden para olarak alınarak daha fazla kesinti yapılan diğer gayrimenkul maliklerine ödenmesi uygulamasına da devam edilmelidir.

SONUÇ

Yapılan inceleme ve değerlendirmeler sonucunda DOP'un aynı bir şerefiye, geniş anlamda bir servet vergisi olduğu anlaşılmıştır. Bir vergi olarak konusunu arazi ve arsa düzenlemesi neticesinde değeri artan gayrimenkul teşkil etmektedir. Vergiyi doğuran olay arazi ve arsa düzenlemesi neticesinde gayrimenkulün değerinin artması, verginin mükellefi gayrimenkul maliki veya malikleri, verginin oranı ise %45'tir. Matrah, düzenleme öncesindeki gayrimenkulün kendisi olmaktadır. Vergi aynı kesinti yapılmak suretiyle alınmakta, kesilen pay umumi ve kamu hizmet alanlarında kullanılmaktadır.

Öte yandan, DOP'un bir kamulaştırma yöntemi veya kamulaştırmaz el atma olmadığı da ortaya konulmuştur. Bu husus Anayasa Mahkemesinin 21/06/1990 tarihli kararlarıyla da sabittir. Hukuka uygun kamulaştırmaz el atma şeklindeki adlandırmanın ise esasa etki eden bir yönü yoktur. Geçmişte örneklerine çokça rastlanan aşar vergisi, yol vergisi ile günümüzde varlığını sürdüren imece gibi diğer aynı vergilerde devlet vatandaşın malvarlığına, günümüzdeki nakdi vergilerde ise kesesine hukuka uygun bir şekilde el atmaktadır. Bir başka ifadeyle verginin kendisi pekâlâ hukuka uygun bir el atmadır ki bu el atma, aynı vergilerde menkul veya gayrimenkul eşyaya, nakdi vergilerde keseye yönelmektedir. Kamulaştırma ise yalnızca gayrimenkul eşya üzerinde yapılmaktadır. Gayrimenkul olarak alınan bir vergiyle karşılaşıldığında o verginin kamulaştırmaya benzetilmesinin buradan kaynaklandığı düşünülmektedir.

Son olarak arazi ve arsa düzenlemesi ile artan değer hesaplanması suretiyle matrahın tespit edildiği, gayrimenkulden düşülecek kısmın değer artışı üzerinden hesap edildiği değer esaslı DOP uygulamasına geçilmesinin vergide adaletin temini bakımından faydalı olacağı sonucuna varılmıştır. Düzenleme alanında ihtiyaç duyulan hizmet alanı belirlendikten sonra düzenlemeye giren her bir gayrimenkulün artan değerinin bulunması ve öncelikle bu değerler üzerinden eşit oranda kesinti yapılması, sonrasında belirli bir asgari büyüklüğün altına düşmemek kaydıyla bahse konu değere karşılık gelen alanın metrekare olarak gayrimenkulden düşülmesi bu bakımdan uygundur. Böylece alan bazında farklı olsa da değer bazında eşit

oranda kesinti yapılmış olacaktır. İhtiyacın bu şekilde karşılanamaması halinde 3194 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinde sayılan ihtiyacın tescil harici ve belediye mülkiyetindeki alanlardan karşılanması, muvafakat alınmak kaydıyla kamuya ait taşınmazlardan karşılanması, Hazine mülkiyetindeki alanlardan karşılanması, imar hakkı aktarımı veya kamulaştırma yöntemlerine başvurulabilmesi de mümkün olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aksoy, Şerafettin. *Kamu Maliyesi (Kamu Harcamaları - Kamu Gelirleri - Devlet Borçları - Bütçe - Maliye Politikası)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1998.
- Aksoy, Şerafettin. *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1999.
- Ayhan, Fatma. "Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. Maddesi ve Türk Hukukunda "Dolayısıyla Kamulaştırma" Uygulaması Üzerine Bir Deneme." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 69, sy. 1-2 (2011): 1125-1148.
- Azak, Kerim. "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde İmar Planı Uygulamaları ile Mülkiyet Hakkının Sınırlanması." *SÜHFD (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi)* 31, sy. 4, (2023): 1561-1601.
- Bilici, Nurettin ve Bilici, Adem. *Kamu Maliyesi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011.
- Bilici, Nurettin. *Vergi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.
- Birk, Dieter. *Steuerrecht*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2008.
- Blumenstein, Ernst. *System des Steuerrechts - Band I*. Zurich: Polygraphischer Verlag A.G., 1945.
- Canbay, Tülin. *Dünyada Vergileme Anlayışındaki Değişim (Antikçağdan Günümüze)*. Bursa: Dora Basım Yayın Dağıtım Ltd., 2009.
- Çağan, Nami. "Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi." *Anayasa Yargısı* 1, (1984): 171-183.
- Çağan, Nami. *Vergilendirme Yetkisi*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.
- Ercan, Erdem ve Alptekin, Esra. "İmar Rantı Vergisi Türü Olarak Değer Artış Payı: Güncel Veriler Işığında Tespit ve Öneriler." *Maliye Dergisi*, sy. 183 (Temmuz-Aralık 2022): 142-171.
- Ercan, Erdem. *Geçmişten Günümüze Yerel Yönetimlerde Mali Özerklik*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Erkan, Nihal Ekin. "Ebniye Nizamnamelerinden Şehir Planlama Teorisine Uzanan Yol: İstanbul'da Şehir Planlama." *Çağdaş Yerel Yönetimler* 21, sy. 4, (Ekim 2012): 1-14.

- Ersoy, Melih. "Yeni İmar Yasası Hazırlanması Sürecinde Plan Uygulama Araçlarının Önemi." *Yeni İmar Kanununa Doğru Sempozyumu*. (Ankara: Ankara Şehir Plancıları Odası, 18/02/2005), <http://www.melihersoy.com/wp-content/uploads/2012/04/Yeni-Imar-Yasasi-Hazirlanmasi-Surecinde-Plan-Uygulama-Araclarinin-Onemi.pdf>.
- Gerek, Şahnaz ve Aydın, Ali Rıza. *Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010.
- Göker, Cenker. *Yönlendirici Vergilendirme*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Gülan, Aydın. *Türk İmar Hukukunda Hamur Kuralı Uygulaması (3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım)*. İstanbul: Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, 2000.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 1999.
- İşeri, Ahmet. "Vakıflar (Medeni Kanundan Önceki ve Sonraki Vakıf Nevileri ve Hukuki Mahiyetleri)." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, sy. 1 (Mayıs 1964): 199-280.
- Kalabalık, Halil. *İmar Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kaneti, Selim. *Vergi Hukuku*. İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası, 1986/1987.
- Kayıran, Mehmet. "Tekalif-i Milliye Emirleri ve Uygulanışı." *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 5, sy. 15 (Temmuz 1989): 639-664.
- Keleş, Ruşen. *Kentleşme Politikası*. Ankara: İmge Kitabevi, 1990.
- Öncel, Mualla, Kumrulu, Ahmet, Çağan, Nami ve Göker, Cenker. *Vergi Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Özcan, Koray. "Tanzimat'ın Kent Reformları: Türk İmar Sisteminin Kuruluş Sürecinde Erken Planlama Deneyimleri (1839–1908)." *Osmanlı Bilimi Araştırmaları* VII, sy. 2, (2006): 149-180.
- Pınar, Abuzer. *Maliye Politikası (Teori ve Uygulama)*. Ankara: Naturel Yayıncılık, 2006.
- Salalı, Vuslat ve İnam, Şaban. "Arazi ve Arsa Düzenlemesi Çalışmalarında Değer Esaslı Uygulama Yönteminin Benimsenmesi Gerekliliği Üzerine Bir Çalışma." *Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi* 20, sy. 01, (2022): 179-190.
- Seyitdanlıoğlu, Mehmet. "Bir Belge-Yerel Yönetim Metinleri (V): Turuk ve Ebniye Nizamnamesi ve Getirdikleri." *Çağdaş Yerel Yönetimler* 5, sy. 3, (Temmuz 1996): 67-81.

Şahin, Ali Hamza. "Dünden Bugüne Hukuka Uygun El Atma ve Mülkiyet Hakkı İhlallerinin Giderimi." *TAAAD (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 9, sy. 35, (Nisan 2018): 405-428.

Tetik, Ahmet Talha. "İmar Hukukunda İfraz ve Tevhit İşlemleri." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy. 158, (2022): 125-190.

Tipke, Klaus ve Lang, Joachim. *Steuerrecht*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005.

Tuncer, Selahattin. "Şerefiye (Değerlenme Resmî) Üzerine Bir Deneme." *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi* 2, sy 1, (1966): 15-34.

Yayla, Yıldızhan. *Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 1975.

Yılmaz, Ahmet ve Demir, Hülya. "İmar Uygulamasında (3194/18) Değer Esası, Maliyet Karşılama ve Değer Kazanımı." *TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası*. (Ankara: 16. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, 3-6 Mayıs 2017).

Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Seçkin Kitabevi, 1986.

Yılmaz, Güneş. "'Vergi, Resim, Harç' Kavramlarının Tarihsel Devinimi: Kavram Kargaşası Bağlamında 'Resmin' Günümüzdeki Varlık Sorunu." *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 40, sy. 2, (Ocak 2019): 370-393.

Yılmaz, Mustafa. "İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Uygulamaları." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 16, sy. 3-4, (2010): 37-83.

Yiğit, Uğur. "Harcamalara Katılma Paylarının Mali Güce Göre Ödeme İlkesi Kapsamında Analizi." *Maliye Dergisi*, sy. 174, (2018): 431-454.

2025 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu Teklifi ve Bağlı Cetveller, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2024/10/2025-Yili-Merkezi-Yonetim-Butce-Kanun-Teklifi-ve-Bagli-Cetveller.pdf>

www.anayasa.gov.tr

<http://dejure.org/gesetze/AO/3.html>

<https://gayrimenkulmevzuati.com/duzenleme-ortaklik-payi/>

<https://islamansiklopedisi.org.tr/mukataa>

www.mevzuat.gov.tr

YEREL YÖNETİMLERİN MALİ ÖZERKLİĞİ ÇERÇEVESİNDE KONAKLAMA VERGİSİ*

*Accommodation Tax within the Framework of the Financial
Autonomy of Local Governments*

Şerife YILDIZ AKGÜL**

ÖZ

7194 sayılı Kanun ile getirilen vergilerden biri olan konaklama vergisi kanun koyucu tarafından genel bütçe geliri olarak düzenlenmiştir. Ancak bu tercih yasalaşma sürecinde olduğu gibi sonrasında da sıklıkla eleştirileri beraberinde getirmiştir. Eleştiriler konaklama vergisinin birçok ülkede düzenlendiği gibi, turizm sektörünün sürdürülebilirliğini sağlamak üzere yerel yönetimler tarafından toplanması gereken bir vergi olması gerekliliğine odaklanmaktadır.

Bu çalışma konaklama vergisinin yerel yönetimlere bırakılması gerekliliği fikri üzerinde şekillendirilmiştir. Bu gerekliliğin yaslandığı gerekçeler, yerel yönetimlerin mali özerkliği ilkesi ve konaklama vergisinin fayda esasına dayanan bir vergi olmasıdır. Öncelikle mali özerklik ilkesinin kapsam ve sınırları ile mali özerkliğin derecesinin belirlenmesinde esas alınan yerel yönetimlerin vergilendirme yetkisi, Anayasa Mahkemesi kararları ve Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı çerçevesinde ele alınmıştır. Sonrasında konaklama vergisinin usul ve esasları Fransız hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Son olarak mali özerkliğin ihlal edilmesi halinde yerel yönetimlerin başvurabilecekleri hukuki başvuru yolları da idari

Makalenin Geliş Tarihi: 30.11.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 17.2.2025.

* Bu makale, 14 Aralık 2023 tarihinde Anadolu Üniversitesinde gerçekleştirilen Vergi Mükelleflerinin Fırsat ve Riskleri Uluslararası Kongresi Eskişehir Forumu'nda sözlü olarak sunulan "Şehir Vergisi ve Yerel Yönetimler" konulu bildiriye bazı yönleri ifade edilen görüşler etrafında kaleme alınmıştır.

** Dr. Öğr. Üyesi Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı,
e-posta: serifeyanadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2264-2624.

yargıya başvuru yolları ve Anayasa Mahkemesine başvuru yolları başlığı altında ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Konaklama Vergisi, Yerel Yönetimlerin Mali Özerkliği, Verginin Kanuniliği, Yerel Yönetimlerin Vergilendirme Yetkisi, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı

Abstract

The accommodation tax, one of the taxes introduced by Law No. 7194, has been regulated by the legislator as part of the general budget revenue. However, this preference has frequently been subject to criticism both during the legislative process and afterwards. The criticisms focus on the necessity for the accommodation tax to be collected by local governments in order to ensure the sustainability of the tourism sector, as is the case in many countries.

This study is shaped around the idea of the necessity of delegating the accommodation tax to local authorities. The justifications for this necessity include the principle of local governments' financial autonomy and the fact that the accommodation tax is a benefit-based tax. The scope and limits of the principle of fiscal autonomy, as well as the degree of financial autonomy, are examined in relation to the local governments' taxation powers, decisions of the Constitutional Court, and the European Charter of Local Self-Government. Subsequently, the procedures and principles of the accommodation tax are analyzed comparatively with French law. Finally, the legal remedies available to local authorities in the event of a violation of financial autonomy, including administrative judicial remedies and recourse to the Constitutional Court, are discussed.

Keywords: Accommodation Tax, Financial Autonomy of Local Governments, Legality of Taxation, Local Governments' Taxation Authority, European Charter of Local Self-Government

GİRİŞ

Turizm, ülke ekonomileri açısından önemli gelir kaynaklarından biridir. Ülkeler bu gelir kaynağı konusunda birbirleri ile rekabet içerisinde turistik çekiciliklerini artırma gayreti içerisinde. Bu çerçevede doğal ve tarihi güzellikler dışında ulaşılabilirlik, güvenlik, konaklama ve ulaşım olanakları turistlerin tercihlerinde belirleyici olmaktadır. Türkiye sahip olduğu doğal ve

tarihi güzelliklerle önemli turizm merkezlerinden biridir. Turist sayısının artırılması, gerekli altyapı hizmetlerinin planlanması ve yerine getirilmesinde merkezi idare ve yerel yönetimlerin önemli görevleri bulunmaktadır.

Turizmin sürdürülebilirliğinin sağlanması ve bu kapsamda turistlere yönelik hizmetlerin finanse edilmesi; şehir vergisi, turizm vergisi, konaklama vergisi gibi adlarla konulan özel vergileri gerekli kılabilmektedir.

Türkiye’de 2019 yılında çıkarılan 7194 sayılı Kanun ile konaklama vergisi getirilmiştir. 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 34. maddesinde konaklama vergisinin usul ve esasları düzenlenmiştir. Gider vergisi olarak düzenlenen konaklama vergisi, pandemi dolayısıyla ertelendikten sonra nihayetinde 01.01.2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Konaklama vergisi genel bütçe geliri olarak düzenlenmiştir. Konaklama vergisine getirilen en önemli eleştirilerden biri bu hususa ilişkindir. Yasalaşma sürecinde de bu husus sıklıkla dile getirilmiştir. Konaklama vergisi çoğu ülkede yerel yönetimlerce tahsil edilen bir vergi olarak düzenlenmiştir. Konaklama vergisinin genel bütçe geliri olarak düzenlenmesi yerel yönetimlerin mali özerkliği çerçevesinde tartışılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Zira mali özerkliğin olup olmadığı ya da derecesi bakımından belirleyici olan vergilendirme yetkisidir. Şayet yerel yönetimlere verginin konusunu, yükümlüsünü, matrahını ve oranlarını belirleme yetkisi tanınmışsa geniş mali özerklik, bazı vergilerin tarh, tahakkuk ve tahsil yetkilerinin ya da bazı vergilerin matrahlarına belli sınırlar içinde vergi oranlarını uygulama yetkisinin yerel yönetimlere tanınması halinde ise sınırlı mali özerklik söz konusudur. Ancak devlet tarafından konulan ve tahsil edilen vergilerin yerel yönetimlerle paylaşımı ya da yerel yönetimlere merkezi devlet bütçesinden pay ayrılmasının söz konusu olması halinde vergilendirme yetkisinin devri söz konusu olmadığı gibi mali özerklikten de söz edilememektedir.¹ Elbette ki sadece konaklama vergisinin genel bütçe vergisi olarak düzenlenmesi yerel yönetimlerin mali özerkliklerinin olmadığı tespiti için yeterli değildir. Ancak, diğer yasal düzenlemeler ve yargı kararları dikkate alındığında yerel yönetimlerin özerkliğinin bir boyutunu oluşturan mali özerkliğin güvence altına alınması için konaklama vergisinin yerel yönetimlere bırakılması gerektiği de söylenebilir. Zira Türkiye’de yerel yönetimlerin mali özerkliği zaten sınırlı mali özerkliktir. Belli vergiler yerel yönetimlere bırakılmış olmakla birlikte bu vergilerin yerel yönetimlerin bütçelerindeki oranı

¹ Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi* (Kazancı Yayınları: İstanbul, 1982), 3.

sınırlıdır. Bunun dışında kanun koyucu tarafından belirlenen sınırlar çerçevesinde vergi oranlarının yerel yönetimlerce belirlenmesi yetkisi de bazı mahkeme kararları ve yasal düzenlemeler dışında reddedilmektedir. Yerel yönetimlerin görev alanlarındaki daralmaya bağlı olarak ya da öngörülen vergi istisnaları ile yerel yönetimlerin gelirleri azalabilmektedir. Yerel yönetimlerin gelirlerini azaltan düzenlemeler konusunda yargı kararları da her zaman mali özerkliği ön planda tutma eğiliminde değildir.

Bu çerçevede çalışmada öncelikle yerel yönetimlerin mali özerkliğinin kapsamı ve yerel yönetimlerin vergilendirme yetkisi olup olmadığı hususu tartışılacaktır. Daha sonra konaklama vergisinin niteliği ile usul ve esasları Fransız hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Karşılaştırılacak ülke olarak Fransa'nın seçilmesinin nedeni idari rejimin kaynak ülkesi ve en yaygın yerel yönetim olan belediye idaresi bakımından, *Gözler* tarafından ortaya konulduğu üzere Türk hukukunun etkilendiği ülke olmasıdır.² Bunun dışında; konaklama vergisi Fransız Yerel Yönetimler Genel Kanununda (art. L2333-26) düzenlendiğinden, verginin usul ve esasları bakımından karşılaştırma yapmaya yetecek veriler de içermektedir. Yerel yönetimlerin özerkliği ilkesini düzenleyen uluslararası sözleşme niteliğindeki Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı (Şart)³ bakımından da değerlendirmelerde

² Söz konusu çalışmada, 1580 sayılı Belediye Kanunu üzerinden Fransız hukuku ile yapılan karşılaştırmada belediye sistemlerinin büyük ölçüde benzerlik gösterdiği tespit edilmiş, belediye encümeni ve büyükşehir belediye sistemi dışında, yürürlükteki 5393 sayılı Kanunun belediye organlarının oluşumu, görev ve yetkileri ile çalışma usulleri bakımından 1580 sayılı Kanun ile benzerlik göstermesi nedeniyle Fransız hukukunun etkisinin halen devam ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Kemal Gözler, "Türk Belediye Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 3 Nisan 1930 Tarihli Belediye Kanunu Fransa'dan mı İktibas Edilmiştir?", *Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 28, Sayı 1-2, (Ocak-Nisan 2019): 15 (1-23), <https://cyy.hacibayram.edu.tr/documents/article/3/28/1-2/1-Gozler.pdf>, erişim tarihi 30.09.2024.

³ 1 Eylül 1988 tarihinde yürürlüğe giren Şart'ı Türkiye 21 Kasım 1988 tarihinde imzalamış, 8 Mayıs 1991 tarih ve 3723 sayılı Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, 21 Mayıs 1991 tarih ve 20877 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Şart'ın onaylanmasına ilişkin 6 Ağustos 1992 tarih ve 92/3398 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Şart'ın resmi Türkçe çevirisi, 3 Ekim 1992 tarih ve 21364 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış ve Şart 1 Nisan 1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Şart'ın belli maddelerine çekince koymuştur. Çekince konulan maddeler şu şekildedir: - Yerel yönetimlere, kendilerini doğrudan doğruya ilgilendiren konularla ilgili planlama ve karar alma süreçleri içinde, olabildiği ölçüde, uygun bir zamanda ve biçimde danışılması konusu ile ilgili 4. maddesinin 6.fıkrası. - Yerel yönetimlerin yönetsel örgüt yapılarının kendilerince belirlenmesi ile

bulunulmuştur. Son olarak yerel yönetimlerin mali özerkliklerinin ihlal edilmesi halinde başvurabilecekleri hukuki başvuru yolları ele alınmıştır.

I. YEREL YÖNETİMLERİN MALİ ÖZERKLİĞİ

Konaklama vergisi belirtildiği üzere genel bütçe geliri olarak düzenlenmiştir. Ancak turizm beldelerinde yerel nüfusun çok üstünde sayılara ulaşan turistlere sunulan kamu hizmetleri ağırlıklı olarak yerel yönetimlerce yürütülen hizmetler olduğundan konaklama vergisinin de yerel yönetimlere bırakılması gerekmektedir. Bu gereklilik yerel yönetimlerin mali özerkliği bakımından konumlandırılacaktır.

A- Mali Özerklik İlkesi

Bilindiği üzere mali özerklik ilkesi, ifade olarak Anayasada yer almamaktadır. Yasal düzenlemelerde ise yerel yönetimlerin idari özerklikleri yanında mali özerkliklerine tanımlarının bir parçası olarak açıkça yer verilmiştir.⁴ Anayasa Mahkemesi, Anayasanın yerel yönetimleri düzenleyen

ilgili 6. maddenin, 1. fıkrası. - Seçimle gelinen görev yerlerinde bulunanların görevleriyle bağdaşmayacak işlev ve etkinliklerin yasayla ve temel tüzük ilkelerine göre belirlenmesi konusu ile ilgili 7. maddenin 3. fıkrası. - Yönetimsel denetime ancak yönetsel denetimle korunmak istenen yararlar ile orantılı olması durumunda izin verilmesi durumu ile ilgili 8. maddenin, 3. fıkrası. - Yerel yönetimlere kaynak sağlanmasında, hizmet maliyetindeki artışların olabildiğince hesaba katılması konusu ile ilgili 9. maddenin, 4. fıkrası. - Dağıtılan kaynakların yerel yönetimlere verilmesinin nasıl yapılacağı konusunda kendilerine uygun biçimde danışılması ile ilgili 9. maddenin, 6. fıkrası. - Yapılacak mali yardımların, yerel yönetimlerin kendi politikalarını uygulama konusundaki temel özgürlüklerin ortadan kaldırılmamasına yönelik 9. maddenin, 7. fıkrası. - Yerel yönetimlere, ortak çıkarlarının korunması ve geliştirilmesi için derneklere üye olma ve uluslararası birliklere katılma hakkının tanınması ile ilgili 10. maddenin, 2. fıkrası. - Yerel yönetimlere, başka ülkelerdeki yerel yönetimlerle işbirliği yapma hakkının tanınması konusu ile ilgili 10. maddenin, 3. fıkrası. - Yerel yönetimlerin, kendilerine tanınmış olan yetkileri serbestçe kullanabilmeleri ve özerk yerinden yönetim ilkesini koruyabilmeleri için yargı yollarına başvuru hakkının tanınması ile ilgili 11. maddesi. Çekinince konulan maddeler ve çekince gerekçelerine ilişkin değerlendirme için bkz. https://www.ab.gov.tr/files/haberler/2011/yerel_yonetimler_ozerklik_sarti.pdf, (05.02.2025).

⁴ Yerel yönetimlere ilişkin 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, tanımlar başlığı altında 3. maddenin a bendinde düzenledikleri yerel yönetimi; idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olarak tanımlamışlardır. Bir diğer yerel yönetim olan köyleri düzenleyen

127. maddesinin son cümlesindeki, yerel yönetimlere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanacağı şeklindeki düzenlemeyi yerel yönetimlerin mali özerkliğinin anayasal dayanağı ve teminatı olarak ele almaktadır.⁵

Uluslararası sözleşme düzeyinde ise Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı (Şart), mali kaynakların da aktarılmasıyla birlikte yetkilerin yerel yönetimlere devredilmesi ilkesini belirleyen ilk anlaşmadır ve mali özerklik ilkesinin gereklerini ortaya koymaktadır.⁶

Yerel yönetimlere görevleri ile orantılı gelir kaynağı sağlanıp sağlanmadığı meselesi kamu maliyesi disiplininin konusunu oluşturur. Bu disiplinde merkezi idare ile yerel yönetimler arasında kamu hizmetlerinin ve kamu gelirlerinin dağılımı mali denkleştirme (mali tevzin) olarak tanımlanmaktadır. Kamu hizmetinin bölüşümü kamu gelirlerinin de bölüştürülmesini, yerel yönetimlere devredilen hizmetler ise hizmetlerin yerine getirilmesine yetecek kaynak aktarımını gerektirmektedir.⁷ Mali tevzin kavramı dar anlamda; vergilendirme yetkisinin devlet ile yerel yönetimler arasında bölüşümünü ifade etmektedir.⁸

Yerel yönetimlere görevleri ile orantılı gelir sağlanması bir zorunluluk olmakla birlikte bu gelirlerin neler olduğu, nasıl sağlanacağı ve güvence altına alınacağı konusunda bir hüküm bulunmamaktadır.⁹ Şart'a baktığımızda ise "yerel makamların malî kaynaklarının en azından bir bölümünün oranlarını kendilerinin kanunun koyduğu sınırlar dahilinde belirleyebilecekleri yerel vergi ve harçlardan sağlanacağı" düzenlenmiştir (mad.9/3).

442 sayılı Köy Kanununda böyle bir niteleme yapılmamıştır. Ancak mali özerklik bakımından belirleyici bir özellik olan vergiler bakımından köyler diğer yönetimlerden farklı olarak salma adı altında vergi koyma yetkisine sahiptirler (mad. 16/2).

⁵ AYM, 10.04.2013, Esas: 2012/158, Karar: 2013/55, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2013-55-nrm.pdf>, erişim tarihi 13.09.2024; AYM, 11.09.2014, Esas: 2014/72 Karar: 2014/141, RG, 10.01.2015, S. 29232.

⁶ <https://www.coe.int/fr/web/congress/the-charter-how-it-works#:~:text=La%20Charte%20est%20le%20premier,le%20plus%20proche%20des%20citoyens>.

⁷ Nuri Tortop, *Yerel Yönetimler Maliyesi (Görev ve Kaynak Paylaşımı)* (TODAİE: Ankara, 1996), 27.

⁸ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 205.

⁹ Muallâ Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker, *Vergi Hukuku* (Turhan Kitabevi: Ankara, 2021, 30. Baskı), 44.

Anayasa Mahkemesi kimi zaman Şart'a da açıkça yollamada bulunarak mali özerklik ilkesinden ne anlaşılması gerektiğini somutlaştırmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre mali özerklik, tüzel kişiliğe sahip olmanın bir gereğidir. Bununla birlikte kanun koyucu tarafından düzenlenecek hizmet yerinden yönetim idarelerinin¹⁰ mali özerkliği ile yerel yönetimlerin mali özerklikleri farklıdır. Yerel yönetimlerin mali özerkliği yerel yönetimlerin özerkliği ilkesinin bir gereğidir ve bu özerkliğin güvencesi Anayasanın 127/6. maddesidir. Yerel yönetimler bakımından mali özerkliğin gerekleri; “yerel yönetimlerin mali kaynaklarının bir bölümünü yerel vergi ve harçlardan oluşturmaları, gelirlerini ve varlıklarını kendi amaçlarına uygun bir biçimde kullanabilmeleri ve esnek bir bütçe sistemine sahip olmaları”dır.¹¹

Yerel yönetimlere sağlanacak gelir kaynakları bakımından belirleyici olan görevler, görevler bakımından belirleyici olan ise görevlerin yerel nitelikte olması yani yer bakımından sınırlı olmasıdır. Dolayısıyla mali özerklik ilkesi değerlendirilirken yerel yönetimlerin yetkili olduğu yer sınırları dikkate alınarak yetki alanının ötesinde sonuç doğuracak tasarruflar özerklik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 7439 sayılı Türk Arkeoloji ve Kültürel Miras Vakfı Kanununda yer alan

¹⁰ Kararda hizmet yerinden yönetim idareleri bakımından da doğrudan Anayasada düzenlenen kamu tüzel kişileri ile Anayasanın 123. maddesi gereğince kanun koyucu tarafından kurulan kamu tüzel kişileri arasında ayırım yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki Anayasada (mad.130/9) üniversiteler ve YÖK için getirilen “Yükseköğretim kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı mali kaynakların kullanılması kanunla düzenlenir” şeklindeki düzenleme ile Türk Dil Kurumu ile Türk Tarih Kurumu için getirilen “Atatürk'ün vasiyetnamesinde belirtilen mali menfaatler saklı olup kendilerine tahsis edilir.” şeklindeki düzenleme de (mad.134/2) söz konusu kamu tüzel kişileri bakımından anayasal nitelikteki diğer kamu tüzel kişilerinden farklı olarak mali özerklikleri bakımından teminat niteliğinde düzenlemeler olarak ele alınabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, devlet üniversitelerinde görev yapan sağlık meslek mensupları hakkında rücu kararı verme konusunda Mesleki Sorumluluk Kurulunu yetkilendiren düzenlemeyi, kamu tüzel kişilerinin mali özerkliğinin bir unsuru olan bütçe düzenleme hakları üzerinde sonuç doğurabileceğinden mali özerkliğe aykırı saymaktadır. Bkz. AYM, 30.11.2023, Esas: 2022/90, Karar: 2023/201, RG, 02.02.2024, S. 32448. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) ile kurulan kamu tüzel kişileri bakımından da mali özerklik kapsamında yer alan gelirlerin belirlenmesi hususunu kanuni idare ilkesinin bir sonucu olarak, kamu tüzel kişiliğinin teşkilatlanmasının zorunlu unsurlarından biri olarak kabul etmemekte ve münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olarak ele almaktadır. Bkz. AYM, 13.12.2022, Esas: 2019/87, Karar: 2022/158, RG, 14.07.2023, S. 32248.

¹¹ AYM, 05.07.2018, Esas: 2018/7, Karar: 2018/80, RG, 06.10.2018, S. 30557.

(mad.6/2-e) “...*Gaziantep Büyükşehir Belediyesinden aktarılacak tutarlar.*” ibaresini, belediye tarafından vakfa aktarılacak kaynağın belediye sınırları dışında da kullanılabilceği, oysaki mali özerklik ilkesinin “*belediyenin mahallî müşterek ihtiyaçlara yönelik olmayan faaliyetlerin finansmanında kullanılmak üzere herhangi bir kurum ya da kuruluşa kaynak aktarmasının öngörülmesine engel teşkil ettiği*” gerekçesiyle iptal etmiştir.¹²

Yerel yönetimlere sağlanacak mali kaynakların ölçüsü onlara verilen görevlerle doğrudan bağlantılı olduğundan, yerel yönetimlerin mali özerkliğinin kapsamı, yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetlere ayrılmış aynı ve nakdi mal varlığı ile sınırlı olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla yerel hizmetlerin yerine getirilmesiyle doğrudan ilgisi bulunmayan, personelin yararlandığı kamu konutlarının ekonomiye kazandırılması için satışının öngörülmesi, satıştan elde edilen gelirlerin yerel yönetimlerin bütçelerine gelir kaydedileceği hususu da gözetildiğinde yerel yönetimlerin mali özerkliğine bir müdahale teşkil etmemektedir.¹³ Esasında belirtilmelidir ki Anayasa Mahkemesince yerel yönetimlerin malvarlığının korunmasını da kapsayacak şekilde mali özerkliğin ele alınması, Şart’a göre ileri bir adım olarak kabul edilmelidir. Zira Şart’a yapılan eleştirilerden biri de mali özerklik kapsamında yerel yönetimlerin malvarlığına sahip olma ve bu malvarlığını kullanma hakkı bakımından herhangi bir güvence getirmemesidir.¹⁴ Bununla birlikte yerel yönetimlerin malvarlığı, Avrupa Konseyi Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi’nin yorumu ile öz kaynaklar kapsamında kabul edilmiştir.¹⁵

Kanun koyucu tarafından merkezi idareye ait hizmet ve tesislerin yerel yönetimlere devri halinde gerçek maliyeti dikkate almadan yerel yönetimlerin gelirlerinin bir kısmının her yıl düzenli şekilde Hazineye aktarılmasını öngören kural, yerel yönetimlerin mali özerkliğine ölçüsüz bir müdahale oluşturduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.¹⁶

¹² AYM, 14.03.2024, Esas: 2022/21, Karar: 2024/79, RG, 14.06.2024, S. 32576.

¹³ AYM, 05.07.2018, Esas: 2018/7, Karar: 2018/80, RG, 06.10.2018, S. 30557.

¹⁴ Chris Himsworth, “Yerel Yönetimlerin Özerkliğine İlişkin Uyumun İzlenmesi,” çev. Bülent Duru, içinde *Yerellik ve Politika Küreselleşme Sürecinde Yerel Demokrasi, Ruşen Keleş’e Armağan*, ed. Ayşegül Mengi (İmge Kitabevi: Ankara, 2007), 277.

¹⁵ Zülfiye Yılmaz, *Yerel Yönetimlerin Özerklik Hakkı* (On İki Levha Yayıncılık: İstanbul, 2019), 529.

¹⁶ AYM, 01.02.2024, Esas: 2023/100 Karar: 2024/32, RG, 03.04.2024, S. 32509. 6237 sayılı Limanlar İnşaatı Hakkında Kanun ile il özel idaresi ve belediyelere devredilen

Yerel yönetimlerin yargısal güvencesi niteliğindeki anayasa yargıcı, kimi zaman da anayasal hükümleri tam tersi istikamette yorumlayarak mali özerklik ilkesini işlevsiz kılabilmiştir. Yerel yönetimlerin mali yetersizliği nedeniyle yerel nitelikli kamu hizmetlerinin merkezi idareye verilmesini anayasaya uygun bularak¹⁷ anayasa koyucunun yerel yönetimlerin görevlerini yerine getirmelerini mümkün kılacak mali kaynakları sağlamayı anayasal bir görev olarak devlete veren¹⁸ güvence niteliğindeki düzenlemeyi etkisizleştirmektedir. Benzer biçimde, yerel yönetimlerin bir kamu hizmeti çerçevesinde sahip olduğu yetkilere, hizmet satın alacağı kurumu ve ödeme şeklini de belirlemek suretiyle müdahale eden düzenlemeyi yerel yönetimlerin mali özerkliğine aykırı görmemektedir.¹⁹

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, yerel yönetimlerin gelir kaynaklarının azalmasına neden olan işlemler konusunda da bazen yeterince hassas davranmamaktadır. Belediyelerce tahsil edilen ilan ve reklam vergisine, kanun koyucu tarafından fuarların düzenlendiği iç alanlarda yapılan ilan ve reklamlar için bir istisna getirilmiştir. Bu durum, yerel yönetimlerin gelirlerinde azalmaya yol açacağı ve mali özerkliklerine aykırı olacağı iddiası ile Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi, tanınan vergi istisnası nedeniyle belediye gelirlerinde bir miktar azalma olsa da ilan ve reklam vergisinin belediye gelirleri içindeki payını ve sadece fuar alanlarında yapılan ilan ve reklamlardan alınmayacak olmasını gözeterek gelir kaybının önemli bir düzeyde olmadığı ve fuarcılığın geliştirilmesi amacına yönelik düzenleme yapma konusunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunduğu gerekçeleriyle anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir.²⁰

liman ve diğer tesislerin Bakanlıkça yapılacak esaslı tamirlerinin karşılığı olarak her yılın gayrisafi iradından %10 nispetinde bir meblağın Hazineye yatırılmasını öngören düzenleme iptal edilmiştir.

¹⁷ AYM'ye göre; TOKİ Başkanlığına, gecekondü dönüşüm projesi uygulanacak alanlarla, toplu konut alanları için imar planı yapma yetkisi verilmiştir. Gecekondü dönüşüm projesi ve toplu konut uygulamaları yerel olduğu kadar ülke düzeyinde çözümlenmesi gereken bir sorundur ve yerel yönetimler bu sorunu çözemediklerinde sıklıkla devletin yardım ve desteğini istemektedirler. Zaten birçok belediyenin planlama dairesi ve elemanı olmadığı gibi yerel planı ihale ile yaptıracak maddi gücü de yoktur. AYM, 08.12.2024, Esas: 2004/61, Karar: 2004/123, RG, 26.10.2005, S. 25978.

¹⁸ Fatma Didem Sevgili Gençay, "Yerel Yönetimlerinin Yetkilerinin Belirlenmesinde Mahalli Müşterek İhtiyaç Kavramının Yeri ve İşlevi," *MSY*, Cilt 10, Sayı 24, (Temmuz 2015): 57.

¹⁹ AYM, 25.06.2020, Esas: 2019/112, Karar: 2020/35, RG, 19.08.2020, S.31218.

²⁰ AYM, 11.10.2023, Esas: 2022/96, Karar: 2023/174, RG, 24.11.2023, S.32379.

Anayasa Mahkemesi fuarların geçiciliği ve ilan ve reklam vergisinin belediye gelirleri içindeki payından hareketle gelir kaybının önemli olmadığını vurgulamıştır. Ancak ilan ve reklam vergileri konusunda Danıştay'ın verdiği karar dikkate alındığında bu konudaki gelir kaybının önemsiz ve geçici olmadığı söylenebilecektir. Danıştay; organize sanayi bölgelerinde alınacak ilan ve reklam vergilerine ilişkin kanun yararına temyiz üzerine verdiği kararda, belediyenin/büyükşehir belediyesinin organize sanayi bölgesinde ilan ve reklam vergisi konusunda yetkisinin bulunmadığına hükmetmiştir.²¹ Yapılan bir çalışmada ortaya konulduğu üzere organize sanayi bölgelerindeki işletmelerden alınmayan ilan ve reklam vergisinin belediyelerin vergi gelirlerine yansımaları hiç de azımsanacak boyutta değildir.²² Bunun dışında anayasal güvenceye sahip yerel yönetimlerin yetki alanlarından bir bölgenin çıkarılması ve mali kaynaklarının azaltılması yerinden yönetim ilkesine ve onun bir gereği olan mali özerklik ilkesine uygun değildir.²³ Esasında 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununda ilan ve reklam vergisine ilişkin bir istisna da mevcut değildir. Kanunda (mad.12/1-k) ilan ve reklam vergilerinden değil, gelirlerinden bahsedilmektedir. Dolayısıyla Belediye Kanunu (mad. 14/7) ve Büyükşehir Belediyesi Kanununda yer alan (mad. 7/4) 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu hükümlerinin saklı olduğuna ilişkin düzenleme, belediyelerin OSB'lerde ilan ve reklam vergisi tahsil yetkisini kaldıran bir düzenleme olarak yorumlanamaz.²⁴

Bu çerçevede ele alınması gereken bir diğer konu, Anayasanın 65. maddesinde yer alan Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini öngören düzenlemenin yerel yönetimlere mali kaynak sağlamada gündeme getirilip

²¹ Dan. 9. Daire, 17.10.2019, Esas: 2018/154, Karar: 2019/4849, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200314-8.pdf>, erişim tarihi 28.09.2024.

²² Ahmet Alptekin Duru, "Bir Danıştay Kararı Çerçevesinde Organize Sanayi Bölgelerinde Belediyelerin İlan ve Reklam Vergisi Tahsil Yetkisi," *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 1, (Haziran 2021): 40.

²³ Şerife Yıldız Akgül, "Yerel Yönetimlerin Görev Alanı ve Organize Sanayi Bölgeleri Örneği," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7 Sayı:1 (Yıl 2016): 654-655.

²⁴ Duru, "Bir Danıştay Kararı Çerçevesinde Organize Sanayi Bölgelerinde Belediyelerin İlan ve Reklam Vergisi Tahsil Yetkisi," 58.

getirilemeyeceğidir.²⁵ Yerel yönetimler bakımından bazı görevler zorunlu, bazı görevler ise ihtiyari niteliktedir. Mali kaynaklar ölçüsünde görevin yapılabileceğine ilişkin açık bir düzenleme örneği belediyelerce kadınlar ve çocuklar için açılacak konukevleridir (5393 sayılı Kanun, mad. 14/a).²⁶ Hizmetlerin yerine getirilmesinde öncelik sırasının belirlenmesinde esas alınacak kıstaslardan biri de yerel yönetim idarelerinin mali durumudur (5393 sayılı Kanun, mad. 14/3; 5302 sayılı Kanun, mad. 6/6). Kanun koyucu yerel yönetimler için bazı görevleri zorunlu tutmuş bazı görevleri yerine getirmek konusunda ise yerel yönetimlere takdir yetkisi tanımıştır (5393 sayılı Kanun, mad. 14/1-b; 5302 sayılı Kanun, mad. 6/2). Kanun koyucu ihtiyari olarak verilen görevler bakımından, sporu teşvik etmek amacıyla belediye ve büyükşehir belediyeleri tarafından yapılacak nakdi yardım örneğinde olduğu gibi (5393 sayılı Kanun, mad. 14/2) kimi zaman üst sınırlama da getirebilmektedir. Yerel yönetimler arasında köy idaresi mali özerklik bakımından özellikler arz etmektedir. 442 sayılı Köy Kanunu gereğince köy idaresi tarafından yerine getirilecek işler zorunlu ve ihtiyari olarak ikiye ayrıldıktan sonra (mad. 12) köy gelirlerinin zorunlu işleri karşılamaya yetmemesi halinde köy idaresi salma adında vergi ihdas etme yetkisine sahiptir (mad. 16). Bununla birlikte borçlanma yetkisinin olmaması, gelirlerinin görevleri ile orantılı olmaması ve merkezi yönetimin güçlü vesayet yetkileri gibi hususlar dikkate alındığında köylerdeki mali özerkliğin de oldukça sınırlı olduğu ifade edilmektedir.²⁷ Kendilerine kaynak yaratma kapasitesi bulunan köy idaresi dışındaki yerel yönetimlere anayasa koyucunun getirdiği yükümlülük gereğince kanun koyucu tarafından sağlanan gelirlerin neler olduğunun ve bu gelirlerin görevleri ile orantılı olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

B- Yerel Yönetimlerin Gelirleri

Belirtildiği üzere mali özerklik ilkesi gereğince işlevlerini etkili bir şekilde yerine getirebilmeleri için, yerel yönetimler kendilerine ait gelir kaynaklarına sahip olmalıydılar. Bununla birlikte Türkiye bakımından mali özerklik ilkesinin gerektiği ölçüde sağlandığını söylemek mümkün

²⁵ Yılmaz, *Yerel Yönetimlerin Özerklik Hakkı*, 527.

²⁶ Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 100.000'in üzerindeki belediyeler bakımından kadınlar ve çocuklar için konukevleri açmak zorunlu iken bunlar dışında kalan belediyelerin mali durumları ve hizmet önceliklerini değerlendirerek kadınlar ve çocuklar için konukevleri açabilecekleri öngörülmüştür.

²⁷ Erdem Ercan, *Geçmişten Günümüze Yerel Yönetimlerde Mali Özerklik (Anayasal ve Yasal Boyutuyla)* (Onikilevha: İstanbul, 2018), 184.

görünmemektedir.²⁸ Zira mali kaynaklar bakımından öz kaynakları sınırlı olan yerel yönetimler, merkezi idareye bağımlı durumdadırlar. Yerel yönetimlerde gelirler içindeki payı bakımından özellikle il özel idarelerinin öz kaynakları çok sınırlı bir görünüm sergilemektedir.²⁹ Köylerin mali kaynakları son derece sınırlı olduğu için ya köylere götürülecek hizmetler il özel idareleri ya da mahalli idare birlikleri tarafından yerine getirilmekte ya da koşulları sağlıyorsa köyler belediye olmaya çalışmaktadırlar.

6360 sayılı Kanun³⁰ ile büyükşehir belediyesi bulunan yerlerdeki köyler de mahalleye dönüştürüldüğü için artık hizmetler büyükşehir ve ilçe belediyeleri tarafından yerine getirilmekte dolayısıyla mali kaynakların yeterliliği sorunu da bu belediyeler üzerinden ele alınmaktadır. Söz konusu Kanun ile büyükşehir belediyesi bulunan yerlerdeki il özel idareleri de kaldırılmıştır. Esasen il özel idarelerinin yetersiz mali kaynakları da il özel idarelerine verilen görevlerin yerine getirilememesine neden olmuş ve nihayetinde bu görev ve yetkilerin yerinden yönetim ilkesine aykırı şekilde merkezi idareye geçmesiyle sonuçlanmıştır.³¹ Anayasanın 127. maddesine aykırılık teşkil eden bu durum aynı zamanda Şart'a (mad. 9) da aykırılık teşkil etmektedir.

Yerel yönetimlerin mali sorunları, birkaç farklı sebepten kaynaklanmaktadır. İlk olarak, kentleşme ve kent nüfusunun artışıyla birlikte yerel yönetimlerin görevleri de artmıştır. Ayrıca, neo-liberal politikalarda vurgulanan yerelleşme yaklaşımı, görevlerdeki artışa paralel olarak gelir kaynaklarında yeterli bir artış sağlanamamasına yol açmıştır. Bunun yanı sıra, mali kaynakları artırmak amacıyla yapılan çalışmalar, genellikle yönetimler arası transferleri esas alan bir finansman yöntemiyle sonuçlanmaktadır.³²

Yerel yönetimlerin merkezi yönetim tarafından yapılan kaynak aktarımı ve borçlanmalar dışında kalan gelirleri öz gelirler olarak adlandırılmaktadır. Öz gelirler de kendi içinde sürekli nitelikteki vergi, harçlar, katılma payı ve

²⁸ Kemal Gözler, *Mahallî İdareler Hukukuna Giriş* (Ekin: Bursa, 2018), 147-148.

²⁹ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar* (Turhan Kitabevi: Ankara, 2006, Cilt I, 4. Bası), 266.

³⁰ On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 06.12.2012, S. 28489.

³¹ Gözler, *Mahallî İdareler Hukukuna Giriş*, 233.

³² Ahmet Ulusoy ve Tekin Akdemir, "Yerel Yönetimlerin Finansman Sorunlarının Çözümünde Motorlu Taşıtlar Vergisi Önerisi", *Sosyoekonomi*, (Sayı: 2013-1): 89.

sunulan hizmetler karşılığı alınan bedeller ile ikincil nitelikteki bağışlar, cezalar, işletme ve faaliyet gelirleri ile menkul ve gayrimenkul gelirleri olarak sınıflandırılmaktadır.³³³⁴

Pozitif hukukta yerel yönetimlerin gelirleri başta kendilerini düzenleyen kanunlar³⁵ olmak üzere çeşitli kanuni düzenlemeler ile belirlenmiştir. Belediyeler bakımından belediye gelirleri özel olarak 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanun koyucu belediyelerin gelirlerini; vergiler, harçlar ve harcamalara katılma payları olmak üzere üç ana başlık altında toplamıştır. Harcamaya katılma payları gelir kaynakları arasında düzenlenmekle birlikte belediyeler bakımından sınırlı bir gelir sağlamaktadır. Zira yol (mad.86), kanalizasyon (mad.87) ve su (mad. 88) harcamalarına katılma paylarının, bina ve arsalarda vergi değerinin %2'sini geçmeyecek şekilde hesaplanarak gayrimenkul sahiplerince ödenmesi öngörülmüştür. Ancak uygulamada katılma paylarına verilen tepkiler nedeniyle belediyelerin bu gelir kaynağından etkin bir şekilde yararlanmadıkları ifade edilmektedir.³⁶ Gerçekten de kanun koyucu yol harcamalarına katılım payının talebi konusunda belediyelere takdir yetkisi tanıdığından belediyeler yol harcamalarına katılım payı tahakkuk ettirmeyebilir. Ancak su ve kanalizasyon harcamalarına katılım payının talebi konusunda belediyelere takdir yetkisi tanınmadığından katılım paylarının belediyelerce hesaplanması ve tahsili gerekmektedir. Bununla birlikte kural olarak vergiler ile finanse edilen kamu hizmetleri için vergilerden başka kamu harcamaların karşılığının belli bir

³³ Ayşe Güner, "Yönetimler Arası Gelir Bölüşümü: Temel İlke ve Uygulamalar," içinde *Mali Yerelleşme: Teori ve Uygulama Üzerine Yazılar*, ed. Ayşe Güner ve Serdar Yılmaz (Marmara Üniversitesi, Yerel Yönetimler Araştırma Eğitim Merkezi- Güncel Yayıncılık: İstanbul, 2006), 70-71.

³⁴ Bütçe gelirlerinin ekonomik sınıflandırılması tablosunda yerel yönetimlerin gelirleri; - Vergiler ve harçlar, -Teşebbüs ve mülkiyet gelirleri, -Bağışlar, yardımlar ve özel gelirler, - Faizler, paylar (vergi ve harçlardan alınan paylar), cezalar, - Sermaye gelirleri, -Alacaklardan tahsilat ana başlıkları altında ele alınmaktadır. Yerel yönetimlerin yıllara göre bütçe istatistikleri ve bütçe gelirlerinin ekonomik sınıflandırılması tabloları için bkz. <https://muhasibat.hmb.gov.tr/mahalli-idareler-butce-istatistikleri>, erişim tarihi 24.10.2024.

³⁵ 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 42. maddesinde il özel idaresinin gelirleri, 5393 sayılı Belediye Kanununun ise 59. maddesinde belediyenin gelir kalemleri aynı şekilde düzenlenmiştir. Büyükşehir belediyelerinin gelirleri ise 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 23. maddesinde düzenlenmiştir.

³⁶ Güner, "Yönetimler Arası Gelir Bölüşümü: Temel İlke ve Uygulamalar," 77.

kısmına katılım şeklinde ayrıca bedel talep edilmesi, özellikle belediyeleri seçmeni karşısında zor bir durumda bırakmaktadır.

Bir kamu gücü ayrıcalığı olarak ve mali özerkliği etkin kılmak üzere il özel idarelerinin ve belediyelerin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde edilen gelirleri, vergi, resim ve harçları, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları haczedilemeyecektir (5302 sayılı Kanun, mad.7/5; 5393 sayılı Kanun, mad. 15/6). Vergi ve harçlar söz konusu olduğunda kamu gücü ayrıcalığı dışında kanun koyucu bir sınırlama olarak da vergi, resim ve harçların anlaşmayla tasfiyesine izin vermemiştir (5302 sayılı Kanun, mad.7/e, 5393 sayılı Kanun, mad. 15/1-k).

Bunun dışında il özel idareleri ve belediyeler üstlendikleri görev ve hizmetlerinin gerektirdiği giderleri karşılamak amacıyla borçlanma ve tahvil çıkarma yetkisine de sahiptir. (5302 sayılı Kanun mad.51, 5393 sayılı Kanun, mad. 68).

Yerel yönetimlerin en önemli gelir kaynakları genel bütçe vergi gelirlerinden verilen paydır. 5779 Sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun ile il özel idareleri ve belediyeler ile büyükşehir bulunan belediyelere genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtı toplamından, vergi iadeleri düşüldükten sonra kalan net tutar üzerinden pay verilmektedir (mad.1).³⁷

Yerel yönetimlerin gelirlerinin önemli bir kısmının genel bütçe vergi gelirlerinden ayrılan paylar³⁸ olması esasında yerel yönetimlerin öz gelirlerinin yetersizliğini ortaya koymaktadır.³⁹ İl özel idareleri ve büyükşehir belediyeleri bakımından merkezi vergi gelirleri paylarının oranı daha da yüksektir.⁴⁰ Yerel yönetimlerin öz gelirlerinin oranının düşük olması

³⁷ İl özel idaresi payının yüzde 50'lik kısmı nüfusa, yüzde 10'arlık kısımları yüzölçümü ve köy sayısına yüzde 15'erlik kısımları ise gelişmişlik endeksi ve kırsal alan nüfusuna göre belirlenerek il özel idarelerine (mad.4), belediye payının ise; yüzde 80'lik kısmı belediyelerin nüfusuna ve yüzde 20'lik kısmı gelişmişlik endeksine göre belirlenerek İller Bankası tarafından belediyelere dağıtılmaktadır (mad.5).

³⁸ Örneğin 2023 yılı Mahalli İdareler Bütçe Denge Tablosuna göre; 863.237.561 TL olan yerel yönetimler bütçe gelirleri toplam miktarı içinde 521.589.086 TL'lik kısım "Faizler, paylar ve cezalar" başlığına aittir. Bu kalemden yer alan gelirlerin tamamına yakını merkezi bütçe vergi gelirlerinden ayrılan paylara ilişkindir. Söz konusu tablo için bkz. <https://muhasebat.hmb.gov.tr/mahalli-idareler-butce-istatistikleri>, erişim tarihi 24.10.2024.

³⁹ Ercan, *Geçmişten Günümüze Yerel Yönetimlerde Mali Özerklik*, 72.

⁴⁰ Güner, "Yönetimler Arası Gelir Bölüşümü: Temel İlke ve Uygulamalar," 81.

nedeniyle 5779 sayılı Kanunda yer alan düzenlemelerin genel olarak Şart'ın 9. maddesinin 4. fıkrası⁴¹ ile uyumlu olduğu ve Türkiye tarafından konulan çekincenin kaldırılabilmesi belirtilse de yerel yönetimlerin öz gelirlerinin güçlendirilmesi ve gelir kaynaklarının çeşitlendirilmesine yönelik daha kapsamlı düzenlemeler yapıldıktan sonra çekincenin değerlendirilmesi önerilmektedir.⁴² Gerçekten de yerel yönetimlerin mali kaynaklarının daha çok öz gelirlerinden sağlanması mali özerklik ilkesinin bir gereğidir ve bu çerçevede yerel yönetimlerin gelirlerinin önemli bir bölümünü kendilerine tanınacak yetkiler çerçevesinde vergi gelirlerinden elde etmesi gerekmektedir.

1- Vergilendirme Alanında Yerel Yönetimlerin Yetkisi

Vergilendirme yetkisi, egemenlik yetkisinin bir yansıması olarak devlete ait bir yetki olup, devletin varlık koşulu olarak kabul edilmektedir.⁴³ Ancak, devletin bu yetkisini üniter devlet yapısında yerel yönetimlere devretmesi mümkündür. Devredilen bu yetkilerin kapsamı ise, yerel yönetimlerin mali özerklik derecesini belirlemektedir. Yerel yönetimlere verginin konusunu, yükümlüsünü, matrahını ve oranlarını belirleme yetkisi tanınmışsa geniş mali özerklik, bazı vergilerin tarh, tahakkuk ve tahsil yetkilerinin ya da bazı vergilerin matrahlarına belli sınırlar içinde vergi oranlarını uygulama yetkisinin yerel yönetimlere tanınması halinde ise sınırlı mali özerklikten söz edilmektedir. Yerel yönetimlere bu yetkiler tanınmayıp vergilerden merkezi devlet bütçesinden pay ayrılması halinde ise mali özerkliğin olmadığı kabul edilmektedir.⁴⁴

Türkiye'de 1961 (mad. 61/2) ve 1982 Anayasaları (mad. 73/3) ile vergilendirme yetkisi yasama organına ve belli koşullar altında yürütme

⁴¹ Söz konusu düzenleme şu şekildedir: “- Yerel makamlara sağlanan kaynakların dayandığı mali sistemler, görevin yürütülmesi için gereken harcamalardaki gerçek artışların mümkün olduğunca izlenebilmesine olanak tanımaya yetecek ölçüde çeşitlilik arz etmeli ve esneklik taşımalıdır.”. Şartın metni için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020143139122_tur.pdf, erişim tarihi 13.09.2024.

⁴² Abdullah Taştekin ve Hakan Akca, “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na Türkiye'nin Koyduğu Çekincelerin Yeniden Değerlendirilmesi,” *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 3, (Yıl: 2020): 605.

⁴³ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 3.

⁴⁴ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 8-9.

organına⁴⁵ verilmiştir. Yerel yönetimlerin ise vergilendirme yetkisi olmadığı ancak kanun koyucu tarafından vergilerin tarhı, tahakkuku ve tahsili konusunda yetkilendirilebileceği kabul edilmektedir.⁴⁶

Yerel yönetimlerin etkili olabilmelerinin yolu merkezi yönetime bağımlı olmalarını engelleyecek derecede mali kaynaklara sahip olmalarından geçmektedir. Gelir kaynaklarının yetersiz ve merkezi yönetime bağımlı olmasından kaynaklı olarak Türkiye’de mali özerkliğin olmadığı belirtilmektedir.⁴⁷ Gerçekten de belirtildiği üzere mali özerklik bakımından yerel yönetimlerin yeterli öz kaynaklara sahip olmaları gerekmektedir. Öz kaynaklar içinde önemli yer tutan vergiler bakımından Türk hukukunda yerel yönetimlerin vergilendirme konusundaki yetkilerinin tarh ve tahsil ile sınırlı olarak düzenlendiği görülmektedir. Kanun koyucu yerel yönetimlerden il özel idareleri ve belediyeleri tahsis edilen vergi, resim ve harçların tarh, tahakkuk ve tahsilini yapmak konusunda (5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, mad.7/f; 5393 sayılı Belediye Kanunu, mad. 15/1-d) yetkilendirmiştir. Yerel yönetimlerden köylerin ise diğer yerel yönetimlerden farklı olarak belirtildiği üzere vergi ihdas etme yetkisi bulunmaktadır. Köy idaresi köyün aylıklı personelinin ücreti ve mecburi işlerini yapmak üzere salma salabilir⁴⁸ (442 sayılı Kanun, ek madde 2).

⁴⁵ 1961 Anayasası’nın 61. maddesinde 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile (mad. 1) hükme ‘Kanunun belli ettiği yukarı ve aşağı hadler içinde kalmak, ölçü ve esaslara uygun olmak şartıyla, vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnalarıyla nisbet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaya, Bakanlar Kurulu yetkili kılınabilir.’ fıkrası eklenerek yasama organınca Bakanlar Kurulu’nun yetkilendirilmesi mümkün kılınmıştır. 1982 Anayasası ile bu değişiklik korunmuş, 2017 Anayasa değişikliği ile kaldırılan Bakanlar Kurulu yerine Cumhurbaşkanı’nın yasama organınca yetkilendirilmesine ilişkin değişiklik yapılmıştır (21.1.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun, mad.16).

⁴⁶ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 204-205.

⁴⁷ İrfan Türkoğlu, “Yerel Yönetimlerin Mali Özerkliği,” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17-18, Sayı: 26-27-28-29, (Yıl: 2012-2013): 50.

⁴⁸ Salma vergisinin anayasaya aykırılığı iddiasını inceleyen Anayasa Mahkemesi 442 sayılı Kanunda vergi miktarının üst sınırının cüz’i nitelikte olmasını esas olarak “esasen en yüksek haddi yirmi lira gibi az bir miktarı geçmiyen bir vergi için modern vergi prensiplerinin öngörülmemiş olmasının ne insan haklarına, ne sosyal adalete, ne de hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerine bir aykırılık sayılmıyacağı” gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir. Karara yazılan karşı oyda ise verginin kanun ile düzenlenmesi gerektiği köy ihtiyar meclislerine bırakılmasının her türlü hatalara ve keyfiliğe yol açacağı ifade edilmiştir. AYM, 05.01.1965, Esas No:1963/198 Karar

Verginin kanuniliği ilkesi gereği verginin konulması ve kaldırılması yetkisi kanun koyucuya aittir (1982 Anayasası, mad. 73/3). Bu ilke ve ilkenin ifade edildiği anayasal düzenleme esas alındığında yerel yönetimlerin vergilendirme yetkisi yoktur. Anayasanın diğer maddelerinde de yerel yönetimlerin vergilendirme yetkisine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasada vergiler konusunda yasama organı dışında yetkilendirilen organ, yürütme organıdır. 73. maddenin ilk şeklinde Bakanlar Kurulu, hükümet değişikliği öngören anayasa değişikliği sonrası ise Cumhurbaşkanı⁴⁹ vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapabilir. Ancak Cumhurbaşkanıca bu yetkinin kullanılabilmesi için, kanun koyucu tarafından yetkilendirilmesi ve oranların yukarı ve aşağı sınırlarının belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi yürütme organına tanınan yetkinin, yeni düzenlemeler içermesi ve/veya çok geniş olmasını, verginin kanuniliği ilkesine aykırı ve sonuç olarak yasama yetkisinin yürütmeye devri şeklinde ele almaktadır.⁵⁰ Anayasa koyucu ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymak ve bunları kaldırmak konusunda da kanunla Cumhurbaşkanıca yetkilendirilebileceğini düzenlemiştir (mad.167/2). Yürütme organı 73. maddeden farklı olarak ek mali yükümlülük koyma ve kaldırma konusunda yetkilendirilmekte, verginin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmemesi bakımından ise konulacak mali yükümlülüğün vergi ve benzeri mali yükümlülük olmayacağı hususu düzenlenmektedir.

Söz konusu düzenleme uyarınca, yakın tarihli bir kararında, Anayasa Mahkemesi, 6360 sayılı Kanun ile mahalleye dönüşen köylerin, büyükşehir belediye meclisi kararıyla kırsal mahalle olarak belirlenmesini, verginin kanuniliği ilkesi bakımından değerlendirmiştir. İzmir Bölge İdare Mahkemesi; düzenlemenin emlak vergisi ve belediyelerin tarh ve tahsile yetkili olduğu diğer bazı vergi, harç ve harcamalara katılma payları yönünden, verginin konusu ile vergi istisnası ve muafiyeti unsurlarını değiştirebileceği, yerel yönetimlere bu şekilde dolaylı vergilendirme yetkisi verildiği, bu

No:1965/1,

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1965-1-nrm.pdf>, erişim tarihi 20.09.2024.

⁴⁹ 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun, mad. 16.

⁵⁰ AYM, 17.11.2011, Esas: 2010/11, Karar: 2011/153,

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2011-153-nrm.pdf>, erişim tarihi 22.09.2024.

durumun verginin kanuniliği ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi mali özerklik bakımından bir değerlendirme yapmamış, verginin kanuniliği ilkesine ilişkin yapılan incelemede ise düzenlemeyi keyfilğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olduğu gerekçesiyle anayasaya aykırı bulmamıştır.⁵¹

Yerel yönetimler bakımından ise belirtildiği üzere sadece köylerin salma şeklinde vergi koyma yetkisi vardır. Türk hukukunda yerel yönetimlerin vergi oranlarını belirleme yetkisi ise tartışmalı ve son derece sınırlıdır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu'nun 2023 Türkiye Raporu'nda⁵² yerel yönetimlerin yerel vergi oranlarını belirleme kapasitelerinin sınırlı olduğu ve yerel yönetimlerin gelirlerinin yarısından fazlasının Devlet bütçesinden karşılanması nedeniyle mali özerkliğin sınırlı olduğu ifade edilmiştir.

Fransa'da Anayasada 2003 yılında yapılan değişiklik ile Anayasaya madde eklenmek suretiyle (Art. 72-2) yerel yönetimlerin mali özerkliğine ilişkin güvence niteliğinde düzenlemeler yapıldı. Söz konusu düzenleme ile yerel yönetimlerin kanunla belirlenen çerçevede kaynaklardan serbestçe yararlanabilecekleri düzenlendikten sonra vergiye ilişkin olarak yerel yönetimler kanun ile yetkilendirilmek kaydıyla belirlenen sınırlar dahilinde vergi matrahını ve oranını belirleyebilecektir. Görüldüğü üzere yerel yönetimlerin mali özerkliği konusunda kanun koyucu belirleyici olmaktadır. Kanuni idare ve vergilerin kanuniliği ilkelerinin bir yansıması olarak yerel yönetimlerin mali özerklik çerçevesinde kullanabilecekleri yetkilerin kapsam ve sınırları konusunda belirleyici olan kanun koyucudur. Nitekim Anayasa Konseyi, ne Anayasanın 72-2. maddesinin ne de Anayasada yer alan herhangi bir düzenlemenin yerel yönetimlerin vergi özerkliğine sahip olduğu anlamına gelmediğine hükmetmiştir.⁵³ Nitekim Fransa'da 1982 ve 1983 yıllarından itibaren bir yandan yerelleşmeye ilişkin reformlar yapılırken bir yandan paradoksal şekilde özellikle vergi indirimi ve istisnaları ile yerel yönetimlerin vergiler konusundaki yetki ve özerkliklerinin zayıfladığı ifade edilmiştir.⁵⁴

⁵¹ AYM, 24.09.2024, Esas: 2024/68, Karar: 2024/167, RG, 21.11.2024, S. 32729.

⁵² Avrupa Birliği Komisyonu, 2023 Türkiye Raporu, Brüksel, 8.11.2023, SWD (2023) 696 nihai, s.126, <https://ab.gov.tr/siteimages/resimler/2023%20T%C3%BCrkiye%20Raporu.pdf>, erişim tarihi 20.09.2024.

⁵³ Conseil Constitutionnel, 29 Aralık 2009, n° 2009-599, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009599DC.htm>, erişim tarihi 11.10.2024.

⁵⁴ Aurélien Baudu, "La réforme fiscale locale: une autonomie fiscale au point mort?," *RFDA* (2020): 999, www.dalloz.fr, erişim tarihi 11.10.2024.

2- Vergi Oranlarını Belirleme Yetkisi

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun vergi ve harçların maktu tarifelerinin Kanunda belirtilen en alt ve en üst sınırları aşmamak şartıyla belediye meclislerince tespit edileceğine ilişkin yirmi yıl boyunca yürürlükte kalan hükmünün (mad. 96/B) Anayasa Mahkemesince iptali üzerine yerel yönetimlerin vergi oranlarını belirleme yetkisi yeniden tartışılmıştır. Esasında 2464 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırdığı 5237 sayılı Belediye Gelirleri Kanununda da kanun koyucu kimi zaman üst sınırları göstermek suretiyle kimi zaman da üst sınırlar belirlemeksizin vergi ve benzeri mali yükümlülükleri belirlemek konusunda belediyeleri yetkilendirmiş idi. Bu dönemde verilen kararlarda kanun koyucu tarafından üst sınır belirlenmişse belediye meclislerinin vergi oranını ya da miktarını belirleme yetkisi anayasaya aykırı sayılmamış, kanun koyucu tarafından üst sınır belirlenmemişse idareye, malî yüküm bakımından, sınırsız yetki tanınmasının sorunlar yaratacağından bahisle anayasaya aykırı sayılmıştır.⁵⁵

Yürütme organına verilen yetkinin modern yönetim anlayışı ve etkinlik bakımından yerel yönetimlere de verilmesi gerektiği⁵⁶, yerel yönetimlere tanınan bu sınırlı ve nispi mali özerkliğin anayasal dayanağa kavuşturulması gerektiği⁵⁷ yönündeki görüşlerine karşın Anayasa Mahkemesi yerel yönetimlere, kendilerine tahsis edilen vergilerin oranını belirleme yetkisi veren kanuni düzenlemeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi 2464 sayılı Kanun ile belediye meclislerine verilen oran belirleme yetkisini (mad. 96/B); uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konularda ya da kanunla getirilen bir düzenlemeyi açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte verilen bir yetki olarak değil doğrudan vergi miktarının belirlenmesine ilişkin bir yetki olarak nitelemiştir. Buna göre vergi ihdası konusunda yetkili olan yasama organı, belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisini ancak

⁵⁵ AYM, 03.07.1969, Esas:1969/23, Karar:1969/41, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1969-41-nrm.pdf>, erişim tarihi 13.09.2024.

⁵⁶ Soner Yakar ve Tamer Budak, “Bakanlar Kurulunun Vergi Oranını Belirleme Yetkisinin Alt Sınırı: “Sıfır Oran”ın Anlamı,” *Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1, (2013): 416, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/50828#:~:text=Vergi%20koyma%20yetkisi%20olan%20TBMM,yapma%20yetki%20Bakanlar%20Kuruluna%20devredilebilir>, erişim tarihi 13.09.2024.

⁵⁷ Soner Yakar ve İsmail Orçun Gündüz, “Türkiye’de Belediyelerin Vergilendirme Yetkisi: “Var” mı “Yok” mu İşte Bütün Mesele Bu,” *Sayıştay Dergisi*, Sayı: 92, (Ocak-Mart 2014): 138. (117-141).

yürütme organına verebileceğinden belediye meclislerine oran belirleme yetkisi verilemez.⁵⁸ Anayasaya aykırılık iddiasının somut norm denetimi ile verginin kanuniliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nca gündeme getirildiği göz önüne alındığında bu kararın aynı zamanda Danıştay'ın bakış açısını da yansıttığı ifade edilebilir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin oran belirleme yetkisini anayasaya uygun bulduğu kararları da mevcuttur. Anayasa Mahkemesi bir kararında belediye meclisinin kanun koyucu tarafından belirlenen alt ve üst sınırlar arasında kalmak kaydıyla maktu tarife belirleme yetkisinin anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi; yukarıda aktarılan karardan farklı olarak Anayasanın 73. maddesinde öngörülen vergilendirmeye ilişkin hükümleri Anayasanın 127. maddesinde yer alan kurallarla birlikte yorumlamış⁵⁹ ve yetkinin anayasaya uygunluğunu merkezi vergi-yerel vergi ayırımına dayandırmıştır. Mahkemeye göre; Anayasanın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında, Bakanlar Kuruluna tanınan yetki, ülke çapında uygulanan vergilere ilişkin bir yetkidir. 2464 sayılı Kanunda yer alan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ise yerel niteliktedir. Vergi oranlarını belirleme yetkisinin tanınması, idari ve mali özerkliğin hatta demokratik devletin de bir gereğidir. Bundan başka dinamik bir yapı olan yerel yönetimlere bu yetkinin tanınması merkezden yönetimin görev yükünü hafifleteceği gibi yerel yönetimlere vergilendirme yetkisi devredilmeksizin, bir kısım vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülükler bakımından kanunda tespit edilmiş sınırlar içinde vergi oranlarını belirleme yetkisinin verilmesi yerel yönetimlerin özerkliği ilkesine de uygun bir çözüm olacaktır. Anayasa Mahkemesi yetkinin hukuka uygunluğu konusunda “Yerel makamların mali kaynaklarının en azından bir bölümü, kanunun koyduğu sınırlar dâhilinde, oranlarını kendilerinin belirleyebilecekleri yerel vergi ve harçlardan sağlanacaktır.” şeklindeki Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı hükmüne de referans vermiştir (mad. 9/3).

Anayasa Mahkemesinin yukarıda aktarılan (Esas: 2010/62) iptal kararından sonra vergi oranının belirlenmesi yetkisi Bakanlar Kurulu'na⁶⁰

⁵⁸ AYM, 29.12.2011, Esas: 2010/62 Karar: 2011/175, RG, 19.05.2012, S. 28297.

⁵⁹ AYM, 10.04.2013, Esas: 2012/158, Karar: 2013/55, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2013-55-nrm.pdf>, erişim tarihi 13.09.2024.

⁶⁰ Tarifeye, belediye meclislerinin önerisi, İçişleri Bakanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca karar verileceği düzenlenmiştir

verilmiş ancak Bakanlar Kurulunca tarife belirlenene kadar belediye meclislerince daha önce belirlenmiş tarifelerin uygulanmasına devam edileceği (geçici mad. 7) şeklinde getirilen düzenlemenin verginin kanuniliği ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı kuralına aykırı olduğuna ilişkin iddiaları da Anayasa Mahkemesi 2012/158 Esas sayılı kararındaki aynı gerekçelendirme ve ifadeler ile reddetmiştir.⁶¹

Anayasa Mahkemesi yerel yönetimlere vergi oranlarını belirleme yetkisi verilmesi gerekliliğini; şehirlerdeki nüfus ve ihtiyaç artışının sonucunda yerel yönetimlerin giderlerinin artmasına ve her bir ilin nüfus, yüzölçümü, sanayileşme gibi farklı özellikler taşımasından kaynaklı olarak yerel ihtiyaçları karşılayacak yerel gelirlerin merkezi idarece belirlenmesinin zorluk teşkil etmesine bağlamıştır. Tüm bu gereklilik ve merkezi idarenin sınırlılıklarının bir sonucu olarak yerel vergi oranlarının kanun koyucu tarafından belirlenen sınırlar çerçevesinde yerel makamlarca kararlaştırılması mali özerklik ilkesinin ve Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın (mad.9/3) bir gereği olarak ele alınmıştır.⁶²

Anayasa Mahkemesinin yaptığı yerel vergi- merkezi vergi (ülke çapında uygulanan vergi) ayrımı, Anayasanın hiçbir maddesinde yer almadığı, anayasa hükmünün lafzının ötesine geçilerek geniş yorumlandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir,⁶³ Anayasa Mahkemesinin yerel yönetimlerin vergi oranlarını belirleme konusunda yine bir iptal kararı vermesi gibi bir olasılık da dikkate alınarak, yerel yönetimlerin oran ve tarife belirleme yetkilerinin Anayasanın 73. maddesinde yapılacak değişikliklerle düzenlenmesi önerisi getirilmiştir.⁶⁴ Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin kısa bir süre önce verdiği iptal kararı (Esas: 2010/62), sonrası belediye meclisinin yerel nitelikte bazı vergi ve harçların oranlarının belirlenmesi konusundaki yetkisinin öneri getirmek olarak sınırlandırılması, Anayasa Mahkemesinin 2014/72 Esas sayılı kararına konu düzenlemenin geçici bir madde olması ve karara yazılan karşı oylar gibi

(26.2.2014 tarih ve 6527 sayılı Kanun, mad.5). Daha sonra yapılan değişiklik ile tarife belirleme yetkisi belediye meclislerinin önerisi üzerine doğrudan Cumhurbaşkanına tanınmıştır. 02.07.2018 tarih ve 700 sayılı KHK, mad. 63.

⁶¹ AYM, 11.09.2014, Esas: 2014/72 Karar: 2014/141, RG, 10.01.2015, S. 29232.

⁶² AYM, 11.09.2014, Esas: 2014/72 Karar: 2014/141, RG, 10.01.2015, S. 29232.

⁶³ Yakar ve Gündüz, "Türkiye'de Belediyelerin Vergilendirme Yetkisi: "Var" mı "Yok" mu İşte Bütün Mesele Bu," 136. (117-141).

⁶⁴ Yakar ve Gündüz, "Türkiye'de Belediyelerin Vergilendirme Yetkisi: "Var" mı "Yok" mu İşte Bütün Mesele Bu," 137-138; Yılmaz, *Yerel Yönetimlerin Özerklik Hakkı*, 537.

veriler ışığında Anayasa Mahkemesinin verginin kanuniliği ilkesini, yerel yönetimlerin oran belirleme yetkisine yeniden bir engel olarak görmesi kanaatimizce de çok uzak bir olasılık değildir.

Belirtilmelidir ki hangi tür vergilerin yerelleştirilebileceği ya da niteliği gereği yerel vergi olup olmadığı konusu da tartışmalıdır. Konaklama vergisi gibi tüketim üzerinden alınan vergilerin kolaylıkla yerelleştirilebileceği kabul edilmekle birlikte bu vergilerin yerelleştirilmesinin belediyeler arasında önemli gelir farklılıklarına neden olacağı, bu sorunun çözümlenmesine yönelik mekanizmaların öngörülmesi gerekliliği ifade edilmiştir.⁶⁵

Aslında Anayasa Mahkemesi kararında yer alan yerel verginin neyi ifade ettiği konusunda da bir belirsizlik söz konusudur.⁶⁶ Yerel yönetimlerin verginin matrahı ve oranı üzerinde belli ölçüde yetkili olduğu vergiler yerel vergi olarak kabul edildiği gibi⁶⁷ yerel meclisler tarafından kabul edilen ve yerel bütçeye ayrılan vergiler de yerel vergi sayılmaktadır.⁶⁸ Kanun koyucu tarafından yerel yönetimlere bırakılan vergiler de yerel vergi olarak kabul edilebilir. Zira gerek Türk hukukunda (1982 Anayasası, mad. 73/3) gerekse Fransız hukukunda (Constitution du 4 octobre 1958, art. 34)⁶⁹ vergi koyma yetkisi kanun koyucuya ait olduğundan yerel meclislerin vergi koyma yetkisi bulunmamakta, bu gerçeklik karşısında yerel nitelikli vergileri, yerel yönetimlere tahsis edilen vergiler olarak kabul etmek daha gerçekçi görünmektedir. Nitekim *Conseil d'État*, gelirleri esas olarak yerel yönetimlere ve yerel yönetimlerce kurulan kamu kurumları ya da yerel yönetim birliklerine tahsis edilen vergileri yerel vergi olarak kabul etmektedir.⁷⁰

Vergi yönetiminin kolay olduğu, yerel hizmetler ile ödenen vergi arasında bağlantı kurulmasını esas alan fayda vergilemesine dayanan

⁶⁵ Tortop, *Yerel Yönetimler Maliyesi*, 36.

⁶⁶ Tortop, *Yerel Yönetimler Maliyesi*, 36.

⁶⁷ Güner, "Yönetimler Arası Gelir Bölüşümü: Temel İlke ve Uygulamalar," 62.

⁶⁸ Tortop, *Yerel Yönetimler Maliyesi*, 36; Yerel vergi nitelemesi için verginin yerel yönetimler gelirleri arasında yer alması, yerel yönetimlerle öz gelir ilişkisine sahip olması ve kısmen de olsa vergilendirme yetkisinin yerel yönetimlerde olması gerektiği görüşü için bkz: Ercan, *Geçmişten Günümüze Yerel Yönetimlerde Mali Özerklik (Anayasal ve Yasal Boyutuyla)*, 72.

⁶⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/2024-10-17/>, erişim tarihi 12.09.2024.

⁷⁰ Avis rendu par Conseil d'État sect., 02.06.2017, n° 405595, *AJDA*, 2017, p. 1141, www.dalloz.fr, erişim tarihi 12.09.2024.

vergilerin yerel vergi olarak düzenlenmesi önerilmektedir. Böylece mükellefin vergi uyumu artırılacağı gibi hesap verebilirliği de etkin kılınacaktır. Bu kriterlere uyan motorlu taşıtlar vergisinin yerel bir vergi olarak düzenlenmesi gerektiği öğretilmektedir.⁷¹ Gerçekten de motorlu taşıtların neden olduğu yolların yapımı, bakımı, park yerleri, çevre kirliliği sorunlarının çözümü yerel yönetimlerin o alana bir hizmet şeklinde müdahalesini gerektirmektedir. Bu görevlerin gerektirdiği maliyetlerin karşılanması bakımından yerel yönetimlere ayrılan payın bu görevlerin ortaya çıkardığı maliyetleri karşılamadığı gerçekliğinden hareketle ya vergiden yerel yönetimlere ayrılan payın önemli oranda artırılması ya da birçok ülkede olduğu gibi yerel bir vergi olarak düzenlenmesi önerilmektedir.⁷²

Motorlu taşıtlar vergisi bakımından ortaya konulan gerekçelerin konaklama vergisi için de geçerli olduğu ve yerel yönetimlerin öz gelirlerinin artırılması bakımından konaklama vergisinin de yerel bir vergi olarak düzenlenmesinin yerinde bir çözüm olduğu söylenebilir. Nitekim öğretilerde konaklama vergisinin yerel bir vergi olduğu hatta yerel yönetimler içinde de belediyelere tahsis edilmesi gereken bir vergi olduğu görüşü dile getirilmektedir.⁷³ Bu görüşün gerekçeleri olarak, motorlu taşıtlar vergisinin yerelleşmesi önerisinde ortaya konulan gerekçelere benzer şekilde; mali özerklik ilkesinin güçlendirilmesi gerekliliği, diğer ülkelerdeki uygulamalar, fayda ilkesine dayanan bir vergi olması ve turizmin yerel düzeyde neden olduğu sorunların giderilmesi gerekliliği sunulmaktadır.⁷⁴ Benzer şekilde konaklama vergisinin yerel bir vergi olarak düzenlenmesi gerekliliği çevre temizlik vergisi ile kıyaslanarak da ortaya konulmaktadır.⁷⁵

⁷¹ Ulusoy ve Akdemir, “Yerel Yönetimlerin Finansman Sorunlarının Çözümünde Motorlu Taşıtlar Vergisi Önerisi,” 98.

⁷² Tolga Demirbaş ve Özhan Çetinkaya, “Belediye Gelir Türü Olarak Motorlu Taşıtlar Vergisi Önerisinin Tartışılması,” içinde *Mahalli İdareler Maliyesi Üzerine Yazılar*, ed. Figen Altuğ, Özhan Çetinkaya ve Selçuk İpek (Ekin: Bursa, 2010): 124-126; Güner, “Yönetimler Arası Gelir Bölüşümü: Temel İlke ve Uygulamalar,” 66.

⁷³ Ali Yıldırım, *Yerel Yönetimlerin Gelirleri* (Yetkin Yayınları: Ankara, 2023), 192-193.

⁷⁴ Mehmet Öksüz, “Konaklama Vergisinin Belediyelere Tahsisi: Türkiye İçin Bir Değerlendirme”, içinde *Ekonomi ve Finans Politikaları Üzerine Çalışmalar*, ed. Demet Eroğlu Sevinç ve Gönül Yüce Akıncı (Özgür Yayınları: Gaziantep, 2023), 230-233, file:///C:/Users/user/Downloads/chapter+12%20(1).pdf, erişim tarihi 12.09.2024.

⁷⁵ Onur Uçar, Emine Ayrancı Bağrıaçık, “Türkiye’de Konaklama Vergisi: Ulusal Düzeyde Uygulanması Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım,” *Çukurova İİBF Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2, (Aralık 2021): 352.

Konaklama vergisinin yerel bir vergi olarak düzenlenmesi gerektiği görüşüne karşıt bir argüman olarak yerel yönetimlerin halihazırda olduğu gibi merkezi idare bütçesine aktarılan vergilerden pay almak suretiyle bu vergilerden yararlandığı hususu ileri sürebilir. Elbette ki belirtildiği üzere 5779 sayılı Kanun gereğince yerel yönetimlere genel bütçe gelirlerinden kanun koyucu tarafından belirlenen kıstaslar üzerinden yapılan hesaplama gereğince pay verilmektedir. Bu kıstaslar arasında belirleyici olan nüfus kıstasıdır. Buna göre; belediye payının yüzde 80’lik kısmı belediyelerin nüfusuna, il özel idarelerinde ise %50’lik kısım ilin nüfusuna göre belirlenmektedir. Ancak turizm faaliyeti nedeniyle yılın belli dönemlerinde turist sayısına bağlı olarak artan nüfus dikkate alınmamakta⁷⁶, Türkiye İstatistik Kurumunca adrese dayalı olarak belirlenmektedir. Dolayısıyla turist sayısından kaynaklı olarak nüfus artışının neden olduğu görev artışı, genel bütçeden ayrılan payların hesaplanmasında belirleyici olan nüfusun belirlenmesinde dikkate alınmadığından anayasal bir yükümlülük olan görevlerle orantılı mali kaynak sağlama şartı karşılanmamaktadır.

II. KONAKLAMA VERGİSİNİN YASAL ÇERÇEVESİ

Kanun koyucu konaklama vergisini genel bütçe geliri olarak düzenlemiştir. Üniter bir devlet ve idari rejimin kaynak ülkesi olan Fransa’da ise konaklama vergisi yerel yönetimlere bırakılmıştır. Bu çerçevede konaklama vergisinin usul ve esasları, alternatif bir model önerisi olarak Fransız hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

A. Konaklama Vergisinin Usul ve Esasları

Gider vergisi olarak düzenlenen konaklama vergisinin kamu yönetimi reform çalışmaları sırasında da yasalaştırılma çabaları ele alındıktan sonra nihayetinde 7194 sayılı Kanun ile kabul edilen haliyle usul ve esasları başlığı altında verginin konusu ve yerel yönetimlerin mali özerkliği bakımından en çok eleştirilen genel bütçe geliri olarak düzenlenmesi konuları Fransız hukuku ile karşılaştırılmak suretiyle incelenecektir.

1- Konaklama Vergisinin Amacı ve Ortaya Çıkışı

Konaklama vergisi temel olarak turizmin ön planda olduğu ülkelerde daha çok yerel bir vergi olarak ihdas edilmektedir. Bu nedenle konaklama

⁷⁶ Uçar ve Ayrancı Bağrıaçık, “Türkiye’de Konaklama Vergisi: Ulusal Düzeyde Uygulanması Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım,” 356.

vergesi; turizm vergisi ya da şehir vergisi olarak da adlandırılmaktadır. Verginin temeldeki amacı; turizm hizmetlerinin sunulması çerçevesinde idarenin katlandığı maliyetleri finanse etmektir. Türkiye’de konaklama vergisini ihdas eden 7194 sayılı Kanunun gerekçesinde de bu hususlar ifade edilmiştir.⁷⁷

Aslında konaklama vergisi 2003 yılında başlatılan Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma ile getirilmeye çalışılmış ancak bu çaba başarıyla sonuçlanmamıştır. Söz konusu çalışmaların takvimi; 2003 yılı içinde Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısının yasalaşması sonrasında yerel yönetimlere ilişkin kanunların tasarı taslaklarının Bakanlar Kuruluna sunulması ve nihayetinde belediye gelirlerini düzenleyen kanunun yeni şartlara ve ilkelere uygun olarak yeniden düzenlenmesi şeklinde açıklanmıştır. Yapılacak düzenlemelerin hedefini göstermesi bakımından mevcut duruma ilişkin de tespitlerde bulunulmuştur. Buna göre; halihazırda kaynakların merkezden dağılımı gereksiz ve verimsiz yatırımların yapılması suretiyle kaynak kullanımında israf ve aynı zamanda bölgeler arasında ve iller arasında gelişmişlik farklılıklarının artmasına yol açmaktadır.⁷⁸

Kamuoyu ile paylaşılan İl Özel İdaresi ve Belediye Gelirleri Kanunu Tasarısı Taslağında konaklama vergisinin yeni bir vergi olarak ihdası öngörülmüştür.⁷⁹ Taslakta konaklama vergisinin amacı; turizm hizmetlerinin finansmanına katkıda bulunmak olarak açıklanmıştır. Yerel bir vergi olarak öngörülen konaklama vergisinin mükellefi; konaklama hizmetinden yararlananlar, verginin sorumlusu ise konaklama tesisini işletenlerdir. Nispi bir vergi olarak ele alınan konaklama vergisini tahsil edecek idare ise belediye ve mücavir alan sınırları dışında il özel idareleri, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ise belediyeler olacaktır. Büyükşehir belediyesi bulunan yerlerde toplanan vergilerin yüzde yirmi beşi, büyükşehir belediyelerine aktarılacaktır. Ancak söz konusu taslak yasalaşmamış, konaklama vergisi 2019 yılında 7194 sayılı Kanun ile getirilmiş ve 01.01.2023 tarihi itibarıyla de yürürlüğe girmiştir.⁸⁰

⁷⁷ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1-2076-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7193#step-2>, erişim tarihi 20.09.2024.

⁷⁸ *Değişimin Yönetimi İçin Yönetimde Değişim, Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma: I*, (T.C. Başbakanlık: Ankara, 2005), 151-152.

⁷⁹ *İl Özel İdareleri ve Belediye Gelirleri Kanunu Tasarısı Taslağı, Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma 10*, (T.C. Başbakanlık: Ankara, 2005), 45.

⁸⁰ 7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 05.12.2019, mad. 9, RG,

Fransız hukukuna bakıldığında konaklama vergisi başlangıçta 1910 tarihli bir kanunla turizm vergisi şeklinde turistik ziyaretleri geliştirmeye yönelik harcamaları yapan belediyelerin inisiyatifiyle belirlenen bir vergi olarak konulmuştur. Yalnızca sınıflandırılmış turizm merkezleri için öngörülen vergi, zamanla turizm alanında faaliyetler yürüten belediyelere genişletilmiştir.⁸¹ Bugün Yerel Yönetimler Genel Kanununda düzenlenen konaklama vergisi yerel bir vergi olarak ihdas edilmiş, amacı da açıkça turizmin sürdürülebilirliğini sağlamak olarak düzenlenmiştir. Yerel Yönetimler Genel Kanununda amaç; konaklama vergisinden elde edilen gelirlerin beldenin turistik ziyaretlerini artırmaya yönelik harcamalara tahsis edilmesi olarak ortaya konulmuştur (art. L2333-27 par. I). Doğal alanlarının korunması ve yönetimine yönelik faaliyetler için konaklama vergisi konulmuşsa vergi gelirleri turistik amaçlı bu alanların korunmasına ve yönetimine tahsis edilebilmektedir (art. L2333-27 par. II). Beldenin tamamı veya bir kısmı, idari bir kamu kurumu tarafından yönetilen bir milli parkın veya bölgesel bir tabiat parkının arazisinde yer alıyorsa, vergi gelirleri belediye ile kamu kurumu arasında yapılan anlaşma gereğince kamu kurumuna aktarılabilir.

2. Konaklama Vergisinin Konusu

6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 34. maddesinde düzenlenen konaklama vergisinin konusu; konaklama tesislerinde verilen geceleme hizmeti ile bu hizmetle birlikte satılmak suretiyle konaklama tesisi bünyesinde sunulan diğer tüm hizmetler olarak belirlenmiştir (mad.34/1). Kanun koyucu konaklama tesisleri ve bu tesislerde verilen hizmetleri sınırlı sayıda

07.12.2019, S. 30971. Konaklama vergisinin yürürlüğü 01.04.2020 olarak öngörülmeyle birlikte 7226 sayılı Kanun (Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 25.03.2020, RG, 26.03.2020, S.31080 Mükerrer, mad.51) ile 1 Ocak 2021 tarihine, daha sonra 7256 sayılı Kanun (Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 11.11.2020, RG, 17.11.2020, S.31307, mad.42) ile 1 Ocak 2022 tarihine nihayetinde 7338 sayılı Kanun ile (Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 14.10.2021, RG, 26.10.2021, S. 31640, mad.61) 1 Ocak 2023 tarihine ertelenmiştir.

⁸¹ 1985 yılında dağ belediyelerine, 1996 yılında sahil belediyelerine, 1988 yılında turizmin gelişmesi için çalışmalar yürüten belediyelere, 1995 yılında doğal alanlarını koruma ve geliştirme faaliyetlerini yürüten belediyelere kadar genişletilmiştir. Bkz. <https://www.impots.gouv.fr/taxe-de-sejour#:~:text=Cr%C3%A9%C3%A9e%20par%20une%20loi%20de,les%20stations%20class%C3%A9es%20de%20tourisme,erişim tarihi 25.10.2024.>

belirlememiştir. Otel, motel, tatil köyü, pansiyon, apart otel, misafirhane, kamping, dağ evi, yayla evi gibi konaklama tesisleri sayıldıktan sonra buna benzer tesislerde verilen geceleme hizmetinin de vergiye tabi olduğu öngörülmüştür. Yine konaklama tesisi bünyesinde verilen hizmetler bakımından da aynı şekilde belirleme yapılmış, hizmetlerden yeme, içme, aktivite, eğlence hizmetleri ve havuz, spor, termal ve benzeri alanların kullanımı faaliyetleri saymak suretiyle belirlenmiş buna benzer hizmetlerin de vergiye tabi olacağı öngörülmüştür. Kanun koyucu yaşam tesisleri ve eğlence merkezlerinde verilen hizmetlerin de konaklama vergisine tabi olduğu hususunu ayrıca düzenlemiştir.

6802 sayılı Kanun ile konaklama vergisinin uygulamaya ilişkin usul ve esaslarını belirlemekle yetkilendirilen (mad.34/son) Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından çıkarılan Konaklama Vergisi Uygulama Genel Tebliğinde (Tebliğ)⁸² düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Tebliğe göre konaklama vergisine tabi olma bakımından tesisin; türü, sınıfı, niteliği, ilgili mevzuatta yer alan tarif ve tanımlamaları ve ilgili mevzuata göre turizm işletmesi belgesi ve/veya işyeri açma/işletme belgesi olup olmadığı vergi hukukunun vergiyi doğuran olayın gerçekliği ilkesi gereği önem arz etmemektedir.⁸³ Konaklama vergisinde vergiyi doğuran olay, verginin konusuna giren hizmetlerin sunulması ile ortaya çıkar. Vergiyi doğuran olay bakımından hizmet bedelinin tahsil edilip edilmemesinin veya tahsilat zamanının bir önemi söz konusu değildir. Buna göre somut olarak hizmetin konaklayana sunulması ile vergiyi doğuran olay gerçekleşir. Bilindiği üzere 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (mad.19) gereğince Türk hukukunda vergi borcunun vergiyi doğuran olay ile doğduğu kabul edilmekte ve uygulanacak yasanın belirlenmesi, zamanaşımın hesaplanması ve ceza yaptırımlarının işlemeye başlaması bakımından vergiyi doğuran olayın gerçekleşme tarihi esas alınmaktadır.⁸⁴ Öğretide vergiyi doğuran olaya ilişkin hukuki düzenlemeler kanun tekniği ve kanunilik ilkesi bakımından eleştirilmiştir. Kanun tekniği bakımından; vergiyi doğuran olayın kanun koyucu tarafından tanımlanmasına gerek olmadığı ve böyle bir tanımlamanın beraberinde sorunlar getirebileceği ifade edilmiştir. Vergiyi doğuran olayın yer unsuruna kanun hükmünde yer verilmemesi ve vergiyi doğuran olayın

⁸² RG, 14.12.2022, S.32043.

⁸³ Ertuğrul Akçaoğlu, "Konaklama Vergisi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme," *Hacettepe HFD*, 10(2), (2020): 397.

⁸⁴ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 98.

zaman boyutunun ise kanun yerine Tebliğ ile düzenlenmesinin de kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilmiştir.⁸⁵

Konaklama hizmetinden yararlananların niteliği ya da işletme ile yakınlık derecesi de vergiyi doğuran olay bakımından etkili değildir. Buna göre; tesisi işletenler, yakınları veya işletme personeli konaklama hizmetlerinden karşılıksız olarak yararlandırılrsa bile konaklama vergisi doğacaktır. Aynı şekilde promosyon, eşantıyon, hediye, tanıtım ve benzeri şekillerde konaklama hizmeti sunulsa da vergiyi doğuran olay gerçekleşmiş sayılacaktır. Bununla birlikte konaklama tesisinde tesis personelinin yalnızca kendi kullanımı için tahsis edilmiş yerlerde geceleme için ise vergiye tabi olmayacağı düzenlenmiştir. Bundan başka Tebliğ’de konaklama tesislerinde yapılan düğün, toplantı, sempozyum gibi organizasyonların konaklama vergisine tabi olmadığı, bu organizasyonların konaklamayı içerecek şekilde yapılması halinde faturada organizasyonun mahiyetinin açıkça düzenlenmesi ya da ayrı faturada düzenlenmesi halinde bu hizmetlerden konaklama vergisi alınmayacağı, sadece konaklama hizmetinden konaklama vergisi alınacağı belirtilmiştir. Tebliğ ile getirilen bu istisna içerik olarak doğru bulunmakla birlikte kanuni düzenlemede yer almadığı için verginin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.⁸⁶

Konaklama hizmetinin verildiği tesisler de Tebliğ’de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.⁸⁷ Öncelikle belirtmek gerekir ki konaklama vergisinin söz konusu olabilmesi için mutlaka geceleme hizmetinin sunulması gerekir. Geceleme hizmeti ve geceleme hizmeti ile birlikte ücret karşılığı konaklama tesisinde sunulan diğer hizmetler de vergiye tabidir. Geceleme olmaksızın

⁸⁵ Akçaoğlu, “Konaklama Vergisi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme,” 398.

⁸⁶ Akçaoğlu, “Konaklama Vergisi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme,” 398; Sıla Adak, “Konaklama Vergisi,” *KHas Hukuk Bülteni*, 29 Ekim 2021, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/55>, erişim tarihi 25.09.2024.

⁸⁷ Tebliğ’de konaklama hizmetinin sunulduğu yerler şu şekilde belirlenmiştir;
“- 31.5.2019 tarihli ve 1134 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile yürürlüğe konulan Yönetmelikte (R.G., 01.06.2019, Sayı: 30791) belirtilen tesisler
- Kamu ya da özel sektörün tasarrufunda olan yerlerde personelin konaklaması için ayrılan (lojman olarak tahsis edilenler hariç) misafirhane, konukeyi, dinlenme tesisi, kamp gibi tesisler,
- Uygulama otelleri,
- Bunlar dışında kalan, turizm işletmesi belgesi ve/veya işyeri açma/işletme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın geceleme hizmeti sunan diğer tüm tesisler.”

tesiste sunulan diğer hizmetlerden yararlanılması konaklama vergisine tabi değildir.

Konaklama vergisinin uygulanmasında, hizmetten yararlananın uyuşu ya da mukimlik durumu vergiye tabi olma bakımından önem arz etmemektedir. Zaten verginin mükellefi hizmetten yararlanan değil konaklama ve konaklama hizmetini sunanlardır. Bununla birlikte verginin kanuni mükellefinin konaklama hizmetini sunanlar, fiili mükellefinin ise hizmetten yararlananlar olduğu belirtilmelidir.⁸⁸ Konaklama vergisinin mükellefi, konaklama ve konaklama hizmetini sunan tesisin işleteni olduğundan, hizmetten yararlananın tesisin bulunduğu yerde ikamet edip etmemesi önem arz etmemektedir. Tesisin mülkiyetinin işletene ait olup olmamasının ya da tesisi işletenin hukuki statüsünün mükellefiyet bakımından önem arz etmeyeceği hususu da Tebliğ’de düzenlenmiştir. Konaklama vergisinin uygulandığı bazı ülkelerde ülkede yerleşikler, vergiden muaf tutularak turistlerin vergi mükellefi veya fiili mükellef olarak düzenlendiği, bu düzenlemenin, verginin hem turist sayısından kaynaklı hizmetlerin finansmanında bir araç olarak kullanılması hem de turizmin neden olduğu olumsuz dışsallıkları önleme amacına ilişkin *Pigouvian* vergileme yöntemine uygun olduğu belirtilmekle birlikte, bu yöndeki bir düzenleme turizm gelirlerini olumsuz etkileyebilme riski yanında “temsilsiz vergi olmaz” ilkesi bakımından da tartışmaları beraberinde getirmektedir.⁸⁹ Nitekim turizm gelirinin ülke ekonomisi açısından taşıdığı öneme istinaden konaklama vergisi getirilmesine ilişkin yasama süreçlerinde özellikle turizm sektörü ve turistler için külfet oluşturacağı hususları sıklıkla dile getirilmiştir. Verginin fiyatlara yansiyacak olması turizm sektörünün diğer ülkelerle rekabetinde de olumsuz bir etki yaratma riski yanında turizmden ziyade bütçe gelirlerini artırmak için getirilmiş olması ve 2019 yılında 7183 sayılı Kanun (mad. 6) ile turizmin tanıtımının finansmanı için getirilen turizm payı⁹⁰ ile birlikte tam tersi bir etki yaratarak turizm gelirlerinin düşmesine, sonucunda da kurumlar vergisi ve KDV kayıplarına yol açabileceği de ifade edilmektedir.⁹¹ Aslında konaklama vergisinin genel olarak ülke ekonomileri üzerindeki etkileri konusunda görüş birliği yoktur. Bunun temel nedenleri; konaklama vergisine ilişkin ülke

⁸⁸ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 454.

⁸⁹ Adak, “Konaklama Vergisi,”.

⁹⁰ Türkiye Turizm Tanıtım ve Geliştirme Ajansı Hakkında Kanun, 11.07.2019, RG, 15.07.2019, S. 30832.

⁹¹ Akçaoğlu, “Konaklama Vergisi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme,” 401-402.

uygulamalarının yeknesak olmaması, fiyat değişiklikleri karşısında turistlerin duyarlılığı bakımından turizm bölgelerinin özelliklerinin farklılık arz etmesi olarak sayılabilir.⁹²

Konaklama vergisi nispi bir vergi şeklinde düzenlenmiş ve verginin oranı %2 olarak belirlenmiştir.⁹³ Konaklama vergisinin vergilendirme dönemi ise takvim yılının birer aylık dönemleri olarak belirlenmiştir. Kanun teklifinde nispi bir vergi olarak öngörülen konaklama vergisinin komisyon görüşmelerinde, getirilen turizm payı da göz önünde bulundurularak turizm sektörü üzerinde önemli bir mali yük oluşturacağı ve söz konusu verginin büyük ölçüde küçük işletmeler ve turistler üzerinde kalacağından bahisle maktu olarak düzenlenmesi önerisi kabul edilerek Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından kabul edilen metinde verginin tesis kategorilerine göre farklılaşan miktarlarda maktu olarak getirilmesi kabul edilmiştir.⁹⁴ Öğretide de konaklama vergisinin uygulandığı ülkeler dikkate alınarak öncelikle turizm bölgeleri ve bölgelerdeki illerde yer alan tesislerin turizm sektöründeki yerine ve önemine göre bir sınıflandırma yapılması, sonrasında da tesislerin gecelik konaklama bedeli, yıldız sayısı ve oda sayısı kriterlerine göre sınıflandırılarak⁹⁵ ölçülülük ilkesine de uygunluğun sağlanması amacıyla nispi vergi yerine tesisin niteliğine göre maktu vergi olarak belirlenmesi önerilmiştir.⁹⁶ Ancak kanun teklifinin görüşülmesi sırasında, vergi adaletine daha uygun olacağı görüşü ağırlık kazanarak kanun teklifi metnindeki ilk haliyle nispi vergi şeklinde kanunlaşmıştır.⁹⁷

⁹² Erdem Ateşagaoglu ve Sıla Adak, “Türkiye’deki Konaklama Vergisinin Ekonomik ve Hukuki Açından Bir Analizi,” *Maliye Araştırmaları Dergisi*, 10(1), (2024): 28, <https://dergipark.org.tr/tr/download/issue-full-file/86145>, erişim tarihi 23.09.2024.

⁹³ Ancak 6802 sayılı Kanuna eklenen geçici maddeyle, Geçici 3. madde ile konaklama vergisinin 31.12.2020 tarihine kadar %1 olarak uygulanması öngörülmüşse de verginin yürürlüğü 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe giren vergi oranı da doğrudan %2 olarak uygulanmıştır.

⁹⁴ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1-2076-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7193#step-4>, erişim tarihi 10.09.2024.

⁹⁵ Burçin Bozdoğanoglu, “Konaklama Vergisi Uygulaması ve Türkiye’de Uygulanabilirliği,” *Maliye Dergisi*, Sayı: 164, (Ocak-Haziran 2013): 148, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/164-08.pdf>, erişim tarihi 10.09.2024.

⁹⁶ Nuray Aşçı Akıncı, “Konaklama Vergisi: Ölçülülük Meselesi,” *TBB Dergisi*, Sayı: 148, (2020): 97.

⁹⁷ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1-2076-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7193#step-5>, erişim tarihi 10.09.2024.

Fransa'da kanun koyucu belediye sınırlarında ikamet etmeyenlerden vergi alınacağı hususunu açıkça düzenleyerek belde sakinlerinin vergi mükellefi olmayacağını dolaylı şekilde öngörmüştür (art. L2333-29). Konaklama vergisi mükellefleri, vergiyi konaklama hizmeti sunan işletmeye ödemekte, konaklama hizmeti sunan işletme sahipleri de vergiyi belediyelere aktarmaktadırlar (art. L2333-34 par. I). Vergiye tabi konaklama hizmetinin verildiği yerler özel olarak düzenlenmiştir. Konaklama vergisine tabi yerler; saray olarak adlandırılan lüks oteller, turistik otel ve rezidanslar, mobilyalı konaklama hizmeti veren evler, tatil köyleri, misafirhaneler, kamp alanları, karavan alanları ve marinalar olarak düzenlenmiştir (art. L2333/30). Sayılan yerlerden hangisinde konaklama yapıldığı verginin miktarı bakımından önem arz etmektedir. Konaklama hizmetinin verildiği yerin kategorisine göre ödenecek vergi miktarı değişebilmektedir. Konaklama vergisi nispi olarak %1 ila %5 oranında (art. L2333-30) uygulanabileceği gibi, maktu olarak da her yıl değerlendirilen bir barem⁹⁸ dikkate alınarak, belediyelerde belediye meclisi, belediyelerin işbirliği çerçevesinde birlikte kurdukları kamu kurumlarında, karar organları tarafından belirlenir. Konaklama vergisi belirlenen üst ve alt sınırlar dikkate alınarak konaklama tipine (otel, mobilyalı, kamp alanı vb.) ve tesisin sınıflandırılıp sınıflandırılmadığına (örneğin 1 ila 5 yıldız) göre kişi başına ve gecelik olarak hesaplanır. Maktu verginin alt ve üst sınırları da kanun koyucu tarafından kişi başına gecelik olarak belirlenmiştir (art. L2333-30).⁹⁹

Fransız kanun koyucu konaklama vergisinden muaf olacakları da belirlemiştir (art. L2333-31). Sosyal devlet uygulamasının bir yansıması olarak; küçüklerin, mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanların, acil barınma veya geçici barınma olanaklarından yararlanan kişiler ile ödedikleri kira bedeli belediye meclisinin belirleyeceği tutarın altında olan binalarda oturanların konaklama vergisinden muaf olacakları düzenlenmiştir (art. L2333-31).

Türk hukukunda ise istisna şeklinde düzenleme tercih edilerek konaklama vergisinden müstesna hizmetler belirlenmiştir. Kanun koyucu konaklama vergisi için iki istisna öngörmüştür (6802 sayılı Kanun, mad. 34/7). Bunlar; öğrenci yurtları, pansiyonları ve kamplarında öğrencilere

⁹⁸ 2024 yılı baremi için bkz. https://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/Finances%20locales/TS_TarifsMax2024.pdf?v=1720790952, erişim tarihi 17.09.2024.

⁹⁹ Maktu vergi miktarı en yüksek konaklama vergisi lüks otellerde konaklamada kişi başına gecelik üst sınır dört avro olarak belirlenirken, en düşük konaklama vergisi kamping alanlarında sabit miktar olarak 0,20 avro olarak belirlenmiştir.

verilen hizmetlere ilişkin istisna ile diplomatik istisnalardır.¹⁰⁰ Kanun teklifinde yer alan, kamu kurum ve kuruluşlarına ait tesisler için öngörülen istisnalar yasalaşmamıştır.

Belirtmek gerekir ki Fransız hukukuna nazaran Türk hukukunda istisnalar çok daha sınırlı tutulmuştur. Fransız hukukunda küçükler için getirilen muafiyet 7194 sayılı Kanun görüşmelerinde 0-12 yaş arası çocuklara verilen konaklama hizmetlerinin vergiden istisna edilmesi teklif edilmiş, teklif Komisyon tarafından da kabul edilmiş¹⁰¹ ancak yasalaşmamıştır. Çocuklar için muafiyet getirilmemesinin verginin mükellefinin hizmeti sunan işletmeler olmasından kaynaklandığı söylenebilir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi kanuni mükellef işletmeler olmakla birlikte fiili mükellef hizmetten yararlananlar olduğu için çocuklar ve düşük gelir kategorileri bakımından muafiyet tanınması, sosyal devlet ilkesine uygun bir düzenleme olacaktır. Ayrıca kişilerin gelir durumu dikkate alınmaksızın verginin herkese aynı oranda uygulanması, istisnaların dar kapsamlı olması ölçülülük ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.¹⁰²

3. Konaklama Vergisinin Niteliği: Yerel mi Genel Bütçe Vergi Geliri mi?

Kanun koyucu konaklama vergisini Gider Vergileri Kanununda öngörmek suretiyle genel bütçe vergi gelirlerine dahil edilecek bir vergi olarak düzenlemiştir. Belirtildiği üzere İl Özel İdaresi ve Belediye Gelirleri Kanunu Tasarısı Taslağı'nda ise konaklama vergisi yerel bir vergi olarak öngörülmüştür. Söz konusu taslakta konaklama vergisinin neden yerel bir vergi olarak düzenlendiği hususu madde gerekçesinde *“Turistik yörelerde bulunan il özel idareleri ve belediyeler turizm faaliyeti nedeniyle oluşan nüfus artışının yükünü çekerken, turizmden elde edilen gelirlerden pay alamamaktadır. Bu durum yol, su, arıtma ve atık bertaraf tesisleri gibi altyapı ihtiyaçlarının gerektirdiği kaynaklar ile sağlanan gelirler arasında önemli dengesizliklerin doğmasına yol açmaktadır.”* şeklinde açıklanmıştır.¹⁰³

¹⁰⁰ Diplomatik istisna kapsamında yabancı devletlerin Türkiye'deki diplomatik temsilcilikleri, konsoloslukları ve bunların diplomatik haklara sahip mensupları ile uluslararası anlaşmalar gereğince vergi muafiyeti tanınan uluslararası kuruluşlar ve mensuplarına verilen hizmetler konaklama vergisinden müstesnadır.

¹⁰¹ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1-2076-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7193#step-4>, erişim tarihi 10.09.2024.

¹⁰² Aşçı Akıncı, “Konaklama Vergisi: Ölçülülük Meselesi,” 97-98.

¹⁰³ *İl Özel İdareleri ve Belediye Gelirleri Kanunu Tasarısı Taslağı*, 118.

Gerçekten de kanun koyucu, belediye (5393 sayılı Kanun, mad. 14/1-a) ve il özel idarelerine (5302 sayılı Kanun, mad.6/1-a) turizm alanında görevler vermiştir. Turistik alanda verilen bu görevlerin yerine getirilmesini sağlayacak gelirlerin yerel yönetimlere sağlanması gerekir. Nitekim bu çerçevede bazı sahil belediyelerinde limanlar belediye idarelerine bağlanmak suretiyle vergi gelirleri belediyeler tarafından tahsil edilebilmektedir.¹⁰⁴

Konaklama vergisini genel bütçe geliri olarak düzenleyen 7194 sayılı Kanunun gerekçesine bakıldığında yerel yönetimlerin turizm faaliyetleri nedeniyle katlandığı yük ön plana çıkarılmamış, turizm nedeniyle ortaya çıkan maliyete merkezi yönetim veya yerel yönetimlerin katlandığı ifade edilerek maliyetin finansmanının gerekliliği üzerinde durulmuştur. Farklı ülke uygulamaları da dikkate alınmak suretiyle, vergilendirme tekniği bakımından uygulanabilir bir model geliştirildiği ve genel bütçe geliri olarak tahsil edilmek üzere konaklama vergisi ihdas edildiği belirtilmekle yetinilmiştir.

Aslında gerekçede ön plana çıkan fikir, turistik faaliyetler nedeniyle yerel ve merkezi yönetimin katlandığı kamusal maliyetlerdir. Bu bakış açısının gereği olarak konulan verginin amacını gerçekleştirebilmesi için konaklama vergisinin belirli bir yöresel sınır içerisinde uygulama alanı bulması ve vergi ile elde edilen kamusal gelirin yerel yönetimlere özgülenmesi gerekmektedir. Ancak yürürlüğe konulan konaklama vergisinde bu iki gereklilik de yerine getirilmemiştir. Konaklama vergisi tüm ülkede uygulanan ve gelirleri genel bütçe gelirleri arasında yer alan bir vergi olarak yasalaşmıştır. Oysa ki verginin getiriliş amacına uygunluk bakımından yerel yönetimlere tahsis edilmesi gerekirdi.¹⁰⁵ Esasında, konaklama vergisinin turistik amaçlarla salındığına dair yasal düzenlemede herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Bu durum, konaklama vergisinin bir turizm vergisi niteliğinde olmadığı sonucuna varılmasına yol açmış ve katma değer vergisi oranını artırmak yerine neden konaklama vergisi getirildiği konusunda sorgulamalar ve eleştiriler ortaya çıkmıştır.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Örneğin limandan çıkış yapan yolcu ve araçlardan makbuz karşılığı Ayvalık Belediyesi İşletme ve İştirakler Müdürlüğü Liman İşletmesi tarafından Ayvalık Belediye Meclisi'nin 05.06.2024 tarih ve 2024/114 sayılı kararı gereğince gümrük vergisi tahsil edilmektedir.

¹⁰⁵ Ateşgözü ve Adak, "Türkiye'deki Konaklama Vergisinin Ekonomik ve Hukuki Açısından Bir Analizi," 30.

¹⁰⁶ Ateşgözü ve Adak, "Türkiye'deki Konaklama Vergisinin Ekonomik ve Hukuki Açısından Bir Analizi," 30; Akçaoğlu, "Konaklama Vergisi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme," 401.

Konaklama vergisi, birçok Avrupa Birliği ülkesinde de yerel bir vergi olarak düzenlenmiştir. Aslında genel bütçe geliri olarak ihdası, konaklama vergisinden beklenen amaçları gerçekleştirmeye elverişli bir araç değildir. Çünkü bu vergilerin amacı, turistik faaliyetlerin gerçekleştiği yerdeki külfetleri finanse etmek, turizm altyapısını geliştirmek, turizm baskısının aşırılığını bertaraf etmektir. Yine belirtilen amaçlarla bağlantılı olarak, bu verginin tahsil yetkisinin merkezi yönetime değil, yerel yönetim birimlerine verilmesi gereklidir.¹⁰⁷ Esasında konaklama vergisi konulmasına ilişkin kanun teklifinin gerek Komisyon görüşmelerinde gerekse TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında konaklama vergisinin yerel bir vergi olarak düzenlenmesi gerekliliği üzerinde görüş ve öneriler ifade edilmiş¹⁰⁸ ancak teklif ilk şeklinde olduğu gibi genel bütçe geliri olarak kanunlaşmıştır. Öğretide Türkiye bakımından konaklama vergisinden elde edilen vergi gelirinin bir kısmının yerel yönetimlere bir kısmının da Kültür ve Turizm Bakanlığı gibi turizmle ilgili birimlere aktarılması önerisi de getirilmiştir.¹⁰⁹ Bunun dışında verginin 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununda düzenlenmesi yanında bütçenin tahsis ilkesine aykırı olsa da verginin konuluş amacının gerçekleşebilmesi için toplanan verginin ilgili yörenin turizmüne özgülmesine ilişkin hüküm konulması da önerilmiştir. Böyle bir düzenleme ile turistik yörenin bakımı, iyileştirilmesi ve güzelleştirilmesi sağlanarak yörenin turistik cazibesi de artacaktır.¹¹⁰

Fransız hukukunda ise belirtildiği üzere konaklama vergisi yerel bir vergi olarak düzenlenmiştir. Belediye meclislerinin 1 Temmuz tarihinden önce alacakları karar ile belediyeler, bir sonraki yıldan itibaren geçerli olmak üzere nispi ya da maktu konaklama vergisi ihdas edebilirler. Konaklama vergisi ihdas edecek belediyeler ise şu şekilde belirlenmiştir. İlgili mevzuatları çerçevesinde belirlenmiş; turistik belediyeler ve sınıflandırılmış turizm merkezleri, kıyı belediyeleri, dağ turizmi bölgelerindeki belediyeler, turizmin gelişmesi için faaliyet yürüten belediyeler ile tabiat alanların korunması ve

¹⁰⁷ Aşçı Akıncı, “Konaklama Vergisi: Ölçülülük Meselesi,” 93.

¹⁰⁸ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1-2076-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7193#step-4>, erişim tarihi 10.09.2024, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1-2076-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7193#step-5>, erişim tarihi 10.09.2024,

¹⁰⁹ Bozdoğanoglu, “Konaklama Vergisi Uygulaması ve Türkiye’de Uygulanabilirliği,” 148.

¹¹⁰ Ateşagaoglu ve Adak, “Türkiye’deki Konaklama Vergisinin Ekonomik ve Hukuki Açından Bir Analizi,” 26.

yönetimine ilişkin faaliyet yürüten belediyeler, belediyelerin işbirliği çerçevesinde birlikte kurdukları kamu kurumlarında da karar organları (art. L5211-21/I) aynı şekilde yukarıda belirtilen düzenleme çerçevesinde (art. L2333-26 par. I) konaklama vergisi belirleyebilirler.

Belediye meclisi, konaklama vergisinin nispi vergi mi maktu vergi mi şeklinde uygulanacağına karar vermeye yetkilidir (art. L2333-26 par. II). Belediye sınırları içinde bedel karşılığında sunulan konaklama faaliyetine, konaklamanın türüne göre iki vergi rejiminden yalnızca birini uygulayabilir. Dolayısıyla belediye meclisinin alacağı karar ile bir belediye sınırları içinde bir konaklama türüne maktu konaklama vergisi, bir diğer konaklama türüne nispi konaklama vergisi uygulanabilir. Bu düzenleme itiraz yoluyla Yargıtay (Ticaret Dairesi, 7 Kasım 2023, Karar no: 755) tarafından Anayasa Konseyi'ne götürülmüştür. Söz konusu düzenlemenin eşitlik ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkelerine aykırı olup olmadığına ilişkin yapılan değerlendirmede Anayasa Konseyi; belediyelerin konaklama vergisinin nispi mi maktu mu uygulanacağını belirlemek konusundaki yetkisinin eşitlik ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Gereğince; Yerel Yönetimler Genel Kanunu (art. L2333-26 par. III) gereğince, ancak farklı nitelikteki konaklama yerlerinin ayrı vergi rejimlerine tabi tutulabileceği, muamele farklılığının, durum farklılığına dayandığı ve Kanunun, belediyelere, konaklama türü ve yerel koşullar dikkate alınarak konaklama vergisi ihdası konusunda yetki verdiği gösterilmiştir.¹¹¹

Belediye meclisleri vergilendirme dönemini belirlemeye de yetkilidir (art. L2333-28). Ancak belediyelerin bedel karşılığında konaklama hizmeti veren konaklama yerlerini ya da konaklama türünü esas almak suretiyle istisna getirme yetkisi bulunmamaktadır (art. L2333-26 par. III).

Fransa'da turist sayısına göre daha yüksek konaklama vergisi de uygulanabilmektedir. Nitekim 1 Ocak 2023 tarihinden itibaren Alpes-Maritimes, Bouches-du-Rhône ve Var departmanlarında belirtilen fiyatlara %34 oranında ek vergi eklenmiştir.¹¹² 2024 Bütçe Kanunu ile 1 Ocak 2024'ten itibaren Paris Belediyesi ve Île-de-France Bölgesinde bulunan diğer belediye

¹¹¹ Conseil Constitutionnel, 08.02.2024, n° 2023-1078-QPC, La taxe de séjour forfaitaire confortée – Conseil constitutionnel 8 février 2024 – *AJDA*, 2024, p. 293, www.dalloz.fr, erişim tarihi 18.09.2024.

¹¹² 30 Aralık 2022 tarih ve 2022-1726 sayılı 2023 Bütçe Kanununun 76. maddesi, <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/taxe-sejour-tourisme>, erişim tarihi (18.09.2024)

ve topluluklarına, maktu konaklama vergisine %200 oranında ek vergi uygulanması kabul edilmiştir.¹¹³

B- Mali Özerkliğin Korunmasına İlişkin Hukuki Başvuru Yolları

Yerel yönetimlerin mali özerklik hakkından bahsedilebilmesi için kendilerine tanınan bu hakkın etkili bir şekilde korunması gerekir. Etkili koruma mekanizmaları arasında yargısal koruma mekanizmaları gelmektedir. Esasında yerel yönetimlerin özerkliklerinin güvence altına alınması için anayasa koyucu yerel yönetimlerin seçilmiş organlarının oluşturulmasına ilişkin itirazlar ve organlık sıfatının sonlandırılması konusunda karar verme yetkisini yargı organına bırakarak yargısal güvenceler sağlamıştır (mad. 127/4). Bundan başka yerel yönetimlerin kendilerine sağlanan mali özerkliğe aykırı işlemler karşısında hukuki başvuru imkanlarına sahip olmaları gerekmektedir. Nitekim Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının gereklerinden biri de yerel yönetimlerin Anayasa ve ilgili mevzuat çerçevesinde kendilerine tanınan idari özerklik çerçevesinde serbestçe yönetebilmeleri için dava açma hakkıdır (mad. 11). Avrupa Konseyi'ne göre dava hakkı; Mahkeme ya da bir işlem, eylem ya da ihmalin kanuna uygun olup olmadığı konusunda karar vermeye ya da duruma göre alınacak bir karar hakkında görüş vermeye yetkili, kanunla kurulmuş bağımsız bir organa başvurma olarak anlaşılmalıdır.¹¹⁴ Şart'ın 11. maddesi Türkiye'nin çekince koyduğu düzenlemeler arasında yer almaktadır. Şart'a çekince konulmakla birlikte Türk hukukunda hak arama hürriyeti çerçevesinde elbette yerel yönetimlerin de dava hakları bulunmaktadır.

Bu çerçevede idari yargıda mali özerkliklerine aykırı işlemler bakımından özellikle vesayet makamlarının işlemlerine karşı dava hakları yanında Anayasa Mahkemesine başvuru imkanları ele alınacaktır.

1- İdari Yargıda Dava Hakkı

Tüzel kişiliğe sahip olmaları ve vesayet ilişkisinin niteliği gereği yerel yönetimler merkezi idarenin idari nitelikteki işlemlerine karşı dava açma hakkına sahiptirler. Yerel yönetimlerin sahip oldukları dava hakkı, Şart'ın 11. maddesi anlamında hukuki başvuru yollarının sağlandığı şekilde

¹¹³ <https://www.service-public.fr/particuliers/actualites/A17102>, erişim tarihi (18.09.2024)

¹¹⁴ <https://rm.coe.int/168071a600>, erişim tarihi 18.09.2024.

yorumlanarak Türkiye'nin koyduğu çekinceyi kaldırabileceği ifade edilmektedir.¹¹⁵

Bilindiği üzere yerel yönetimler ile merkezi idare arasındaki bütünlüğü sağlayan araç idari vesayettir ve idari vesayet ilişkisi iki ayrı tüzel kişilik olmasında kaynaklı olarak¹¹⁶, hiyerarşiden farklı olarak vesayet makamı ile vesayete tabi idarelerin birbirlerinin işlemleri hakkında dava hakkı tanıyan bir ilişkidir.¹¹⁷ Anayasa Mahkemesinin aynı gün verdiği iki iptal kararı¹¹⁸ sonrasında vesayet makamının vesayet yetkisini dava açmak suretiyle kullanıp kullanamayacağı hususuna ilişkin tartışmalar bulunmakla birlikte¹¹⁹ yerel yönetimlerin vesayet makamlarının işlemlerini dava edebilecekleri konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Belirtmek gerekir ki; yerel

¹¹⁵ Taştekin ve Akca, "Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na Türkiye'nin Koyduğu Çekincelerin Yeniden Değerlendirilmesi," 607.

¹¹⁶ Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı* (Turhan Kitabevi: Ankara, 2019), 339.

¹¹⁷ Jacques Petit ve Pierre-Laurent Frier, *Droit Administratif* (LGDJ: Paris, 2020, 14e éd), 145; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (Ekin: Bursa, 2023, 9. Baskı), 207; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku* (Seçkin: Ankara, 2022, 16. Baskı), 185.

¹¹⁸ AYM, 04.02.2010, Esas: 2008/27, Karar: 2010/29, RG, 21.06.2010, S. 27619; Anayasa Mahkemesi, 5393 sayılı Belediy Kanununun 23. maddesinin 5. fıkrasında yer alan mülki idare amirinin hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurabileceğine ilişkin düzenlemeyi, merkezi idarece Anayasanın 127. maddesinde çizilen çerçevede içinde kullanılması gereken, idarenin bütünlüğü ilkesinin gerektirdiği bir vesayet yetkisini içermediği gerekçesiyle iptal etmiştir. Yine 5216 sayılı Kanunun 14. maddesinin 5. fıkrasında yer alan 'Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurabilir.' ibaresini de aynı gerekçeyle iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi daha sonra verdiği kararda ise idari yargıyı harekete geçirmek suretiyle kullanımı öngören düzenlemenin vesayeti içermediğinin söylenemeyeceğini ifade ederek anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir. Söz konusu karara yazılan karşı oyda Anayasa Mahkemesinin zikredilen kararlarına referans verilerek, istikrar bulmuş olan önceki Anayasa Mahkemesi kararlarından dönülmesini gerektiren bir durum olmadığı belirtilmiştir. Söz konusu karar ve karşı oy için bkz. AYM, 03.11.2011, Esas: 2011/11, Karar: 2011/151, RG, 07.02.2012, S. 28197. Anayasadaki idari vesayet yetkisinin mutlaka yerindelik denetimini içermediği görüşü ve Anayasa Mahkemesinin idari vesayet yetkisine bakışının ele alındığı çalışma için bkz. F. Ebru Gündüz, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet," *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 33, (Yıl: 2015): 84.

¹¹⁹ Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 207-208. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesi yargı yerlerine başvurunun, vesayet yetkisinin salt kullanım şekli oluşuna ilişkindir. Vesayet makamlarının yerel yönetimlerin işlemlerine karşı dava açmaları yolunun kapatıldığına ilişkin bir yorum getirmek hukuk devleti ilkesi ve Anayasanın 125. maddesine Anayasada olmayan bir istisna getirmek olacaktır.

yönetimlerin hukuka aykırı gördükleri işlemlerini iptal etme yetkisi vesayet makamlarına tanınmamışsa, elbette ki vesayet makamları bu işlemlerin iptali talebiyle idari yargıda dava açabileceklerdir.¹²⁰ Yerel yönetimin işleminin vesayet makamınca onanmaması ya da değiştirilerek onanması hallerinde yerel yönetimler, vesayet makamının bu işlemine karşı iptal davası açabilirler.¹²¹ Yerel yönetimler vesayet makamının işlemlerinin iptali yanında vesayet makamının işleminden kaynaklanan zararların tazminini de mahkemeden talep edebilirler.¹²²

İdari yargı yerleri dışında 2005 yılında Anayasada yapılan değişiklik¹²³ ile yerel yönetimlerin hesap ve işlemlerini denetleme ve kesin hükme bağlama işlevinin de Sayıştay'a verilmesi sonrasında yapılan denetim ve yargılama faaliyetleri çerçevesinde Sayıştay Daire ve Kurullarına yapılan başvuru da bu kapsamda yargısal başvuru olarak kabul edilmektedir.¹²⁴ Sayıştay tarafından yapılan yargılamalarda yerel yönetimlerin mali özerkliğinin kapsam ve sınırları ortaya konulmaktadır.

2- Anayasa Mahkemesine Başvuru Yolları

Konaklama vergisi özelinde söz konusu düzenlemenin yerel yönetimlerce iptal ettirilmesine yönelik yargısal mekanizmalar çerçevesinde ele alınması gereken yol Anayasa Mahkemesine başvuru yolları olacaktır. Bundan başka yargısal yollar tüketildikten sonra yerel yönetimlerin özerkliği ihlallerinin devam etmesi halinde, yerel yönetimlerin bireysel başvuru yoluna başvurup başvuramayacağına da ayrıca tartışılması gerekmektedir.

a. Somut Norm Denetimi Yoluyla Anayasa Mahkemesine Başvuru

Konaklama vergisinin genel bütçe gelirleri arasında düzenlenmesine ilişkin yasal düzenlemenin yerel yönetimler tarafından iptal davası yoluyla

¹²⁰ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş Yayınevi: Ankara, 2021, 6. Baskı), 305.

¹²¹ Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku* (Seçkin: Ankara, 2021), 250; Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukuku* (Ekin: Bursa, 2018), 244; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 304.

¹²² René Chapus, *Droit Administratif Général* (Montchrestien: Paris, 2001, Tome I, 15e éd.), 411.

¹²³ 29.10.2005 tarih ve 5428 sayılı Kanun, mad. 2.

¹²⁴ Yılmaz, *Yerel Yönetimlerin Özerklik Hakkı*, 564.

Anayasa Mahkemesine taşınması mümkün olmadığı¹²⁵ gibi somut norm denetimi bakımından da uyuşmazlıkta uygulanacak norm olmadığı ya da yasama organının bu konuda takdir yetkisi olduğu gerekçesiyle mahkemece anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulunmayarak teknik olarak normu Anayasa Mahkemesine taşımaları mümkün olmayabilir.¹²⁶

Yerel yönetimler mali özerkliklerini ihlal eden işlemlere karşı açtıkları davalarda, işlemin dayanağı olan kanun ya da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin anayasaya aykırılık iddiasını mahkemede öne sürebilirler. Bilindiği üzere somut norm denetiminin konusunu kanunlar ve CBK'lerin esas bakımından anayasaya aykırılık iddiaları oluşturur. İdari vesayet yetkisinin kullanımı niteliğinde mali özerkliği kısıtlayan düzenlemelerin kanunla yapılması gerekmektedir.¹²⁷ CBK'ler ile merkezi idareye yerel yönetimler üzerinde idari vesayet yetkisi tanınması halinde, vesayet makamının işlemine karşı açılan davada CBK'lerin anayasaya aykırılığı ileri sürülerek somut norm denetimi işletilebilir. Zira Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen konularda CBK çıkarılamayacağı gibi böyle bir düzenleme olmasa da bir konunun açık bir şekilde kanun ile düzenlenmiş olması halinde de CBK çıkarılması mümkün değildir (mad. 104/17). Anayasa Mahkemesi de yaptığı denetimde CBK'ye konu düzenlemenin, kanunla düzenlenmesi gereken bir konuya ilişkin olup olmadığını ele aldıktan sonra kanunla düzenlenmesi gereken bir konu değilse bu alanda çıkarılmış bir kanun olup olmadığını ele almaktadır. Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ifadesi;

¹²⁵ Bilindiği üzere anayasa koyucu tarafından Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı; Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki milletvekillerine tanınmıştır (mad. 150).

¹²⁶ Anayasaya göre somut norm denetiminde; davaya bakmakta olan mahkemenin, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasını ciddi bulması gerekmektedir (mad. 152/1).

¹²⁷ Asında kanuni idare ilkesinin bir yansıması olarak Anayasanın 127. maddesi gereğince yerel yönetimlere ilişkin birçok hususun kanunla düzenleneceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; yerel yönetimlerin kuruluş esasları, görev ve yetkileri, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimlerinin getirilmesi hususu, idari vesayet yetkisinin, mahalli idare birliklerine ilişkin konuların kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konular olarak kabul edilmektedir.¹²⁸

Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadı çerçevesinde kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Bu kapsamda Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuda henüz bir kanun çıkarılmamış olması veya kanun çıkarılmış olmakla birlikte tüm hususların kanunda düzenlenmemesi de CBK çıkarılmasını mümkün kılmaz.¹²⁹

Kanunlar ile getirilen düzenlemelerin de yerinden yönetim ilkesinin gereklerine aykırı olması halinde, kanuna dayanılarak yapılan işlemlerin iptali için işlemlere karşı yerel yönetimlerce dava açıldığında işlemin dayanağı olana kanuni düzenlemenin de anayasaya aykırı olduğu ileri sürülebilir. Konaklama vergisinin mali özerklik ilkesi çerçevesinde yerel yönetimlerce anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmesi teknik olarak mümkün olmayabilir. Zira belirtildiği üzere konaklama vergisi genel bütçe geliri olarak tahsil edilmek üzere ihdas edilmiştir. Dolayısıyla yerel yönetimlerin taraf olduğu uyuşmazlıkta uygulanacak norm olması ilk bakışta mümkün görünmediğinden düzenlemenin yerel yönetimlerce Anayasa Mahkemesine taşınmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte elbette başka bir uyuşmazlıkta uygulanacak norm olması halinde mahkemece itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilebilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin kanun koyucunun takdir yetkisi olduğundan bahisle anayasaya aykırılık iddiasını reddetmesi de olasıdır. Anayasa Mahkemesi yerel yönetimler arasındaki nüfus, yüz ölçüm, sanayileşme, alt yapı sorunları veya gelir kaynakları açısından farklılıkların olduğunu kabul etmekte, ancak Anayasada bu verilere bağlı bir görev ve gelir kaynağı teminine dair ayrıntıya yer verilmediğinden bahisle mahalli idarelere görevleri ile orantılı gelir sağlama konusunda yasa koyucunun, anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla takdir yetkisi olduğuna hükmetmektedir.¹³⁰ Benzer bir yaklaşım mahalli idarelere orantılı gelir sağlamanın kaynağını teşkil eden görevlerin belirlenmesinde başvuru mahalli müşterek ihtiyaçlar kavramında da görülmektedir. Anayasa Mahkemesi; yerel yönetimlerin görev alanını ve

¹²⁸ AYM, 22.01.2020, Esas:2018/125, Karar:2020/4, RG, 13.05.2020, S.31126.

¹²⁹ Yavuz Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, (C. 39, S. 1): 243, <https://www.anayasa.gov.tr/media/6184/yavuz-atar.pdf/>, erişim tarihi 20.09.2024.

¹³⁰ AYM, 25.01.2007, Esas: 2004/79, Karar: 2007/6, RG, 17.01.2008, S. 26759.

devamında da mali kaynaklarını belirleyecek kavram olan “mahalli müşterek ihtiyaç”ların nelerden ibaret olduğu yolunda bir kurala Anayasada yer verilmediği mahallî müşterek ihtiyaçların saptanmasının kanun koyucunun takdirinde olduğu kanaatindedir. Kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken kamu yararını gözeterek, “yerel yönetimleri ortadan kaldırma ya da etkisiz kılma amacına yönelik olmaması ve belirli alanlar bakımından geçici bir süre için” olma koşuluyla mahalli müşterek nitelikli ihtiyaçların karşılanması görevini merkezi idareye bırakabileceğini kabul etmektedir.¹³¹

Görev alanını ve mali kaynakları belirleme konusunda yetkili olan yasama organınca, yerel yönetimlerin yetkilerinin artırılması halinde yeterli mali kaynağın sağlanması, yetkilerinin sınırlandırılmasında ise yerel yönetimlerin özerkliğini güvence altına alacak etkin ve yeterli yetkileri sağlama koşulunun ihlal edilmemesi gerekir. Yargı organları özellikle yetkilerin sınırlandırılması konusunda yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi bakımından daha kapsamlı bir denetime gitmek suretiyle yasama organının takdir yetkisini denetleyeceklerdir.¹³² Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararlarına bakıldığında da yargısal denetimin yerel yönetimlerin yetkilerini sınırlayan, mali kaynaklarında azalmaya giden düzenlemeler üzerinde yoğunlaştığı söylenebilir.

Yerel yönetimlerin mevcut kaynaklarının karşılıksız kaldırılması ya da yeterli mali kaynak sağlanmaksızın yeni görevler verilmesi Fransız Hukukunda da yerel yönetimlerin mali özerkliğine aykırı görülmektedir.¹³³

Yerel yönetimlere tahsis edilmeyen gelir kaynakları bakımından iptal kararı verilmesi, bu konuda yasama organının takdir yetkisi olduğu ve açıkça anayasaya aykırı olmayan düzenlemenin iptal edilmesi halinde yerindelik denetimi ya da “yargıçlar hükümeti” gibi eleştirilere neden olabilecektir.¹³⁴ Kanaatimizce, konaklama vergisi başlangıçta yerel bir vergi olarak

¹³¹ AYM, 18.07.2012, Esas: 2011/126, Karar: 2012/110, RG, 25.05.2013, S. 28657; AYM, 27.02.2014, Esas: 2012/87, Karar: 2014/41, RG, 26.7.2014, S. 29072; AYM, 25.06.2020, Esas: 2019/112, Karar: 2020/35, RG, 19.08.2020, S. 31218.

¹³² Yıldız Akgül, “Yerel Yönetimlerin Görev Alanı ve Organize Sanayi Bölgeleri Örneği,” 667-668.

¹³³ Douence, Jean-Claude. (2005, mise à jour mars 2014). “Le Statut Constitutionnel des Collectivités Territoriales. Encyclopédie des Collectivités Locales,” Chapitre 1, Folio: 63, Dalloz, par. 186-188.

¹³⁴ Yusuf Şevki Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı* (Yetkin Yayınları: Ankara, 2009), 39.

oluşturulsaydı ve daha sonra yapılan bir kanun değişikliğiyle genel bütçe gelirlerine dahil edilseydi, Anayasa Mahkemesinin, yerel yönetimlere ikame edici bir gelir sağlanmadığı takdirde, mali özerklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle bu düzenlemeyi iptal etmesi daha olası olurdu.

Esasında anayasa koyucunun usul ve oran belirlemeden yerel yönetimlere görevleri ile orantılı gelir kaynağı sağlanacağı şeklinde düzenleme yapması, Anayasa Mahkemesini zorunlu olarak kanun koyucunun bu konuda takdir yetkisi olduğu yolunda kararlar vermeye sevketmektedir. Bir yandan da anayasal düzenlemenin başka türlü olması; teknik ve ayrıntılı olması da pek mümkün görünmemektedir. Benzer bir yaklaşım yerel yönetimlerin özerkliğine ilişkin Şart bakımından söz konusudur. Şart'a getirilen en önemli eleştirilerden biri de kullanılan genel ifadeler nedeniyle üye ülkelere geniş esneklikler tanınmasıdır. Mali özerkliğe ilişkin 9. madde bakımından "ulusal ekonomik politika çerçevesinde", "yeterli", "sorumluluklarla orantılı" mali kaynaklar sağlanacağı şeklindeki ifadeler nedeniyle ortaya çıkan belirsiz ifadeler¹³⁵ verilecek anlam esasında yerel yönetimlerin mali özerkliği bakımından belirleyici olacaktır. Mali kaynakların yeterli ya da görevleriyle orantılı olup olmadığını ya da yerel yönetimlerin mali özerkliğinin ihlal edildiği iddialarını inceleyecek uluslararası bir yargı yeri de öngörülmemiştir. Uluslararası düzeyde yargı yeri yokluğunda ulusal yargı yerleri mali özerkliğin ihlal iddialarını inceleyecektir.¹³⁶ Uluslararası sözleşmeler iç hukukun bir parçası olarak yerel yönetimlerin mali özerkliğinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesinde esas alınacak hukuki düzenlemelerden biridir. Nitekim yukarıda ifade edilen Anayasa Mahkemesi kararlarında, Şart referans alınarak kararlar verilmiştir. Kanuni düzenlemeler ile Şart'ın onaylanan maddelerinin çatışması halinde hangi düzenlemenin esas alınacağı sorununun çözümlenmesinde, Şart'ın temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalardan biri olup olmadığı ve yerel yönetimlerin özerkliğinin temel hak ve özgürlüklerden olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Yerel yönetimlerin özerkliğinin temel hak ve özgürlüklerden olup olmadığı sorusunun cevaplanması, yerel yönetimlerin bireysel başvuru haklarının olup olmadığı bakımından da önemlidir.

¹³⁵ Himsworth, "Yerel Yönetimlerin Özerkliğine İlişkin Uyumun İzlenmesi," 278.

¹³⁶ Himsworth, "Yerel Yönetimlerin Özerkliğine İlişkin Uyumun İzlenmesi," 278.

b. Bireysel Başvuru

Anayasa Mahkemesinin Anayasada yer almadığı halde önceki kararlarından farklı olarak yerel yönetimlerin özerkliği ilkesini ön plana çıkararak Şart'ı da ileri sürerek yerel yönetimlerin yerel vergi oranlarını belirleme yetkisinin olduğuna ilişkin karar vermesi¹³⁷ gerek Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişiklik ile uluslararası sözleşmelere öncelik veren düzenlemenin gerekse yapılan anayasa değişikliği ile getirilen bireysel başvurunun sonucu olduğu şeklinde ele alınabilir. Şöyle ki; modern hukuk sistemlerinde kamu tüzel kişileri de temel hak ve özgürlüklerin süjesi olarak tanınmaktadır. Nitekim Alman Temel Kanununda temel hakların nitelikleri izin verdiği takdirde ulusal tüzel kişilere de uygulanacağı düzenlenmiştir (mad. 19/3).¹³⁸ Yine Portekiz Anayasasında da tüzel kişilerin nitelikleriyle bağdaşan haklardan yararlanacakları ve yükümlülüklere tabi olacakları hususu düzenlenmiştir (mad. 12/2).¹³⁹ Dolayısıyla yerel yönetimlerin idari özerklikleri temel bir hak olarak ele alınmak suretiyle Anayasanın 90. maddesi gereğince yerel yönetimlerin özerklik hakkına ilişkin Şart ile kanunların çatışması halinde Şart hükümlerine üstünlük tanınabilir ya da yorumlamalar Şart hükümlerine uygun olarak yapılır.

Nitekim Alman hukukunda Temel Kanun ile belediye ve belediye birliklerine tanınan idari ve vergi oranlarını belirlemeyi de kapsayan mali özerklik ilkesi anayasal teminat altına alınmış (mad. 28/2), teminat altına alınan bu hakkın korunmasına yönelik olarak kanun ile özerkliklerini ihlal edici düzenleme getirilmesi halinde belediye ve belediye birliklerine anayasa şikâyetinde bulunma hakkı tanınmıştır (mad. 93/1-4 b). Anayasa şikâyetinin bu türü komünal anayasal şikâyet olarak da adlandırılmaktadır.¹⁴⁰ Bundan

¹³⁷ AYM, 010.04.2013, Esas: 2012/158, Karar: 2013/55, R.G., 18.01.2014, Sayı:28886.

¹³⁸ Temel Kanun hükümleri için bkz. https://webarchiv.bundestag.de/archive/2010/0304/htdocs_f/documents/cadre/loi_fondamentale.pdf, erişim tarihi 10.10.2024.

¹³⁹ <https://www.parlamento.pt/sites/EN/Parliament/Documents/Constitution7th.pdf>, erişim tarihi 10.10.2024.

¹⁴⁰ Zafer Gören, *Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)*, 111, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6446/docdrzafer.pdf>, erişim tarihi 10.10.2024; Hikmet Berk Turhan, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kamu Tüzel Kişilerinin Başvuru Ehliyeti* (Seçkin: Ankara, 2022), 49.

başka nitelikleriyle bağdaşan diğer temel hakları bakımından da genel olarak anayasa şikayetinde bulunabileceklerdir (mad. 93/1-4 c).¹⁴¹

Macaristan'da da tüzel kişilerin kendilerine tanınan hakların ihlali sebebiyle anayasa şikayetinde bulunmaları mümkündür.¹⁴²

Fransız hukukunda yerel yönetimlerin özerklik hakkının bir temel hak olup olmadığı tartışılmakla birlikte, *Conseil d'État* verdiği bir karar¹⁴³ ile İdari Yargılama Kodu (art. L. 521-2) ile temel hakların korunması için kabul edilen ivedi yargılama usulünden belediyelerin de yararlanabileceğini zira Anayasada yer alan yerel yönetimlerin serbestçe yönetim haklarının, temel haklardan biri olduğunu kabul etmiştir. Anayasa Konseyi ise serbest yönetim ilkesinin anayasal değerde olduğunu kabul etmekle birlikte bunun bir temel hak olduğuna ilişkin açık bir ifadeye yer vermemiş, bununla birlikte yerel yönetimlerin eşitlik ilkesi, teşebbüs özgürlüğü gibi kimi temel hak ve özgürlüklerden yararlanabileceklerini kabul etmiştir.¹⁴⁴

Türkiye'de ise Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında mevzuattaki düzenlemenin katı bir şekilde uygulanarak kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuramayacaklarının kabul edildiği görülmektedir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacakları açıkça düzenlenmiştir. Özel hukuk kişilerine ise sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunma hakkı tanınmıştır (mad. 46/2). Anayasa Mahkemesi kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacaklarını iki temel gerekçeye dayandırmaktadır. Bunlar; belirtilen kanuni düzenlemede başvuruya konu olayın özel hukuk ilişkisinden ya da

¹⁴¹ Rudolf Mellinohof, "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikayeti," *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26, (2009): 34, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/4540/rudolfmellinohof.pdf>, erişim tarihi 10.10.2024.

¹⁴² Péter Paczolay, "Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?," *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26, (2009): 315-316, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/4539/peterpaczolay.pdf>, erişim tarihi 10.10.2024.

¹⁴³ Conseil d'État, Section, *Commune de Venelles*, 18 janvier 2001, 229247, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008040754/>, erişim tarihi 11.10.2024.

¹⁴⁴ Louis Favoreu ve André Roux, "La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?," *Cahiers du Conseil Constitutionnel* N° 12 (Dossier : Le Droit Constitutionnel des Collectivités Territoriales) (Mai 2002), <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/2881/pdf>, erişim tarihi 11.10.2024.

kamu gücü kullanılmasından kaynaklanan bir olay olup olmadığı ayrımı yapılmadığı; dolayısıyla, idarenin içinde bulunduğu hukuki ilişkinin bir öneminin olmadığı, bireysel başvurunun kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olduğu ve kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılan idareye bireysel başvuru hakkının tanınmasının anayasal kurumun hukuki niteliği ile bağdaşmadığıdır. Bu çerçevede kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri ile donatılan ve kamu tüzel kişiliğini haiz üniversitelerin bireysel başvuru ehliyeti bulunmadığından kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle başvurunun reddine karar vermiştir. Başvurucunun bir vakıf üniversitesi olması, bireysel başvurunun konusunun adli yargıda çözümlenen kamulaştırmasız el atma davasında ödenen tazminat olması da Anayasa Mahkemesi bakımından önem arz etmemiştir.¹⁴⁵ Oysa ki kamu gücü kavramını salt organik bakımdan ele alan ve kamu gücü ayrıcalığı kullanılmaksızın yapılan işlemler bakımından Anayasa Mahkemesinin bu tutumu kamu tüzel kişilerinin hak öznesi olabileceklerini kabul eden içtihatları dikkate alındığında çelişkili olduğu gibi kamu gücü ayrıcalığı kullanan özel hukuk kişileri bakımından da sorunludur.¹⁴⁶

Anayasa Mahkemesi asıl olarak yasal düzenlemenin gerekçesine dayanmıştır. Madde gerekçesinde kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkının tanınmama nedeni; “Bireysel başvurunun kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olması nedeniyle, kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukukî niteliği ile bağdaşmama”(sı) olarak ifade edilmiştir.¹⁴⁷ Karara yazılan karşı oyda ise, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları hallerde, yararlanabilecekleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda bireysel başvuruda bulunabilmeleri gerekliliği yukarıda zikredilen Alman hukuku düzenlemelerine de referans verilerek ortaya konulmuştur.

Esasında Anayasada herkesçe başvurulabilecek bir hukuki yol olarak düzenlenen bireysel başvuruya ilişkin kanun koyucunun istisnalar getirmesi de hukuken tartışmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, Avrupa İnsan

¹⁴⁵ AYM, *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi*, 21.11.2013, B. No: 2013/1430, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1430>, erişim tarihi 11.10.2024.

¹⁴⁶ Turhan, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kamu Tüzel Kişilerinin Başvuru Ehliyeti*, 70-72.

¹⁴⁷ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-b68b-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6216#step-2>, erişim tarihi 11.10.2024.

Hakları Mahkemesine başvurabilecekler “gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları” olarak açıkça düzenlenmişken (mad. 34) Anayasada böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Her ne kadar bireysel başvurunun konusu “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındakiler” olarak sınırlandırılmışsa da başvuru yapabilecekler bakımından böyle bir sınırlandırma ya da AİHS’ye göndermede bulunulmamıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin anayasaya uygunluk denetiminde iptal talebinin oybirliğiyle reddine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesine göre 36. maddede yer alan 'herkes' ibaresi ile 148. maddede yer alan 'herkes' ibaresi, her iki maddede düzenlenen hak arama yollarının niteliğine uygun olarak yorumlanmalıdır. Bu yoruma göre; 36. maddede yer alan hak arama özgürlüğü genel mahkemelerin koruma işlevini düzenlerken, bireysel başvuru yolu daha özel, istisnai ve ikincil bir hak arama yoludur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun bireysel başvuruda bulunma ile ilgili hak sahipleri yönünden takdir hakkının olduğunu kabul etmektedir.¹⁴⁸

Anayasa Mahkemesinin bu kararı, yapılan amaçsal yorum ile Mahkemenin Anayasada var olmayan bir hükmü kabul ederek anayasa koyucunun yerine geçtiği ve hak arama hürriyetinin alanını daralttığı, oysa ki amaçsal yorumun insan hakları bakımından ancak hak ve özgürlüğün alanını genişletmesi ya da hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaları daraltması durumunda mümkün olduğu eleştirilerine neden olmuştur.¹⁴⁹

Anayasa Mahkemesi yerel yönetimler üzerindeki vesayet denetiminin geniş veya dar olmasının ya da ilgili idarenin tarafı bulunduğu hukuki ilişkinin niteliğinin bir önemi olmadığı gerekçesiyle yerel yönetimlerce yapılan başvuruları kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle reddederken¹⁵⁰ *Demirdöven Köyü Tüzel Kişiliği ve Diğerleri* başvurusunda ise kamu tüzel

¹⁴⁸ AYM, 01.03.2012, Esas: 2011/59, Karar: 2012/34, RG, 02.04.2013, S. 28606 mük.

¹⁴⁹ Yaşar Salihpaşaoğlu, “Anayasa Mahkemesinin Kamu Tüzel Kişilerine Yönelik Bireysel Başvuru Yasağına Yaklaşımı: Çelişen İki Yöntem ve Gerekçe,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, Sayı: 4, (2019): 284.

¹⁵⁰ AYM, 25.12.2012, *Büğdüz Köyü Muhtarlığı*, B. No: 2012/22, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/22?Dil=tr>, erişim tarihi 12.10.2024; AYM, 12.02.2013, *Ballidere Belediye Başkanlığı*, B. No: 2012/1327, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1327?KelimeAra%5B0%5D=ya&page=816>, erişim tarihi 12.10.2024; AYM, 09.09.2015, *Çavuş Köyü Muhtarlığı*, B. No: 2013/4291, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/4291>, erişim tarihi 12.10.2024; AYM, 25.12.2018,

kişisi kavramı içine giren merkezî idare birimleri, mahallî idareler olan köy ve belediyeler ile meslek kuruluşları ve vakıf üniversitelerine bireysel başvuru yapma hakkının tanınmadığını belirterek yerleşik hâle geldiğini ifade ettiği içtihadı kapsamındaki kararlarına atıfla yetinmiştir.¹⁵¹

AİHM bakımından sadece merkezi idare değil, merkezi idare karşısındaki özerklik dereceleri dikkate alınmaksızın kamusal görevler yerine getiren yerel yönetimler de hükümet kuruluşları olarak kabul edilmekte ve yaptıkları başvurular da kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle reddedilmektedir.¹⁵² AİHM kararları esas alınarak yapılan değerlendirmede tüzel kişiler bakımından; devletin merkezi, bölgesel veya yerel organları dışında kalan kuruluşlar ile tekel biçiminde kamu hizmeti görmeyen, devletten bağımsız ya da özel hukuka tabi kuruluşların hükümet dışı kuruluşlar olarak kabul edildiği ifade edilmektedir.¹⁵³

Belirtmek gerekir ki yerel yönetimler bakımından bireysel başvuruda bulunma imkânı tanınsa bile konu bakımından bireysel başvuruya ilişkin de engelleyici durumlar söz konusudur. Yerel özerklik hakkı bakımından bu hakkın AİHS kapsamında korunan bir hak olmadığı gerekçesiyle yerel yönetimlerin başvurularının reddi söz konusu olabilecektir.¹⁵⁴ Bununla birlikte kamu tüzel kişilerine getirilen bireysel başvuru engeline yapılan eleştirilerde ortaya konulduğu üzere yerel özerklik hakkı bakımından olmasa da bazı temel hak ve özgürlükler üzerinden kamu tüzel kişilerinin de bireysel başvuru hakkından yararlanmaları bir gerekliliktir. Başvurunun mümkün olması bakımından ya yasa değişikliği yapılması ya da Anayasa Mahkemesinin yorumunu değiştirmesi gerektiği ve bu çerçevede kamu tüzel kişilerinin bir özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği durumlarda bireysel başvuru

¹⁵¹ AYM, *Demirdöven Köyü Tüzel Kişiliği ve diğerleri*, B. No: 2014/14359, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/14359>, erişim tarihi 12.10.2024.

¹⁵² *Commune de Rothenthurm c/Suisse*, (Kom. Kar.), 14 Aralık 1988, no. 13252/87; Ayuntamiento de Mula c. Espagne (déc.), 2001; Döşemealtı Belediyesi c. Turquie (déc.), 2010; Section de commune d'Antilly c. France (déc.), 1999 Söz konusu kararlar ve konu hakkındaki açıklamalar için bkz. file:///C:/Users/user/Downloads/Admissibility_guide_FRA.pdf, erişim tarihi 13.10.2024.

¹⁵³ Mustafa Baysal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Mağdur Kavramı," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2015): 201, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155597>, erişim tarihi 13.10.2024.

¹⁵⁴ Yılmaz, *Yerel Yönetimlerin Özerklik Hakkı*, 570.

hakkından yararlanmaları gerektiği savunulmaktadır.¹⁵⁵ Yararlanılacak hakların kapsamı bakımından kamu tüzel kişilerinin sadece özel hukuka tabi ilişkilerinden doğan haklar bakımından değil, adil yargılanma hakkı ve yerinden yönetim kuruluşları bakımından önem arz eden özerklik ilkesinden kaynaklanan uyumsuzluklar bakımından da bireysel başvuru yoluna başvurabilmeleri gerektiği belirtilmektedir.¹⁵⁶

Gerçekten de merkezi idare tarafından vesayet yetkisinin kullanımı kapsamında yapılan işlemlerin yerel yönetimlerin mali özerkliklerini ihlal etmesi, mülkiyet haklarının ihlali örneğinde olduğu gibi, başvuru yolları tüketildikten sonra bireysel başvuruda bulunabilmeleri hem bireysel başvurunun amacına hem de Şart'ta aranan hukuki başvuru yollarının sağlanmış olması koşuluna uygun olacaktır. Ayrıca mali özerkliğe ilişkin bir idari vesayet işleminde yerel yönetimlerin değil merkezi idarenin kamu gücü kullanımı söz konusu olup yerel yönetimler bakımından ise bir mal varlığının ya da gelirlerin azaltılması gibi bir müdahale söz konusudur.

Belirtilmelidir ki; özel hukuk tüzel kişileri de kamu gücü ayrıcalıklarından yararlandırılıyorsa kamu tüzel kişileri gibi değerlendirilip bireysel başvuruda bulunamayacakları gerekçesiyle kişi yönünden yetkisizlik kararı verilmektedir.¹⁵⁷

SONUÇ

Kanun koyucu 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununda yapılan değişiklik ile genel bütçe geliri olarak konaklama vergisini getirmiştir. Dünya örneklerine bakıldığında ise daha çok yerel yönetimlere bırakılan bir vergi olarak düzenlenmiştir. Daha öncesinde kamu yönetimi reformu çalışmaları sırasında da gündeme gelen konaklama vergisi yerel bir vergi olarak ele alınmış ancak yasalaşmamıştır. Konaklama vergisine getirilen en önemli eleştirilerden biri yerel vergi olarak düzenlenmemesi hususuna ilişkindir.

¹⁵⁵ Salihpaşaoğlu, "Anayasa Mahkemesinin Kamu Tüzel Kişilerine Yönelik Bireysel Başvuru Yasağına Yaklaşımı: Çelişen İki Yöntem ve Gerekçe," 294.

¹⁵⁶ Cem Ümit Beyoğlu ve Yakup Çokkaş, "Türk Hukukunda Kamu Tüzel Kişilerinin Bireysel Başvuru Hakkı Sorunu," *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 2, (2020): 431.

¹⁵⁷ AYM, 31.01.2024, *Buca Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı* [GK], Başvuru No: 2019/15717, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/15717>, erişim tarihi 11.10.2024.

Konaklama vergisinin yerel yönetimlere bırakılıp bırakılmayacağı konusunda elbette ki kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Anayasa gereği devlet, yerel yönetimlere görevleri ile orantılı gelir sağlamak zorundadır ancak devleti bu konuda zorlayıcı bir mekanizma da söz konusu değildir. Kanaatimizce konaklama vergisinin yerel bir vergi olarak düzenlenmesi gerekir. Bu gereklilik, hem yerel yönetimlerin mali özerkliğinin etkin bir şekilde karşılanması gereğinden hem de verginin yapısından kaynaklanmaktadır. Yerel yönetimlerin mali özerkliği, yerel yönetimlerin üstlendikleri kamu hizmetlerini yerine getirecek yeterli gelire sahip olmalarını, bu gelirlerin büyük oranda transfer gelirlerinden değil öz kaynaklardan sağlanmasını ve öz kaynaklar içinde yer alan yerel vergiler bakımından da vergi oranlarının yerel yönetimlerce belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Esasında yerel yönetimlerin mali özerkliğinin derecesi de vergilendirme konusunda sahip oldukları yetkilerin kapsamı ile belirlenmektedir. Konaklama vergisinin yerel yönetimlere bırakılması Şart'ın gerektirdiği anlamda mali özerkliğin genişletilmesini sağlayacağı gibi faydalanma esasına dayanan bir vergi olan konaklama vergisi ile gerekli hizmet ve yatırımlar yapılmak suretiyle turizmin sürdürülebilirliği de sağlanacaktır.

Yerel yönetimlere görevleriyle orantılı gelir kaynağı sağlamak konusunda merkezi idareye getirilen yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde yerel yönetimlerin sahip olduğu hukuki başvuru yolları konusundaki imkânlar kısıtlıdır. Mali özerkliğe idari işlem şeklinde yapılan müdahalelere karşı idari yargıda dava açmak imkanları bulunmakla birlikte Anayasa Mahkemesine başvuru imkanları son derece sınırlıdır. Bireysel başvuru yolu kategorik olarak kapalıdır. Kanun ile yapılan müdahalelere iptal davası yoluyla başvuru da mümkün değildir. Somut norm denetiminin işletilmesi de teknik olarak çok kolay görünmemektedir.

KAYNAKÇA

- Adak, Sıla. "Konaklama Vergisi." *KHas Hukuk Bülteni*, 29 Ekim 2021, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/55>. Erişim Tarihi 25.09.2024.
- Akçaoğlu, Ertuğrul. "Konaklama Vergisi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme." *Hacettepe HFD*, 10(2) (2020): 388-405.
- Akyılmaz, Bahtiyar Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. 6. Baskı. Savaş Yayınevi: Ankara, 2021.
- Aşçı Akıncı, Nuray. "Konaklama Vergisi: Ölçülülük Meselesi." *TBB Dergisi*, Sayı: 148, (2020): 77-100.

- Atar, Yavuz. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, (C. 39, S. 1): 241-259. <https://www.anayasa.gov.tr/media/6184/yavuz-atar.pdf>. Erişim Tarihi 20.09.2024.
- Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*. Seçkin: Ankara, 2021.
- Ateşgaoğlu Erdem ve Sıla Adak. "Türkiye'deki Konaklama Vergisinin Ekonomik ve Hukuki Açından Bir Analizi." *Maliye Araştırmaları Dergisi*, 10(1), (2024): 21-41, <https://dergipark.org.tr/tr/download/issue-full-file/86145>. Erişim Tarihi 23.09.2024.
- Avis rendu par Conseil d'État sect., 02.06.2017, n° 405595, *AJDA*, 2017, p. 1141, www.dalloz.fr. Erişim Tarihi 12.09.2024.
- Avrupa Birliği Komisyonu, 2023 Türkiye Raporu, Brüksel, 8.11.2023, SWD (2023) 696 nihai, s.126, <https://ab.gov.tr/siteimages/resimler/2023%20T%C3%BCrkiye%20Raporu.pdf>. Erişim Tarihi 20.09.2024.
- Baudu, Aurélien. "La réforme fiscale locale: une autonomie fiscale au point mort?." *RFDA* (2020): 999, www.dalloz.fr. Erişim Tarihi 11.10.2024.
- Baysal, Mustafa. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Mağdur Kavramı." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2015) 201 (193-233), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155597>. Erişim Tarihi 13.10.2024.
- Beyoğlu Cem Ümit ve Yakup Çokkaş. "Türk Hukukunda Kamu Tüzel Kişilerinin Bireysel Başvuru Hakkı Sorunu." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 2, (2020): 409-437.
- Bozdoğanoglu, Burçin. "Konaklama Vergisi Uygulaması ve Türkiye'de Uygulanabilirliği." *Maliye Dergisi*, Sayı: 164, (Ocak-Haziran 2013): 131-149, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/164-08.pdf>. Erişim Tarihi 10.09.2024.
- Chapus, René. *Droit Administratif Général*. Tome I, 15e éd. Montchrestien: Paris, 2001, Tome I, 15e éd.
- Conseil Constitutionnel, 08.02.2024, n° 2023-1078-QPC, La taxe de séjour forfaitaire confortée – Conseil constitutionnel 8 février 2024 – *AJDA*, 2024, p. 293, www.dalloz.fr. Erişim Tarihi 18.09.2024.
- Conseil d'État, Section, *Commune de Venelles*, 18 janvier 2001, 229247, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008040754/>. Erişim Tarihi 11.10.2024.
- Çağan, Nami. *Vergilendirme Yetkisi*. Kazancı Yayınları: İstanbul, 1982.

Değişimin Yönetimi İçin Yönetimde Değişim, Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma: 1, (T.C. Başbakanlık: Ankara, 2005), 151-152.

Demirbaş Tolga ve Özhan Çetinkaya. “Belediye Gelir Türü Olarak Motorlu Taşıtlar Vergisi Önerisinin Tartışılması.” İçinde *Mahalli İdareler Maliyesi Üzerine Yazılar*, ed. Figen Altuğ, Özhan Çetinkaya ve Selçuk İpek, 117-130. Ekin: Bursa, 2010.

Douence, Jean-Claude. (2005, mise à jour mars 2014). “Le Statut Constitutionnel des Collectivités Territoriales. Encyclopédie des Collectivités Locales,” Chapitre 1, Folio: 63, Dalloz, par. 186-188.

Duru, Ahmet Alptekin. “Bir Danıştay Kararı Çerçevesinde Organize Sanayi Bölgelerinde Belediyelerin İlan ve Reklam Vergisi Tahsil Yetkisi,” *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 1, (Haziran 2021): 39-62.

Ercan, Erdem *Geçmişten Günümüze Yerel Yönetimlerde Mali Özerklik (Anayasal ve Yasal Boyutuyla)* Onikilevha: İstanbul, 2018.

Favoreu Louis ve André Roux. “La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?.” Cahiers du Conseil Constitutionnel N° 12 (Dossier : Le Droit Constitutionnel des Collectivités Territoriales) (Mai 2002), <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/2881/pdf>. Erişim Tarihi 11.10.2024.

Gören, Zafer. “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti).” 97-134, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6446/docdrzafer.pdf>. Erişim Tarihi 10.10.2024.

Gözler, Kemal. “Türk Belediye Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 3 Nisan 1930 Tarihli Belediye Kanunu Fransa’dan mı İktibas Edilmiştir?”, *Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 28, Sayı 1-2, (Ocak-Nisan 2019): 1-23, <https://cyy.hacibayram.edu.tr/documents/article/3/28/1-2/1-Gozler.pdf>, Erişim Tarihi 30.09.2024.

Gözler, Kemal. *Mahalli İdareler Hukuku*. Ekin: Bursa, 2018.

Gözler, Kemal. *Mahallî İdareler Hukukuna Giriş*. Ekin: Bursa, 2018.

Gözübüyük A.Şeref ve Turgut Tan. *İdare Hukuku Genel Esaslar*. Cilt I, 4. Bası, Turhan Kitabevi: Ankara, 2006.

Gündüz, F. Ebru. “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet.” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 33, (Yıl: 2015): 63-89.

Güner, Ayşe. “Yönetimler Arası Gelir Bölüşümü: Temel İlke ve Uygulamalar”, İçinde *Mali Yerelleşme: Teori ve Uygulama Üzerine Yazılar*, ed. Ayşe Güner ve Serdar Yılmaz, 61-82, Marmara Üniversitesi, Yerel Yönetimler Araştırma Eğitim Merkezi- Güncel Yayıncılık: İstanbul, 2006.

- Hakyemez, Yusuf Şevki. *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*. Yetkin Yayınları: Ankara, 2009.
- Himsworth, Chris. “Yerel Yönetimlerin Özerkliğine İlişkin Uyumun İzlenmesi,” çev. Bülent Duru, içinde *Yerellik ve Politika Küreselleşme Sürecinde Yerel Demokrasi, Ruşen Keleş’e Armağan*, ed. Ayşegül Mengi, 275-284. İmge Kitabevi: Ankara, 2007.
- İl Özel İdareleri ve Belediye Gelirleri Kanunu Tasarısı Taslağı, Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma 10*. T.C. Başbakanlık: Ankara, 2005.
- Kalabalık, Halil. *İdari Yargılama Usulü Hukuku*. 16. Baskı, Seçkin: Ankara, 2022.
- Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*. 9. Baskı. Ekin: Bursa, 2023.
- Karahanogulları, Onur. *İdari Yargı*. Turhan Kitabevi: Ankara, 2019.
- Mellinghof, Rudolf. “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikayeti.” *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26, (2009): 31-44, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/4540/rudolfmellinghof.pdf>. Erişim Tarihi 10.10.2024.
- Öksüz, Mehmet. “Konaklama Vergisinin Belediyelere Tahsisi: Türkiye İçin Bir Değerlendirme.” İçinde *Ekonomi ve Finans Politikaları Üzerine Çalışmalar*, ed. Demet Eroğlu Sevinç ve Gönül Yüce Akıncı, 223-238. Özgür Yayınları: Gaziantep, 2023, file:///C:/Users/user/Downloads/chapter+12%20(1).pdf. Erişim Tarihi 12.09.2024.
- Öncel, Muallâ, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker. *Vergi Hukuku*. 30. Baskı, Turhan Kitabevi: Ankara, 2021.
- Paczolay, Péter. “Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?.” *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26, (2009): 313-320, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/4539/peterpaczolay.pdf>. Erişim Tarihi 10.10.2024.
- Petit Jacques ve Pierre-Laurent Frier. *Droit Administratif*. 14e éd. LGDJ: Paris, 2020.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar. “Anayasa Mahkemesinin Kamu Tüzel Kişilerine Yönelik Bireysel Başvuru Yasağına Yaklaşımı: Çelişen İki Yöntem ve Gerekçe.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, Sayı: 4, (2019): 279-296.
- Section de commune d’Antilly c. France (déc.), 1999, file:///C:/Users/user/Downloads/Admissibility_guide_FRA.pdf. Erişim Tarihi 13.10.2024.
- Sevgili Gençay, Fatma Didem. “Yerel Yönetimlerinin Yetkilerinin Belirlenmesinde Mahalli Müşterek İhtiyaç Kavramının Yeri ve İşlevi,” *MSY*, Cilt 10, Sayı 24, (Temmuz 2015): 43-61.

- Taştekin Abdullah ve Hakan Akca. “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’na Türkiye’nin Koyduğu Çekincelerin Yeniden Değerlendirilmesi.” *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 3, (Yıl: 2020): 594-609.
- Tortop, Nuri. *Yerel Yönetimler Maliyesi (Görev ve Kaynak Paylaşımı)*. TODAİE: Ankara, 1996.
- Turhan, Hikmet Berk. *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Kamu Tüzel Kişilerinin Başvuru Ehliyeti*. Seçkin: Ankara, 2022.
- Türkoğlu, İrfan. “Yerel Yönetimlerin Mali Özerkliği.” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17-18, Sayı: 26-27-28-29, (Yıl: 2012-2013): 41-70.
- Uçar, Onur ve Emine Ayrancı Bağrıaçık. “Türkiye’de Konaklama Vergisi: Ulusal Düzeyde Uygulanması Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım.” *Çukurova İİBF Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2, (Aralık 2021): 347-361.
- Ulusoy, Ahmet ve Tekin Akdemir. “Yerel Yönetimlerin Finansman Sorunlarının Çözümünde Motorlu Taşıtlar Vergisi Önerisi.” *Sosyoekonomi*, (Sayı: 2013-1): 87-116.
- Yakar Soner ve İsmail Orçun Gündüz. “Türkiye’de Belediyelerin Vergilendirme Yetkisi: “Var” mı “Yok” mu İşte Bütün Mesele Bu.” *Sayıştay Dergisi*, Sayı: 92, (Ocak-Mart 2014): 117-141.
- Yakar Soner ve Tamer Budak. “Bakanlar Kurulunun Vergi Oranını Belirleme Yetkisinin Alt Sınırı: “Sıfır Oran”ın Anlamı.” *Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 22, Sayı1, (2013): 399-426, <https://dergipark.org.tr/tr/download/articlfiler/50828#:~:text=Vergi%20koyma%20yetkisi%20olan%20TBMM,yapma%20yetkisini%20Bakanlar%20Kuruluna%20devredilebilir>. Erişim Tarihi 13.09.2024.
- Yıldırım, Ali. *Yerel Yönetimlerin Gelirleri*. Yetkin Yayınları: Ankara, 2023.
- Yıldız Akgül, Şerife . “Yerel Yönetimlerin Görev Alanı ve Organize Sanayi Bölgeleri Örneği.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7 Sayı:1 (Yıl 2016): 639-676.
- Yılmaz, Zülfiye. *Yerel Yönetimlerin Özerklik Hakkı*. On İki Levha Yayıncılık: İstanbul, 2019.

DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ İLE HAYVAN REFAHI ARASINDAKİ DENGE ARAYIŞI: AVRUPA ÖZELİNDE BİR İNCELEME

*Balancing Freedom of Religion and Conscience with Animal
Welfare: An Analysis in the European Context*

Merve AĞZİTEMİZ*

ÖZET

Din ve vicdan özgürlüğü ve hayvan refahı, Avrupa hukuk sisteminde tartışmalara konu olan ve aralarında hassas bir denge kurulmasını gerektiren iki önemli kavramdır. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bu konularda verdikleri kararlarda, din ve vicdan özgürlüğünün yanı sıra ayrımcılığa ilişkin hususları kısmen içeren bir karar yöntemi belirlemişlerdir. Mahkemeler tarafından verilen bu kararlar, belirli dini inanca sahip kesimlerde tartışmalara sebep olmuştur. Bu nedenle, söz konusu durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekli görülmüştür. Bu çalışmada öncelikle, hayvan refahı ile din ve vicdan özgürlüğü kavramları ve bunların Avrupa Birliği (AB) hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) çerçevesinde nasıl ele alındığı üzerinde kısaca durulacaktır. Sonraki başlıklar altında, ABAD ve AİHM'nin bu konuyla ilgili kararları incelenecek ve güncel kararlara kadar olan süreç ortaya koyulacaktır. Bu arka planda ve verilen kararlar üzerinden din ve vicdan özgürlüğünün korunması ile hayvan refahı arasındaki dengenin nasıl kurulduğu, bu denge çerçevesinde yorum ve hukuka uygunluk denetiminin nasıl yapıldığı ve ayrımcılığa/orantılılığa ilişkin kuralların nasıl ele alındığı değerlendirilmeye çalışılacaktır. Sonrasında ise güncel kararlar ele alınacaktır. Bu sayede, din ve vicdan özgürlüğü ile hayvan refahı arasındaki karmaşık ilişki ele alınırken, ayrımcılık ve orantılılık

Makalenin Geliş Tarihi: 01.11.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 21.11.2024.

* Dr. Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: agzitemiz@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7528-5966.

ilkelerine dayanarak dengeli bir yaklaşım benimsenip benimsenmediği ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Din ve vicdan özgürlüğü, Hayvan refahı, Avrupa Birliği hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ayrımcılık yasağı, Orantılılık ilkesi.

ABSTRACT

Freedom of religion and conscience and animal welfare are two significant concepts that require a delicate balance within the European legal system. The Court of Justice of the European Union (CJEU) and the European Court of Human Rights (ECtHR) have developed a decision-making approach in their rulings on these issues that partially incorporating aspects related to freedom of religion and conscience as well as considerations of discrimination. The decisions rendered by these courts have sparked debate among groups with certain religious beliefs. This is why an evaluation on the matter is deemed necessary. In this study, the concepts of animal welfare and freedom of religion and conscience will first be explained, along with how these are addressed within the framework of European Union (EU) law and the European Convention on Human Rights (ECHR). Subsequently, the decisions and the evolution of these rulings up to recent cases of the CJEU and ECtHR on this topic will be analyzed. Using this information, this study will attempt to evaluate how the balance between protecting freedom of religion and conscience and ensuring animal welfare is established, how interpretation and compliance assessments are conducted within this framework, and how the principles of non-discrimination and proportionality are applied. Finally, recent decisions will be discussed to further analyze whether a balanced approach, grounded in the principles of non-discrimination and proportionality, has been adopted in addressing the complex relationship between freedom of religion and animal welfare.

Key words: Freedom of thought, conscience and religion, Animal welfare, European Union law, European Convention on Human Rights, Prohibition of discrimination, Principle of proportionality.

GİRİŞ

Hayvan refahı, Avrupa hukukunda giderek daha fazla önem kazanan bir değer olarak öne çıkmaktadır. Avrupa Birliği'nde (AB) ilk kez Maastricht Antlaşması'nda belirli politika alanlarında hayvan refahına uyulması gerektiğine dair bir deklarasyonla gündeme gelen bu ilke, sonraki yıllarda AB'nin özellikle tarım ve iç pazar politikaları açısından önemli bir noktaya gelmiştir.¹ Lizbon Antlaşması ile birlikte, hayvanların duyarlı varlıklar olarak kabul edilmesi söz konusu olmuş, AB'nin politika yapım süreçlerinde hayvan refahının gözetilmesi yükümlülüğü ortaya koyulmuştur.² Bu gelişmeler, hayvanların yalnızca tarım ve ticaret nesnesi olarak değil, korunması gereken varlıklar olarak ele alınmasını sağlamış ve AB hukukunun çeşitli alanlarında hayvan refahına yönelik düzenlemelerin gerek nicelik bakımından artışına gerek nitelik bakımından güçlenmesine yol açmıştır.³

Hayvan refahı kavramı, özellikle din ve vicdan özgürlüğü ile kesişimi durumunda mahkeme kararlarına konu olmuştur. Din ve vicdan özgürlüğü, Avrupa hukuk sisteminin temel taşlarından biri olarak, bireylerin inançlarına saygı gösteren kapsayıcı bir toplumsal düzenin oluşumu açısından oldukça önemli bir özgürlüktür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 9. maddesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın (ABTHŞ) 10. maddesiyle güvence altına alınan bu hak, bireylerin dini ve vicdani inançlarını özgürce ifade edebilmelerini sağlamayı amaçlamaktadır. ABAD ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kararlarında din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin korumayı güçlendirmekte; böylece, üye devletlerdeki bireylerin haklarının teminat altına alınmasında belirleyici bir rol oynamaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki din ve vicdan özgürlüğü mutlak bir hak olmayıp sınırlandırılabilir.

İşte bu arka planda hayvan refahı kavramının, din ve vicdan özgürlüğü açısından bir sınırlama nedeni olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Bu hususta ABAD, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others* kararı ile birlikte hayvan refahı kavramının bir sınırlama sebebi olarak ve orantılılık değerlendirmesi kapsamında öne çıktığını

¹ Bkz. AB Antlaşmasına ekli 24 no'lu Deklarasyon. OJ C-191, 29/07/1992.

² Bkz. Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA) m.13.

³ Bkz. Başlık "B-AB hukukunda Hayvan Refahı Kavramı"

göstermiştir.⁴ Bu kararda aynı zamanda AB hukukundan kaynaklanan nedenlerle kısıtlı bir şekilde ele alınan ayrımcılık unsurunun da değerlendirildiği görülmektedir. Bu karar üzerine aynı vakalar üzerinden bu sefer AİHM'ye başvuru yapılmıştır. AİHM ise bu alanda çarpıcı bir karar vermiş ve ilk defa AİHS'nin 9. maddesinde yer alan meşru sınırlama sebepleri arasına hayvan refahı kavramının da girdiğini ortaya koymuştur.⁵ ABAD ve AİHM arasındaki ilişki nedeniyle devamlılık sağladığı ifade edilebilecek bu kararlar etkin bir şekilde ele alınmalıdır. Çünkü, hayvan refahı ve din ve vicdan özgürlüğü arasında bir denge kurulması ve bu dengenin hukuki altyapısının kuvveti, demokratik bir toplumda farklı inançlardan bireylerin dini uygulamalarını gerçekleştirebilmelerini sağlarken eşzamanlı olarak toplumsal değerleri ve etik standartların gözetilmesini sağlayacaktır.

O halde bu konuda artık bir Avrupa içtihat hukuku oluşmaya başladığı ifade edilebilir. Demokratik bir toplumda bu kavramlar arasındaki denge bu kadar önemliken ve içtihat hukuku da ilerlemişken artık şu soruya yanıt vermek gereklidir: Din ve vicdan özgürlüğü ile hayvanların refahının sağlanması karşı karşıya geldiğinde ve hayvan refahı din ve vicdan özgürlüğüne karşı bir kısıtlama aracı olarak kullanıldığında bunun meşru sebepler temelinde haklı gösterilme aşaması nasıl değerlendirilmektedir? Bu bağlamda ayrımcılık, eşitlik, kültürel miras ve orantılılık gibi kavramlar nasıl ele alınmaktadır veya alınmamaktadır veya alınmalıdır?

Bu soruya yanıt vermek üzere, hukuk sitemlerinde hayvan refahı ve din ve vicdan özgürlüğü kavramlarının nasıl düzenlendiği öncelikle ortaya koyulacaktır. Belirtmek gerekir ki burada yapılacak inceleme yoğun olarak AB hukukunu ele almakla birlikte, AİHS'nin AB hukukundaki dolaylı etkileri göz önüne alınarak,⁶ AİHM'nin bu alanda verdiği güncel karar, ABAD kararının devamı ve daha ileriye giden bir karar olarak görüldüğünden Avrupa Konseyi kapsamındaki düzenlemelerin de ayrıca ele alınması gerekmiştir. Devam eden başlıklarda ise ABAD'ın hem *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others* kararı hem de bu kararın öncülü olan diğer kararları ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. Bu bakımdan ABAD'ın kararına giden süreç

⁴ C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, 17 December 2020, ECLI:EU:C:2020:1031.

⁵ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, Nos.16760/22 16849/22 16850/22... 02/13/2024.

⁶ Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması m.6.

değerlendirilebilecektir. Sonrasında ise kanımızca çok önemli ve güncel bir karar olarak AİHM'nin *Executief van de Moslims van België and Others v. Belgium* kararı ortaya koyulacak ve değerlendirmeler yapılacaktır. Gerek hukuki düzenlemeler gerek içtihat bakımından arka plan üzerinden incelenecek bu kararlar çerçevesinde hem meşru amaç ve orantılılık değerlendirmesi hem de ayrımcılık kavramının nasıl ele alın(ama)dığı değerlendirilecektir.

Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Hayvan Refahı Kavramlarının Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Konseyi Düzenlemeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Din ve vicdan özgürlüğünün pratikte uygulanmasıyla, dini ritüeller çerçevesinde hayvan kesimi öngörülebilmektedir. Bu husus ise hayvanların acı çekmesinin engellenmesine yönelik toplumsal yönelim ve bunun çıktısı olarak da hukuki düzenlemeler ile karşı karşıya gelebilmektedir. Bu çatışmaya geçmeden önce, devam eden başlıklarda görülecek ABAD ve AİHM kararlarında kullanılan din ve vicdan özgürlüğü ve hayvan refahı kavramlarının (kısaca ve genel olarak) AB hukuku ve Avrupa Konseyi çerçevesinde nasıl düzenlendiği ortaya koyulacaktır.

A- Avrupa Birliği Hukukunda Din ve Vicdan Özgürlüğü

Din ve vicdan özgürlüğü ve hayvan refahı kavramları, AB hukukunda düzenleme alanı bulan iki kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada, daha sonra ele alınacak kararlara temel oluşturması açısından, din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler kurucu antlaşmalar kapsamında ve ABTHŞ⁷ çerçevesinde ele alınacaktır.⁸

⁷ ABTHŞ, AB hukukunun Genel İlkelerinin (ABHGİ) somut bir tezahürü olarak görülebileceğinden ABHGİ burada ayrıca ele alınmayacaktır. Din ve vicdan özgürlüğü açısından ABHGİ çerçevesinde yorum sorunlarına ilişkin görüşler için bkz. Luísa Lourenço, "Religion, Discrimination and the EU General Principles' Gospel: Egenberger," *Common Market Law Review* 56, no.1, (2019): 193-208; Emma Ahlm, *An EU Law on Religion – A Recent Development*, (Canopy Forum, March 12, 2021) <https://canopyforum.org/2021/03/12/an-eu-law-on-religion-a-recent-development/> Din ve inanç temelinde ayrımcılık yasağının ABHGİ olarak kabulüne ilişkin ABAD kararı için bkz. Case C-243/19, *A v Véselibas ministrija*, 2020, ECLI:EU:C:2020:872, para 36.

⁸ Bir ön not olarak AB hukuku incelenirken takip etmeyi kolaylaştırmak amacıyla AB hukukundaki normlar hiyerarşisine göre sıralı bir değerlendirme yapılacaktır. Bu

Kurucu antlaşmalarda din ve vicdan özgürlüğü kavramının farklı noktalarda düzenlendiği ya da genel olarak temel haklara yapılan atıflar altında değerlendirilebileceği görülmektedir.⁹ Buna göre, kurucu antlaşmalardaki düzenlemeler; (i) Dibace kısmında, (ii) eşitlik ve insan haklarına saygı kapsamında olmak üzere AB'nin değerlerinde ve (iii) AB'nin tabi olduğu genel uygulama hükümleri bağlamında ele alınabilecektir.

Birincisi, dini miras ve insan hakları kavramları çerçevesinde bu kavrama Lizbon Antlaşması ile Değişik AB Antlaşması'nın Dibacesinde yer verildiği görülmektedir. Buna göre;

“Özgürlük, demokrasi, eşitlik ve hukukun üstünlüğü ile insanın dokunulmaz ve vazgeçilmez haklarından oluşan evrensel değerlerin kaynaklandığı Avrupa'nın kültürel, dini ve insani mirasından ilham alarak ... Özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ile hukukun üstünlüğü ilkelerine bağlılıklarını teyit ederek ... bir Avrupa Birliği kurmaya karar vermiş...” tir.

Bu ifadelerden anlaşıldığı üzere üye devletler, bu Birlik'in kuruluş ilhamını Avrupa'nın dini ve insani mirasından almakta ve insan hakları ve temel özgürlüklere saygı gösterileceğini teyit etmektedir.¹⁰ Dibace'nin hukuki

bağlamda öncelikle birincil hukuk kapsamındaki düzenlemeler ve devamında ikincil hukuk kapsamındaki düzenlemeler ele alınacaktır. Birincil hukuk kapsamında kurucu antlaşmalardaki düzenlemeler ve kurucu antlaşmalarla eş seviyede bulunan AB Temel Haklar Şartı (ABTHŞ) ve ABHGİ ele alınacaktır. AB hukukunda normlar hiyerarşisi için bkz. Sanem Baykal, İlke Göçmen, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi,” içinde *Prof Dr Erdal Onar'a Armağan*, (Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013): 317-365.

⁹ Nitekim, din ve vicdan özgürlüğü kavramının temel haklar kapsamına girmediğine ilişkin bir görüş bulunmamaktadır. Bu bağlamda bu başlık altında temel haklara yapılan genel vurgulara da yer verilmektedir. Bununla birlikte, din ve vicdan özgürlüğü de dahil olmak üzere temel hakların yeniden şekillendirildiği ve yeni bir yön verildiğiyle ilgili olarak bkz. Merilin Kiviorg, “Dangers of the Changing Narrative of Human Rights: Why Democracy and Security Need Religious Freedom,” içinde *Research Handbook on Law and Religion*, ed. Rex Ahdar (Edward Elgar Publishing, 2018): 332 vd.

¹⁰ Meyer'e göre miras, geçmişten gelen ve sonraki nesillere maddi ve manevi unsurların aktarılması anlamında dinin ayrılmaz bir parçasıdır. Bkz. Birgit Meyer, “What is Religious -About- Heritage?” içinde *The Bloomsbury Handbook of Religion and Heritage in Contemporary Europe*, eds. Todd H. Weir and Lieke Wijnia, (Bloomsbury Publishing, 2024): 18. Bir görüşe göre, kurucu antlaşmadaki bu referanslar, AB'nin ne

bağlayıcılığı olmasa da Antlaşmalar'ın yorumu açısından bu kısmın önemi ayrıca vurgulanmalıdır.¹¹

İkincisi, AB'nin değerlerine ilişkin Antlaşma maddesinde Birliğin değerleri arasında eşitlik ve insan haklarına saygı unsurları sayılmaktadır;¹²

*“Birlik, ...eşitlik, ... insan haklarına saygı değerleri üzerine kuruludur. Bu değerler, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin hâkim olduğu bir toplumda üye devletler için ortaktır.”*¹³

Bu maddenin ilk cümlesi ve tamamlayıcısı olarak görülen ikinci cümlesinden anlaşıldığına göre¹⁴, AB belirli değerler üzerine kurulmuştur ve Antlaşma kapsamında bu değerlerin korunmasına yönelik yollar belirlenmiştir.¹⁵ AB değerlerinin korunmasına yönelik yollar belirlendiğine göre burada sayılan kavramlara ayrıca önem atfedildiği de ifade edilebilecektir.¹⁶ Buradaki insan haklarına saygı kavramı lafzen biraz soyut olarak algılanabilecektir. Ancak daha sonra görüleceği üzere ABTHŞ'de düzenlenmekle birlikte din ve vicdan özgürlüğü bu Şart'ın çerçevesinde daha

bir devlet-kilise sistemi ne de tamamen seküler bir kurum olduğunu vurgulamaktadır. Bunun aksine, dinin Avrupa hayatındaki değerini tanımakta olduğu ifade edilebilir. Norman Doe, Frank Cranmer, “Religion and Law in the European Union,” içinde *The Oxford Handbook of Religion and Europe*, eds. Grace Davie, Lucian N. Leustean (Oxford University Press 2021): 319.

¹¹ Bu konuda verilen bazı kararlar için bkz. Case C-162/97 *Nilsson and Others*, 19 November 1998, ECLI:EU:C:1998:554, para.54. Ayrıca bkz. C-308/97 *Manfredi v. Regione Puglia*, 25 November 1998, ECLI:EU:C:1998:566, para.30. Ayrıca bkz. Hermann-Josef Blanke, “Preamble,” içinde *Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary*, eds. Blanke, HJ., Mangiameli, S. (Springer, 2021): 9. Jasper Krommendijk, Frederik Zuiderveen Borgesius, “How to Read EU Legislation?” *EU Law Analysis*, <https://eulawanalysis.blogspot.com/p/how-to-read-eu-legislation.html>

¹² AB'nin değerleriyle ilgili genel olarak bkz. Aslı Bilgin (Ed.), *Avrupa Birliğinin Kurucu Değerleri*, (Yetkin Yayınları:2003).

¹³ Lizbon Antlaşması ile Değişik AB Antlaşması m.2.

¹⁴ Bkz. C-156/21, *Hungary v Parliament and Council*, 16 February 2022, ECLI:EU:C:2022:97, para.157.

¹⁵ Bkz. Lizbon Antlaşması ile Değişik AB Antlaşması m.7/1 ve m.7/2.

¹⁶ AB'nin değerleriyle ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. Stelio Mangiameli, “Article 2 (The Homogeneity Clause)” içinde *The Treaty on European Union (TEU) A Commentary*, eds. Hermann-Josef Blanke, Stelio Mangiameli (Springer,2013): 109-156.

somut bir hale getirilmiştir. Bu açıdan söz konusu kavramın belirli bir koruma düzeyine sahip olduğu da ifade edilebilecektir.¹⁷

Üçüncüsü, AB'nin tabi olduğu genel uygulama hükümlerinden bahsedilebilir. Burada temel olarak biri genel üçü özel olmak üzere dört temel uygulama hükmü ele alınabilir. Genel olarak, Birlik'in, hedeflerini göz önünde tutarak ve yetkilendirilme ilkesine de uygun olarak, politikaları ve tedbirleri arasında tutarlılık sağlaması gerekmektedir.¹⁸ Bu genel hükmün yanı sıra üç adet de özel hükümden bahsedilebilir. Bunlardan ilkinde, açık bir şekilde din ve inanç kavramlarına yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemeye göre;

*“Birlik, politikalarının ve tedbirlerinin belirlenmesinde ve uygulanmasında, cinsiyet, ırk veya etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele için çaba gösterir.”*¹⁹

Bu uygulama hükmü temelde ayrımcılık ile bağlantılıdır. Dolayısıyla, din ve vicdan temelinde yapılacak ayrımcılık söz konusu olduğunda, kurucu antlaşmaların bu yöndeki düzenlemesi göz önünde bulundurulmalıdır.²⁰ Nitekim kurucu antlaşmada; *“Antlaşmalar'ın diğer hükümlerine halel gelmeksizin ve Birliğe Antlaşmalar'da verilen yetkilerin sınırları dahilinde, Konsey, ... dini inanç veya kanaat, ... temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alabilir.”*²¹ ifadesi bulunmaktadır.

Yine AB'nin tabi olduğu genel uygulama hükümleri kapsamında ve yine özel olarak Birliğin, üye devletlerdeki kiliselerin ve dini birliklerin veya toplulukların ulusal hukuk çerçevesindeki statülerine saygı göstereceği düzenlenmiştir.²² Kurucu antlaşmada yine özel olarak Birlik ve üye devletlerin

¹⁷ Kimi yazarlara göre, AB kurumları bu değerleri korumak bakımından yetersiz kalmaktadır. Bkz. Kim Lane Scheppele et. al. “EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union,” *Yearbook of European Law* 39, no. 1 (2020): 6

¹⁸ Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m.7.

¹⁹ Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m.10.

²⁰ Doe'ya göre, AB'de din ifadesinin yedi temel ilkesi bulunmaktadır ve bunlar arasında ayrımcılık da sayılmaktadır. Bkz. Norman Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, (Oxford, 2011): 237 vd

²¹ Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m.19/1.

²² Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m.17/1.

belirli politika alanları bakımından dikkat etmesi gereken hususların da düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Buna göre; “*Birlik ve üye devletler, Birliğin tarım, balıkçılık, taşımacılık, iç pazar, araştırma ve teknolojik gelişme ve uzay alanlarındaki politikalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında, dini ayinler, kültürel gelenekler ve bölgesel miras konusundaki adetler ile ilgili olanlar başta olmak üzere, üye devletlerin kanun ve ikincil düzenlemelerine saygı gösterir...*”²³

Bu düzenlemeler bize genel olarak, AB’nin gerek ayrımcılıkla mücadele etmek açısından gerek politikaları özelinde, din ve vicdan özgürlüğüne özen göstermesi gerektiğini göstermektedir. Sonuçta AB yetkisi, tabii olduğu bu genel uygulama hükümleri çerçevesinde kullanılmalıdır.²⁴ Dolayısıyla AB yasa koyucusu bir alanda harekete geçtiğinde, yetkisinin kullanımı burada bahsedilen hükümler ile çerçevesi olacaktır.

Kurucu antlaşmalar gibi AB birincil hukuku çerçevesinde sayılan ve AB’nin temel haklara ilişkin en önemli hukuki enstrümanı ABTHŞ’dir.²⁵ Bu temel haklar belgesi, birçok kaynaktan gelen temel hak ve özgürlükleri bir araya getirmektedir.²⁶ Burada düşünce, vicdan ve din özgürlüğü başlıklı bir maddeyle ilgili kavramların koruma altına alındığı görülmektedir. Buna göre;

*“Herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hakka, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile ister tek başına ister diğerleri ile birlikte bir topluluk içinde ister kamuya açık olarak ister özel biçimde, tapınmada, öğretimde, uygulamada ve uymada dini veya inancı açığa vurmamak da dahildir.”*²⁷

Bu ifadeler çerçevesinde, dini ritüel nedenli olarak hayvan kesimlerinin, bir din ya da inancın uygulamış olması hasebiyle, dini veya inancı açığa vurmamak yani *forum externum* kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilebilecektir.²⁸ Bu özel düzenlemenin yanı sıra Şart kapsamında ve ‘Eşitlik’

²³ Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m.13.

²⁴ Bkz. Case C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v. Conseil des Ministres*, 1 March 2011, ECLI:EU:C:2011:100, para.

²⁵ Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012. (ABTHŞ)

²⁶ Bkz. ABTHŞ Dibacesi.

²⁷ ABTHŞ m.10/1.

²⁸ Zeynep Hazar, “Hayvan Refahı: Din ve İnanç Özgürlüğüne Getirilen Yeni Bir Sınırlandırma Nedeni mi?” *AkdHFD* 13, no.2, (Aralık 2023): 807-846, s.816 vd. Ayrıca bkz. C-157/15, *G4S Secure Solutions*, 14 March 2017, ECLI:EU:C:2017:203,

başlığı altında din ve inanç temelinde ayrımcılık yasağına ayrıca yer verildiği görülmektedir.²⁹ Buna göre;

*“Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel eğilim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır.”*³⁰

Yine eşitlik başlığı altında ayrıca Birliğin, kültürel, dini ve dilsel çeşitliliğe saygı göstereceği hükmü de yer almaktadır.³¹ Görüldüğü üzere ABTHŞ çerçevesinde kullanılacak birçok hak bulunmaktadır. Peki bu hakların sınırlanması mümkün müdür? ABTHŞ ile tanınan haklar, (i) yasa ile öngörüldüklerinde, (ii) ilgili hakkın özüne saygı gösterdikçe, (iii) AB'nin kabul ettiği genel çıkar hedefleri veya başkalarının haklarını ve özgürlüklerini koruma gereksinimiyle yapılmaktaysa ve (iv) orantılılık ilkesine uygunsuz sınırlanabilmektedir.³² Bununla birlikte ABTHŞ'nin yorumu açısından da belirli bir durum söz konusudur. Bu da ABTHŞ, AİHS'de karşılığı olan bir hakkı tanıdığına, bu hakların anlamı ve kapsamı AİHS'deki ile aynı olur, ancak Birlik hukuku daha geniş bir koruma da sunabilmektedir.³³

ABTHŞ açısından burada ele alınabilecek sorunlu bir nokta ise bu Şart'ın uygulanması bakımından karşımıza çıkmaktadır. Şartın hükümleri, Birlik kurum, organ, ofis ve ajanslarına ve sadece Birlik hukukunu uyguladıklarında üye devletlere yöneltilmektedir.³⁴ AB birimleri, her türlü eylem ve

para.28 ; C-188/15, *Bouagnaoui and ADDH*, 14 March 2017, ECLI:EU:C:2017:204, para.30.

²⁹ ABTHŞ'nin eşitliğe ilişkin bu düzenlemesinin, (lafzi açıdan) AİHS'nin 14. maddesinin önüne geçtiği söylenebilecektir, çünkü bu maddenin etkinlik kazanması için AİHS'de olduğu üzere, şarttaki diğer bir hakka bağlanması gerekmemektedir. Oddný Mjöll Arnardóttir, “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights,” *Oslo Law Review* 4, no.3 (2017): 153.

³⁰ ABTHŞ m.21. Bunun yanı sıra herkesin hukukun önünde eşit olduğunu düzenleyen ayrı bir madde de bulunmaktadır. Bkz. ABTHŞ m.20. Bu iki madde arasındaki ilişki ise 21. maddenin, genel eşitlik maddesinin özel ifadelerinden birisi olmasıdır. Bkz. Jonathan Tomkin, “Equality-Introduction,” içinde, *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, eds. Manuel Kellerbauer, et al. (Oxford University Press, 2019): 2158

³¹ ABTHŞ m.22.

³² ABTHŞ m.52/1.

³³ ABTHŞ m.52/3.

³⁴ ABTHŞ m.51/1.

eylemsizlikleri nedeniyle ABTHŞ uyarınca sorumlu tutulabilecekken, üye devletlerin sorumlu tutulabilmeleri Birlik hukukunu uygulama ön şartına bağlanmıştır. Devam eden başlıklar altında incelenecek kimi davalar açısından bu durumun önemi şudur: Bir üye devlet, bir direktifi iç hukuka aktarırken AB hukukunu uyguluyor kabul edilecektir. Bu bakımdan bu aktarım, ABTHŞ ile öngörülen koruma düzeyine erişerek gerçekleştirilmelidir.³⁵

Görüldüğü üzere, AB birincil hukukunda, din ve vicdan özgürlüğü söz konusu olduğunda gerek yorum gerek hukuka uygunluk denetimi çerçevesinde kullanılabilir birçok farklı hukuki kayıt bulunmaktadır. Devam eden başlık altında benzer bir inceleme hayvan refahı kavramı açısından yapılacaktır.³⁶

B- Avrupa Birliği Hukukunda Hayvan Refahı Kavramı

Hayvan refahı kavramı, bir görüşe göre, yasalar çerçevesinde düzenlenmesi gereken kamu yararı unsurlarından birisidir.³⁷ AB hukuku ise bu duruma uygun olarak gerek birincil gerek ikincil hukuku kapsamında hayvan refahı kavramına yer vermektedir. Burada hiyerarşik açıdan sıralı bir inceleme yapılacaktır.

Birincisi, kurucu antlaşmalarda, açık bir şekilde ve genel uygulama hükümleri kapsamında hayvan refahı kavramına yer verildiği görülmektedir.³⁸

³⁵ Case C-476/17, *Pelham GmbH and Others v Ralf Hütter and Florian Schneider-Esleben*, 29 July 2019, ECLI:EU:C:2019:624, para 79.

³⁶ AB ikincil hukukunda da din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır ancak devam eden başlıklar altında incelenecek ABAD kararları çerçevesinde birincil hukuk kapsamındaki belirli unsurların ortaya koyulması söz konusu olmuştur. İkincil hukuk çerçevesindeki bazı örnek için bkz. 2004/113 sayılı Mallar ve Hizmetlere Erişimi ve Tedariki Cinsiyet Eşitliği Direktifi Dübasesi ; 2000/78 sayılı Çerçeve İstihdam Direktifi.

³⁷ Francois Venter, "The Justiciability and Adjudication of Religious Disputes," içinde *Research Handbook on Law and Religion* ed. Rex Ahdar (Edward Elgar Publishing, 2018): 295.

³⁸ Hayvan refahı kavramı AB'nin hedefleri arasında bulunmamaktadır. Ayrıca ABAD bu kavramı ABHGİ arasında da saymamıştır. bkz. Case C-189/01, *Jippes and Others*, 12 July 2001, ECLI:EU:C:2001:420, para.71-72. Din ve vicdan özgürlüğü ise temel hakların korunması çerçevesinde değerlendirilecek olunursa AB'nin hedefleri arasında yer alıyor şeklinde yorumlanabilecektir. Bkz. Lizbon Antlaşması ile Değişik AB Antlaşması m.3/5. Bir not olarak belirtmek gerekir ki AB'nin hedefleri her ne kadar bağımsız bir işleve sahip olmasa da AB hukukunun yorumu açısından önemli bir

Önceki başlıktan da görülebileceği üzere burada özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre; “Birlik ve üye devletler ...politikalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında...hissedebilen varlıklar olan hayvanların refahıyla ilgili gerekleri azami ölçüde dikkate alırlar.”³⁹ Bu düzenlemenin tarihsel arka planında, belirli politika alanlarında hayvan refahına uyulmasına ilişkin bir deklarasyon öngören Maastricht Antlaşması bulunmaktadır.⁴⁰ Sonraki süreçte ise hayvan refahına uyulması gereken alanların sürekli olarak genişlemiş olduğu ifade edilebilir. Bu madde dikkatlice incelendiğinde aslında hayvan refahıyla ilgili azami dikkatin gösterileceği ancak bunu yaparken, dini ayinlere ve kültürel geleneklere saygı gösterilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Dolayısıyla, salt olarak madde metninden, hayvan refahının, dini ayin ve gelenekler ile sınırlanabileceği çıkarımı yapılabilecektir. Ancak daha yumuşak bir yorumla, AB’nin bu iki kutup arasında denge sağlamaya çalıştığı da öne sürülebilecektir.

Peki burada kullanılan hayvan refahı kavramı ne anlama gelmektedir? Kurucu antlaşmalar bu konuda sadece kavramı kullanmakla yetinmekte, tanım açısından ise sessiz kalmaktadır. ABAD da hayvan refahı kavramını, bu kavramın sağladığı standartlar çerçevesinde kullanmış ve hayvan refahını, kamu yararı çerçevesinde meşru bir amaç olarak ele almıştır.⁴¹ Ancak ABAD tarafından açık bir tanım yapılmadığı görülmektedir.⁴² Bu bağlamda doktrinde

noktada bulunmaktadır. AB’nin hedeflerinin statüsü açısından bkz. Marcus Klamert, “Articles 3-5 TEU,” içinde *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, eds. Manuel Kellerbauer, et.al. (Oxford University Press, 2019): 32 vd. ABAD açısından bkz. C-149/96, *Portugal v. Council*, 23 November 1999, ECLI:EU:C:1999:574, para.86.

³⁹ Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m.13. Bu düzenlemenin, Amsterdam Antlaşması ile değişik Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın eki olan 33 No’lu Protokolden (Lizbon Antlaşmasıyla birlikte) Antlaşma metnine aktarıldığı görülmektedir.

⁴⁰ Bkz. AB Antlaşmasına ekli 24 no’lu Deklarasyon. OJ C-191, 29/07/1992.

⁴¹ Bkz. Joined Cases C-37/06 and C-58/06, *Viamex Agrar Handel and ZVK*, 17 January 2008, ECLI:EU:C:2008:18, para. 22 ; C-219/07, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers and Andibel*, 19 June 2008, ECLI:EU:C:2008:353, para. 27 ; C-424/13, *Zuchtvieh-Export GmbH v. Stadt Kempten*, 23 April 2015, ECLI:EU:C:2015:259, para.35-36.

⁴² Yine de bir görüşe göre, hayvan refahı kavramının kökleri ulusal hukuka nazaran daha çok AB hukukunda yayılmaktadır. Bkz. José Martinez, Cara von Nolting, “Review: Animal welfare—A European Concept,” *Animal* 17, no.4, (2023): 1. Hayvanların korunması, özellikle iç pazarda malların serbest dolaşımı yönünden uygulanabilecek Kurucu antlaşmadaki istisna sebepleri arasında sayılmaktadır. Bkz. Lizbon Antlaşması

ifade edildiği şekliyle hayvan refahı kavramı, bir hayvanın yaşamından ne kadar keyif aldığıyla ilgilidir ve bu, zaman içinde yaşadığı olumlu ve olumsuz deneyimlerin dengesi çerçevesinde şekillenmektedir.⁴³

İkincisi, hayvan refahıyla ilgili temel düzenlemelerin AB ikincil hukuku kapsamında yoğun bir şekilde yer aldığı ve 1974 yılından bu yana AB çerçevesinde hayvan refahı ile ilgili hukuki düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Hatta bazı görüşlere göre AB, dünyadaki en yüksek hayvan refahı standartlarından bazılarını bünyesinde bulundurmaktadır.⁴⁴ Burada kullanılan tasarrufların ise kimi zaman tüzük şeklini aldığı kimi durumda ise direktif olarak çıkarıldığı ifade edilebilir.⁴⁵ Hayvan refahıyla ilgili tasarruflar; kesim, taşımacılık, üretim, tüketim, kozmetik kullanım vb. gibi birçok farklı alana yayılmaktadır.⁴⁶ Burada ABAD kararlarına da konu olması açısından: (i)

ile değişik ABİHA m.36. Genel olarak değerlendirildiğinde ise ABAD'ın iç pazara ilişkin kararlarında hayvan refahı kavramının kullanıldığı ve bu kavrama belirli bir değer atfedildiği görülmektedir. ABAD'a göre, hayvan refahı, bir AB tasarrufunun belirleyici bir faktörü olduğu gerekçesiyle Antlaşmalardaki yasal dayanağa başvurulmasının önünü kapatmayacaktır. Ayrıca, hayvan refahının korunmasının kamu yararı çerçevesinde meşru bir amaç olduğu ve bunun, özellikle üye devletlerin hayvanların korunması ve refahı protokolünü kabul etmeleriyle yansıtıldığı vurgulanmış ve birçok kez Birlik menfaatlerinin, hayvanların sağlığı ve korunmasını da içerdiğinin kabul edildiğinin altını çizmiştir. Bkz. Case T-526/10, *Inuit Tapirüt Kanatami and Others v European Commission*, 25 April 2013, ECLI:EU:T:2013:215, para.41-42.

⁴³ Inonge Reimert , Laura Webb et. al. "Review: Towards an Integrated Concept of Animal Welfare," *Animal* 17, no.4 (2023): 4.

⁴⁴ European Court of Auditors, Special Report, *Animal Welfare In The EU: Closing The Gap Between Ambitious Goals And Practical Implementation*, No.31, (2018): 8.

⁴⁵ Bu konuda genel bir inceleme için bkz. Steffen Hurka, Yves Steinebach, "Legal Instrument Choice in the European Union", *JCMS* 59, no.2, (2021): 278-296.

⁴⁶ AB hukukunda hayvan refahını ilgilendirecek şekilde birçok hukuki tasarrufta bulunmaktadır. Bunlar için bkz. Council Directive 98/58/EC, of 20 July 1998, Concerning the Protection of Animals Kept for Farming Purposes, OJ L 221, 8 August 1998 ; Council Regulation 1/2005, on the Protection of Animals During Transport, OJ L 3, 5 January 2005 ; European Parliament and the Council Directive 2010/63/EU, on the Protection Of Animals Used for Scientific Purposes, OJ L 276, 20 October 2010 ; Council Directive 2008/119/EC, Laying Down Minimum Standards for the Protection of Calves, OJ L 10, 15 January 2009 ; Council Directive 2008/120/EC, Laying Down Minimum Standards for the Protection Of Pigs, OJ L 47, 18 February 2009 ; Council Directive 1999/74/EC, Laying Down Minimum Standards for The Protection of Laying Hens, OJ L 203, 3 August 1999 ; Council Directive 2007/43/EC, Laying Down Minimum Rules for The Protection of Chickens Kept for Meat Production, OJ L 183, 12 July 2007 ; Council Directive 1999/22/EC, Relating to The Keeping of Wild

1099/2009 sayılı Tüzük, (ii) Çiftlik hayvanlarının korunmasına yönelik Direktif ve (iii) 834/2007 sayılı AB Organik Üretim Tüzüğü belirli düzenlemeleri itibarıyla ele alınacaktır.

1099/2009 sayılı Tüzük, kesim esnasında hayvanların korunmasını amaçlamaktadır.⁴⁷ Buna göre, hayvanların öldürülmesi, en iyi teknik koşullar altında bile acı, stres, korku veya başka türde rahatsızlıklara yol açabilir. Hayvanların öldürülmesi sürecine dahil olan işletme sahipleri veya herhangi bir kişi, hayvanların, kesim sürecinde acı çekmelerini önlemek ve stresi en aza indirmek için gerekli önlemleri almalıdır. Bu önlemler, alandaki en iyi uygulamaları ve Tüzük kapsamında izin verilen yöntemleri dikkate alınmalıdır.⁴⁸ Bu ifadeden anlaşılana, hayvanların kesim sırasında çektiği acının sonlandırılmasının bu Tüzüğün temel amaçlarından birisini oluşturduğudur. Nitekim, hayvanların, kesimleri ve ilgili işlemler sırasında kaçınılmaz olarak herhangi bir acı, sıkıntı veya ıstıraptan korunması açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır.⁴⁹

Bu Tüzüğün konu bakımından kapsamı da belirlenmiştir. Buna göre, gıda, yün, deri, kürk veya diğer ürünlerin üretimi amacıyla yetiştirilen veya tutulan hayvanların öldürülmesi ile nüfus azaltımı amacıyla yapılan hayvan öldürme işlemleri ve ilgili eylemler Tüzük kapsamında sayılmaktadır.⁵⁰ Belirlenen üç temel uygulama ise kapsam dışında bırakılmıştır. Bunlar; yetkili bir makamın denetimi altında gerçekleştirilen bilimsel deneyler, avlanma veya eğlence amaçlı balıkçılık faaliyetleri ve kültürel veya sportif etkinlikler sırasında öldürülen hayvanlar olarak sıralanmıştır.⁵¹

Animals In Zoos, OJ L 94, 9 April 1999 ; European Parliament and the Council Regulation (EC) No.1523/2007, Banning the Placing On The Market and The Import To, or Export From, The Community of Cat And Dog Fur, and Products Containing Such Fur, OJ L 343, 27 December 2007 ; European Parliament and the Council Regulation (EC) No.1223/2009, Cosmetic Products, OJ L 342/59, 22 December 2009 ; Council Regulation (EC) No. 834/2007, Organic Production and Labelling of Organic Products, OJ 2007 L189, 20 July 2007 ; Council Regulation (EC) No. 1099/2009, Protection of Animals at the Time of Killing, OJ 2009, L303, 18 November 2009.

⁴⁷ Council Regulation (EC) No. 1099/2009 of 24 September 2009 On The Protection of Animals at the Time of Killing. (Bu çalışma kapsamında 1099/2009 sayılı Tüzük olarak kullanılacaktır.)

⁴⁸ 1099/2009 sayılı Tüzük Dibacesi para.1

⁴⁹ 1099/2009 sayılı Tüzük m.3/1.

⁵⁰ 1099/2009 sayılı Tüzük m.1/1.

⁵¹ 1099/2009 sayılı Tüzük m.1/3.

1099/2009 sayılı Tüzük aynı zamanda belirli bazı kavramların tanımını da yapmaktadır. Devam eden başlıklardaki ABAD kararlarından da görüleceği üzere bu kavramlardan bazılarının öne çıktığı ifade edilebilir. Örneğin ‘bayılma’, anlık ölüme yol açan işlemler dahil olmak üzere acı olmaksızın bilinç ve duyarlılık kaybına yol açan işlemleri ifade etmektedir.⁵² ‘Dini ritüel’, bir din tarafından öngörülen ve hayvanların kesimiyle ilgili bir dizi eylem anlamına gelmektedir.⁵³ ‘Mezbaha’ ise karada yaşayan hayvanların kesimi için kullanılan herhangi bir tesis anlamına gelmektedir.⁵⁴ Son olarak, ‘kültürel veya sportif etkinlikler’, yarışlar da dahil olmak üzere esasen uzun süredir devam eden kültürel geleneklere veya sportif faaliyetlere dayanan etkinlikler anlamına gelmektedir. Bu etkinliklerde et veya diğer hayvansal ürünlerin üretilmediği ya da bu üretimin, etkinlik ile kıyaslandığında marjinal olduğu ve ekonomik açıdan önemli olmadığı durumlar söz konusudur.⁵⁵

1099/2009 sayılı Tüzük temel olarak hayvanların bayılmasının ardından (ön bayılma) kesim yapılması şartını düzenlemektedir. Bu şartın istisnası ise mezbahada yapıldığı sürece dini kesimler olarak belirlemiştir.⁵⁶ Tüzüğün 26. maddesi ise kesim ve diğer operasyonlar bakımından, hayvanların ölüm anına ilişkin olarak ve hayvanları korumak adına üye devletlerin daha ileri ulusal önlemler alabileceklerini hüküm altına almaktadır. Bu husus ise ön bayılma şartına karşı uygulanabilecek din ve inanç çerçevesindeki derogasyona bir sınırlama getirilebileceği anlamını taşımaktadır. Kanımızca 26. maddenin lafzı yorumu açıktır. Nitekim sonraki başlıklar altında ABAD tarafından da bu konunun ele alınışı değerlendirilecektir.

1099/2009 sayılı Tüzük haricinde hayvanların refahını korumaya yönelik birçok farklı hukuki düzenleme bulunmaktadır. Çiftlik Hayvanlarının Korunmasına yönelik Direktif de bunlardan biridir.⁵⁷ Bu Direktifin düzenlemesine göre, “*Üye Devletler, hayvan sahiplerinin veya bakıcılarının,*

⁵² 1099/2009 sayılı Tüzük m.2/f.

⁵³ 1099/2009 sayılı Tüzük m.2/g.

⁵⁴ 1099/2009 sayılı Tüzük m.2/k. Bu hususta ayrıca bkz. European Parliament and the Council Regulation (EC) No 853/2004, Laying Down Specific Hygiene Rules for Food of Animal Origin, OJ L 139, 30/04/2004.

⁵⁵ 1099/2009 sayılı Tüzük m.2/h.

⁵⁶ 1099/2009 sayılı Tüzük m.4/1,4.

⁵⁷ Council Directive 98/58/EC, Concerning the Protection of Animals Kept For Farming Purposes, OJ L 221, 8.8.1998.

*bakımları altındaki hayvanların refahını sağlamak ve bu hayvanlara gereksiz acı veya ızdırıp verilmemesi için tüm makul önlemleri almalarını temin edecek düzenlemeleri yapacaklardır.*⁵⁸ Bu bağlamda hayvan refahını korumak amacıyla üye devletlere geniş bir takdir payı verildiği görülmektedir. İlgili düzenleme, bu takdir payıyla birlikte, gerekli düzenlemeleri yapmak yönünden bir yükümlülük de getirmektedir.

834/2007 sayılı AB Organik Üretim Tüzüğü ise organik üretim kavramının içerisine hayvan refahı kavramını da oturtmuştur.⁵⁹ Buna göre; *“Organik üretim, en iyi çevre uygulamalarını, yüksek biyolojik çeşitliliği, doğal kaynakların korunmasını, yüksek hayvan refahı standartlarının uygulanmasını ve doğal maddeler ve süreçler kullanılarak üretilen ürünleri tercih eden belirli tüketicilerin taleplerine uygun bir üretim yöntemini birleştiren genel bir çiftlik yönetimi ve gıda üretim sistemidir.”*⁶⁰ Yine bu Tüzüğe göre organik hayvancılık, yüksek hayvan refahı standartlarına saygı göstermeli ve hayvanların türe özgü davranışsal ihtiyaçlarını karşılamalıdır.⁶¹

Görüldüğü üzere AB hukukunda, hayvanlar, hayvanların kesimi, taşınması, üretilmesi ve üretilen ürünlerin pazarlanması gibi çok geniş bir çerçevede hayvan refahı kavramı ele alınabilmektedir. Tüm bunların yanı sıra Komisyonun hayvan refahı alanında ikincil hukuku daha da ileri götürmek istediği ifade edilebilir.⁶² Nitekim bu alanda iki yeni tüzük önerisi hazırlandığı görülmektedir.⁶³ Yine hayvan kürklerinin kullanımının durdurulmasına

⁵⁸ *Ibid.* m.3.

⁵⁹ Council Regulation (EC) No 834/2007, Organic Production And Labelling of Organic Products and Repealing Regulation (EEC) No 2092/91, OJ L 189, 20.7.2007. (Bu çalışma kapsamında 834/2007 sayılı Tüzük olarak kullanılacaktır.)

⁶⁰ 834/2007 sayılı Tüzük. Dibacesi para.1.

⁶¹ 834/2007 sayılı Tüzük Dibacesi para.17 – m.3/a(iv).

⁶² Bu durumun toplumsal yanını ele almak açısından, Avrupa Parlamentosu tarafından yayımlanan 2023 tarihli bir araştırmaya bakılabilecektir. Buna göre, AB vatandaşlarının büyük bir çoğunluğu devletlerinde hayvan refahının daha etkin bir şekilde korunmasını beklemektedir. EPRS, European Parliamentary Research Service, Animal Welfare, PE.754.644, (December 2023), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754644/EPRS_BRI\(2023\)754644_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754644/EPRS_BRI(2023)754644_EN.pdf)

⁶³ Kedi ve köpeklerin refahına ilişkin olarak bkz. European Commission, Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on the Welfare of Dogs and Cats and Their Traceability, Brussels, 7.12.2023, COM(2023) 769 final. Taşımacılık esnasında hayvan refahına ilişkin olarak bkz. European Commission, Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on the Protection of Animals During Transport and Related Operations, Amending Council

yönelik vatandaş girişiminin de üzerinde çalışılacağı ortaya koyulmuştur.⁶⁴ AB kurumlarının da kimi politika belgelerinde hayvan refahına verilen önem açıkça ortaya konmakta ve hatta bu hususa ilişkin bir strateji belirlenmektedir.⁶⁵ Dolayısıyla, buradan genel olarak hayvan refahının AB açısından zamanla oldukça önemli bir noktaya ilerlediği sonucu çıkarılabilecektir.

C- Avrupa Konseyi Çerçevesinde Hayvan Refahı ve Din ve Vicdan Özgürlüğü

Avrupa Konseyinde, AİHS çerçevesinde düşünce, din ve vicdan özgürlüğü korunmaktadır. Ancak bu Sözleşme hükümleri arasında hayvan refahı ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat bu husus Sözleşme'nin kimi maddeleri çerçevesinde bu kavramın korunmasını ya da hayvan refahıyla ilgili farklı sözleşmeler hazırlanmasını engellememiştir. Burada öncelikle din ve vicdan özgürlüğü kapsamında AİHS düzenlemesi sonrasında ise hayvan refahıyla ilgili diğer düzenlemeler kısaca ve tek başlık altında ele alınacaktır.⁶⁶

Regulation (EC) No 1255/97 and Repealing Council Regulation (EC) No 1/2005, Brussels, 7.12.2023, COM(2023) 770 final.

⁶⁴ European Commission - Press release, *Commission Proposes New Rules to Improve Animal Welfare*, (Brussels, 7 December 2023), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_23_6251/IP_23_6251_EN.pdf Burada bahsedilen vatandaş girişimi için bkz. https://citizens-initiative.europa.eu/initiatives/details/2022/000002_en#:~:text=This%20European%20Citizens%20Initiative%20aims,fur%2C%20on%20the%20EU%20market.

⁶⁵ Communication From The Commission To The European Parliament, The Council and The European Economic and Social Committee on the *European Union Strategy for the Protection and Welfare of Animals 2012-2015*, Brussels, 19.1.2012, COM(2012) 6 final ; European Commission: Directorate-General for Health and Food Safety, *Preparation of Best Practices On The Protection Of Animals At The Time Of Killing – Final report*, Publications Office, 2017, <https://data.europa.eu/doi/10.2875/15243> ; European Parliament, Briefing, *Review of the Rules on the Protection of Animals During Transport*, PE 760.360 – March 2024 ; Communication From The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions *A Farm to Fork Strategy for a Fair, Healthy and Environmentally-Friendly Food System*, COM/2020/381 final.

⁶⁶ AİHS ve Avrupa Konseyi bünyesindeki ilgili Sözleşmelerin incelenmesi iki açıdan önemlidir. Birincisi, ABTHŞ'de (m.52/3) açıkça belirtildiği üzere AİHS ile garanti altına alınmış haklarla eşdeğer hakların anlam ve kapsamı, Sözleşme'deki hakların

Birincisi, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü AİHS'nin 9. maddesi ile koruma altına alınmıştır.⁶⁷ Buna göre:

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”

AİHS'nin 9. maddesi, dinini veya inancını açıklama özgürlüğü yönüyle vasıflı bir hak olduğundan, burada birey ile topluluğun hakları arasında bir denge oluşturulması gerekmektedir.⁶⁸ Dolayısıyla taraf devletler, belirli çıkarları korumak amacıyla bu hakka müdahale edebilecektir.⁶⁹

anlam ve kapsamı çerçevesinde değerlendirilecektir. Dolayısıyla AİHS düzenlemesi ve AİHM'nin bu haklarla ilgili yorumu bir eşik belirlenmesi açısından oldukça önemlidir. (Bkz. <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/52-scope-and-interpretation-rights-and-principles>) İkincisi, AB kimi zaman Avrupa Konseyi bünyesindeki sözleşmelere taraf olabilmektedir. Bu durumda, AB'nin uluslararası anlaşmaları AB normlar hiyerarşisinde ikincil hukukun üstünde yer almaktadır. Bu ise özellikle ikincil hukukun yorumu açısından önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Alan Rosas, Lorna Armati, *EU Constitutional Law: An Introduction*, 3rd edition (Hart Publishing, 2018): 70 vd. ; Koen Lenaerts, Piet Van Nuffel, *EU Constitutional Law*, (Oxford University Press, 2021): 696 vd.

⁶⁷ Bu maddeyle ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. David Harris et al, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021, s.547 vd.

⁶⁸ Bkz. *Vartic v. Romania*, App. 14150/08, 2013, para 80. Pek tabi farklı kültürleri ve dini mirası bünyesinde barındıran Avrupa'da bu denge sağlama görevi kolay bir görev olarak görülmemelidir. Adelaide Madera, “The Interplay Among Religion, Politics and Law In Europe New Challenges and Future Trajectories,” içinde *Routledge Handbook Of Religion and Politics*, ed. Jeffrey Haynes, 3rd Edition, (Routledge, 2023): 257.

⁶⁹ AİHS m.9/2'de görülen ‘demokratik bir toplumda’ ifadesi ise daha sıkı bir gereklilik şartı getirmekte ve özgürlüğün sınırlanmasının bu ifadeden kaynaklanması gerekmektedir. Paul M Taylor, “Controversial Doctrine: The Relevance of Religious Content in The Supervisory Role Of International Human Rights Bodies,” içinde *Research Handbook on Law and Religion*, ed. Rex Ahdar, (Edward Elgar Publishing, 2018): 312 Ayrıca bkz. *Eweida and Others v. The United Kingdom* Nos.48420/10 36516/10 51671/10, 15/01/2013, para.98-100.

İkincisi, AİHS çerçevesinde hayvan refahı kavramına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak hayvanlar farklı şekillerde AİHS koruması altında değerlendirilebilmektedir. Öncelikle, birer ‘mal’ olarak hayvanlar, AİHS’ye ekli 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinde düzenlenen ‘mülkiyet’ olarak kabul edilebilmektedir.⁷⁰ Taraf devletler ise 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin ikinci paragrafı uyarınca hayvan sahiplerinin hayvanlarını kullanımına kısıtlamalar getirebilmektedir. Buna ek olarak, yabani veya başıboş hayvanlar da çevrenin bir parçası olarak Sözleşme tarafından korunabilecektir. Bu bağlamda AİHS m.8, taraf devletlere, başıboş hayvanlarla ilgili olarak, kamu sağlığını güvence altına alma ve teşvik etme yükümlülüğü getirmektedir.⁷¹ Hayvanların korunması hususuna da değinen çeşitli olaylar zaman zaman örneğin Sözleşme’nin ifade özgürlüğü düzenlemesi altında ele alınabilmektedir.⁷²

Bu ifadelerin yanında Avrupa Konseyi bünyesinde, hayvan refahıyla ilgili ve özel olarak düzenlenmiş sözleşmeler de bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu sözleşmeler, AİHM kararlarına etki etmekten çok taraf devletler açısından yönlendirici ilkeler olarak düşünülebilecektir. Bu alanda en temel örnekler olarak, 87 no’lu Yetiştirme Amacıyla Muhafaza Edilen Hayvanların Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi ve 102 no’lu Kesim Sırasında Hayvanların Korunmasına Dair Sözleşme gösterilebilecektir.⁷³

⁷⁰ *Akkum and Others v. Turkey*, no. 21894/93, 24/03/2005, para.276.

⁷¹ *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, no. 27417/95.

⁷² Hayvan deneyleri ve kafes yetiştiriciliğiyle ilgili olarak bkz. *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2)*, no. 32772/02, 30/06/2009. Hızlı tüketim ürünlerinde et kullanımıyla ilgili olarak bkz. *Steel and Morris v. The United Kingdom*, no. 68416/01, 15/02/2005. Her ne kadar açık bir şekilde hayvan refahından bahsetmese de avcılık açısından bkz. *Hashman and Harrup v. the United Kingdom*, no. 25594/94, 25/11/1999.

⁷³ Sözleşme metinlerine ulaşmak için bkz. <https://rm.coe.int/1680077d98> ; <https://rm.coe.int/1680076da6> AB ikincil hukukundaki hayvan refahına ilişkin teknik düzenlemeler bir bakıma bu sözleşmelerin yansıması olarak görülebilecektir. Bkz. https://eur-lex.europa.eu/search.html?name=browse-by%63Ainter-agree-in-force&CC_2_CODED=1540&type=named&qid=1729659327399&CC_1_CODED=15 Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki 1099/2009 sayılı Tüzük, hayvan kesimi açısından çok daha ileri bir koruma çerçevesi sunmaktadır. Avrupa Konseyi bünyesinde, bu sözleşmeler haricinde; 123 no’lu Deney ve Diğer Bilimsel Amaçlarla Kullanılan Omurgalıların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, 125 no’lu Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve 65 no’lu Hayvanların Uluslararası Taşıma Sırasında Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi gibi farklı

Görüldüğü üzere AİHS'nin ana koruma kapsamı insan hakları olmakla birlikte AİHM'nin hayvan refahı kavramını (hayvanların korunması temelinde) belirli maddeler üzerinden ele aldığı görülebilmektedir. Bu bağlamda ve özellikle, AİHS'nin 9. maddesine getirilebilecek sınırlamalar açısından hayvan refahı kavramının kullanılıp kullanılmayacağı değerlendirilmelidir. AİHM, aşağıda görüleceği üzere, ABAD tarafından verilen bir hayvan refahı kararı sonrasında bu kararı takip etmekle kalmamıştır. Demokratik bir devlette düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalar açısından ve hayvan refahı kavramı temelinde oldukça önemli bir karara imza atmıştır. Devam eden başlıklar altında öncelikle ABAD kararları sonrasında ise AİHM'nin bu alandaki güncel kararı ele alınacaktır.

I- ABAD ve AİHM Kararlarında Genel Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü ile Hayvan Refahı Kavramlarının Karşı Karşıya Gelmesi

Devam eden başlıklar kapsamında öncelikle ABAD'ın bu alandaki kararları incelenecektir. Bu inceleme ise iki adımlı olarak yapılacaktır. Buna göre *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others* kararı bir dönüm noktası olarak ele alınmakta ve bu karar öncesi süreç ve bu karar iki ayrı başlık altında değerlendirilmektedir. Sonraki aşamada ise bunların ardılı olarak, AİHM'nin *Executief van de Moslims van België and Others v. Belgium* kararına yer verilecektir.

A- ABAD Kararları Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü ile Hayvan Refahı Kavramlarının Karşı Karşıya Gelmesi

ABAD, 17 Aralık 2020 tarihli *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others* kararı ile birlikte AB hukukunun, dini hayvan kesimlerinde, üye devletlerce uygulanması zorunlu kılınan kesim öncesi bayılma şartının önünde engel teşkil etmeyeceği yönünde karar almıştır.⁷⁴ Bu karar, kamu yararı ve dini özgürlükler arasındaki ilişkinin belirlenmesi açısından tartışmaları devam ettirmiştir. Bu tartışma ortamının daha iyi anlaşılabilmesi için önceki tarihli bazı kararların da ele alınması gerekmektedir. Bu bağlamda devam eden başlıklar altında öncelikle tarihsel gelişim süreci çerçevesinde

hukuki düzenlemeler de mevcuttur. Bkz. <https://www.coe.int/en/web/cdcj/protection-of-animals>

⁷⁴ C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*

kararlar incelenecek sonrasında ise *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others* kararı ele alınacaktır.

1- ABAD'ın Önceki Tarihli Kararları

Din ve vicdan özgürlüğü ile hayvan refahı kavramlarının yargısal düzlemde karşı karşıya gelmesi yalnızca 2020 yılı sonrası için geçerli bir durum değildir. ABAD'ın daha önceki tarihli kararlarından bazıları da benzer bir çatışmayı barındırmaktadır. Dolayısıyla *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others* kararının, bir dizi önceki tarihli kararın ardılı olarak ortaya çıktığı ifade edilebilir. Bu bağlamda bu başlık altında iki temel karardan bahsedilebilir. Bunlar *OABA* ve *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW and others* kararlarıdır.⁷⁵

İlk olarak, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen and Others* kararına bakmak gerekmektedir. Burada,⁷⁶ Kurban Bayramı çerçevesinde hayvan kesim işlemlerini yürüten Müslüman topluluk söz konusudur. Belçika'daki Müslümanların çoğunluğu arasında bir mutabakat bulunmaktadır. Buna göre, hayvan kesimi, hayvanlar bayılılmadan ve kesime ilişkin diğer dini ritüel gereklilikleri gözetilerek yapılmalıdır. Belçika hukukuna göre dini kesimler, belirlenen ve yetkilendirilen mezbahalarda/kuruluşlarda yapılabilmektedir. Ulusal idare, her yıl Kurban Bayramı dönemindeki yoğunluğun üstesinden gelinebilmesi amacıyla, dini kesime yönelik geçici mezbahalar da yetkilendirebilmektedir.

⁷⁵ Bir dipnot olarak belirtmek gerekir ki, burada değinilecek iki karar da Adalet Divanı'nın Büyük Dairesi tarafından verilmiştir. Büyük daire tarafından verilen bu gibi kararların, hukuki önemi daha yüksek konulara değindiği ifade edilebilecektir. (Bkz. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/en/#composition) Bu kararlardan önce ABAD'ın önüne, hayvan refahı temeline dayanılarak canlı hayvan ihracatını (ihrac edilecekleri üye devletteki mezbahaların şartlarından ötürü) engelleyen önlemlere ilişkin olaylar gelmişse de davanın esasında din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili bir çatışma bulunmadığından burada yer verilmemiştir. Örnek olarak bkz. *Case C-5/94, Hedley Lomas*, 23/05/1996, ECLI:EU:C:1996:205. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki hayvan refahı kavramının AB iç pazar hukuku ve serbest dolaşım lar üzerindeki potansiyel etkileri de ayrı bir araştırma konusu olup bu çalışma kapsamında ayrıca değinilmemektedir. Bu hususun nasıl geliştiğine ilişkin olarak bkz. Angus Nurse, "Mainstreaming After Lisbon: Advancing Animal Welfare in the EU Internal Market," *European Energy and Environmental Law Review* 22, no.3 (2013): 101-115.

⁷⁶ C-426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen and Others*, 29 May 2018, ECLI:EU:C:2018:335, para. 10-26.

12 Eylül 2014'te, Flaman Bölgesel Yönetimi, 2015'ten itibaren, Kurban Bayramı sırasında dini kesimlerin yapılabileceği geçici mezbahalara onay vermeyeceğini açıklamıştır. Bunun nedeni olarak da bu tür onayların, AB'nin 1099/2009 sayılı Tüzüğe ve özellikle dini ritüeller çerçevesinde özel kesim yöntemlerine tabi olan hayvanların, sadece 853/2004 sayılı Hayvan Kaynaklı Gıdaların Hijyen Kuralları Tüzüğü gerekliliklerini karşılayan mezbahalarda bayıltılmadan kesilebileceğine dair maddelerinin birlikte yorumlanmasıyla ortaya koyulan düzenlemeye aykırı olması gösterilmiştir.

Bu karara karşı ulusal mahkeme önüne gidilmiştir. Ulusal mahkeme, Kurban Bayramı bağlamında gerçekleştirilen dini kesimin AB'nin 1099/2009 sayılı Tüzüğüne kapsamına girdiğini, çünkü bu uygulamanın, dini ritüel kavramı içerisine girdiğini belirtmiştir. Ancak bu kuralın ulusal onay süreci bağlamında uygulanması çerçevesinde, özellikle de yetki verilen mezbaha sayısından ötürü, din ve vicdan özgürlüğünün kullanılmasına sınır getireceği de ifade edilmiştir. Bununla birlikte, yine ulusal mahkemeye göre, söz konusu ulusal uygulama, hayvan refahının ve sağlığın korunmasına ilişkin meşru amaçları gerçekleştirmek üzere orantılı bir uygulama da olmayacaktır. Bu nedenlerle ulusal mahkeme, söz konusu AB ikincil düzenlemelerinin geçerliliğini sorgulayarak, ABAD'a ön karar başvurusunda bulunmuştur.⁷⁷

ABAD, öncelikle kendisine yöneltilen soruyu kabul edilebilir bulmuş⁷⁸ ardından olayın vakalarına göre değerlendirmelerde bulunmuştur.⁷⁹ Bu değerlendirme, bir tarafta 1099/2009 sayılı Tüzüğün ilgili maddelerinin, ABTHŞ'nin 10. maddesi ve AİHS'nin 9. maddesi bağlamında geçerliliğine ilişkindir. Diğer tarafta ise yine Tüzük maddelerinin ABİHA'nın 13. maddesi kapsamındaki geçerliliğinin denetlenmesi söz konusudur. Dolayısıyla bu dava, AB ikincil hukukunun hukuka uygunluk denetimiyle ilgili olup, varılacak sonuçlar bu açıdan daha da önem kazanmaktadır.⁸⁰ Baştan ifade etmek gerekirse, ABAD, her iki açıdan da hukuka aykırılık olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu bakımdan sadece ABTHŞ açısından yapılan hukuka uygunluk denetimi ayrıntılı olarak incelenecektir.⁸¹

⁷⁷ Ön karar prosedürü ile ilgili olarak bkz. İlke Göçmen, *Avrupa Birliği Hukukunun Temelleri*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021): 356 vd.

⁷⁸ C-426/16, para. 27-36.

⁷⁹ C-426/16, para. 37 vd.

⁸⁰ Lenaerts ve Nuffel, "EU Constitutional Law" 806-807.

⁸¹ ABİHA'nın 13. maddesi açısından ABAD tarafından yapılan yorum için bkz. C-426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen and Others*, para.81-84.

ABAD, öncelikle söz konusu olaydaki dini ritüel kapsamında yapılan hayvan kesimi işleminin ilgili Tüzük çerçevesinde değerlendirilebileceğini ortaya koymuştur.⁸² Nitekim ABAD, söz konusu kesimin, dini bir kural çerçevesinde, her yıl Kurban Bayramlarında gerçekleştirildiğini ve ön bayıltma yapılmaksızın kesilen hayvanların, bu dine inanan aileler tarafından tüketildiğini ve ihtiyaç sahiplerine dağıtıldığını belirtmiştir. Dolayısıyla, böyle bir uygulama söz konusu Tüzük kapsamında dini ritüel kavramı içerisinde sayılmış olup, konu Tüzük kapsamına girdiğinden dolayı, ABTHŞ'nin 10/1. maddesinin uygulama alanı içerisine de giriyor şeklinde sayılmaktadır.⁸³

ABAD'a göre dini ritüel çerçevesinde yapılan kesimler, hayvanların bayıltılmadan kesim yasağının bir derogasyonunu oluşturmaktadır.⁸⁴ Bu derogasyonun ise belirli kurallara uygun olarak yürütülmesi gerekir. Olaydaki gibi durumlarda, bayıltılmaksızın yapılan kesimlerin yalnızca yetkili mezbahalarda yapılması gibi kurallar getirilmesi ise ABAD tarafından din ve inanç özgürlüğüne getirilen bir sınır olarak görülmemektedir.⁸⁵ Nitekim, bayıltılarak yapılan kesim işleminin, hayvan refahı ve tüketicilerin sağlığı konularındaki AB düzenlemelerinin gerekliliklerine uygun olarak ve diğer tüm hayvan kesimlerinde uygulanması gerekli bir yöntem olarak belirlendiğinden ötürü böyle bir sonuca ulaşıldığı görülmektedir.⁸⁶

ABAD bu aşamada ulusal mahkemenin kimi ek argümanlarını, AB hukukuna uygunluk denetimi kapsamında verdiği önceki tarihli kararları ile reddetmiş görünmektedir. Ulusal mahkemeye göre, AB hukuku tarafından hayvan kesimine yönelik düzenlenmiş bulunan gereklilikler, din ve inanç özgürlüğü ile değerlendirildiğinde hem meşru değil hem de orantısız olarak nitelendirilmelidir.⁸⁷ Ancak ABAD, AB hukukunun bir hükmünün

⁸² C-426/16, para. 46-49.

⁸³ ABTHŞ'nin uygulanmasına ilişkin olarak bkz. ABTHŞ m.51/1: "Bu Şarttaki hükümler, katmanlı yetki ilkesi dikkate alınarak Birlik kurum, organ, ofis ve ajanslarına ve sadece Birlik hukukunu uyguladıklarında üye devletlere yöneltilmiştir. Bkz. Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights Explanation on Article 51 - Field of application. <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/51-field-application> Ayrıca bkz. Gözde Kaya, İlke Göçmen, Merve Ağzitemiz, *Avrupa Birliği Ayrımcılıkla Mücadele Hukuku*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024): 160 vd.

⁸⁴ C-426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen and Others*, para.53-55.

⁸⁵ C-426/16, para.55-59.

⁸⁶ C-426/16, para.59-68.

⁸⁷ C-426/16, para.69,70.

geçerliliğinin, bu hükümlerin kendi özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğini ve belirli bir davanın özel koşullarına bağlı olamayacağını belirtmektedir.⁸⁸ Dolayısıyla, ulusal mahkemenin din ve vicdan özgürlüğüne, örneğin yeni yetkili mezbahalar açılması yönünden ek mali yük getirmesi ve bu hususun orantılı olmadığına ilişkin iddiası bu temelden reddedilmiştir.⁸⁹ ABAD'a göre, 1099/2009 sayılı Tüzüğün 4/4. maddesinin, 2/k maddesi ile birlikte yorumlanarak uygulanması, özellikle *bir üye devletin bir bölgesinde* dini hayvan kesimini etkileyebileceksen de bu husus ilgili hükmün geçerliliğini ABTHŞ bakımından etkilememektedir. 1099/2009 sayılı Tüzük tüm üye devletlerde etki doğurmaktadır. Bu nedenle de geçerliliği yalnızca tek bir üye devletin özel durumu değil, tüm AB üye devletlerinin durumu göz önünde bulundurularak incelenmelidir.⁹⁰

Sonuç olarak ABAD, 1099/2009 sayılı Tüzüğün ilgili maddelerinin ABTHŞ çerçevesinde hukuka aykırı olmadığını ortaya koymuştur. Buradaki temel nokta, ABAD'ın, Tüzük düzenlemelerinin din ve vicdan özgürlüğüne sınırlama getirmediği yönündeki değerlendirmesidir. Aksi bir durum söz konusu olsaydı sınırlamanın haklı gösterilmesi açısından ABTHŞ'de belirtildiği üzere etkin bir denetim yapmak durumunda kalacaktı.⁹¹

İkinci olarak, ABAD'ın bu alanda verdiği diğer bir karar olan *OABA* kararı incelenecektir. Burada,⁹² Fransız hayvan refahı örgütü olan OABA, '*Tendre France*' markası altında helal et sertifikası ve organik ürün işareti

⁸⁸ C-426/16, para.72.

⁸⁹ Özellikle ek mali yük iddiası bakımından ABAD, AB hukuku tarafından belirlenen gereklilikleri karşılayan yeni mezbahaların kurulma ihtiyacı ve bunun Müslüman topluluğa ek maliyet getirme riskinin, yalnızca mevcut onaylı mezbahaların Flaman Bölgesi'nde iddia edilen kapasite yetersizliğinden kaynaklanmakta olduğunu vurgulamaktadır. Böyle bir kapasite yetersizliği, bir üye devletin bir bölgesinde, Kurban Bayramı sırasında birkaç gün boyunca dini kesime olan talebin artmasına bağlı olarak ve geçici olarak ortaya çıkan bir durumdur. Böyle bir durum ise 1099/2009 sayılı Tüzüğün ilgili maddelerinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Bkz. C-426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen and Others*, para.77,78.

⁹⁰ C-426/16, para.74.

⁹¹ Bkz. ABTHŞ m.52. Elektronik iletişim hizmetleriyle ilgili bir direktifin temel hakları sınırlandırması ve geçerliliğiyle ilgili verilen bir karar için bkz. Joined Cases C-293/12 and C-594/12, *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*, 8 April 2014, ECLI:EU:C:2014:238.

⁹² C-497/17, *OABA*, 26 February 2019, ECLI:EU:C:2019:137, para.17-33.

taşıyan dana köfte ürünlerinin reklam ve pazarlamasının sonlandırılmasına yönelik olarak ulusal tarım bakanlığına başvuruda bulunmuştur. OABA'ya göre, bu alandaki yetkili kuruluş, organik ürün işaretlerinin bayıltılmadan kesilen hayvan etlerinin üzerine koyulamayacağını belirtmektedir. Bu iddiaları kabul görmeyen OABA, dava açma yoluna gitmiş ancak dava reddedilmiştir. Bunun üzerine temyiz yoluna gidilmiştir. Bu başvuru kapsamında, bayıltılmadan kesilen hayvan etlerine 'organik' etiketlerinin yapıştirilmesinin, AB hukuku tarafından temin edilen yüksek hayvan refahı standartları ile uyuşmadığı iddia edilmiştir. Ulusal mahkeme ise hayvanların (bayıltılmaksızın) dini ritüellere uygun olarak kesildiği ve bu kesimin AB hukukunun ilgili hükümlerine uygun olarak yapıldığı durumlarda, AB Organik logosunun bu hayvanlardan elde edilen ürünlere konulmasına izin verilip verilmeyeceğine yönelik yorum yönünden sorusunu ABAD'a yöneltmiştir.

ABAD, öncelikle hayvan refahı kavramı üzerinde durmuştur. Bu konuyla ilgili tüzüklere değinerek, organik üretimin, çiftlik yönetimi ve gıda üretiminin genel bir sistemi olarak, 'yüksek hayvan refahı standartlarının uygulanmasını' içerdiğini ve hayvan refahının 'organik hayvancılıkta bir öncelik' olduğunun kabul edildiğini vurgulamıştır. Bununla birlikte organik üretimin, diğer hususların yanı sıra, yüksek hayvan refahı standartlarına saygı gösteren sürdürülebilir bir tarım yönetim sistemi kurmayı ve hayvan refahına zarar vermeyen süreçler kullanılarak üretilen mallara yönelik tüketici taleplerine cevap veren çok çeşitli gıdalar ve diğer tarımsal ürünler üretmeyi amaçladığını belirlemiştir.⁹³

Bunların yanı sıra ABAD, hayvanların yaşayacağı acıyı asgari düzeyde tutma yükümlülüğünün, yüksek düzeyde hayvan refahına uyulması amacının somut bir ifadesi olduğunun da altını çizmektedir.⁹⁴ ABAD'a göre, organik tarımda yüksek düzeyde hayvan refahına uyulması arzusunu çeşitli vesilelerle beyan eden AB yasa koyucusu, hayvan refahının, üretimin her aşamasında geliştirilmiş standartlara uyulmasıyla karakterize edilmiş olduğunu vurgulamaktadır.⁹⁵ Tüm bunlarla birlikte ABAD, ilgili hukuki metinlerin, tarımsal ürünlerle ilgili olarak üretim, hazırlık ve dağıtımın herhangi bir aşamasında faaliyet gösteren tüm işletmecilere uygulanacağını ve 'hazırlık'

⁹³ C-497/17, *OABA*, para. 36.

⁹⁴ C-497/17, *OABA*, para. 37.

⁹⁵ C-497/17, *OABA*, para. 38.

işleminin, diğer hususların yanı sıra, hayvanların kesimini de içerdiğini belirtmiştir.⁹⁶

ABAD'a göre hayvan kesimleriyle ilgili temel hukuki dayanak 1099/2009 sayılı Tüzüktür. Bu Tüzük düzenlemelerine göre ise hayvanlar, öldürülmeleri sırasında önlenemez herhangi bir acı, sıkıntı veya ıstıraptan korunmalıdır. Bu bağlamda hayvanlar sadece bayıldıktan sonra öldürülmelidir. Bilinç ve his kaybı ise hayvanın ölümüne kadar sürdürülmelidir.⁹⁷ Her ne kadar Tüzüğün ilgili maddeleri, Dibacesindeki gerekçeler ışığında yorumlandığında, hayvanın bayılmadan öldürülebileceği dini uygulamalara izin veriyorsa da bu tür kesim, AB'de yalnızca bir istisna olarak ve yalnızca din özgürlüğünün sağlanması amacıyla ortaya koyulmaktadır. Bu bağlamda, hayvanın acısını, sıkıntısını ve ıstırabını, ön bayılma ile yapılan kesim kadar etkili bir şekilde ortadan kaldırmak için yeterli değildir.⁹⁸

Sonuç olarak ABAD, (dini ritüeller gereği) ön bayılma olmaksızın yapılan özel kesim yöntemlerinin, hayvanın kesim anında yüksek düzeyde refahının sağlanması bakımından, zorunlu kılınan ön bayılma ile yapılan kesime eşdeğer olmadığını değerlendirmiştir.⁹⁹ Organik ürün işaretiyle ürün satın alan tüketiciler açısından, bu işaretin, yüksek hayvan refahını sağlayan standartlar çerçevesinde üretildiğine ilişkin bir güvence olduğu da bu değerlendirmeye eklenmiştir.¹⁰⁰ Dolayısıyla, ABAD, AB Organik işaretinin ön bayılma yapılmaksızın kesilen hayvan ürünlerine eklenemeyeceği şeklinde bir değerlendirme yapmıştır.¹⁰¹

Bu kararın, davada görüşünü sunan Hukuk Sözcüsü Wahl'ın, özellikle altını çizdiği hayvan refahı ve din ve vicdan özgürlüğü arasındaki hassas dengeyi ayrıca vurgulamaksızın sonuçlandırıldığı görülmektedir.¹⁰² Wahl'a göre, AB yasa koyucusu, özellikle hayvanların kesim anındaki refahına ilişkin standartları düzenleyen 1099/2009 sayılı Tüzüğü kabul ederek, din özgürlüğü ile hayvan refahı arasında bir denge kurmayı amaçlamıştır. Bu Tüzük hem hayvan refahını göz ardı etmemekte hem de dini kesimlere yalnızca bir istisna

⁹⁶ C-497/17, *OABA*, para. 39-40.

⁹⁷ C-497/17, *OABA*, para. 46.

⁹⁸ C-497/17, *OABA*, para. 48.

⁹⁹ C-497/17, *OABA*, para. 50.

¹⁰⁰ C-497/17, *OABA*, para. 51.

¹⁰¹ C-497/17, *OABA*, para. 52.

¹⁰² Bkz. Opinion of Advocate General Wahl delivered on 20 September 2018, Case C-497/17, ECLI:EU:C:2018:747.

olarak ve sıkı bir şekilde tanımlanan koşullar çerçevesinde izin vermektedir.¹⁰³ Bu bağlamda, AB hukuku uyarınca koşer ve helal sertifikasyonunun, organik tarım etiketi ile uyumsuz olduğuna karar vermek, mevcut mevzuatta öngörülmeleyen bir şart eklemek anlamına gelebilecektir. Bu ise organik ürün tüketmek ve bu ürünlerin sağladığı kalite ve gıda güvenliği garantilerinden faydalanmak isteyen Yahudi ve Müslümanların bu haktan mahrum kalacağı anlamına gelebilecektir.¹⁰⁴ Nitekim, Hukuk Sözcüsü Wahl, 834/2007 ve 1099/2009 sayılı Tüzüklerin, 1099/2009 sayılı Tüzükte belirtilen koşullara göre önceden bayılma yapılmaksızın gerçekleştirilen dini kesim sonucu elde edilen ürünlere, AB Organik tarım etiketinin verilmesini yasaklamadığı şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.¹⁰⁵

Bu kararın, AB hukuku çerçevesinde din ve vicdan özgürlüğü ve hayvan refahı arasındaki dengenin sağlanması açısından önemli bir referans noktası haline geldiği ifade edilebilir. Bunun en temel nedeni, AB Organik işaretinin kullanımının sınırlarına karar verilirken, 'koşer' ya da 'helal' sertifikalı etleri tüketen kesimin, bu işaretin sağladığı tüketici güvencesinden yoksun bırakılmasına uzanan bir yolu açması ve ayrımcılık açısından ele alınabilecek bir alan oluşturması olarak ifade edilebilecektir.¹⁰⁶

Bu kararlar sonucunda çok kesin olarak ifade edilememekle birlikte, hayvan refahına ilişkin düzenlemelerin, din ve vicdan özgürlüğünün sınırı olarak kullanılabilmesi görülmüştür. Ancak bu kararlar özelinde dikkat çeken soru, din ve vicdan özgürlüğü söz konusu olduğunda ABAD'ın orantılılık denetimini hayvan refahı kavramı üzerinden yumuşatmaya yönelip yönelmeyeceğidir. Buna bağlı olarak verilen bu kararlar, ayrımcılık hukuku kapsamında bazı iddiaların oldukça kuvvetli bir şekilde ortaya çıkmasına da zemin sağlayabilecek niteliktedir. Nitekim, ABAD'ın son verdiği karar olan *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others* ile bu çerçevede daha açık bir şekilde ortaya koyulmaya başlanmıştır. Devam eden başlık altında bu karar incelenecektir.

¹⁰³ Opinion of Advocate General Wahl, C-497/17, para.104.

¹⁰⁴ Opinion of Advocate General Wahl, C-497/17, para. 98-99. Her ne kadar hukuk sözcüsünün görüşünden farklı bir karar verilmişse de belirtmek gerekir ki ABAD karar verirken hukuk sözcüsü görüşleri ile bağlı değildir.

¹⁰⁵ Opinion of Advocate General Wahl C-497/17, para.105.

¹⁰⁶ Bu konuda benzer bir görüş için bkz. Micaela Lottini, Michele Giannino, "Slaughtering Without Pre-Stunning and EU Law on Animal Welfare: The Particular Case of Organic Production," *European Food and Feed Law Review* 14, no.6 (2019): 510.

2- ABAD'ın *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others* Kararı

Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others kararı ile birlikte ABAD'ın, hayvan refahı söz konusu olduğunda din ve vicdan özgürlüğünü nasıl ele aldığı ve orantılılık ile ayrımcılık kavramlarını nasıl değerlendirdiği hususu önem kazanmıştır.

Burada¹⁰⁷ 2017 yılında Belçika'nın Flaman Bölgesinde düzenlenen bir kararname ile hayvanların korunması ve refahı ile ilgili mevzuatta değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik, hayvan kesiminde ön bayıltma şartını zorunlu hale getirmektedir. Bu düzenleme, dini nitelikteki kesimlerde, bayıltma sürecinin *geri döndürülebilir* şekilde yapılmasını ve *hayvanın ölümüne yol açmaması* gerektiği şartını da içermektedir. Ancak, Müslüman ve Yahudi topluluklarında bu konu büyük bir tartışma unsuru olmuştur. Söz konusu hüküm ile ilgili hukuki tartışma ise Belçika Anayasa Mahkemesi önüne kadar gelmiş ve sorun ön karar prosedürüyle ABAD önüne taşınmıştır.

Bu bağlamda temel olarak ABAD'ın cevaplayacağı iki soru bulunmaktadır. Bunlardan ilki; 1099/2009 sayılı Tüzüğün ilgili maddelerinin, ABTHŞ ve ABİHA'nın ilgili düzenlemeleri ışığında yorumlandığında, dini kesimler çerçevesinde ve hayvanın ölümüne yol açmayacak şekilde uygulanan geri döndürülebilir bayıltma prosedürünün (ulusal önlemin) önüne geçip geçmediğidir.¹⁰⁸ Cevaplanması gereken ikinci soru ise 1099/2009 sayılı Tüzük, avlanma, balıkçılık aktiviteleri ve kültürel/sportif etkinlikler bakımından benzer bir hüküm öngörmemişken, Tüzüğün 26/2-c maddesinin, eşitlik, ayrımcılık yasağı ve kültürel, dini ve dilsel çeşitlilik bağlamında (ABTHŞ m.20-21-22) geçerliliği ile ilgilidir.¹⁰⁹

İlk olarak üye devletlerin dini kesimler çerçevesinde öngördüğü ve hayvanın ölümüne yol açmayacak şekilde uygulanan geri döndürülebilir bayıltma prosedürünün yorumu üzerinde durulacaktır. Belirtmek gerekir ki ABAD, Tüzüğün 4/4. maddesinin yorumunu yaparken karar kapsamında verilen Hukuk Sözcüsü görüşünden farklı bir bakış açısıyla maddeye yaklaşmıştır.

¹⁰⁷ C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, 17 December 2020, ECLI:EU:C:2020:1031, para. 14-32.

¹⁰⁸ C-336/19, para.39 vd.

¹⁰⁹ C-336/19, para.82 vd.

Bu davada görüşünü sunan Hukuk Sözcüsü Hogan'a göre, 1099/2009 sayılı Tüzüğün 4/4. maddesi, AB yasa koyucuların, ABTHŞ'nin 10. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğüne saygı gösterme arzusunun yansıtmaktadır. Bu durum, ön bayılma olmaksızın yapılan dini kesimlerde hayvanlara acı çektirilmesine rağmen geçerlidir. Bu hüküm, AB'nin, farklı ve zaman zaman çelişkili görüş ve inançların bir arada var olduğu ve uzlaştırılması gereken hoşgörülü, çoğulcu bir topluma olan bağlılığını hayata geçirmektedir.¹¹⁰ Hogan'a göre, Tüzüğün ilgili maddeleri, üye devletlerin dini ritüel kesimlerine de uygulanan ön bayılma olmaksızın kesim yasağı getiren kurallar kabul etmesine izin verilmediği şeklinde yorumlanmalıdır. Ayrıca, dini ritüel çerçevesinde yapılan kesim için, geri döndürülebilir ve hayvanın ölümüne yol açmayacak şekilde bayılmayı içeren alternatif bir bayılma prosedürü öngören kuralların da getirilemeyeceği vurgulanmıştır.¹¹¹ ABAD kararı ise bu yorumun tersi yönünde şekillenmiştir.

ABAD'a göre 1099/2009 sayılı Tüzüğün 4/4. maddesiyle düzenlenen derogasyon, Tüzüğün Dibacesinden de anlaşıldığı üzere, AB'nin özellikle tarım ve iç pazar politikalarını oluştururken ve uygularken üye devletlerin dini törenler, kültürel gelenekler ve bölgesel mirasla ilgili yasama veya idari düzenlemelerine ve geleneklerine saygı duyma gerekliliğine dayanmaktadır.¹¹² Bununla birlikte, üye devletlere hayvan refahını sağlamak bakımından daha ileri gitme imkânı tanınmıştır. Ancak bu imkân, bir üye devlete, kendi ulusal kurallarına uygun olarak kesilmemiş hayvanlardan elde edilen hayvansal ürünlerin, kendi topraklarında dolaşıma sokulmasını yasaklama ya da engelleme hakkını vermemektedir.¹¹³ Ayrıca bu düzenlemeler ABİHA'nın 13. maddesi düzenlemelerine de uygundur. Nitekim ABAD'a göre Tüzük, hayvan refahı ile dinî inançları ifade etme özgürlüğü arasında gerekli uzlaşmayı doğrudan sağlamamakta ancak üye devletlere bu iki değer arasında uzlaşmayı sağlamaları için bir çerçeve sunmaktadır.¹¹⁴

ABAD'ın Tüzüğü değerlendirirken, bayılmaksızın kesilen hayvanlardan elde edilen etlerin dolaşımının yasaklamaması gibi ikincil

¹¹⁰ Opinion Of Advocate General Hogan on Case C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, 10 September 2020, ECLI:EU:C:2020:695, para.57.

¹¹¹ Opinion of Advocate General Hogan, C-336/19, para.88.

¹¹² C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, para.44.

¹¹³ C-336/19, para.46.

¹¹⁴ C-336/19, para.47.

unsurları (özgürlükleri) dikkate aldığı ve bu bağlamda konuyu din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde kurulmaya çalışılan dengeden farklı bir tarafta konumlandığı görülmektedir. Bu husus ise kanımızca hayvan refahına verilen önemle birlikte, kararın bütününe etkileyen bir yaklaşım olmuştur.

Devamla ABAD, olayda ABTHŞ'nin uygulanıp uygulanamayacağını da değerlendirmiştir. Buna göre, ön bayıltma olmaksızın hayvan kesimini yasaklayan ulusal uygulama, Tüzüğün 26/2-c maddesine dayanmaktadır. Dolayısıyla ABTHŞ'nin uygulama alanı içerisinde kalmaktadır.¹¹⁵ ABAD, ilgili olayın ABTHŞ'nin uygulama alanı içerisinde kaldığı tespitini yaptıktan sonra 'din' ifadesinin ABTHŞ çerçevesinde ele alınma şeklini yorumlamıştır. Buna göre, bu düzenlemedeki ifade hem *forum internum* olarak adlandırılan inancın iç yönüyle ilgili durumları hem de *forum externum* olarak adlandırılan dini veya inancı açığa vurmayı kapsamaktadır.¹¹⁶ Taraflardan birine göre, dini kesim belirli kurallar çerçevesinde yapılmakta olup, hayvanların kesilmeden önce herhangi bir işlem sonucu ölmelerini engellemek ve kanlarının tamamen akmasını sağlamak amacını taşımaktadır.¹¹⁷ Bu bakımdan ön bayıltmaya ilişkin ulusal düzenleme, bu dini ritüel ile uyuşmamaktadır.¹¹⁸ ABAD'da bu iddialar çerçevesinde, söz konusu ulusal uygulamanın, Müslüman ve Yahudi inananlar açısından ABTHŞ'nin 10. maddesi tarafından sağlanan dini açıklama özgürlüğüne sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmıştır.¹¹⁹

Bu hukuki temele uygun olarak, birincisi, dini kesimlere getirilen ön bayıltılma olmaksızın kesim yasağı, yasalar çerçevesinde getirilmiştir.¹²⁰

¹¹⁵ C-336/19, para.48-51.

¹¹⁶ C-336/19, para.52.

¹¹⁷ C-336/19, para.54.

¹¹⁸ C-336/19, para.53.

¹¹⁹ C-336/19, para.55. Bu özgürlük mutlak bir hak yaratmayıp sınırlandırılabilir durumda bulunmaktadır. ABAD'ın da vurguladığı üzere, AİHS ile garanti altına alınmış haklarla çakışan haklarla ilgili olarak, ABTHŞ'deki hakların anlam ve kapsamı, AİHS'deki hakların anlam ve kapsamının aynıysa olarak ele alınacaktır. Dolayısıyla, burada, AİHS m.9'a sınırlama getirilebilmesi çerçevesinde ilgili ulusal önlemin yorumlandığı görülmektedir. Bkz. C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, para.56-57. Buna göre, hak ve özgürlüklerin kullanılmalılarının kısıtlanmaları ancak yasalarla yapılmalıdır. Bu kısıtlamalarda söz konusu hak ve özgürlüklerin özleri korunmalıdır. Orantılılık ilkesine bağlı olarak söz konusu kısıtlamalar, ancak gereken durumlarda ve kamu yararı amaçlarını gerçekten karşılıyor veya diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması için gerek duyuluyorsa yapılmalıdır. Bkz. ABTHŞ m.52/1.

¹²⁰ C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, para.60.

İkincisi, kesim öncesi bayıltmanın geri döndürülebilir olması ve hayvanın ölümüne yol açmaması bakımından ABTHŞ'nin 10. maddesinde yer alan din özgürlüğünün özüne saygılı kalındığı ve ulusal uygulamanın, dini kesimlerin sadece bir yönüne uygulanmakla sınırlı olduğu görülmüştür.¹²¹ Üçüncüsü, üye devlet tarafından öne sürülen gerekçe hayvan refahının korunmasıdır. Bu husus ABAD'a göre halihazırda AB'nin de benimsediği genel amaçlardan biridir.¹²² Dördüncüsü, orantılılık ilkesi bakımından, din ve vicdan özgürlüğüne getirilen sınırlamaların, söz konusu ulusal önlemin izlediği meşru hedeflere ulaşmak için uygun ve gerekli olan sınırları aşmaması gerekmektedir. Gereklilik açısından, birkaç ulusal önlem arasında bir seçim yapıldığında, en az kısıtlayıcı olan tercih edilmeli ve alınan önlem, izlenen amaca kıyasla orantısız olmamalıdır.¹²³

Orantılılık temelinde incelemesini yapan ABAD, ABTHŞ'de düzenlenen din ve vicdan özgürlüğü ile ABİHA'da ele alınan hayvan refahı gibi kavramların karşı karşıya gelmesi halinde, bunlar arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini belirtmektedir.¹²⁴ Bu açıdan değerlendirildiğinde, kesim sırasında ön bayıltma zorunluluğu getiren ve bu bayıltmanın geri döndürülebilir olmasını ve hayvanın ölümüne neden olmamasını şart koşan ulusal mevzuatın, hayvan refahını teşvik etme amacına ulaşmak için uygun olduğu belirtilmiştir.¹²⁵ Buradaki vurgunun, ulusal önlemin, geri döndürülebilir ve ölüme neden olmayan bir uygulama gerektirmesine yapıldığı görülmektedir.

ABAD'a göre, hayvanlarla ilgili farklı ulusal algılar söz konusudur. Bu durum, üye devletlere, belirli bir esneklik veya belirli bir dereceye kadar yetki bırakılması gerekliliği ile birleştiğinde, her üye devletin özgün sosyal bağlamının korunması açısından takdir yetkisi hususu değerlendirilmelidir. Buna göre, AB yasa koyucusu, bir yandan hayvanların öldürülmesi sırasında

¹²¹ C-336/19, para.61.

¹²² C-336/19, para.62-63. Bu hususun ABAD'ın sonraki tarihli kararlarında da vurgulanmaya devam edildiği görülmektedir. Bkz. C-13/23, *cdVet Naturprodukte*, 29 February 2024, ECLI:EU:C:2024:175, para.49. Önceki tarihli bazı kararlardaki vurgu için bkz. Joined Cases C-37/06 and C-58/06, *Viamex Agrar Handel and ZVK*, 17 January 2008, ECLI:EU:C:2008:18, para.22. C-424/13, *Zuchtvieh-Export*, 23 April 2015, ECLI:EU:C:2015:259, para.35.

¹²³ C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, para.64.

¹²⁴ C-336/19, para.65.

¹²⁵ C-336/19, para.66.

refahlarının korunması diğer yandan din özgürlüğünün icrasına saygı gösterilmesi arasında adil bir denge kurulması amacıyla hareket etmiştir. Buna yönelik olarak, ABİHA'nın 13 ve ABTHŞ'nin 10. maddesini uzlaştırma bağlamında, üye devletlere geniş bir takdir yetkisi verilmesi amaçlanmıştır.¹²⁶ Burada, hayvanın kesim öncesi bayıltılmasının, kesim esnasında yaşanacak acıyı en uygun anlamda azaltacağı yönünde bilimsel bir uzlaşma bulunduğu altı çizilmiştir.¹²⁷

Bu uzlaşma yine bilimsel diğer atıflarla da desteklenmektedir. ABAD'a göre, üye devlet bilimsel araştırmaları referans almış ve ulusal önlemin hazırlık çalışmaları sırasında, hayvanı bayıltma işleminin (dini hassasiyet yaratan kısım olan) hayvanın kesimi sırasındaki kan akışını tersine etkileyeceği iddiasının bilimsel olarak asılsız çıktığının ele alındığını vurgulamıştır. Bu durumda üye devletin en güncel kesim şeklini bir tercih olarak sunması nedeniyle ilgili düzenleme orantılı bulunmuştur.¹²⁸

Burada eklenmesi gerekli iki husus daha bulunmaktadır. Birincisi, ABAD, son yıllarda çağdaş demokratik toplumların giderek daha fazla önem verdiği bir değer olarak hayvan refahının, toplumsal değişimler ışığında ve dini kesimler bağlamında daha fazla dikkate alınabileceğinin altını çizmiştir. Daha da önemlisi değişen bu yaklaşım, dini kesimlerde uygulanacak ulusal önlemlerin orantılılığını ortaya koymaya yardımcı olabilecektir.¹²⁹ Bu ifade, AİHM'nin, günün şartlarına uyum sağlayan ve yaşayan bir enstrüman olarak nitelendirilen AİHS'ye yaklaşımı ile aynı doğrultuda görünmektedir. İkincisi, ABAD'ın belirttiği üzere, diğer üye devletlerde ön bayıltılma yapılmaksızın kesilen hayvan etleri açısından, serbest dolaşıma sınırlama getirilmemektedir.¹³⁰ Dosyaya sunulan Komisyon raporlarında, ön bayıltılma yapılmaksızın kesime izin veren birçok üye devlet bulunduğu belirtilmiş, ulusal önlemin de bu şekilde elde edilen ürünlerin dolaşımına kısıtlama getirmediği ifade edilmiştir.¹³¹ Bu husus da aslında haklı gösterme aşamasında önemli bir gerekçe olarak kullanılmış gibi görünmektedir.

¹²⁶ C-336/19, para.71.

¹²⁷ C-336/19, para.72.

¹²⁸ C-336/19, para.74-75.

¹²⁹ C-336/19, para.77.

¹³⁰ C-336/19, para.78.

¹³¹ C-336/19, para.78. Bu husus Avrupa Parlamentosu için hazırlanan Temmuz 2023 tarihli rapordan da görülmektedir. Bkz. EPRS, European Parliamentary Research Service, *Religious slaughter: Reconciling Animal Welfare With Freedom of Religion*

ABAD, yukarıdaki gerekçelerle birlikte ele alındığında sonuç olarak, AB hukukunun, dini kesimlerde hayvanın ölümüne yol açamayacak şekilde tersine çevrilebilir bir bayıltma prosedürünü zorunlu kılan üye devlet mevzuatının önüne geçmediği yönünde kararını vermiştir.¹³²

Bu kararda ikinci olarak, 1099/2009 sayılı Tüzüğün kimi düzenlemelerinin hukuka uygunluk çerçevesinde değerlendirilmesi söz konusu olmuştur. Bu hukuka uygunluk denetimi, özellikle dini kesim yapılan hayvanlar ile öncelikle kültürel ve sportif etkinlikler ve sonrasında avcılık/balıkçılık faaliyetleri çerçevesinde uygulanan yöntemlerin karşılıklı olarak değerlendirilmesi ve eşitlik ilkesiyle ayrımcılıkla mücadele çerçevesinde gerçekleşmiştir.

Buna göre, avcılık faaliyetleri ya da balıkçılık esnasında yakalanan hayvanların, ön bayıltma şartından ayrık tutulduğuna ilişkin iddialar incelenmiştir.¹³³ ABAD burada, ayrımcılık yasağına ilişkin önceki içtihadını tekrarlamaktadır. Buna göre, ayrımcılık yasağının, AB hukukunun genel ilkelerinden biri olan genel eşitlik ilkesinin özel bir yansıması olduğu tespit edilmektedir. Bu ilkeye göre, karşılaştırılabilir durumların farklı şekilde ele alınmaması ve farklı durumların ise aynı şekilde değerlendirilmemesi gerekmektedir. Aksi halde, böyle bir muamele nesnel bir şekilde haklı gösterilmelidir.¹³⁴

Devamla ABAD, Tüzüğü bu çerçevede incelemeye devam etmiştir. Buna göre, 1099/2009 sayılı Tüzüğün 1. maddesi, Tüzüğün konu bakımından kapsamını belirlemiş olup, kapsam dışında kalan durumlar da ayrıca gösterilmiştir.¹³⁵ Kapsam dışı kalan bu konulardan birisi de kültürel veya sportif etkinliklerdir. Bu etkinlikler, esas olarak köklü kültürel gelenekler veya sportif faaliyetlerle ilgili olan, et veya diğer hayvansal ürünlerin üretimi olmaksızın veya bu üretimin etkinliğe kıyasla marjinal olduğu ve ekonomik

or Belief, PE 751.418, (July 2023):27 vd. Ancak AİHM'nin 2024 tarihli *Executive of The Muslims of Belgium and Authority C. Belgique* kararında taraf devlet, yalnızca 8 AB üye devletin ön bayıltma olmaksızın hayvan kesimine izin verdiğini belirtmiştir. Bu bağlamda AB çerçevesinde bayıltmaksızın kesime ilişkin bir konsensüs bulunmadığı iddia edilmiştir. Bkz. *Executive Case of Van De Moslms Van België And Others v. Belgium*, Nos.16760/22 16849/22 16850/22... 02/13/2024, para. 78.

¹³² C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, para.96.

¹³³ C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, para.83 vd.

¹³⁴ C-336/19, para.85.

¹³⁵ 1099/2009 sayılı Tüzük m.1/3.

olarak önemli olmadığı etkinlikler olarak tanımlanmıştır.¹³⁶ Kültürel veya sportif bir etkinlik, 1099/2009 sayılı Tüzüğün 1/1. maddesi bağlamında ve makul bir değerlendirmeye gıda üretim faaliyeti olarak anlaşılamayacaktır. Dolayısıyla, ABAD'a göre, bu fark göz önüne alındığında AB yasa koyucu, kültürel veya sportif etkinlikleri hayvan kesimiyle aynı şekilde ele almamakla, ayrımcılık yasağını göz ardı etmemiş ve sonuçta bu durumları farklı şekilde ele almıştır.¹³⁷

Bu açıklamalardan sonra ABAD, avcılık/balıkçılık çerçevesinde değerlendirmesini yapmıştır. Buna göre, avcılık veya rekreasyonel balıkçılık faaliyetleri, çiftlik hayvanları için düzenlenen koşullardan çok farklı bir bağlamda gerçekleşmekte ve avcılık, özel mevzuata tabi olmaktadır. Bu nedenle, avcılık veya rekreasyonel balıkçılık sırasında gerçekleşen hayvan ölümlerinin bu Tüzük kapsamı dışında tutulması uygundur.¹³⁸ Bu durumda ABAD'a göre, AB yasa koyucu hayvan kesimiyle karşılaştırılabilir durumda bulunmayan bu alanları kapsam dışında bırakmakla ayrımcılık yasağını ihlal etmemiştir.¹³⁹ ABAD bunlara ek olarak çiftlik balıkçılığıyla ilgili olarak da değerlendirme yapmıştır. ABAD'a göre, AB yasa koyucu, çiftlik balıklarıyla ilgili bilimsel görüşlerin yetersiz olduğunu ve bu alanda daha fazla ekonomik değerlendirmeye ihtiyaç duyulduğunu açıkça belirtmiştir, bu da çiftlik balıklarına ayrı bir muamele uygulanmasını haklı kılmaktadır.¹⁴⁰

Bu incelemeyle birlikte ABAD, ayrımcılık ve eşitlik açısından bu ifadelerin tamamını kapsayacak şekilde ve ABTHŞ'ye atıfla son bir değerlendirme yapmaktadır. Buna göre, dini ritüel bağlamında hayvanların ön bayıltılma olmaksızın kesimine yönelik yalnızca şartlı bir istisna öngörülmüştür. Buna karşılık olarak AB yasa koyucu, avcılık, rekreasyonel balıkçılık ve sportif ve kültürel etkinlikler sırasında hayvanların öldürülmesini Tüzüğün kapsamı dışında tutması nedeniyle, ABTHŞ'nin 22. maddesi ile güvence altına alınan kültürel, dini ve dilsel çeşitliliği göz ardı etmediği sonucuna varılmalıdır.¹⁴¹

¹³⁶ 1099/2009 sayılı Tüzük m.2(h).

¹³⁷ C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, para.90.

¹³⁸ 1099/2009 sayılı Tüzük Dibacesi, para.14.

¹³⁹ C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, para.92

¹⁴⁰ C-336/19, para.93.

¹⁴¹ C-336/19, para.94.

ABAD, yukarıdaki gerekçelerle birlikte ele alındığında kararın ikinci bölümü açısından sonuç olarak, ortada ayrımcı bir muamele bulunmadığına karar vermiştir. Karşılaştırma unsurunun belirlenememesiyle birlikte ayrımcı muamelenin mevcudiyeti ortaya koyulamamıştır. Bu bağlamda ayrımcı muamelenin meşru sebepler bakımından haklı gösterilmesi aşamasına geçilememiştir. Dolayısıyla Tüzüğün ilgili maddelerinin geçerliliği ile ilgili bir sorun ortaya çıkmamıştır.¹⁴²

ABAD'ın bu iki yönlü kararı hakkında, iki yönlü olacak şekilde bazı değerlendirmeler yapılabilecektir. Kararın ilk olarak, ABAD'ın, üye devletlerin dini kesimler bağlamında öngördüğü, hayvanın ölümüne neden olmadan uygulanabilecek geri döndürülebilir bayıltma prosedürüne ilişkin yorumu yönü ele alınacaktır. Bu çerçevede, ABAD'ın din ve vicdan özgürlüğü ve hayvan refahı arasında kurmaya çalıştığı dengeye dair değerlendirmeleri incelenecektir.

Yorum bakımından ABAD önündeki ön karar prosedürüne konu olan sorular, temel olarak 1099/2009 sayılı Tüzüğün iki maddesinin ayrı ayrı yorumlanmasından doğmaktadır. Burada yapılabilecek bir yoruma göre 1099/2009 sayılı Tüzüğün 4/4. maddesi açık bir hükümdür ve dini kesimlerin ön bayıltma sürecinden istisna tutulması gerekmektedir. Nitekim, 1099/2009 sayılı Tüzük Dibacesinde, mezbahalarda gerçekleştirilen dini kesimlerde bayıltma işleminden muafiyetin, daha önceki hukuki düzenlemelerde de (93/119/EC sayılı Direktif) tanındığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, kesimde ön bayıltma muafiyetinin korunması önemli bir unsur olarak vurgulanmıştır. Nitekim 1099/2009 sayılı Tüzük, ABTHŞ'nin 10. maddesinde güvence altına alınan hakka saygı göstermektedir.¹⁴³

Bununla birlikte, Tüzüğün 26. maddesi, üye devletlere, hayvan refahının korunması alanında daha ileri gidebilecekleri yönünde geniş bir takdir payı bırakmaktadır. Bu madde, düzenlemesi itibarıyla 4. maddenin bir derogasyonu olarak ele alınabilecek durumdadır. Bu durumda ilgili Tüzüğün 4/4. maddesi hayvan kesimlerine halihazırda bir derogasyon getiriyorken ve bu derogasyonun dar bir şekilde yorumlanmasına ilişkin görüşler mevcutken,¹⁴⁴ bununla ilgili üye devletlere daha sıkı kurallar getirebilme imkânı sunulması,

¹⁴² C-336/19, para.95.

¹⁴³ 1099/2009 sayılı Tüzük Dibacesi, para.18.

¹⁴⁴ Opinion Of Advocate General Hogan on Case C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, 10 September 2020, ECLI:EU:C:2020:695, para. 61.

ABTHŞ'nin 10. maddesinde güvence altına alınan hakka saygı gösterilmesi unsurunun etkin bir şekilde gözetilmesini gerektirecektir. Nitekim, üye devletlerin hareket alanı açısından, bunun tabanı ilgili düzenleme olacakken tavan ise birincil hukuk olarak değerlendirilmelidir.

ABAD, AİHM içtihat hukukuna da uygun olarak din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir. Nitekim, olayda hakkın sınırlandırıldığı da kabul edilmiştir. Bu sınırlamanın, haklı gösterilebilmesi açısından, belirli şartlar taşıması gerektiği de vurgulanmış ve bunlar tek tek değerlendirilmiştir. ABAD, haklı gösterme kapsamında, orantılılık açısından değerlendirmesini yaparken, ABTHŞ'de düzenlenen din ve vicdan özgürlüğü ile ABİHA'da ele alınan hayvan refahı gibi kavramların karşı karşıya gelmesi halinde, bunlar arasında bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir. Bu vurgu ise ABAD'ın önceki kararlarına atıfla yapılmıştır.¹⁴⁵ Ancak, bunlardan görüleceği üzere, birden fazla temel hakkın karşılaşması durumunda bu dengeye etki kazandırılmalıdır. Hayvan refahı kavramının ise ABTHŞ ya da kurucu antlaşmalarda bir hak gibi düzenlenmediği görülmektedir. ABAD, önceki farklı kararlarında da hayvan refahını, kamu yararı çerçevesinde meşru bir amaç olarak ele almıştır. Ancak burada, ABAD'ın, hayvan refahının bir temel hak karşısındaki konumu ve denge unsuruna yaptığı atıfla, bu kavrama yaklaşımının kuvvetlenerek geliştiği düşünülmektedir. ABAD, sonuçta bu denge çerçevesinde kararını şekillendirmiş ve ilgili ulusal önlem orantılı bulunmuştur.

Burada ayrımcılık yasağı bakımından da değerlendirme yapılabilecektir. Kanımızca, kararın bu bölümünde, ayrımcılık yasağı bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Nitekim, bu yola gidilseydi, karşılaştırma açısından, değerlendirmenin içerisine dini gruplar dışında et tüketen normal tüketiciler ve hatta diğer dini inanış grupları da dahil edilebilirdi. Böyle bir senaryoda, ayrımcılığın mevcudiyeti ortaya koyulsaydı, ilgili önlemin meşru amaç temelinde haklı gösterilmesi bakımından inceleme yapılması gerekecekti. Kanımızca, bu aşamada, özellikle orantılılık değerlendirmesi önem kazanacaktı. Bununla birlikte, ABAD'ın yukarıdaki yorumundan hareketle, hayvan refahına yine yüksek bir önem vermesi ve benzer bir şekilde değerlendirmesini tamamlaması kuvvetli bir ihtimal olarak değerlendirilebilecektir.

¹⁴⁵ Bkz. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe eV v Freistaat Bayern*, 19 December 2019, ECLI:EU:C:2019:1114, para.50.

İkinci olarak, ABAD'ın, 1099/2009 sayılı Tüzüğü'nü kimi düzenlemelerinin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi çerçevesinde verdiği karara ilişkin çıkarımlar ortaya koyulacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki ABAD önüne gelen bu olay özelinde, 1099/2009 sayılı Tüzüğü'nü kimi düzenlemelerinin, yine bir hukuka uygunluk tartışmasına konu edildiği görülmektedir. Bu husus ise ilgili AB hukuku düzenlemesinin, uygulamayla karşılaştığında bazı sorunlar ortaya çıkardığını göstermektedir.¹⁴⁶ Bu bağlamda ABAD'ın verdiği karar ayrıca önem taşımaktadır.

ABAD, bu kararında, ayrımcılık yasağına uyum bakımından inceleme yaparken salt olarak Tüzük çerçevesinde düzenlenen kimi grupları karşılaştırma unsuru çerçevesinde kullanmıştır. Bu da sınırlı bir hareket alanı sağlamış ve nihayetinde ortada karşılaştırılabilir bir unsur bulunmadığından ayrımcılığın mevcudiyeti ortaya koyulamamıştır. Ancak, hukuka uygunluk denetimi sonuç olarak bir Tüzük maddesi üzerinden şekillendirilmiştir. Dolayısıyla burada karşılaştırma unsuru olarak avcılık ya da kültürel faaliyetler gibi Tüzükte düzenlenen diğer unsurların kullanılması doğaldır. Bununla birlikte, ABAD bu unsurları kullanırken, örneğin sportif etkinlikler ekonomik olarak önemli görülmemiş, avcılık/balıkçılığın ise çiftlik hayvanları için düzenlenen koşullardan çok farklı bağlamda gerçekleştiği ifade edilmiştir.

Burada, ABAD'ın 60'lı yıllardan bu yana ayrımcılık yasağına ilişkin geliştirdiği içtihadını geriye mi döndürdüğü sorusu sorulmalıdır. Nitekim ekonomik temelden yola çıkarak sonraki süreçte insan hakları ve sosyal gerekçelere dayanarak kararlarını veren ABAD'ın¹⁴⁷ tekrardan marjinal ölçekli ekonomik gerekçelere yer vermesi kanımızca belirli bir derecede geri dönüş olarak algılanabilecektir. Burada şu da eklenebilecektir. Kültürel-sportif faaliyetler, marjinal ölçekli sayılmıştır. Ancak, burada yakalanan hayvanların çiftlik hayvanları kadar refah gereksinimi bulunmamakta mıdır? Aynı soru, avcılık ve balıkçılık açısından da sorulabilecektir.

Burada ABAD'ın yasa koyucu yerine geçerek hareket etmesi doğal olarak beklenmemektedir.¹⁴⁸ Nitekim kapsamlı bilimsel araştırma gerektiren

¹⁴⁶ Bu konuda yapılmış bir haber için bkz. <https://www.nbcnews.com/news/world/ritual-animal-slaughter-law-leaves-belgium-s-muslims-jews-facing-n975566>

¹⁴⁷ Gözde Kaya et. al. "Avrupa Birliği Ayrımcılıkla Mücadele Hukuku," 32 vd.

¹⁴⁸ Nitekim ABAD'ın önceki tarihli *Glatzel* kararından görüleceği üzere, AB yasa koyucusu, karmaşık tıbbi değerlendirmeler içeren bir konuda geniş takdir yetkisinden yararlanıyor olarak kabul edilmiştir. Benzer bir husus burada uygulanacak olunursa, hayvanlar hakkında derin bir biyolojik ve ekonomik bilgi gerekliliğinin, yasa

konularda AB yasa koyucusunun belirli bir derecede takdir yetkisi olduğunun kabulü gereklidir.¹⁴⁹ Ancak ayrımcılık değerlendirmesi yapılan bir kararın, biraz daha sosyal yönü ağır basan gerekçelerle temellendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bunlara ek olarak, ABTHŞ açısından hukuka uygunluk denetiminde özellikle de ABTHŞ m.22 kapsamında kapsamlı bir değerlendirme yapılmamış olması da sorgulanabilir bir alan olarak değerlendirilebilir. Nitekim, ABTHŞ'nin 22. maddesi ile güvence altına alınan kültürel, dini ve dilsel çeşitlilik, ABAD tarafından kısaca ele alınmış olup konu hakkında ayrıca ayrıntılı bir değerlendirme bulunmadığı gözlenmektedir.

Kararın her iki yönü birlikte ele alınacak olunursa, bu dava, Hukuk Sözcüsü Hogan'ın da belirttiği üzere, hukuki düzenlemelerdeki zayıflıklara dikkat çekmektedir. Eğer ABİHA'nın 13. maddesinin üye devletlere gerçek yükümlülükler getirdiği kabul edilirse, AB yasama organının en azından, hayvanların bayıltılmadan kesildiği durumlarda, bu ürünlerin tüm tüketicilere açık ve net bir şekilde bildirildiğinden emin olması gerekmektedir. Böyle bir yaklaşım Hogan'a göre tarafsız ve ayrımcı olmayan bir yaklaşımdır.¹⁵⁰ Hukuk Sözcüsü görüşleri bağlayıcı olmamakla birlikte, burada özellikle ayrımcılık bakımından yapılan değerlendirme de önemlidir. Eğer, hayvan refahı, tüketici seçimleri ve din ve vicdan özgürlüğü arasında bir denge kurulması gerekiyorsa, bu durumun orantılı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kanımızca, ABAD tarafından, hayvan refahına önem veren tüketiciler açısından, ön bayıltma yapılmaksızın kesimi yapılan hayvan ürünlerinin belirli bir şekilde işaretlenmesi gibi bir çözüm getirilme imkânı da değerlendirilmeliydi.¹⁵¹

koyucusunun yine geniş bir takdir yetkisine işaret edebileceği yorumu yapılabilecektir. Bkz. Case C-356/12 (Court of Justice) Wolfgang Glatzel v Freistaat Bayern [2014] ECLI:EU:C:2014:350.

¹⁴⁹ Bir örnek olarak Bkz. 1099/2009 sayılı Tüzük Dıbasesi, para.58.

¹⁵⁰ Opinion of Advocate General Hogan, C-336/19, para.80-81.

¹⁵¹ Nihayetinde üye devletler, din veya inanç temelinde doğrudan ve dolaylı ayrımcılığa karşı, her ne sebeple ileri sürülürse sürülsün, kendi yargı yetkileri altındaki tüm kişileri koruma görevi taşımaktadır. Bu, ayrımcı yasaları yürürlükten kaldırma, din veya inanç özgürlüğünü koruyan yasaları uygulama ve ayrımcılığa yol açan resmi uygulamaları durdurma yükümlülüğünü kapsar. Ayrıca, dini veya dini olmayan, devlet ya da diğer etkili aktörler tarafından yapılan ayrımcılıklara karşı insanları koruma görevini de içerir. Bkz. Council of The European Union, Foreign Affairs Council Meeting,

ABAD'ın *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others* kararı sonrasında ilgili gruplar bu sefer AİHM'ye başvuru yapmıştır. AİHM, ABAD kararı ile aynı vakalara dayanan bu davada, hayvan refahı çerçevesinde din ve vicdan özgürlüğünü ele almış ve ayrımcılık başlığını da ayrıca değerlendirmiştir. Sonuç olarak AİHM, 13 Şubat 2024 tarihinde *Executief van de Moslims van België and Others v. Belgium* davasında kararını vermiştir. Bu karar, ABAD kararının uzantısı olması yönüyle önemli bir gelişmedir. Ayrıca oldukça yakın tarihli olup yargısal seviyedeki güncel tutumun bir görünümü olduğu da ifade edilebilir. Bu bakımdan ayrı bir başlık altında değerlendirilmesi uygundur.

B- ABAD'ın Kararı Sonrası AİHM'nin Olaya Yaklaşımı

Executief van de Moslims van België and Others v. Belgium kararı ile birlikte AİHM, dini kesimlere uygulanacak işlemlere ilişkin ulusal düzenlemeleri değerlendirmiştir.¹⁵² Bu kararın oldukça önemli noktaları bulunmaktadır: (i) AİHM bu kararla birlikte ilk defa hayvan refahı kavramını AİHS'nin 9. maddesinde sıralanan meşru amaçlardan olan ahlakın korunması kavramına bağlamıştır. (ii) AİHM, hayvan refahı kavramı ile din ve vicdan özgürlüğünü temel alarak ayrımcılık iddiaları çerçevesinde (ABAD'a oranla) daha ayrıntılı bir şekilde değerlendirmelerde bulunmuştur.

İlk olarak, AİHM'ye göre ortada, ön bayılma işlemini zorunlu tutan ulusal önlem bakımından din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale bulunmaktadır.¹⁵³ Böyle bir müdahalenin varlığını kabul eden AİHM sonraki adım olarak bu ulusal önlemin haklı gösterilip gösterilemeyeceğini

Luxembourg, 24 June 2013, *EU Guidelines on the Promotion and Protection of Freedom Of Religion or Belief*, para.35 https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/137585.pdf

¹⁵² *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, Nos.16760/22 16849/22 16850/22... 02/13/2024. Kararın İngilizce özeti için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-14290%22%5D%7D>} AİHM *Executief van de Moslims van België and Others v. Belgium* kararından önceki süreçte de hem hayvan refahı hem de din ve vicdan özgürlüğü ile hayvan refahı kavramlarının kesiştiği kararlar vermiştir. Örneğin hayvanların korunmasını ifade özgürlüğünü düzenleyen AİHS'nin 10. maddesi ve kamu yararı çerçevesinde değerlendirmiştir. Bkz. *PETA Deutschland v Germany*, Application no. 43481/09, 8 November 2012, para 47 Din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde yapılan bir değerlendirme için bkz. *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, 27417/95, 27/06/2000, para.13-34.

¹⁵³ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, nos.16760/22, para.88.

değerlendirmiştir.¹⁵⁴ Bu açıdan öncelikle hayvan refahı kavramını AİHS çerçevesine oturtmaya çalışmıştır. Bu sayede hayvan refahı kavramının meşru bir amaç olarak görülüp görülemeyeceği değerlendirilebilecektir. AİHM, hayvan refahını genel bir amaç olarak benimseyen AB hukukunun aksine, Sözleşme'nin bu şekilde hayvan refahını koruma amacı taşımadığını belirtmiştir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. paragrafında, herkesin dinini ifade etme özgürlüğüne müdahaleyi haklı gösterebilecek meşru amaçların yer aldığı kapsamlı listede hayvan refahının korunmasına açık bir atıf bulunmadığı vurgulanmıştır.¹⁵⁵ Ancak AİHM'ye göre, Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. fıkrasında atıfta bulunulan kamu ahlakının korunması ifadesi, yalnızca bireyler arasındaki ilişkilerde ve insan onurunun korunması olarak anlaşılmalıdır.¹⁵⁶ Bu bağlamda, Sözleşme, yaşayan bir enstrüman olarak kabul edildiğinde, bir sınırlama olarak kullanılan kamu ahlakının korunması ifadesinin de tıpkı diğer hak ve özgürlükler gibi evrim geçirdiği kabul edilmelidir.¹⁵⁷ Bu gerekçelere dayanan AİHM, hayvan refahının korunması unsurunun, kamu ahlakı çerçevesinde bir sınırlama olarak kabul edilebileceğini ortaya koymuştur.¹⁵⁸ Dolayısıyla hayvan refahını sağlamak (bu dava açısından) meşru bir amaç olarak da kabul edilmektedir.

Bu çerçevede, taraf devletlere tanınan takdir payı açısından AİHM, ulusal otoritelerin yerel ihtiyaçlara cevap vermek bakımından daha iyi bir konumda olduğunu belirtmektedir. AİHM'ye göre, özellikle din ve inanç gibi genel politika konularında yasa koyucunun rolü oldukça önemlidir.¹⁵⁹ Bu bakımdan, mevcut davanın koşullarında ulusal makamlara dar olmamakla birlikte bir takdir yetkisi tanınması gereği vurgulanmıştır. Ancak, bu takdir yetkisinin sınırsız olamayacağı da eklenmektedir. Sözleşme'nin amacı, teorik veya soyut değil, somut ve etkili hakları korumaktır ve aksi durumda Sözleşme'nin 9. maddesinde güvence altına alınan din özgürlüğü içeriğinden ve etkinliğinden yoksun kalabilecektir.¹⁶⁰

¹⁵⁴ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para.89 vd.

¹⁵⁵ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para. 93.

¹⁵⁶ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para. 95.

¹⁵⁷ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para. 96-97. AİHS'nin yaşayan bir enstrüman olduğuna ilişkin olarak bkz. *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, no. 28957/95, 11 July 2002, para. 74 vd. Bu ilkenin açık tanımı için bkz. *Öcalan v Turkey*, no. 46221/99, 12 May 2005, para.163

¹⁵⁸ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para.100-101.

¹⁵⁹ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para.104.

¹⁶⁰ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para.106.

Orantılılık çerçevesinde ise özellikle gereklilik açısından inceleme yapıldığı görülmektedir. Burada AİHM'nin dikkat çektiği bir nokta ayrıca önemlidir. Bu da yukarıda da belirtildiği üzere, AİHS'nin, AB'de olduğu üzere bir hayvan refahına ulaşma ya da koruma gibi bir temel amacı bulunmamasıdır. Hayvan refahı açısından açık bir hak da tanımlanmamıştır. Dolayısıyla, olayda, Sözleşme'nin koruduğu iki temel hakkın dengelenmesi gibi bir durum oluşmamıştır.¹⁶¹ Bu nedenle AİHM'nin burada artık ulusal mevzuatın kalitesi ve yargısal denetimi hakkında değerlendirmeler yaptığı görülmektedir.¹⁶² Burada ek olarak, ABAD kararı çerçevesinde yapılan değerlendirmeye de önemli bir yer ayrıldığı ifade edilmelidir.¹⁶³ AİHM burada, Sözleşme'yi kapsayan katmanlı yetki ilkesi gereğince, Sözleşme'de tanımlanmış hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun öncelikli olarak taraf devletlere ait olduğunu vurgulamıştır.¹⁶⁴ Bu bağlamda hem taraf devlet Anayasa Mahkemesi hem de ABAD tarafından gerçekleştirilen yargısal denetimde, AİHM'nin 9. madde gereklilikleri bakımından yorumunun detaylı şekilde dikkate aldığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla AİHM'nin, bu kararlara önem verdiği açıktır.

Bu değerlendirmelere, gerekli olanın ötesine geçme durumunun incelenmesi bakımından dayanıldığı görülmektedir. Buna göre, yasama çalışmaları sırasında, bilimsel çalışmalar temel alınarak ve ilgili taraflarla kapsamlı istişareler yürütülerek hareket edilmiştir. Bu bağlamda kesim sırasında hayvan refahına yönelik zararı azaltma amacına yeterince ulaşabilecek daha az radikal bir önlem olmadığı sonucuna ulaşıldığı vurgulanmıştır. Bu nedenle, AİHM, ulusal yasa koyucunun Müslüman ve Yahudi inancına sahip kişilerin dinlerini icra etme haklarını dikkate aldığını değerlendirmiştir. Aynı zamanda, hayvanların acı çekmesini önlemeye verilen artan önemi de göz önünde bulunduklarının altı çizilmiştir. Buna göre, ulusal yasa koyucu, ön bayıltma zorunluluğuna orantılı bir alternatif aramıştır. Bu bakımdan amaçlanan hedefe ulaşmak için gerekli olanı aşmayan bir önlem aldıkları AİHM tarafından belirtilmiştir.¹⁶⁵ Ayrıca AİHM'ye göre, ilgili ulusal önlem, Müslüman ve Yahudilerin farklı bölgeler ve devletlerden gelen ve ön bayıltma yapılmaksızın kesilmiş hayvanları tüketmesini de

¹⁶¹ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para.107.

¹⁶² *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para.108 vd.

¹⁶³ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para.112-115.

¹⁶⁴ Bkz. AİHS'ye Ek 15 no'lu Protokol m.1.

¹⁶⁵ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para.118.

engellememektedir.¹⁶⁶ Bu bağlamda AİHM, 9. madde çerçevesinde bir ihlal bulunmadığına hükmetmiştir.¹⁶⁷

İkinci olarak AİHM, hayvan refahı kavramı ile din ve vicdan özgürlüğünü temel olarak ayrımcılık iddialarını da değerlendirmiştir.¹⁶⁸ Bu husus temel bazı başlıklar altında gerçekleşmiştir. Öncelikle, olayda AİHS'nin 14. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmiş,¹⁶⁹ devamında ise ayrımcılığın tespitine yönelik olarak karşılaştırma unsurunun varlığı ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Burada üç ayrı grup üzerinden değerlendirme yapıldığı görülmektedir.

Birincisi, Yahudi ve Müslüman inananların durumları ile avcılar ve balıkçıların durumları karşılaştırılmıştır.¹⁷⁰ AİHM'ye göre, dini kesimler çiftlik hayvanları üzerinde gerçekleştirildiği için bu hayvanların öldürülmesi, avlanma ve eğlence amaçlı balıkçılık kapsamında öldürülen vahşi hayvanlardan farklı bir bağlamda gerçekleşmektedir.

İkincisi, Yahudi ve Müslüman inananların durumları ile genel nüfusun durumları karşılaştırılmıştır.¹⁷¹ Başvurucular burada, dini diyet kurallarına tabi olmayan genel nüfusla aynı şekilde muamele gördükleri için ayrımcılık bulunduğunu iddia etmektedir.¹⁷² Aslında burada bir dolaylı ayrımcılık iddiası bulunmaktadır. AİHM ise durumun bunun aksi olduğunun altını çizmiştir. AİHM'ye göre, geri döndürülebilir ve ölüme neden olmayan ulusal önlem, dini ritüellerde öngörülen özel kesim yöntemleri için alternatif bir bayıltma süreci sağlamaktadır. Bu nedenle, olayda, farklı durumların farklı şekilde ele alınmasıyla ilgili bir durum söz konusu olmamıştır.

¹⁶⁶ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para.122.

¹⁶⁷ Bununla birlikte hem karara genel olarak bakıldığında hem de karardaki mutabık görüşler incelendiğinde, aynı amaca daha az kısıtlayıcı yollarla ulaşıp ulaşılamayacağı konusunda bir değerlendirme eksikliği olduğu ifade edilebilir. Bkz. *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, Concurring Opinion Of Judge Koskelo, Joined By Judge Kūris, Concurring Opinion Of Judge Yüksel.

¹⁶⁸ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para.125 vd.

¹⁶⁹ *Ibid.* para. 126-131. AİHM'nin ayrımcılık söz konusu olduğunda genellikle uyguladığı karar inceleme usulü hakkında bilgi için bkz. Gözde Kaya et. al. "Avrupa Birliği Ayrımcılıkla Mücadele Hukuku," 212 vd.

¹⁷⁰ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para. 145-146.

¹⁷¹ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para. 147-149.

¹⁷² *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para. 147.

Üçüncü ve son olarak AİHM, Yahudi inananların durumları ile Müslümanların durumlarını karşılaştırmıştır.¹⁷³ AİHM burada, Yahudi dini topluluğunun diyet kuralları ile Müslüman dini topluluğunun diyet kurallarının farklı nitelikte olmasının, Yahudi ve Müslüman inancına sahip kişilerin dini özgürlük açısından ilgili önlemle ilgili olarak farklı durumlarda olduklarını göstermeye yeterli olmadığını değerlendirmiştir. Genel olarak bakıldığında karşılaştırma unsurunun ve farklı gruplara benzer muamelenin belirlenememesiyle birlikte ayrımcı muamelenin mevcudiyeti ortaya koyulamamıştır. Bu bağlamda ayrımcı muamelenin meşru sebepler bakımından haklı gösterilmesi aşamasına geçilememiştir. Sonuç olarak bu değerlendirmeler ile birlikte AİHM, söz konusu ulusal önlemin, AİHS'nin 9. maddesiyle birlikte 14. maddesini ihlal etmediği yönündeki kararını vermiştir.¹⁷⁴

Sonuç olarak AİHM'nin bu iki yönlü kararı iki farklı açıdan değerlendirilebilir. Birincisi, AİHM, hayvan refahı kavramının kamu ahlakı kavramıyla bağlantılandırılması ve özgürlüklere getirilen bir sınırlamanın meşru sebebi olarak kullanılabilmesi yönünden ilk defa karar vermiştir. Kanımızca salt olarak bu husus dahi kararı oldukça önemli bir noktaya taşımaktadır. Nitekim, taraf devletlerin, bu kavramı olayın özelliklerine göre meşru bir amaç olarak kullanabilmeleri olasıdır.

Buradaki temel sorun taraf devletlere bırakılacak takdir payının ne ölçüde olacağı ve orantılılık incelemesinin ne derecede ileri gideceğidir. AİHM, ulusal makamlara, dar olmamakla birlikte bir takdir yetkisi tanınması gereğinin altını çizmiştir. Bu kapsamda, geri döndürülebilir bayılma yöntemine ilişkin ulusal önlemin, dini kesime yönelik tam bir yasak değil bazı kısıtlamalar getirdiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, kanımızca, hayvan refahı ile din ve vicdan özgürlüğünü dengeleme konusu hassas bir tartışma zemini oluşturmaktadır.

AİHM, bu dengenin kuruluşu açısından değerlendirmesine, ABAD'dan farklı bir şekilde başlamış ancak benzer bir şekilde sonuçlandırmıştır. Bu ise beklenen bir yaklaşımdır. Şöyle ki, bu kararda, Sözleşme'nin koruduğu iki temel hakkın dengelenmesi gibi bir durum oluşmadığı ifade edilmiş ve hakkın sınırlandırılması açısından yapılan değerlendirme, ulusal önlemin niteliği üzerinden şekillendirilmiştir. Bu kapsamda hem ABAD ve ulusal mahkeme

¹⁷³ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para.150.

¹⁷⁴ *Executief Van De Moslims Van België Et Autres C. Belgique*, para.151.

kararlarına hem de ulusal önlemin hazırlık çalışmaları sırasında yürütülen bilimsel çalışmalara atıf verilmiştir. Bu arka planda, üye devletin takdir payı içerisinde, kesim sırasında hayvan refahına yönelik zararı azaltma amacına yeterince ulaşabilecek daha az radikal bir önlem olmadığı sonucuna ulaşıldığı görülmektedir. Bu değerlendirme, AİHM tarafından oldukça önemli bir noktaya oturtulan ve bu kararda temel alınan ABAD kararı ile paralel çizgide ilerlemiştir. Bu da bize aynı vakalar üzerinden yapılan değerlendirmede mahkemeler arasındaki tutarlılığı göstermektedir.¹⁷⁵ Dolayısıyla, bu etkileşim çerçevesinde, ABAD kararı farklı olsaydı, AİHM'nin de kararının farklı bir şekilde yapılandırılabilmesine ilişkin bir ihtimal göz önünde bulundurulmalıdır.

İkincisi, ayrımcı muamelenin tespiti açısından da bir yorum yapılabilir. Burada öncelikle belirtilmelidir ki ayrımcı muamelenin tespiti açısından kanımızca sınırlı karşılaştırma unsurları belirlenmiştir. Devamla, AİHM'nin buradaki ilk değerlendirmesi, özellikle farklı nitelikteki hayvanlar üzerinden uyguladığı yaklaşım açısından eleştirilebilir. Nitekim kararın yazım şeklinden, AİHM'nin, çiftlik hayvanlarına daha fazla önem verdiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Örneğin, balıkların karasal bir ortamda tutulmamaları ya da sudaki çiftliklerde yetiştirilmeleri, onların hayvan refahına yönelik gereksinimleri olmadığını göstermeyecektir.¹⁷⁶ Aynı husus vahşi hayvanlar için de geçerlidir. Avcılık veya balıkçılık yapan kişilerin, bunu bir tür doğal veya vahşi deneyim olarak yaşadığı ifade edilebilir. Bu durumda, dini ritüel çerçevesinde yapılan kesimin karşısında, avcılık/balıkçılık deneyiminin neden istisnai bir korumayı hak ettiği açık bir şekilde ortaya koyulamamıştır.¹⁷⁷ Bu

¹⁷⁵ Ayrıca bkz. Johan Callewaert, *Successive scrutiny of the same Legislation in Luxembourg and Strasbourg: judgment of the ECtHR in the Case of Executief van de Moslims van België and Others v. Belgium*, (23/02/2024) <https://johan-callewaert.eu/successive-scrutiny-of-the-same-legislation-in-luxembourg-and-strasbourg-judgment-of-the-ecthr-in-the-case-of-executief-van-de-moslims-van-belgie-and-others-v-belgium/>

¹⁷⁶ Elien Verniers, *Executief Van De Moslims Van België and Others V. Belgium: The ECtHR's Perspective on Balancing Animal Welfare With Religious Freedom*, (Strasbourg Observers, May 08, 2024) <https://strasbourgothers.com/2024/05/08/executief-van-de-moslims-van-belgie-and-others-v-belgium-the-ecthrs-perspective-on-balancing-animal-welfare-with-religious-freedom/>

¹⁷⁷ Harriet Ní Chinnéide, Cathérine Van de Graaf, *Prohibition Of Religious Slaughter In Executief Van De Moslims Van België and Others V. Belgium: Process-Based Review and A New Legitimate Aim*, (Strasbourg Observers, April 26, 2024)

bağlamda AİHM kararındaki karşılaştırma unsuru değerlendirmesinin, bu açıdan eksik kaldığı ifade edilebilir.

Dini diyet kurallarına tabi olmayan kişiler açısından yapılan karşılaştırmada ise dolaylı ayrımcılık açısından oldukça kısa bir değerlendirmeye yer verildiği görülmektedir. Burada ilk bakışta, AİHM'nin de belirttiği üzere, farklı gruplara benzer/aynı şekilde uygulanan bir muamele bulunmuyor gibi görünmektedir. Nitekim, dini ritüeller açısından, geri döndürülebilir bayıltmaya ilişkin bir istisna uygulanabilmektedir. Ancak her iki uygulamanın da esas noktası hayvanın bayıltılması üzerine kurgulanmıştır. Tartışmalı nokta da budur. Bu bağlamda AİHM'nin, ulusal önlemin etkileri ve ayrımcılık açısından daha açık ve kapsamlı bir incelemeyi, gerekirse taraf devletin bu yöndeki bilimsel çalışmalarına ve takdir payına atıfla haklı gösterme şeklinde olsa da kararına yansıtması gerektiği düşünülmektedir. Sonuç olarak, ayrımcı muamelenin mevcudiyeti ortaya koyulsaydı dahi Mahkemenin, AİHS'nin 9. maddesi kapsamında yaptığı gibi bir orantılılık değerlendirmesi yaparak, muameleyi haklı bulması büyük bir olasılık olarak değerlendirilebilecektir.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında aynı hukuki vakalardan yola çıkarak benzer sonuçlara varan iki önemli karar bulunduğu ortaya koyulmuştur. Bu kararların esası, din ve vicdan özgürlüğü ile hayvan refahı kavramlarının çatışmasını barındırmaktadır.

Özellikle hayvan refahı söz konusu olduğunda AB'nin bu alanda derin bir hukuki zemine sahip olduğu görülmektedir. Hayvan refahıyla ilgili düzenlemeler, temelde tarım politikaları ve iç pazar serbest dolaşımlarıyla ilgili olduğundan AB hukukunda bu kavramın vasıflandırıldığı düşünülmektedir. Bu duruma zamanla toplumda ortaya çıkan hayvan hakları yönündeki eğilim de katkıda bulunmuştur denilebilir. AİHS ise bu kavram bakımından sessiz kalmakla birlikte AİHM'nin Sözleşme'yi yorumlamasıyla birlikte belirli bir derecede uygulamaya koyulmaktadır.

Hukuki zeminde korunan tek unsur hayvan refahı değildir. Hem AB'de hem de AİHS çerçevesinde AİHM tarafından, din ve vicdan özgürlüğü de

<https://strasbourgobservers.com/2024/04/26/prohibition-of-religious-slaughter-in-executief-van-de-moslims-van-belgie-and-others-v-belgium-process-based-review-and-a-new-legitimate-aim/>

kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Buna göre din ve vicdan özgürlüğü mutlak olmayıp devletlerin bu alana müdahalesi hukuk kapsamında meşru görülebilecektir. Bu husus bir tarafıyla siyasi bir konu olarak ele alınabilecekse de görüldüğü üzere mahkemelerin önüne gelen vakalardan ötürü yargısal bir önem de taşımaktadır. Buradaki temel sorun, bir temel hak ve özgürlüğün sınırı olarak hayvan refahı kavramının belirlenmiş olmasıdır.

ABAD kararının devamını sağlayan ve hatta bu kararın üzerinden incelemelerini şekillendiren AİHM, hayvan refahı kavramının din ve vicdan özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalar bakımından meşru bir sebep olduğunu kabul etmiştir. Bu durumu daha ileriye taşıyan gösterge ise kararın oybirliği ile alınmış olmasından doğmaktadır.

Bu bağlamda, mahkemeler arasındaki etkileşimin, AİHM kararına etki etmiş olabileceği ifade edilebilir. Dolayısıyla, ABAD farklı bir karar vermiş olsaydı, AİHM kararında bu hususun değerlendirilebileceğini söylemek mümkün olabilecektir. Hukuksal ilişki bakımından ve durumun tam tersi olarak, kararın AB'deki yansımalarının nasıl olacağı ve ilerleyeceği devam eden süreçte dikkatle izlenmelidir. Unutmamak gerekir ki bir durum meşru bir sebep olarak kabul edilse de yine de orantılılık testine tabi olacaktır. Bu testin, mahkemeler önüne gelen her bir olayın özelliğine göre ele alınacağı ise unutulmamalıdır. Diğer bir taraftan, ayrımcılık unsurunun mahkemeler tarafından daha farklı bir şekilde ele alınması gerektiği düşünülmektedir.

ABAD, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others* kararıyla birlikte, ayrımcılık üzerinden çerçeve bir değerlendirme yapmakla yetinmiştir. Bu durum, hukuka uygunluk denetimi yapılan tasarrufun doğasından kaynaklanan bir karşılaştırma unsurunun eksikliğine bağlanmaktadır. Bu bakımdan, ilgili ulusal önlemin ayrımcı doğasının ayrıca incelenmesi gerekiyordu şeklinde ek bir çıkarımda bulunulabilir. AİHM kararında ise ayrımcılık konusu biraz daha kapsamlı şekilde incelenmiştir. Bu aşamada da değerlendirme açısından bazı sorunlu noktalar bulunduğu ifade edilebilir. Nitekim bu noktalar, yapılan incelemenin yine karşılaştırma unsuru kısmında takılmasıyla kendisini göstermiştir. Bu da doğal olarak, Mahkemenin, ortada ayrımcı bir muamele bulunmadığına yönelik karar vermesine neden olmaktadır. Ancak, bu kararda en azından dolaylı ayrımcılığa ilişkin bir iddianın değerlendirilmeye alındığı görülmektedir.

Son olarak, şu soru sorulabilir: Ayrımcılık iddialarında karşılaştırma unsuru belirlenseydi ve ayrımcı muamelenin mevcudiyeti kabul edilseydi,

mahkemeler nasıl hareket edecekti? Farazi bir değerlendirme üzerinden hukuki olarak kesin bir sonuca varmak uygun olmasa da bu hususta genel bir yorum yapılabilir.

Burada, meşru sebep temelinde haklı gösterme süreci ve bu kapsamda üye/ taraf devletlerin takdir hakkına ilişkin yapılacak değerlendirmenin ön plana çıkma potansiyeli ifade edilebilir. Bu aşamada genel olarak orantılılık unsuru incelenirken, toplumun genel çıkarı ile kişilerin temel haklarının korunması arasında adil bir denge gözetilmelidir. Bu denge gözetilmezse ve taraf devlet önlemleri gerekenin çok ötesine geçen etkilerle sonuçlanırsa, orantılılık ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Böyle bir durumda, insanın özünü oluşturan temel hakların her türlü ifadeyle sınırlandırılmasının önü açılabilir ve hak ve özgürlüklerin zedelenmesi söz konusu olabilir. Mahkemelerin bu denli katı bir yorum yapacağı düşünülmemekle birlikte, yukarıdaki kararların ele alınış şekliyle yola çıkılırsa, orantılılık değerlendirmesinin de bu kararların ayrımcılık değerlendirmesi dışındaki kısımlarındaki gibi yürütüleceği kanısına varılabilir. Bu hususta devam eden sürecin ve kararların takibi önemlidir.

KAYNAKÇA

- Ahlm, Emma, *An EU Law on Religion – A Recent Development*, (Canopy Forum, March 12, 2021) <https://canopyforum.org/2021/03/12/an-eu-law-on-religion-a-recent-development/>
- Arnardóttir, Oddný Mjöll, “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights,” *Oslo Law Review* 4, no.3 (2017): 150-171.
- Aslı Bilgin ed., *Avrupa Birliğinin Kurucu Değerleri*, Yetkin Yayınları, 2023.
- Baykal, Sanem, Göçmen, İlke, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi.” İçinde *Prof Dr Erdal Onar’a Armağan*, 317-365. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 2013.
- Blanke, Hermann-Josef, “Preamble.” İçinde *Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary*, Eds. Blanke, HJ., Mangiameli, S., 3-57. Springer, 2021.
- Doe, Norman, Cranmer, Frank, “Religion and Law in the European Union.” İçinde *The Oxford Handbook of Religion and Europe*, Eds. Grace Davie, Lucian N. Leustean, 307-322. Oxford University Press, 2021.
- Callewaert, Johan, *Successive scrutiny of the same Legislation in Luxembourg and Strasbourg: judgment of the ECtHR in the Case of Executief van de Moslims*

van België and Others v. Belgium, (23/02/2024) <https://johan-callewaert.eu/successive-scrutiny-of-the-same-legislation-in-luxembourg-and-strasbourg-judgment-of-the-ecthr-in-the-case-of-executief-van-de-moslims-van-belgie-and-others-v-belgium/>

- Chinnéide, Harriet Ní, Van de Graaf, Cathérine, *Prohibition Of Religious Slaughter In Executief Van De Moslims Van België and Others V. Belgium: Process-Based Review and A New Legitimate Aim*, (Strasbourg Observers, April 26, 2024) <https://strasbourgobservers.com/2024/04/26/prohibition-of-religious-slaughter-in-executief-van-de-moslims-van-belgie-and-others-v-belgium-process-based-review-and-a-new-legitimate-aim/>
- EPRS, European Parliamentary Research Service, *Animal welfare*, PE 754.644 – (December 2023): [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754644/EPRS_BRI\(2023\)754644_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754644/EPRS_BRI(2023)754644_EN.pdf)
- EPRS, European Parliamentary Research Service, *Religious slaughter: Reconciling Animal Welfare With Freedom of Religion or Belief*, PE 751.418, (July 2023).
- European Commission - Press release, *Commission Proposes New Rules to Improve Animal Welfare*, (Brussels, 7 December 2023), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_23_6251/IP_23_6251_EN.pdf
- European Commission, Directorate-General for Health and Food Safety, *Preparation of Best Practices On The Protection Of Animals At The Time Of Killing – Final report*, EU Publications Office, 2017.
- European Court of Auditors, Special Report, *Animal Welfare In The EU: Closing The Gap Between Ambitious Goals and Practical Implementation*, No.31, 2018.
- European Parliament, Briefing, *Review of the Rules on the Protection of Animals During Transport*, PE 760.360, March 2024.
- Göçmen, İlke, *Avrupa Birliği Hukukunun Temelleri*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021)
- Hazar, Zeynep, “Hayvan Refahı: Din ve İnanç Özgürlüğüne Getirilen Yeni Bir Sınırlandırma Nedeni mi?” *AkdHFD* 13, no.2, (Aralık 2023): 807-846.
- Hurka, Steffen, Steinebach, Yves, “Legal Instrument Choice in the European Union,” *JCMS* 59, no.2, (2021): 278–296.
- Kaya, Gözde, Göçmen, İlke ve Ağzitemiz, Merve, *Avrupa Birliği Ayrımcılıkla Mücadele Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Kiviorg, Merilin, “Dangers of the Changing Narrative of Human Rights: Why Democracy and Security Need Religious Freedom.” İçinde *Research Handbook on Law and Religion*, Ed. Rex Ahdar, 331-355. Edward Elgar Publishing, 2018.

- Klamert, Marcus, “Articles 3-5 TEU.” İçinde *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Eds. Manuel Kellerbauer, et.al. 31-78. Oxford University Press, 2019.
- Krommendijk, Jasper, Borgesius, Frederik Zuiderveen “How to Read EU Legislation?” *EU Law Analysis*, <https://eulawanalysis.blogspot.com/p/how-to-read-eu-legislation.html>
- Lenaerts, Koen, Nuffel, Piet, *EU Constitutional Law*, Oxford University Press, 2021.
- Lottini, Micaela, Giannino, Michele, “Slaughtering Without Pre-Stunning and EU Law on Animal Welfare: The Particular Case of Organic Production,” *European Food and Feed Law Review* 14, no.6 (2019): 502-511.
- Lourenço, Luísa, “Religion, Discrimination and the EU General Principles’ Gospel: Egenberger,” *Common Market Law Review* 56, no.1, (2019): 193-208.
- Madera, Adelaide, “The Interplay Among Religion, Politics and Law In Europe - New Challenges and Future Trajectories.” İçinde *Routledge Handbook Of Religion and Politics*, ed. Jeffrey Haynes, 254-269. 3rd Edition, Routledge, 2023.
- Mangiameli, Stelio, “Article 2 (The Homogeneity Clause)” İçinde *The Treaty on European Union (TEU) A Commentary*, Eds. Hermann-Josef Blanke, Stelio Mangiameli 109-156. Springer, 2013.
- Martinez, José, Nolting, Cara, “Review: Animal welfare–A European Concept,” *Animal* 17, no.4, (2023).
- Meyer, Birgit “What is Religious -About- Heritage?” İçinde *The Bloomsbury Handbook of Religion and Heritage in Contemporary Europe*, Eds. Todd H. Weir and Lieke Wijnia, 15-21. Bloomsbury Publishing, 2024.
- Norman Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, Oxford, 2011.
- Nurse, Angus, “Mainstreaming After Lisbon: Advancing Animal Welfare in the EU Internal Market,” *European Energy and Environmental Law Review* 22, no.3 (2013): 101-115.
- Reimert, Inonge, Webb, Laura, et. al. “Review: Towards an Integrated Concept of Animal Welfare,” *Animal* 17, no.4 (2023).
- Rosas, Alan, Armati, Lorna, *EU Constitutional Law: An Introduction*, 3rd edition Hart Publishing, 2018.
- Scheppele, Kim Lane et. al. “EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union,” *Yearbook of European Law* 39, no. 1 (2020): 3–121.

- Taylor, Paul M. “Controversial Doctrine: The Relevance of Religious Content in The Supervisory Role Of International Human Rights Bodies.” İçinde *Research Handbook on Law and Religion*, Ed. Rex Ahdar, 309-330. Edward Elgar Publishing, 2018.
- Tomkin, Jonathan, “Equality-Introduction.” İçinde, *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Eds. Manuel Kellerbauer, et al. 2158-2161. Oxford University Press, 2019.
- Venter, Francois “The Justiciability and Adjudication of Religious Disputes.” İçinde *Research Handbook on Law and Religion*, ed. Rex Ahdar 286-307. Edward Elgar Publishing, 2018.
- Verniers, Elien, *Executief Van De Moslims Van België and Others V. Belgium: The ECtHR’s Perspective on Balancing Animal Welfare With Religious Freedom*, (Strasbourg Observers, May 08, 2024) <https://strasbourgobservers.com/2024/05/08/executief-van-de-moslims-van-belgie-and-others-v-belgium-the-ecthrs-perspective-on-balancing-animal-welfare-with-religious-freedom/>

DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATINDA RESMİ NİKAHSIZ KARI KOCA HAYATI YAŞAYANLAR ALEYHİNE YAPILAN İNDİRİMLER

*The Reductions Applied Against Couples Living Together Without
Formal Marriage in Compensation for Loss of Support*

Rabia ÖZSOY*

ÖZET

Türk Borçlar Kanunu m. 53'te ölüm halinde uğranılan zararlar sayılmıştır. Söz konusu hükümde sayılan zararlardan biri de ölen desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardır. Kanun koyucu bu düzenlemeyle hukuka aykırı fiil neticesinde ölen desteğin bakım yardımlarından yoksun kalan kişilerin destekten yoksun kalma zararının karşılanmasını amaçlamaktadır. Ölüm sebebiyle üçüncü kişilerin uğradığı maddi zarar yansımaya zarar niteliği taşıdığından kural olarak tazminat sorumluluğunun dışında tutulur. Ancak yansımaya yoluyla zararın tazmin edilebilmesi açık bir düzenlemenin varlığı halinde mümkündür. Destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin TBK m. 53/I b.3, destekten yoksun kalan kişilerin uğradığı zararın tazminine imkân tanıyan özel bir düzenlemedir. Hüküm istisnai niteliğinden dolayı dar yorumlanmalıdır. Destekten yoksun kalan kişi destek ile arasındaki fiili bakım ilişkisine dayanarak destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir. Tazminat talep edebilecek kişiler kanunda düzenlenmemiştir. Bu kapsamda eş, çocuklar, anne/ baba, nişanlılar, resmi nikahsız karı koca hayatını yaşayanlar ve kardeşler gibi destekten sürekli ve düzenli bakım yardımı alan kişiler tazminat talebinde bulunabilir.

Anahtar Kelimeler: Destek, maddi zarar, yansımaya zarar, destekten yoksun kalma tazminatı, destek gören.

Makalenin Geliş Tarihi: 17.11.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 04.12.2024.

* Arş. Gör. Dr., Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: rozsoy@cumhuriyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8774-7283.

Bu makale Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü doktora programı kapsamında hazırlanan "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı" adlı doktora tez çalışmasından üretilmiştir.

ABSTRACT

The Turkish Code of Obligations, Article 53, enumerates the damages resulting from death. One of the damages listed in this provision is the loss suffered by individuals who have been deprived of the support of the deceased. Through this regulation, the legislator aims to provide compensation for the loss of support caused by an unlawful act that deprives individuals of the deceased's assistance. As the financial loss suffered by third parties due to death constitutes a reflex damage, it is generally excluded from compensation liability. However, compensation for such reflex damage may be possible if there is a clear legal provision allowing it. Article 53/I b. 3 of the Turkish Code of Obligations is special provision that enables compensation for the damages suffered by those deprived of support. A claim for compensation for loss of support can be made based on the actual caregiving relationship between the person seeking support and the individual providing it. Persons entitled to claim compensation are not specifically regulated by law. In this regard, who receive continuous, regular care, such as spouses, children, parents, fiancés, those living together as a married couple without formal registration, and siblings, have the right to request compensation.

Keywords: Support, pecuniary damage, reflex damage, compensation for loss of support, dependant.

GİRİŞ

Destekten yoksun kalan kişilerin, tazminat yükümlüsünden talep edebilecekleri destekten yoksun kalma tazminatı, sorumluluk hukuku açısından özel bir öneme sahiptir. Zira sorumluluk hukukunda hukuka aykırı bir fiille doğrudan doğruya kim zarara uğramışsa kural olarak o kişi zararının tazminini isteyebilir. Belirli bir kişi üzerinde doğan zarar ile üçüncü kişilerin uğradığı zarar ayrımı uygun illiyet bağına ilişkin bir sorun olmayıp ihlal edilen normun koruma amacıyla ilgilidir. Destekten yoksun kalan üçüncü kişilerin uğramış oldukları zarar, kural olarak hukuka aykırılık bağı kurulamadığı için tazmin edilmez. Ancak, genel kuraldan farklı olarak TBK m. 53/I b.3, destekten yoksun kalan kişilerin desteğin ölümü halinde tazminat isteme haklarının olduğunu düzenlemiştir. Bu hüküm kapsamında destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalan olarak kabul edilen üçüncü kişiler lehine tanınan özel ve istisnai bir düzenlemedir. Zira, desteğin ölümü halinde korunan hukuki değer desteğin hayatıdır; destekten yoksun kalanın malvarlığı

değildir. Ancak, bu durumda tazminat talebinde bulunabilecek olan kişi doğrudan zarar gören değil, desteğin ölümünden etkilenen üçüncü kişilerdir. TBK m. 53 hükmü istisnai niteliğinden dolayı genel kuraldan önce uygulanmalı ve dar yorumlanmalıdır. Bu yönüyle diğer zarar türlerinden farklı olan destekten yoksun kalma zararının, bu çalışmada incelenme gerekliliği doğmuştur.

I. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Türk Borçlar Kanunu m.53'te bir kimsenin ölümü halinde uğranılan zararlar sayılmıştır. TBK m. 53'te sayılan zararlardan biri de ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardır. Kanun koyucu bu düzenlemeyle hukuka aykırı fiil neticesinde ölen desteğin bakım yardımlarından yoksun kalan kişilerin destekten yoksun kalma zararının tazminini amaçlamaktadır. TBK m. 53 hükmüyle hukuka aykırı fiil sonucunda yansıma zarara uğrayan kişilerin tazminat talep edemeyeceğine ilişkin genel kurala istisna getirilmiştir¹.

Destekten yoksun kalma zararı, ölen kişinin mali yardım ve bakımından yoksun kalan kişilerin uğradığı kazanç kaybı zararındır². Destekten yoksun

¹ Kadir Emre Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 50,51; Roland Brehm, *Das Obligationenrecht-Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Artikel 41-61 OR* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2021), 399; Andrea Kottmann, *Schadensberechnung und Schadensschätzung bei Körperverletzung und Tötung* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012), 250; Gediz Kocabaş, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20, no.3 (2014): 274,285; Heinz Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (Zürich: Schulthess Verlag,2008), 83; Konrad Fehr, *Der Versorgerschaden* (Aarau: H. R. Sauerländer & Co,1942), 11; Max Keller, Sonja Gabi ve Karin Gabi, *Haftpflichtrecht* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012), 78; Necip Bilge, "Yardımcıdan Mahrumiyet Sebebiyle Doğan Zararların Tazmini," *Adliye Dergisi*, no.8 (1944): 682.

² Hardy Landolt, *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Teilband VIc, Zweite Lieferung Art. 45-49 OR* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2007), 123; Bilgehan Çetiner, Andreas Furrer ve Markus Müller- Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 489; Heinrich Honsell, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Zürich: Schulthess Verlag, 1996), 86; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. II, m. 49-82* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 1268,1269; Vural Seven, "Sigorta Güvence Hesabı'nın Kapsamı ve Destekten Yoksun Kalma

kalma tazminatı ise, ölenin yardımından yoksun kalan kişilerin ölüm olayıyla uğramış oldukları zararın giderilmesini sağlayan özel bir tazminat türüdür³.

Destekten yoksun kalma zararından söz edilebilmesi için desteğin öldürülmesi yoluyla destek ilişkisinin bozulması gerekir. Destek ilişkisi (bakım ilişkisi), destek ile destek gören arasında kurulan ve destek görenin bakımını sağlamak amacıyla yapılan sürekli ve düzenli yardım ilişkisine denir⁴. Bakım ilişkisi (*Versorgungsverhältnis*), destek (*Versorger, unterstützenden Person*), destekten yoksun kalan (*Versorgte, unterstützte Person*) ve desteğin destekten yoksun kalana sağladığı bakım yardımlarından (*Versorgungsleistung*) oluşur.

Türk Hukukunda destek kavramı iki farklı anlamda kullanılmaktadır. İlk olarak destek kavramı bir başkasının geçimini kısmen veya tamamen karşılayan ya da ölmeseydi karşılayacak olan kişiyi ifade eder⁵. Doktrinde bu anlamda destek kavramını ifade etmek için “geçindiren” ya da “bakan” kavramlarının kullanılabilmesi ifade edilmektedir⁶. Destek kavramının diğer anlamıyla, desteğin yaptığı ve/veya yapacağı yardımlar kastedilmektedir⁷. TBK m. 53/I b.3’te ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerden söz edilmiştir. TBK m. 53/I b.3’te destek kavramıyla yardımcı yapan kişi değil, yardımın kendisi kastedilmektedir. Doktrinde bu anlamıyla desteği ifade etmek için “bakım yardımı” veya “geçim yardımı” kavramlarının kullanılabilmesi ifade edilmektedir⁸. İsviçre Hukukunda ise, destek terimi için “*Versorger*” ifadesi

Tazminatı,” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 157-158 (2017): 55; BGer 4A_389/2020, Urteil vom 18. 05.2021.

³ Kocabaş, “Destekten Yoksun Kalma,” 275; Mustafa Kıcalıoğlu, *Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 274,275; Hüseyin Hatemi ve Kadir Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 163; Hüseyin Tuztaş, *Trafik Kazalarından Kaynaklanan Bedensel Zararlar-Destekten Yoksun Kalma Tazminat Davaları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 734; Bernhard Stehle, *Der Versorgungsschaden: Dogmatik und Berechnung* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2010), 9 vd.; Landolt, *Obligationenrecht*, 123 vd.; YHGK, E. 2012/215, K. 2012/413, 27.06.2012, (Lexpera, E. T. 30.05.2023); BGE 129 II 49.

⁴ Kocabaş, “Destekten Yoksun Kalma,” 286; Stehle, *Versorgungsschaden*, 41,42.

⁵ Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, 42.

⁶ Selahattin Sulhi Tekinay, *Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963), 12.

⁷ Çağlar Özel, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 4 (2001): 96; Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, 42.

⁸ Tekinay, *Ölüm*, 18,19; Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, 42.

kullanılmıştır. “*Versorger*” ifadesi kelime anlamıyla bir şey sağlayan ya da tedarik eden anlamına gelmektedir. Bu anlamıyla da terim bir kişiyi işaret etmektedir. Bir diğer ifadeyle, Türk kanun koyucusundan farklı olarak, İsviçre kanun koyucusu OR Art.45/3 hükmündeki destek kavramı ile yapılan yardımı değil, yardımı yapan kişiyi kastetmiştir⁹. Kanaatimizce, her ne kadar TBK m. 53/I b.3’te kanun koyucunun destek terimi ile kastettiği yapılan yardım olsa da “*destek*” teriminden anlaşılması gereken, yapılan yardım değil, yardımı yapan kişi olmalıdır.

Desteğin ölümünden önce, destek tarafından sürekli ve düzenli olarak yardım yapılan yahut da destek ölmeseydi ileride yüksek olasılıkla destek tarafından sürekli ve düzenli yardım yapılacak olan kişiye destekten yoksun kalan kişi (destek gören) denilmektedir¹⁰. İsviçre-Türk Hukuku bakımından destek gören kişinin ölen desteğin mirasçısı yahut da nafaka alacaklısı olmasına gerek yoktur¹¹.

II. DESTEK TİPLERİ

A. Genel Olarak

Hukuken destek (*Versorger*), bir başkasının ya da başkalarının geçimini sürekli ve düzenli biçimde karşılıksız olarak sağlayan veya ölmeseydi ileride sağlayacak olan kişidir¹². Bir başkasının geçiminin tamamen değil kısmen

⁹ Kocabaş, “Destekten Yoksun Kalma,” 276.

¹⁰ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, C. I* (İstanbul: Sermet Matbaası, 1976), 511; Kıcalıoğlu, *Tazminat Davaları*, 283; Kocabaş, “Destekten Yoksun Kalma,” 292; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 166; Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, 129; Murtaza Çalı, *Haksız Fiilden Doğan Tazminat- Tazminat Hesaplama Usulleri, Bunlarla İlgili Yargıtay Kararları* (Ankara: Gürsoy Basımevi, 1968), 60; Sami Narter, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 5; Mehmet Sinan Cebe, *Destekten Yoksunluk ve İş Göremezlik Tazminatı ile Aktüeryal Hesap Esasları* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 99; Stehle, *Versorgungsschaden*, 52.

¹¹ Brehm, *Obligationenrecht*, 352; Karl Oftinger ve Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (Zürich: Schulthess Verlag, 1995), 335; Hans Marti, *Der Versorgerschaden* (Aarau: H. R. Sauerländer & Co, 1942), 79; Tekinay, *Ölüm*, 16 vd.; Haluk Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku- Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 300; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 166; Fehr, *Versorgerschaden*, 32; Kıcalıoğlu, *Tazminat Davaları*, 283.

¹² Fehr, *Versorgerschaden*, 10; Marti, *Versorgerschaden*, 14,15; Oftinger ve Stark, *Haftpflichtrecht*, 335,336; Rey, *Haftpflichtrecht*, 67; Keller, Gabi ve Gabi,

sağlanması da sürekli ve düzenli olduğu sürece destek sayılmak için yeterlidir¹³. İsviçre-Türk Hukukunda bir kimsenin destek sayılabilmesi için hukuki veya akdi değil sadece fiili bir bakma ve geçindirme ilişkisinin varlığı aranır¹⁴. Ayrıca bir kimse düzenli ve sürekli olmak koşuluyla acıma veya diğer kişisel duygularla bakım ihtiyacı olan bir kişiye yardımda bulunursa, yardım ettiği kişiler açısından da destek olarak kabul edilir¹⁵. Alman – Avusturya Hukukunda tazminat almaya hak kazanan kişiler, yaralanma anında ölen kişinin kanunen nafaka vermekle yükümlü olduğu ya da ileride böyle bir yükümlülük altına girebileceği kişilerdir¹⁶. Destek ilişkisinin belirlenmesinde kanuni bakım yükümlülüğünün dikkate alındığı Alman- Avusturya Hukukunda desteğin gönüllü olarak baktığı ya da sözleşmeye dayalı bakım

Haftpflichtrecht, 101; Tekinay, *Ölüm*, 12; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Yayınevi, 1993), 620; Eren ve Dönmez, *Şerh*, 1276; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku*, 164,165; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 107.

¹³ Tekinay, *Ölüm*, 12; Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, 98; Narter, *Tazminat*, 3; Rey, *Haftpflichtrecht*, 67; Keller, Gabi ve Gabi, *Haftpflichtrecht*, 101.

¹⁴ Fehr, *Versorgerschaden*, 36; Oftinger ve Stark, *Haftpflichtrecht*, 336; Rey, *Haftpflichtrecht*, 67; Landolt, *Obligationenrecht*, 127; Mustafa Reşit Karahasan, *Tazminat Hukuku- Maddi Tazminat Öğreti Yargıtay Kararları* (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2001), 284,285; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976), 572; Honsell, *Haftpflichtrecht*, 87; Ferit H. Saymen ve Halid K. Elbir, *Türk Borçlar Hukuku- Umumi Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1966), 472; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku*, 620; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 108; Kıcalıoğlu, *Tazminat Davaları*, 274; Narter, *Tazminat*, 3; Cebe, *Aktüeryal Hesap Esasları*, 99; Y. 19. HD, E. 1993/1310, K. 1993/8420, 09.12.1993, (Kazancı, E. T. 25.11.2021); BGE 72 II 165/170.

¹⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku*, 620,621; Tekinay, *Ölüm*, 16; Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, 99.

¹⁶ Marc M. Hürzeler, *System und Dogmatik der Hinterlassenensicherung im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2014), 21, 60, 147; Hansgeorg Eckelmann, Jürgen Nehls ve Hans Jürgen Schafer, “Die Berechnung des Schadensersatzes bei Ausfall von Geldunterhalt nach Unfalltod des Ehemannes/Vaters,” *Neu Juristische Wochenschrift*, (1984): 945; Guido Pfeifer, “Schadensfall Tod: Zur Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns bei Tötungsdelikten,” *Archiv für die Civilistische Praxis* 205, no.6 (2005): 799; Friedrich Wedl, “Das Problem des Drittschadens,” *Österreichische Juristen Zeitung*, (1958): 645; Marti, *Versorgerschaden*, 10; OGH 2Ob62/12z, Urteil vom 07.08.2012; LG München II (LG) - 9 O 4229/16, Schlussurteil vom 05.04.2018 (BeckRS, 2018, 47387).

yükümlülüğü taahhüdünde bulunduğu kişiler BGB § 844/2'ye veya ABGB § 1327'ye dayanarak tazminat talebinde bulunamaz¹⁷.

Türk Borçlar Kanunu m. 53/I b.3'te destek tipleri tahdidi olarak sayılmamıştır. Türk Hukukunda bir kimsenin destek olarak sayılabilmesi için fiili bakma ilişkisinin varlığı yeterlidir. Bu kapsamda eşler, ana ve baba, çocuklar, kardeşler, resmi nikahsız karı koca hayatını yaşayanlar, nişanlı, üvey anne/baba, gelin ve damat, evlatlık, üvey evlat, büyükanne ve büyük baba destek olarak kabul edilebileceği gibi destek ile destek gören kişi arasında herhangi bir bakma yükümlülüğünün aranmadığı gönüllü desteklik ilişkisi kapsamında bir kimse de hiç tanımadığı bir kimsenin desteği olabilir. Bu çalışmada destek tiplerinden sadece resmi nikahsız karı koca hayatını yaşayanlar açıklanacaktır.

B. Resmi Nikahsız Karı Koca Hayatını Yaşayanların Birbirine Destekliği

Destek ilişkisinin varlığından söz edebilmek için resmi nikah şart değildir¹⁸. Ülkemizde resmi nikah olmaksızın yasa dışı birleşmeler söz konusudur. Söz konusu yasa dışı birleşmelerin nasıl vasıflandırılacağı ve tazminat hakkı tanınıp tanınmayacağı ise sorun teşkil etmektedir. Mevzuatımıza göre, yalnızca resmi nikahlı eşlere bazı hukuki haklar tanınmaktadır. Ancak, resmi nikahı olmayan bu kimseler aynı resmi nikahlı eş gibi, çocuk doğurup, ev işlerini, tarla işlerini görmekte hatta kazanç getirici işte çalışarak aile birliğine katkı sağlamaktadır. Destek ilişkisi fiili bir durumu

¹⁷ Werner Wussow ve Gerhard Küppersbusch, *Ersatzansprüche bei Personenschaden* (München: Verlag C.H.Beck, 1990), 79; Hürzeler, *Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht*, 21; OGH 2Ob12/91, Urteil vom 26.04.1991.

¹⁸ Ergun Orhunöz, *Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları Ölüm ve Bedeni Zararlar* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2000), 150; Narter, *Tazminat*, 10; Cebe, *Aktüeryal Hesap Esasları*, 102; Y. 21. HD, E. 2016/264, K.2016/5478, 29.03.2016, (Kazancı, E. T. 06.03.2022); "...Medeni Yasa uyarınca evlilik bağı kurulmasa bile karı-koca olarak bir araya gelerek bu amaç ve duygu ile yaşamın sürdürülmesi karşısında, kadınlara için fiilen ve düzenli olarak onun geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak biçimde yardım eden ve olayların normal akışına göre, eğer ölüm gerçekleşmeseydi gelecekte de bu yardımı sağlayacak bakım yükümlülüğünü yerine getiren erkeğin destek sayılması gerekir. Bu nedenle, nikahsız eşin iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümü nedeniyle destekten yoksun kalmaya dayalı olarak maddi tazminat davası açma hakkı vardır." Y. 21. HD, E. 2014/8509, K. 2014/18671, 25.09.2014, (Kazancı, E. T. 22.05.2022).

ifade ettiğinden doktrinde ve yargı kararlarında da resmi nikahsız karı koca hayatını yaşayanların birbirine destekliği kabul edilmektedir¹⁹. Ancak somut olayda desteğin hem resmi nikahlı eşi hem de resmi nikahsız karı koca hayatını yaşadığı bir kimsenin bulunması halinde resmi nikahsız partnerin destekten yoksun kalma tazminatı talep edip edemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, bir kimsenin destek olarak nitelendirilebilmesi için fiili bir bakım ilişkisinin yeterli olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, desteğin sağlığında bakımını üstlendiği hem nikahlı eşi hem de resmi nikahsız karı koca hayatı yaşadığı kişi aynı anda destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir²⁰. Doktrindeki hâkim görüşe göre, destek ve destek gören bir başkasıyla resmi nikahlı değilse desteğin ölümü halinde resmi nikahsız karı koca hayatını yaşayan sağ kalan partner destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir²¹.

¹⁹ Tekinay, *Ölüm*, 42; Bilge, “Yardımcıdan Mahrumiyet,” 691,692; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 573,754; Saymen ve Elbir, *Borçlar Hukuku*, 474; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 530,531; Karahasan, *Maddi Tazminat*, 297; Kemal Tahir Gürsoy, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no.1 (1972): 151,152; Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, 114,115; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, 508; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku*, 628; Hasan Tahsin Gökcan, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 708; Narter, *Tazminat*, 10.

²⁰ Ahmet Ç. Çelik, *Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 61,62; Tural, Medeni Kanun tanımaya da toplumumuzda çok eşliliğin yaygın olduğunu bu sebeple birden fazla eşi olan erkeğin ölümü halinde dini nikahlı eşinin de destekten yoksun kalma zararına uğradığını ifade eder. Ayrıca yazara göre, destek, yasal eşinden ayrı ve diğer eş ile yaşıyorsa nikahsız eşe verilen destek daha fazla belirlenmelidir. Turabi Tural, *Tazminat ve Hesaplanması* (Ankara: Mespa Dizgi, 1999), 73; Resmi nikahlı eşi olan desteğin imam nikahlı eşiyle birlikte yaşaması halinde imam nikahlı eşe de destekten yoksun kalma tazminatı verildiğine ilişkin karar için bkz. İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/289, K. 2020/292, 09.09.2020, (Lexpera, E. T. 03.03.2024); İstanbul BAM, 40. HD, E. 2021/394 K. 2022/1141, 15.06.2022, (Lexpera, E. T. 03.03.2024); Y. 11. HD, E.2005/13529, K. 2007/189, 15.01.2007, (Legalbank, E. T. 03.03.2024).

²¹ Gürbüz, imam nikahlı eşlerden birinin hukuki evlilik bağı ile bağlı olması halinde, artık imam nikahlı eşin desteklik iddiasının dinlenilmeyeceğini, ancak ölenin evli olduğunu bilmediği hallerin müstesna tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Metin Gürbüz, *Beden Tamlığının İhlali (Sakatlık) ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2001), 60; Yavuz, kadın veya erkeğin başkası ile evli olmaması şartıyla resmi nikah yapılmaksızın karı koca

Kanaatimizce, resmi nikahsız karı koca hayatını yaşayan partnerler²², aile düzenini resmi nikahlı eş gibi sürdürmektedir. Resmi nikahsız karı koca hayatını yaşayanların kapsamına imam nikahlı eşler girebileceği gibi herhangi bir nikah olmaksızın fiilen karı koca hayatını yaşa-yanlar da girebilir. Zira, destek ilişkisi fiili bakma ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Resmi nikahsız karı koca hayatını yaşayanlardan biri halihazırda bir başkası ile evli değilse resmi nikahlı olmayan partnerlerin birbirine destekliği kabul edilmelidir. Ancak resmi nikahla evli birinin bir başkasıyla da resmi nikahsız yaşaması halinde genel ahlak kurallarına aykırı bir durum yaratılacağından resmi nikahsız karı koca hayatını yaşadığı partnerinin tazminat talebi kabul edilmemelidir. Zira evli birinin ölümü halinde hem resmi nikahlı eşinin hem de resmi nikahsız karı koca hayatını yaşadığı partnerinin tazminat hakkı olması genel ahlak kurallarına aykırı bir şekilde karı- koca hayatının yasa dışı birleşmeler noktasında teşvik edilmesine sebebiyet verir. Ayrıca yarattığı gayri meşru durumdan evli bir erkeğin resmi nikahlı olmayan partneri öldüğü gerekçesiyle hak sağlamasının da önü açılmamalıdır. Sonuç olarak, Medeni Kanun'un

gibi birlikte yaşayanların birbirinin desteği olacağını ifade etmektedir. Nihat Yavuz, *Borçlar Hukuku El Kitabı* (Ankara: Adalet Yayınları, 2018), 241; Nomer, ölen kişi evli olduğu halde nikahsız olarak bir başkasıyla birlikteyse evlilik dışı birlikteliğin ne kadar süreceği kestirilemeyeceğinden nikahsız eşin destekten yoksun kalma tazminatı isteyemeyeceğini ifade etmektedir. Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 271; Köteli, 3 durumda bu hususun değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir. (1) Meşru nikahlı eşi olan birisinin bir başkası ile karı koca gibi yaşamasında ağırlıklı unsur cinsel ilişkidir. Dolayısıyla yapılan yardımlar bunun ödüllendirilmesidir. Bu nitelikte bir yardımın kesilmesi destekten yoksun kalma tazminatı talebine temel olamaz. (2) Meşru eşinden başka birisiyle yaşayan erkeğin her an bu ilişkiyi bozması beklenir, bu yüzden bu ilişkilerin kararlılığı kanıtlanamaz denilebilir. Bu durumda da destekten yoksun kalma tazminatı talebinin reddi gerekir. (3) Erkeğin bazı nedenlerle boşanmadığı karısından yıllardır ayrı yaşaması ve bu süre içerisinde de davacı ile beraber olup onunla karı koca gibi yaşaması mümkündür. Bu durumda hem meşru eş hem de nikahsız eş ayrı ayrı destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Argun Köteli, *Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler* (İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret, 1991), 191 vd.; Oğuzman ve Öz, kadının veya erkeğin başkasıyla evli olmaması şartıyla, yardımda bulunanın diğerinin desteği sayılacağını kabul etmektedir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 108; Gökyayla, medeni nikah olmaksızın birlikte yaşayan kişilerden biri veya her ikisi aynı zamanda evliyse, destek ilişkisinin varlığının kabul edilemeyeceğini ifade eder. Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, 118.

²² Bu çalışmada resmi nikahsız karı koca hayatını yaşayan partnerler için resmi nikahsız partner terimi de kullanılmaktadır.

sağladığı birçok hukuki imkândan yoksun kalan özellikle miras hakkından yoksun kalan resmi nikahsız karı koca hayatını yaşayan partnerin tazminat hakkından da mahrum bırakılması onun ölüm anına kadar yapmış olduğu düzenli ve devamlı tüm yardımların göz ardı edilmesi demektir. Özellikle kırsal kesimlerde, kadın partner, çocukları ve kocasının yanı sıra kocasının anne ve babasının da hizmetini görmekte ayrıca hayvancılık veya tarla işlerinde de kocasına yardımcı olmaktadır. Taraflardan herhangi birinin halihazırda resmi nikahlı bir birlikteliği olmadığı durumda resmi nikahsız karı koca hayatı yaşayan partner, tıpkı resmi nikahlı eş gibi tazminat hakkına sahip olmalıdır. Zira, diğer türüsünün kabulü adalet anlayışına uygun düşmez.

III. DESTEKTEN YOKSUN KALMA ZARARININ HESAPLANMASINDA ZARARI AZALTAN HALLER

A. Genel Olarak

Destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanırken öncelikle zarar hesabı yapılmalıdır. Destekten yoksun kalma zararından söz edebilmek için destek görenlerin bakım ihtiyacı içinde bulunduğunu ya da ileride bakım ihtiyacı içine düşeceklerini ispat etmeleri gerekir. Eğer, destek gören desteğin ölümünden sonra da mevcut sosyal hayat seviyesini sürdürebiliyorsa yani bakım ihtiyacı içinde değilse somut olayda tazmini gereken bir zarar söz konusu değildir. Bu sebeple destek görenin desteğin ölümü sebebiyle elde ettiği birtakım menfaatler varsa, bu menfaatlerin de bakım ihtiyacını etkilediği ölçüde destekten yoksun kalma zararından indirilmesi gerekir. Destekten yoksun kalma zararından indirilmesi gereken ekonomik menfaatlerden biri miras, mal rejimi gibi denkleştirme ile ilgisi olmayan destek görenin bakım ihtiyacını azaltan ya da ortadan kaldıran menfaatler olabilir. Destekten yoksun kalma zararından indirilmesi gereken bir diğer ekonomik menfaat ise denkleştirmeye tabi olan ölüm sebebiyle tasarruf edilen masraflardır.

Sağ kalan kişi rapor veya karar tarihine kadar yeniden evlenmişse destekten yoksun kalma zararı desteğin ölüm tarihinden yeniden evlenmenin yapıldığı tarihe kadar özel olarak hesaplanmalıdır²³. Ancak yeniden evlenme

²³ Landolt, *Obligationenrecht*, 145; Brehm, *Obligationenrecht*, 430; Kottmann, *Schadensberechnung*, 291; Rey, *Haftpflichtrecht*, 70; Çalı, *Haksız Fiilden Doğan Tazminat*, 76; Çelik, *Destekten Yoksunluk*, 390; Gürsoy, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı,” 162,163; “Davacı nikahsız eş K. D.’nin ölenin desteğinde olduğu uyumsuzluk konusu değildir...Sağ eşin evlenmekle ölenin desteğinden çıktığı açıktır. Bilinen varken varsayım dayalı olarak hesaplama yapılamaz. Hal böyle olunca sağ

kesin olarak destekten yoksun kalma zararını sona erdiren bir hâl değildir. Yeniden evlenme halinde ikinci eş, ölen desteğin sağladığı sosyal hayat seviyesini sağlıyorsa evlenme ile zarar sona erer²⁴. Buna karşın ikinci eş, ölen eşin sağladığı sosyal hayat seviyesini sağlayamıyorsa bu durumda aradaki fark kadar hayatta kalan kişinin bakım ihtiyacının devam ettiği ve zararının tazmininin gerektiği kabul edilir²⁵.

Resmi nikahsız partner dava sürecinde yeniden evlenmeyebilir. Bu durumda resmi nikahsız partner için yeniden evlenme ihtimalinin değerlendirilmesi gerekir. Yeniden evlenme ihtimali zararı azaltan bir hâl olarak kabul edilmekte²⁶ ve zarardan yüzdesel bir indirim yapılmaktadır. Resmi nikahsız partnerden resmi nikahlı eşe göre daha fazla yeniden evlenme ihtimali indirimi yapıldığı için zararı azaltan hâllerden sadece yeniden evlenme ihtimali indirimi ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

kalan eşin olay tarihi ile evlenme tarihi arasında, ölenin desteğinde olduğunun kabulü gerekirken, sigortalının bakiye yaşam süresince desteğinde olacağı kabulü ile maddi tazminat karar verilmesi isabetsiz olmuştur.” Y. 21. HD, E.2016/264, K. 2016/5478, 29.03.2016 (Lexpera, E. T. 09.06.2023).

²⁴ Brehm, *Obligationenrecht*, 435; Kottmann, *Schadensberechnung*, 290,291; Tandoğan, *Mes’uliyet*, 307.

²⁵ Landolt, *Obligationenrecht*, 145; Brehm, *Obligationenrecht*, 430; Kottmann, *Schadensberechnung*, 291; Oftinger ve Stark, *Haftpflichtrecht*, 356; Tandoğan, *Mes’uliyet*, 307; Eren ve Dönmez, *Şerh*, 1295; Çalı, *Haksız Fiilden Doğan Tazminat*, 76; Çelik, *Destekten Yoksunluk*, 377; Gürsoy, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı,” 163; Narter, *Tazminat*, 96; Gökcan, *Tazminat Hukuku*, 722; “Destekten yoksun kalan eşin yeniden evlenme olasılığı, zararı azaltan durumlardan sayılmakta; olasılığın oranına göre tazminattan indirim yapılması gerekmektedir. Dul eş dava bitmeden evlenmişse, destek tazminatı, önceki eşinin ölüm tarihi ile yeniden evlenme tarihi arasındaki süreye göre hesaplanması gerekir. Çünkü, yeniden evlenmekle yeni bir destek bulunduğu kabul edilmektedir. Şu kadar ki, ölen eşinin gelir durumuna oranla, yeni eşinin geliri daha düşükse, aradaki farkın tazminat olarak ödenmesi gerekir.” YHGK, E. 2010/4-712, K. 2011/4, 02.02.2011, (Kazancı, E. T. 02.12.2022); Farklı görüş için bkz. Tuztaş, *Trafik Kazalarından Kaynaklanan*, 937,938.

²⁶ Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, 221; Tekinay, *Ölüm*, 153; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku*, 642; Çelik, *Destekten Yoksunluk*, 377; Gürbüz, *Beden Tamliğının İhlali*, 132 vd.; Gökcan, *Tazminat Hukuku*, 732; Oftinger ve Stark, *Haftpflichtrecht*, 354; Kottmann, *Schadensberechnung*, 291,292; Y.17. HD, E. 2015/12168, K. 2018/6246, 21.06.2018, (Lexpera, E. T. 1.11.2024).

B. Resmi Nikahsız Partnerin Yeniden Evlenme İhtimali İndirimi

Resmi nikahsız karı koca hayatı yaşayan partnerlerin birbirlerine destek olduğu durumda da hayatta kalan resmi nikahsız partnerin yeniden evlenme ihtimali zarardan indirim sebebi olarak kabul edilmelidir²⁷. Yargı kararlarında resmi nikahsız partnerin, resmi nikahlı eşe göre yeniden evlenme ihtimalinin daha yüksek olduğu kabul edilmekte ve resmi nikahlı eşe göre daha fazla yeniden evlenme ihtimali indirimi yapılmaktadır²⁸. Resmi nikahsız partner, desteğin ölümüne kadar tıpkı resmi nikahlı eş gibi aile düzeni içinde yaşayan kişidir. Tek farkın evliliğin resmi şekilde yapılmamış olduğu bu durumda resmi nikahsız partner ve resmi nikahlı eş arasında yeniden evlenme ihtimali

²⁷ Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, 225; Çelik, *Destekten Yoksunluk*, 379.

²⁸ "... tazminat isteminde bulunanın nikahsız eş olması, 18 yaşında ve bir çocuklu bulunması ve sosyal durumu nazara alındığında, nikahlı eşe nazaran evlenme olasılığının daha fazla olduğu söz götürmez. Bu bakımdan, nikahsız eş için % 35 oranındaki evlenme şansının az olduğu ortadadır." Y.21.HD, E.1997/3331, K. 1997/4819, 08.07.1997, (Kazancı, E. T.02.12.2022); "...davacı ile müteveffa işçi K6'in nikahsız 1 ay kadar evli kaldıkları tanık beyanları ve dosya kapsamından sabit olup, maddi tazminat hesabında davacının evlenme olasılığı nikahsız eş olduğundan, evli eşe oranla takdiren daha fazla indirim yapılması gerektiği, her ne kadar hükme esas alınan bilirkişi raporunda %40 oranında indirim yapılmış ise de, takdiren %50 oranında indirim oranının uygun olduğu kabul edilmiş ve Dairemizce bu hususta yeniden hesaplama yapılmış olup..." Diyarbakır BAM, 8.HD, E. 2020/669, K. 2020/1072, 11.12.2020, (Lexpera, E. T. 02.12.2022); Y.21. HD, E.2014/17542, K.2015/6892, 01.04.2015, (Yargıtay Karar Arama, E.T. 16.11.2024); Yargıtay'ın yeniden evlenme ihtimali değerlendirilirken resmi nikahsız partnerin durumunun resmi nikahlı eş gibi değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararı için bkz. "Somut olayda, mahkemece müteveffanın gayriresmi (imam nikahlı) eşi davacı ... için bilirkişi raporu ile belirlenen tazminattan (bilirkişi görüşünün aksine) res'en değerlendirme yapılarak % 90 oranında yeniden evlenme ihtimali ve hakkaniyet indirimi yapılarak yazılı şekilde karar verilmiş ise de; kaza tarihinde 17 yaşında olan ve dosya kapsamına göre müteveffa ile birlikteliğinden 18 yaşından küçük bir çocuğu bulunan davacı eş için yapılan indirim fazladır. O halde mahkemece, davacı eşin durumu resmi evlilik gibi değerlendirilerek olay tarihindeki yaşı, 18 yaşından küçük bir çocuğunun bulunması (bir çocuk için % 5 pay düşümü yönünden) sosyal yaşantısı ve ekonomik durumu göz önünde bulundurularak Yargıtay uygulamaları ve evlenme ihtimali konusunda düzenlenmiş tablolardan da yararlanılarak davacının durumuna uygun bir oranda evlenme ihtimali indirimi ve buna göre aktüerya hesabı yapılması amacıyla bilirkişiden ek rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yerleşik uygulamalara ve bu konuda hazırlanıp kabul gören tablolara aykırı şekilde ve yüksek oranda indirim yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulması isabetli bulunmamıştır." Y. 17. HD, E. 2013/20061, K. 2015/7597, 25.05.2015, (Lexpera, E. T. 11.06.2023).

açısından farklı oranlara hükmedilmesi doğru bir yaklaşım değildir²⁹. Hayatın gerçekleri dikkate alındığında ister resmi nikahlı eş olsun ister resmi nikahsız partner olsun yeniden evlenme ihtimali aynıdır. Yeniden evlenme ihtimali tespit edilirken değinilen kadının yaşı, çocuk sayısı, karakteri gibi kriterlerden bahisle farklı oranların tespit edilmesi kabul edilebilir bir durumdur, ancak, bu kriterlerin haricinde hayatta kalanın sadece resmi nikahsız partner olması evlenme ihtimalinin daha yüksek olması gerektiği anlamına gelmez. Resmi nikahsız partnerin aile bağlarının güçlü olmadığı gibi gerekçelerin altına sığınılması doğru değildir. Sonuç olarak, ortada desteğin ölümüne kadar sürmüş resmi nikahsız bir birliktelik varken, aile bağlarının güçlü olmadığı resmi nikahsız partnerin resmi nikahlı eşe göre daha kolay yeniden evlenebileceği gibi bir varsayımla destekten yoksun kalma zararından yüksek indirimler yapılması kabul edilemez.

IV. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATININ BELİRLENMESİNDE YAPILACAK İNDİRİMLER

A. Genel Olarak

Destekten yoksun kalma zararı sebebiyle takdir olunacak tazminatın belirlenmesi hususunda TBK’de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Destekten yoksun kalma tazminatı da bir nev’i maddi tazminat olduğundan, maddi tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümler burada da dikkate alınır. Maddi tazminattan yapılacak indirimlere ilişkin hükümler, TBK ve diğer bazı

²⁹ Aynı şekilde resmi nikahsız eşin evlenme şansının daha yüksek olacağına ilişkin yargı kararlarının eleştirisi için bkz. Çelik, *Destekten Yoksunluk*, 380, 396 vd.; Ali Güneren, *İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları* (Ankara: Adalet Yayınları, 2018), 1126,1127; Balcı, Soner, Aydoğan ve Yener’e göre, resmi nikahsız eşin yeniden evlenme şansı yönünden resmi nikahlı eşe göre fark gözetilmemelidir. Mesut Balcı, Birol Soner, Bahri Aydoğan ve Ahmet Yener, *İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Maddi Tazminat Davaları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 831; Yaşar’a göre, dini nikâhli evliliklerde birlikteliğin süresi kısa sayılabilecek bir süre olmuş ve birliktelikte çocuk da yoksa yargı kararları doğrultusunda ek bir indirim kabul edilmelidir. Ancak kısa sayılmayacak bir sürede ve birliktelikte çocuk da varsa dini nikahlı evlilikle resmi nikâhli evliliğin bir farkı olmadığını ifade etmektedir. Yazar, böyle bir durumda dini nikah nedeni ile ek bir indirim yapılmaması gerektiğini ifade eder. Halis Yaşar, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı* (Ankara: Adalet Yayınları, 2016), 201,202; Gaye Burcu Seratlı, *İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 191 vd.

özel kanunlarda düzenlenmiştir. TBK m. 51/I ve m. 52 hükmü indirim sebeplerinin düzenlendiği en önemli hükümlerdendir. Ayrıca KTK m. 86/II ve m. 87/I'de de zarar görenin kusuru, hatır için taşıma ve aracın hatır için verilmesi halleri indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Destekten yoksun kalma tazminatından yapılacak indirimler kapsamında resmi nikahlı eşin tazminat talebinde dikkate alınmayan sadece resmi nikahsız partnerin tazminat talebinde dikkate alınan bir indirim sebebi bulunmaktadır. Bu çalışma kapsamında tazminattan indirim sebeplerinin tamamı değil sadece resmi nikahsız partnere haksız olarak uygulanan indirim sebebi açıklanacaktır.

B. Resmi Nikahsız Partner Olmaktan Kaynaklanan İndirim

Yargı kararları incelendiğinde, resmi nikahsız partnerin talep ettiği destekten yoksun kalma tazminatından TBK m. 51/I (BK m.43) gereğince çeşitli gerekçelerle hak ve adalete uygunluk adı altında bir indirim yapılmaktadır³⁰. Desteğin ölümü halinde resmi nikahsız partnerin, resmi nikahlı eş gibi sayılamayacağı yaşı, sosyal durumu, yaşadığı ortam ve aile bağları gibi sebeplerle kocasının evinde yaşamını sürdüremeyeceği, güçlü olmayan aile bağı nedeniyle müşterek haneyi terk edeceği, kendisine yeni bir yaşam tercih edeceği kuvvetli olasılık içinde olduğu gibi gerekçelere dayanılarak tazminattan hak ve adalete uygunluk adı altında yargı kararlarında bir indirim yapılmaktadır. Kanaatimizce, yargı kararlarında istikrarla devam

³⁰ “Dava, imam nikahlı eşin destekten yoksun kalma tazminatı talebine ilişkindir. Tarafların hayatlarını ömür boyu birleştirme niyetiyle gerçekleştirdikleri hukuki nitelikli evlilik sözleşmesi olmaksızın evlenme vaadiyle yaşadıkları birliktelik evlilik dışı birliktelik olarak adlandırılmaktadır. Evlilik sözleşmesi olmaksızın birlikte yaşayan nikahsız eşin, desteğin ölümü ile nikahlı eş gibi, yaşama yaşının sonuna kadar ve özellikle yaşı, sosyal durumu, yaşadığı ortam ve aile bağları gibi nedenlerle, desteğin evinde yaşamını sürdüremeyeceği hususunun kabulü gerekmektedir. Nikahsız eşin, güçlü olmayan aile bağı nedeniyle müşterek haneyi terk edeceği, kendisine yeni bir yaşamı tercih edeceği üstün olasılık içinde olmakla, bakım ihtiyacının nikahlı eşte olduğu gibi bakiye ömrün sonuna kadar devam etmesi ihtimalinin zayıf olması varsayımının göz önünde tutulması gerekmektedir. Şu hâlde, İtiraz Hakem Heyetince, yukarıdaki açıklamalar ışığında Türk Borçlar Kanunu'nun 51-52. maddeleri gereğince belirlenen tazminattan, hak ve adalete uygun bir miktar indirim yapılması gerekirken bu hususun gözetilmemiş olması doğru görülmemiştir.” Y. 4. HD, E. 2021/5895, K. 2021/9379, 30.11.2021, (Lexpera, E. T. 01.11.2024); Y.21.HD, E.2006/21486, K.2007/8513, 24.05.2007, (Lexpera, E. T. 03.04.2023); Y.21. HD, E.1997/3331, K.1997/4819, 08.07.1997, (Lexpera, E. T. 03.04.2023); Y.21. HD, E.2014/17542, K.2015/6892, 01.04.2015, (Yargıtay Karar Arama, E. T. 16.11.2024).

eden bu uygulama yerinde değildir. Zaten, resmi nikahlı eş ile resmi nikahsız partner arasındaki tek fark evliliğin resmi şekilde yapılmamış olmasıdır. Bu durumda resmi nikahsız partner aleyhine haksız olarak daha yüksek yeniden evlenme ihtimali indirimi uygulanmaktadır. Resmi nikahsız partnerin talep ettiği destekten yoksun kalma zararından yüksek bir yeniden evlenme ihtimali indiriminin yanı sıra TBK m. 51 gereğince hak ve adalete uygunluk adı altında tazminattan da bir indirim yapılması kabul edilemez. Yapılan indirimler hakkaniyet ve nesafet kurallarına aykırı olup tazminat hukuku ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Destekten yoksun kalma tazminatı hesabında sırf resmi nikahsız partner olmaktan kaynaklı zarar hesabından bir indirim yapıp tekrar aynı sebeple bir de tazminat hesabından indirim yapılması mümkün değildir³¹.

Kanaatimizce, resmi nikahsız partnerin destekten yoksun kalma zararının hesabında resmi nikahlı eşten daha fazla yeniden evlenme ihtimali indirimi yapılmamalıdır. Zarardan resmi nikahlı eş ile aynı oranda yeniden evlenme ihtimali indirimi yapıldıktan sonra resmi nikahın olmamasına dayanılarak tazminattan da hakkaniyete aykırı bir indirim yapılmamalıdır. Resmi nikahlı eş ile resmi nikahsız partner arasında tazminat hesabında bir ayırım yapılmasını doğru bulmamaktayız. Zira her ikisi de desteğin ölümüne kadar aile bağlarını koruyarak yaşamlarını sürdürmüştür. Sonuç olarak, resmi nikahsız partnerin tazminat talebinden ne resmi nikahlı eşten daha fazla yeniden evlenme ihtimali indirimi ne de tazminattan hak ve adalete uygunluk adı altında ayrıca bir indirim yapılmalıdır.

³¹ Aynı yönde görüş için bkz. Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, 281; Yargıtay'ın 1997 tarihli kararının muhalefet şerhi şu şekildedir. "...evlenme şansının daha yüksek tutularak, daha az tazminata karar verilmesi yanında, ayrıca Borçlar Kanunu'nun 43. maddesi gereği bir indirimin de yapılması hak, adalet, nesafet kurallarına aykırı olup tazminat hukuki yönünden de kendi içinde çelişki yaratmaktadır." Y.21. HD, E.1997/3331, K.1997/4819, 08.07.1997 (Lexpera, E. T. 03.04.2023); 2021 tarihli yargı kararındaki muhalefet şerhi ise şu şekildedir. "...Boşanmış ve çocuklu destekle resmi nikah olmadan birlikte yaşayan davacı eşin destek tazminatından Yargıtay (Kapatılan) 17. Hukuk Dairesi içtihatlarına göre TBK 55. maddesi de gözetilerek herhangi bir indirim yapılmaması gerekirken, TBK'nın 51-52. maddeleri gereğince belirlenen tazminattan hak ve adalete uygun bir miktar indirim yapılması gerektiği şeklindeki bozma ilamının 1) nolu bendindeki sayın çoğunluğun kararına katılmıyorum." Y. 4. HD, E. 2021/5895, K. 2021/9379, 30.11.2021, (Lexpera, E. T. 20.04.2024).

SONUÇ

İsviçre- Türk Hukukunda bir kimsenin destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmesi için destek ile destek gören arasında herhangi bir hısımlık ilişkisi aranmaksızın fiili bakım ilişkisinin olması yeterlidir. Bu sebeple İsviçre- Türk Hukukunda destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecek kişilerin kapsamı oldukça geniştir. Destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecek kişilerden birisi de resmi nikahsız karı koca hayatı yaşayan partnerdir. Kanaatimizce, taraflardan birisinin bir başkasıyla resmi nikahlı evliliği bulunmuyorsa resmi nikahsız karı koca hayatını yaşayan partnerin tazminat talep etmesine olanak sağlanmalıdır. Zira evli birinin ölümü halinde hem resmi nikahlı eşinin hem de resmi nikahsız karı koca hayatını yaşadığı partnerinin tazminat hakkı olması genel ahlak kurallarına aykırı bir şekilde karı- koca hayatının yasa dışı birleşmeler noktasında teşvik edilmesine sebebiyet verir.

Resmi nikahsız karı koca hayatını yaşayan partnerin tazminat talep edebildiği durumda ise hem zararın hesabında hem tazminatın belirlenmesinde resmi nikahsız partner olmaktan kaynaklanan haksız birtakım indirimler yapılmaktadır. Yargı kararlarında destekten yoksun kalma zararı hesabında resmi nikahsız karı koca hayatı yaşayan partnerin, resmi nikahlı eşe göre yeniden evlenme ihtimalinin daha yüksek olduğu kabul edilmekte ve daha fazla indirim yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Oysaki ortada desteğin ölümüne kadar sürmüş resmi nikahsız bir birliktelik varken, aile bağlarının güçlü olmadığı resmi nikahsız partnerin resmi nikahlı eşe göre daha kolay yeniden evlenebileceği gibi bir varsayımla destekten yoksun kalma zararından yüksek bir yeniden evlenme ihtimali indirimi yapılması kabul edilemez. Bir diğer aleyhe indirim ise tazminat talep edenin resmi nikahsız partner olması sebebiyle tazminatın belirlenmesi aşamasında yapılan indirimdir. Yargı kararları incelendiğinde, resmi nikahsız partnerin talep ettiği destekten yoksun kalma tazminatından TBK m. 51/I gereğince çeşitli gerekçelerle hak ve adalete uygunluk adı altında bir indirim yapılmaktadır. Kanaatimizce, resmi nikahlı eş ile resmi nikahsız partner arasındaki tek fark evliliğin resmi şekilde yapılmamış olmasıdır. Resmi nikahsız partner ile destek desteğin ölümüne kadar aile düzeni içerisinde yaşamaktadır. Bu durumda desteğin ölümüyle birlikte güçlü olmayan bir aile bağından söz edilemez. Destekten yoksun kalma tazminatından resmi nikahsız partner aleyhine yapılan indirim hakkaniyete aykırı olup tazminat hukuku ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Yargı kararlarında hakkaniyet adı altında yapılan bu haksız indirim terkedilmelidir. Sonuç olarak, resmi nikahsız partnerin

tazminat talebi tespit edilirken ne zarar hesabında resmi nikahlı eşten daha fazla yeniden evlenme ihtimali indirimi ne de tazminattan hak ve adalete uygunluk adı altında ayrıca bir indirim yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Balcı, Mesut, Birol Soner, Bahri Aydoğan ve Ahmet Yener. *İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Maddi Tazminat Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Bilge, Necip. “Yardımcıdan Mahrumiyet Sebebiyle Doğan Zararların Tazmini.” *Adliye Dergisi*, no.8 (1944):679-693.
- Brehm, Roland. *Das Obligationenrecht-Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Artikel 41-61 OR*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2021.
- Cebe, Mehmet Sinan. Destekten Yoksunluk ve İş Göremezlik Tazminatı ile Aktüeryal Hesap Esasları. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Çalı, Murtaza. *Haksız Fiilden Doğan Tazminat- Tazminat Hesaplama Usulleri, Bunlarla İlgili Yargıtay Kararları*. Ankara: Gürsoy Basımevi, 1968.
- Çelik, Ahmet Ç. *Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Çetiner, Bilgehan, Andreas Furrer ve Markus Müller- Chen. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Eckelmann, Hansgeorg, Jürgen Nehls ve Hans Jürgen Schafer. “Die Berechnung des Schadensersatzes bei Ausfall von Geldunterhalt nach Unfalltod des Ehemannes/Vaters.” *Neu Juristische Wochenschrift*, (1984): 945-950.
- Eren, Fikret ve Ünsal Dönmez. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. II, m. 49-82*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Fehr, Konrad. *Der Versorgerschaden*. Aarau: H. R. Sauerländer & Co,1942.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.
- Gökcan, Hasan Tahsin. *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Gökyayla, Kadir Emre. *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Güneren, Ali. *İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları*. Ankara: Adalet Yayınları, 2018.

- Gürbüz, Metin Gürbüz. *Beden Tamliğının İhlali (Sakatlık) ve Ölümlerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2001.
- Gürsoy, Kemal Tahir. “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no.1 (1972): 143-197.
- Hatemi, Hüseyin ve Kadir Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Honsell, Heinrich. *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Zürich: Schulthess Verlag, 1996.
- Hürzeler, Marc M. *System und Dogmatik der Hinterlassenensicherung im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2014.
- Karahasan, Mustafa Reşit Karahasan. *Tazminat Hukuku- Maddi Tazminat Öğreti Yargıtay Kararları*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2001.
- Keller, Max, Sonja Gabi ve Karin Gabi. *Haftpflichtrecht*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012.
- Kıcalıoğlu, Mustafa. *Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Kocabaş, Gediz. “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20, no.3 (2014):273-302.
- Kottmann, Andrea. *Schadensberechnung und Schadensschätzung bei Körperverletzung und Tötung*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012.
- Köteli, M. Argun. *Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret, 1991.
- Landolt, Hardy. *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Teilband VIc, Zweite Lieferung Art. 45-49 OR*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2007.
- Marti, Hans. *Der Versorgerschaden*. Aarau: H. R. Sauerländer & Co, 1942.
- Narter, Sami. *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018. Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Oftinger, Karl ve Emil W. Stark. *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess Verlag, 1995.

- Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Orhunöz, Ergun. *Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları Ölüm ve Bedeni Zararlar*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2000.
- Özel, Çağlar. "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 4 (2001):81-106.
- Pfeifer, Guido. "Schadensfall Tod: Zur Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns bei Tötungsdelikten." *Archiv für die Civilistische Praxis* 205, no.6 (2005):795-820.
- Rey, Heinz. *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*. Zürich: Schulthess Verlag,2008.Saymen, Ferit H. ve Halid K. Elbir. *Türk Borçlar Hukuku- Umumi Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1966.
- Seratlı, Gaye Burcu. *İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Seven, Vural. "Sigorta Güvence Hesabı'nın Kapsamı ve Destekten Yoksun Kalma Tazminatı." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 157-158 (2017): 31-62.
- Stehle, Bernhard. *Der Versorgungsschaden: Dogmatik und Berechnung*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2010.
- Tandoğan,Haluk. *Türk Mes'uliyet Hukuku- Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. *Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Yayınevi, 1993.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, C. I*. İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.
- Tural, Turabi. *Tazminat ve Hesaplanması*. Ankara: Mespa Dizgi, 1999.
- Tuztaş, Hüseyin. *Trafik Kazalarından Kaynaklanan Bedensel Zararlar- Destekten Yoksun Kalma Tazminat Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Wedl, Friedrich. "Das Problem des Drittschadens." *Österreichische Juristen Zeitung*. (1958): 645-648.
- Wussow, Werner ve Gerhard Küppersbusch. *Ersatzansprüche bei Personenschaden*. München: Verlag C.H.Beck, 1990.
- Yaşar, Halis. *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*. Ankara: Adalet Yayınları, 2016.
- Yavuz, Nihat. *Borçlar Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınları, 2018.

**KONKORDATODA ÇEKİŞMELİ ALACAKLAR
HAKKINDA DAVA AÇILMADAN ÖNCE
ARABULUCULUĞA BAŞVURMA ZORUNLULUĞU
BULUNUP BULUNMADIĞININ
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Assessment of Whether There is an Obligation to Apply to
Mediation Before Filing an Action About Contentious
Debts in Concordat*

Zeynep BAHADIR*

Öz

Konkordatoda alacaklılar alacaklarını bildirdikten sonra borçlu, iddia olunan alacaklar hakkında açıklamada bulunmaya davet edilir. Borçlu tarafından kabul edilmeyen alacaklar, çekişmeli alacak sayılır. Borçlu alacağın bir kısmına veya tamamına itiraz edebileceği gibi alacağın niteliğini de çekişme konusu yapabilir. Borçlu tarafından alacağı itiraza uğrayan alacaklıların, konkordatonun tasdiki kararının ilânından itibaren bir ay içerisinde çekişmeli alacağı hakkında dava açması gerekir. Çekişmeli alacaklar hakkında açılması gereken bu davanın hukukî niteliği bir eda davasıdır. Hukuk sistemimizde bazı uyuşmazlıklar bakımından dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunludur. Çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığına ilişkin mevzuatta açık düzenleme yoktur. Çekişmeli alacak davası genel hükümlere göre görülen eda davası niteliğinde olduğundan, bu davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira açılan davanın konusu dava şartı arabuluculuğa ilişkin mevzuatta yer alan düzenlemeler kapsamında olabilir. Konuya ilişkin doktrinde ve yargı

Makalenin Geliş Tarihi: 24.10.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.12.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: zeynep.bahadir@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7293-8060.

kararlarında ise birlik yoktur. Bu çalışmada çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davanın dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığı hususu, doktrindeki görüşler ve yargı kararları da göz önünde bulundurularak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Konkordato, Dava şartı arabuluculuk, Eşitlik ilkesi, Çekişmeli alacaklar, Menfaat dengesi

Abstract

In concordat, after the creditors declare their debts, the debtor is invited to make a statement about the claimed debts. Debts that are not accepted by the debtor are considered contentious. A lawsuit must be filed for these debts within one month following the announcement of the decision on the approval of the concordat. In our legal system, it is mandatory to apply to a mediator before filing an action for some disputes. There is no explicit regulation in the legislation that the cases to be filed regarding contentious debts are not subject to mediation as a cause of action. Since the contentious debt claim is an action for performance under the general provisions, it is a problem whether these cases are subject to mediation as a cause of action. Because the subject matter of the case filed may be within the scope of the regulations in the legislation on mediation as a cause of action. There is no unity in the doctrine and judicial decisions on the subject. In this study, the issue of whether the action to be filed regarding the contentious debts is subject to mandatory mediation is examined.

Key Words: Concordat, Mediation as a cause of action, Principle of equality, Contentious debt, Balance of interests

GİRİŞ

İcra ve İflâs Kanunu'nun (İİK) 285'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Borçlarını, vadesi geldiği hâlde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlu, vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmek veya muhtemel bir iflâstan kurtulmak için konkordato talep edebilir*”. O hâlde çeşitli sebeplerle vadesi gelen borçlarını ödeyemeyen veya ödeyememe tehlikesi altında bulunan borçlunun, iflâsa tâbi kişilerden ise iflâsın, iflâsa tâbi olmayan kişilerden ise icra takiplerinin sonuçlarından kurtulabilmesi için konkordato müessesesi kabul edilmiştir. Koşulları gerçekleştiği takdirde iflâsa tâbi olsun olmasın tüm

gerçek ve tüzel kişilerin konkordato talep etmesi mümkündür. Ayrıca iflâs talep edebilecek her alacaklı da borçlu hakkında konkordato başlatılmasını talep edebilir (İİK m. 285/II).

Asliye ticaret mahkemesine konkordato talebinde bulunulduktan sonra mahkeme, şartları varsa önce geçici mühlet kararı verir (İİK m. 287/I) ve geçici konkordato komiseri görevlendirir (İİK m. 287/III). Konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması hâlinde ise borçluya bir yıllık kesin mühlet verilir (İİK m. 289/III). Konkordato komiseri tarafından, 288'inci madde uyarınca yapılacak ilânla alacaklılar, ilân tarihinden itibaren on beş gün içinde alacaklarını bildirmeye davet olunur (İİK m. 299). Alacaklılar alacaklarını bildirdikten sonra borçlu iddia olunan alacaklar hakkında açıklamada bulunmaya davet edilir (İİK m. 300). Borçlu tarafından alacağı itiraza uğrayan alacaklıların ise konkordatonun tasdiki kararının ilânından itibaren bir ay içerisinde Kanun'un 308/b maddesi uyarınca çekişmeli alacak davası açması gerekir.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğa başvurulabilir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 2'nci maddesinin b bendine göre arabuluculuk, *“sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini”* ifade eder.

Hukuk sistemimizde iş uyuşmazlıklarında 1 Ocak 2018, ticarî uyuşmazlıklarda 1 Ocak 2019, tüketici uyuşmazlıklarında 28 Temmuz 2020 ve son olarak kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, taşınır ve taşınmazın paylaşılmasına yahut ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise 1 Eylül 2023 tarihinden itibaren dava şartı arabuluculuk uygulanmaktadır. Bir uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamında ise dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmak zorundadır. Taraflar ancak arabulucu vasıtasıyla anlaşamazlarsa, anlaşamadıklarına dair son tutanağı dilekçelerine eklemek suretiyle dava açabilir. Aksi hâlde mahkeme tarafından davacıya, son tutanağın bir haftalık

kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden davanın dava şartı yokluğundan usûlden reddine karar verilir (HUAK m. 18/A, II).

Konkordatoda çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davalarda uyumsuzluk konusu dava şartı arabuluculuk kapsamında ise davanın arabuluculuğa başvuru zorunluluğuna tâbi olup olmadığı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Konuya ilişkin doktrin ve yargı kararlarında bir birlik yoktur. Bu çalışmada çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davayla ilgili genel bilgiler verildikten sonra, davanın arabuluculuğa başvuru zorunluluğuna tâbi olup olmadığı hususu, doktrindeki görüşler ve yargı kararları da göz önünde bulundurularak incelenmiştir. Konu konkordato hukuku özelinde ve mevcut mevzuatımız çerçevesinde arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun bulunup bulunmadığı noktasında incelenmiş olup, dava şartı arabuluculuğun ve mevcut düzenlemelerin yerindeliğine ilişkin değerlendirmeler çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

I. KONKORDATODA ÇEKİŞMELİ ALACAK DAVASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Genel Olarak Konkordatoda Çekişmeli Alacak Davası

7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun konkordatoya ilişkin hükümlerinde önemli sayılabilecek değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler kapsamında Kanun'un 308/b maddesinde çekişmeli alacaklar hakkında dava düzenlenmiştir. Çekişmeli alacaklar hakkında davaya ilişkin yapılacak incelemeden önce bir alacağın nasıl çekişmeli hâle geleceğini tespit etmek gerekir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 299'uncü maddesine göre alacaklılar, konkordato komiseri tarafından 288'inci madde uyarınca yapılacak ilân¹ ile ilân tarihinden itibaren on beş gün içinde alacaklarını bildirmeye davet edilir. Alacaklarını bildirmeyen alacaklılar bilançoda kayıtlı olmadıkça konkordato projesinin müzakeresine kabul edilmez. İcra ve İflâs Kanunu'nun 300'üncü maddesine göre konkordato komiseri borçluyu bildirilen bu alacaklar

¹ İlânın ne zaman ve nasıl yapılacağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Levent Börü, "Adî Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (2019): 175.

hakkında açıklamada bulunmaya davet eder. İşte burada borçlu tarafından kabul edilmeyen alacaklar, çekişmeli alacak sayılır².

Komiser bildirilen alacakları kaydetmekle yükümlüdür; borçlu tarafından kabul edilen bir alacağı komiserin reddetme veya çekişmeli hâle getirme yetkisi yoktur³. Keza diğer alacaklıların da bildirilen bir alacağa itiraz etmeleri o alacağı çekişmeli hâle getirmemektedir⁴. O hâlde alacağı çekişmeli hâle getirme yetkisi sadece borçludur⁵.

Alacağın bir kısmı veya tamamı çekişmeli olabileceği gibi niteliği de çekişme konusu olabilir⁶. Örneğin borçlu faize veya para alacağı dışındaki bir

² Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku, Cilt IV*, (İstanbul: Alfa, 1997), 3683; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (Ankara: Adalet, 2013), 1477; Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)* (İstanbul: Yaylacık, 2009), 243; Selçuk Öztekin, Ali Cem Budak, Müjgan Tunç Yücel, Serdar Kale ve Bilgehan Yeşilova, *Yeni Konkordato Hukuku* (Ankara: Adalet, 2018), 324; Çiğdem Yazıcı, “Adi Konkordatoda Çekişmeli Alacaklar Hakkında Dava (İİK m. 308/b),” *Bankacılar Dergisi* 116, (2021): 4; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: On İki Levha, 2023), 534; Talih Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2019), 107; Serdar Kale, “7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflâs Dışı Adi Konkordato,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2018): 242; Serhat Sarısözen, *Konkordato* (Ankara: Yetkin, 2021), 535.

³ Kuru, *Cilt IV*, 3682; Kuru, *El Kitabı*, 1476; Üstündağ, *İflâs*, 243; Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 323; Hakan Albayrak ve Esra Bulut, “Konkordatoda Çekişmeli Alacaklar Hakkında Dava,” *Adalet Dergisi* 68, (2022): 456; Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 5, 6; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra*, 534; İbrahim Ermenek ve Betül Azaklı Arslan, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A),” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 148, (2020): 185; Uyar, *Konkordato*, 106, 107; Kale, “Değişiklik,” 242; Sümer Altay ve Ali Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku* (İstanbul: Vedat, 2019), 257.

⁴ Kuru, *Cilt IV*, 3682; Kuru, *El Kitabı*, 1476; Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 323-324; Albayrak ve Bulut, “Çekişmeli Alacak,” 457; Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 6; Sarısözen, *Konkordato*, 535.

⁵ Üstündağ, *İflâs*, 243; Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 324; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2023), 710; Ermenek ve Azaklı Arslan, “Arabulucuya Başvuru,” 185; Albayrak ve Bulut, “Çekişmeli Alacak,” 456; Kale, “Değişiklik,” 242.

⁶ Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 4; Ermenek ve Azaklı Arslan, “Arabulucuya Başvuru,” 185; Albayrak ve Bulut, “Çekişmeli Alacak,” 470; Kale, “Değişiklik,” 242; Altay ve Eskiocak, *Konkordato*, 259.

alacağın konkordato masasına bildirilen Türk Lirası olarak karşılığın itiraz edebilir⁷. O hâlde konkordatoda alacağın miktarı veya niteliği konusunda alacaklı ve borçlu arasında bir ihtilaf söz konusu ise çekişmeli alacak mevcuttur⁸.

Komiser, Kanun'un 300'üncü maddesi uyarınca alacakların varit olup olmadığı hakkında borçlunun defterleri ve belgeleri üzerinde gerekli incelemelerde bulunarak bunların neticesini 302'nci madde gereğince vereceği raporda belirtir. O hâlde komiser borçlunun kabul ettiği bir alacağın mevcut olup olmadığını inceleyip mevcut olmadığı sonucuna ulaşırsa bunu sadece raporunda belirtebilir. Alacaklılar toplantısına sunduğu bu rapor sonucunda konkordato projesini kabul edip etmeme yönündeki takdir alacaklılar toplantısına aittir⁹.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 302'nci maddenin son fıkrası uyarınca komiser iltihak süresinin bitiminden en geç yedi gün içinde konkordatoya ilişkin tüm belgeleri, konkordato projesinin kabul edilip edilmediğine ve tasdikinin uygun olup olmadığına dair gerekçeli raporunu mahkemeye tevdi eder. Bu şekilde mahkemeye bildirilen alacak çekişmeli alacak sayılır; ancak yine de alacağın çekişmeli olup olmadığını belirleyen borçlunun beyanıdır¹⁰. Ancak borçlunun kesinleşmemiş dahi olsa ilâma bağlı bir alacağı reddedemeyeceği doktrinde haklı olarak kabul edilmektedir¹¹.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 302'nci maddesi kapsamında konkordato projesi alacaklılar tarafından oylanır. Kanun'un 302'nci maddesinin üçüncü fıkrası gereği konkordato projesinin kabulü için alacak ve alacaklı çoğunluğu aranmaktadır. Konkordato nisabının hesabında çekişmeli alacakların oylamaya katılıp katılmayacağı veya ne oranda katılacağı, maddenin altıncı fıkrası uyarınca mahkemece karara bağlanır. Çekişmeli alacaklar hakkında mahkeme tarafından verilen bu karar, alacağın maddî hukuk bakımından var olup olmadığına ilişkin verilmiş bir hüküm değil¹², konkordatoya özgü

⁷ Ermenek ve Azaklı Arslan, "Arabulucuya Başvuru," 185.

⁸ Yazıcı, "Çekişmeli Alacaklar," 5; Albayrak ve Bulut, "Çekişmeli Alacak," 470.

⁹ Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 323; Albayrak ve Bulut, "Çekişmeli Alacak," 457.

¹⁰ Yazıcı, "Çekişmeli Alacaklar," 5; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 710.

¹¹ Kuru, *El Kitabı*, 1477, dn. 82.

¹² Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 408; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra*, 540; Altay ve Eskiocak, *Konkordato*, 302;

nitelikte bir geçici hukukî koruma kararıdır¹³. O hâlde mahkeme burada sadece çekişmeli alacağın konkordato müzakerelerinde oy kullanıp kullanmayacağına, nisaba dahil olacağına hangi oranda olacağına karar verir¹⁴. Alacağın maddî hukuk hükümlerine göre belirlenmesi için alacaklının İcra ve İflâs Kanunu'nun 308/b maddesi uyarınca çekişmeli alacak hakkında dava açması gerekir¹⁵. Kanun'un 308/b maddesine göre, “Alacakları itiraza uğramış olan alacaklılar, tasdik kararının ilân tarihinden itibaren bir ay içinde dava açabilirler. / Tasdik kararını veren mahkeme, konkordato projesi uyarınca çekişmeli alacaklara isabet eden payın, kararın kesinleşmesine kadar borçlu tarafından, mahkemece belirlenen bir bankaya yatırılmasına karar verebilir. Süresi içinde dava açmamış olan alacaklılar, bu paydan ödeme yapılmasını talep edemezler; bu durumda yatırılan pay borçluya iade edilir”.

Çekişmeli alacaklar hakkında açılan davanın davacısı alacağı itiraza uğrayan alacaklı, davalısı ise konkordato borçlusudur¹⁶. Rehinli alacaklar bakımından ise Kanun'un 308/h maddesinin son fıkrası gereği 285 ilâ 309/I maddeleri açıkça belirtilmedikçe uygulanmayacağından, çekişmeli alacaklar hakkındaki madde de uygulanmaz¹⁷.

Çekişmeli alacaklar hakkında açılacak dava, mehz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun (SchKG) 315'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “Konkordato mahkemesi, konkordato projesini tasdik ederken, çekişmeli alacağı olan alacaklıların konkordato işlemlerinin yapıldığı yerde dava açmaları için 20 günlük bir süre belirler; bu süre içinde dava açılmaması

Sarisözen, *Konkordato*, 536; Jürg Guggisberg ve Hans Ulrich Hardmeier, “SchKG Art. 315,” içinde *BSK SchKG II*, ed. Adrian Staehelin, Thomas Bauer ve Daniel Staehelin (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2010), Art. 315, Rn. 1.

¹³ Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 5, 7.

¹⁴ Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 408; Altay ve Eskiocak, *Konkordato*, 302; Sarisözen, *Konkordato*, 536.

¹⁵ Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 5, 7; Altay ve Eskiocak, *Konkordato*, 302; Sarisözen, *Konkordato*, 538.

¹⁶ Ermenek ve Azaklı Arslan, “Arabulucuya Başvuru,” 185; Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 13; Albayrak ve Bulut, “Çekişmeli Alacak,” 469; Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 412; Guggisberg ve Hardmeier, “SchKG Art. 315,” Art. 315, Rn. 8, 9.

¹⁷ Üst sınır ipoteklerinde sınırı aşan alacaklar bakımından bu davanın açılıp açılmayacağı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Albayrak ve Bulut, “Çekişmeli Alacak,” 470 vd.

*hâlinde teminatın kaybedilmesi söz konusu olur./Borçlu, konkordato mahkemesinin emriyle, çekişmeli alacak talebine ilişkin tutarı, dava sonuçlanana kadar mevduat kurumuna yatırmalıdır*¹⁸. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 306'ncı maddesinde ise konkordato projesinin tasdikinde çekişmeli alacaklar için teminat gösterilmesi aranmamaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'muza baktığımızda 308/b maddesinde teminat ifadesine yer verilmediği, sadece "*konkordato projesi uyarınca çekişmeli alacaklara isabet eden pay*" ile ilgili düzenleme yapıldığı görülmektedir. Doktrinde çekişmeli alacaklarla ilgili ayrılması gereken pay düzenlemesinin, tasdik kararının verilmesinden önceki süreçte çekişmeli alacaklıya ödenecek payın konkordato projesinde gösterilmesi şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁹. Gerek İsviçre gerek Türk İcra ve İflâs Kanunu'nda konkordato projesinin tasdikinde çekişmeli alacaklar için teminat gösterilmesi şartı aranmadığından, süresi içerisinde dava açılmamasına bağlanan sonuç bakımından bizdeki ifade tarzının daha isabetli olduğu söylenebilir.

B. Çekişmeli Alacak Davasının Hukukî Niteliği ile Davada Görevli ve Yetkili Mahkeme

Konkordatoda alacaklının alacağının miktarının veya niteliğinin borçlu tarafından itiraza uğraması durumunda alacak çekişmeli hâle gelir. Bu noktada alacaklının İcra ve İflâs Kanunu'nun 308/b maddesi gereğince tasdik kararının ilânından itibaren 1 ay içerisinde çekişmeli alacak davası açması ve alacağını hüküm altına aldırması gerekir. Kanun'da açılacak bu davada hangi mahkemenin görevli ve yetkili olacağı ise düzenlenmemiştir. Bu sebeple çekişmeli alacak davasının niteliği ile davada görevli ve yetkili mahkemenin neresi olduğu konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Çekişmeli alacak davasının niteliği ve özellikle bu davada dava konusunun ne olduğuna ilişkin yapılacak tespit, davanın arabuluculuğa başvurma zorunluluğuna tâbi olup olmadığının belirlenmesi bakımından

¹⁸ Maddenin orijinal hâli şu şekildedir: "(1) Das Nachlassgericht setzt bei der Bestätigung des Nachlassvertrages den Gläubigern mit bestrittenen Forderungen eine Frist von 20 Tagen zur Einreichung der Klage am Ort des Nachlassverfahrens, unter Androhung des Verlustes der Sicherstellung der Dividende im Unterlassungsfall. (2) Der Schuldner hat auf Anordnung des Nachlassgerichts die auf bestrittene Forderungen entfallenden Beträge bis zur Erledigung des Prozesses bei der Depositenanstalt zu hinterlegen."

¹⁹ Yazıcı, "Çekişmeli Alacaklar," 8.

önemlidir. Zira çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davaların niteliğinin tespit davası olduğu veya konkordato hukukuna özgü bir dava olduğu sonucuna varılırsa, davanın arabuluculuğa başvurma zorunluluğu kapsamında olmadığı ifade edilebilir. Ancak bu davanın eda davası niteliğinde olduğu tespit edilirse, bu durumda konu konkordato hukukuna ilişkin diğer hususlar bağlamında incelemeye değerdir.

Çekişmeli alacak davasının hukukî niteliğinin tespitinde öncelikle doktrinde yer alan görüşlere bakmakta fayda vardır. Doktrindeki bir görüşe göre, çekişmeli alacaklar hakkında açılan davaların hukukî niteliği, borçlu tarafından itiraza uğramış alacağın tespiti ile bu alacağın konkordato hükümlerine göre tahsili amacına yönelmiş bir eda davası olup, dava çekişmeli yargıya ilişkin genel hükümlere tâbidir ve taraflarca hazırlanma ilkesi çerçevesinde yürütülür. Bu sebeple çekişmeli alacak davasında görevli ve yetkili mahkeme bu çerçevede tayin edilmeli, dava sonunda verilen kararlar hakkında istinaf ve temyiz kanun yollarının açık olup olmadığı da Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde belirlenmelidir²⁰.

Doktrindeki bir diğer görüş de çekişmeli alacaklar hakkındaki davanın eda davası olduğunu kabul etmektedir²¹. Bu görüşe göre, davanın niteliğinin tespit davası olarak kabul edilmesi ve tespit hükmü verilmesi durumunda elde edilmek istenen hukukî koruma gerçekleşmemekte, hükmün icrasında sıkıntılar ortaya çıkmakta, örneğin konkordato tamamen feshedilmiş ise alacaklının alacağını tespit hükmüne dayanarak tahsil edebilmesi mümkün olamamaktadır²². Oysa dava, eda davası olarak kabul edildiğinde alacaklı, ilâma dayanan alacağına kavuşamazsa bu ilâma dayanarak konkordatonun feshini isteyebilmekte ve alacağının tamamını borçludan talep edebilmektedir²³. Konkordato sürecinde itiraza uğramış olan alacak, maddî hukuk bakımından genel hükümler çerçevesinde ispat edilerek hüküm altına aldırılır ve verilen hüküm bir tahsil hükmü içerir²⁴. Bu dava sonucunda elde edilen ilâma dayanan alacak ise konkordato şartları içerisinde tahsil edilir²⁵. O hâlde mahkeme davayı bir alacak davası gibi görüp sonuçlandırmalı, alacağın ödenmesi ise kararın icrası aşamasında konkordato hükümlerine göre

²⁰ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2023), 718; Ermenek ve Azaklı Arslan, "Arabulucuya Başvuru," 185-186.

²¹ Yazıcı, "Çekişmeli Alacaklar," 12; Albayrak ve Bulut, "Çekişmeli Alacak," 466.

²² Yazıcı, "Çekişmeli Alacaklar," 12; Albayrak ve Bulut, "Çekişmeli Alacak," 467.

²³ Yazıcı, "Çekişmeli Alacaklar," 12.

²⁴ Albayrak ve Bulut, "Çekişmeli Alacak," 466.

²⁵ Albayrak ve Bulut, "Çekişmeli Alacak," 467.

olmalıdır. Mahkemenin kararında alacağın konkordato hükümlerine göre tahsiline yer vermesi mümkünse de, bu alacağın konkordato hükümlerine göre tahsil edilebilecek kadarki kısmının hüküm altına alınacağı anlamına gelmemelidir²⁶. Görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi de konuya ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmadığından ve maddî hukuka uygun bir karar verilmesi gerektiğinden genel hükümler çerçevesinde olmalıdır²⁷.

Doktrinde yer alan bir başka görüş, çekişmeli alacak davasının bir alacak davası olduğunu, görevli ve yetkili mahkemenin ise genel hükümlere göre belirleneceğini ifade etmektedir²⁸. Konuya ilişkin bir başka görüş ise davanın niteliğine değinmeden, davanın açılacağı görevli ve yetkili mahkeme konusunda bir açıklık olmadığından ve mahkemelerin görevinin kanunla belirleneceğinden hareketle, davanın genel hükümlere göre açılması gerektiğini belirtmektedir²⁹.

Bir diğer görüş ise çekişmeli alacak davasını itirazın iptali davasına benzetmekte (İİK m. 67), alacaklının borçlunun itirazını alacağın tanınması için dava açarak bertaraf etmeye çalıştığını ve hâkimin alacağın esası hakkında karar vererek meseleyi kesin olarak hallettiğini ifade etmektedir³⁰. Tıpkı itirazın iptali davasında olduğu gibi mahkeme, alacaklının talebini kabul ederse, alacaklının vaat edilen konkordato payına iştirak edebileceği belirtilmektedir³¹.

Doktrindeki bir diğer görüş ise davanın bir eda davası olduğunu açıkça belirtme dahi davada maddî hukuk davalarına ilişkin genel usûl kurallarının uygulanacağını ve bu davanın maddî hukuk davası niteliği taşıdığını, dava sonunda elde edilen ilâmın ise icraya konu olabileceğini ifade etmektedir³². Ancak bu görüşe göre konkordatoya ilişkin tüm davaların borçlunun ikametgâhının bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılması gerekmektedir³³.

²⁶ Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 12.

²⁷ Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 12; Albayrak ve Bulut, “Çekişmeli Alacak,” 468.

²⁸ Kuru, *Cilt IV*, 3764; Kuru, *El Kitabı*, 1500.

²⁹ Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (İstanbul: Vedat, 2019), 153; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra*, 546; Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 414.

³⁰ Necmeddin M. Berkin, *İflâs Hukuku* (İstanbul: Fakülteler, 1972), 562.

³¹ Berkin, *İflâs*, 562.

³² Altay ve Eskiocak, *Konkordato*, 330, 331.

³³ Altay ve Eskiocak, *Konkordato*, 328.

Konuya ilişkin olarak mehz İsviçre hukuk doktrinine baktığımızda, davanın “*alacağın tanınması davası*” olarak tanımlandığı ve hukukî niteliğinin eda davası olduğu sonucuna varıldığı görülmektedir³⁴. Davanın konusunun ise çekişmeli olan alacak talebi olduğu, konkordato payına karşılık gelen talep olmadığı ifade edilmiştir³⁵.

Görüldüğü üzere çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davanın genel hükümlere göre görülmesi gereken bir eda davası olduğu konusunda doktrinde neredeyse görüş birliği mevcuttur. Kanaatimizce de bu davanın eda davası olarak nitelendirilmesi gerekir. Zira bu davada talep edilen, borçlunun itiraz ederek çekişmeli hâle getirdiği alacağın varlığının tespiti ile tahsilidir. O hâlde bu davada talep sonucu maddî bir talep olan eda hükmüne yöneliktir. Kanaatimizce mahkeme hükmünü, genel hükümlere göre açılmış bir alacak davasındaki gibi vermeli, alacağın konkordato şartlarına göre tahsili yönünde kurmamalıdır. Konkordato şartlarına göre alacağın ödenmesi, ilâmın icrası aşamasına ilişkindir. Zira konkordatonun tamamen feshi ihtimalinde alacaklı alacağının tamamını talep edebileceğinden, hükmün konkordato şartlarından bağımsız şekilde alacağın kabul edilen kısmının tamamına yönelik kurulması önemlidir. Bu noktada davanın, konkordatonun tasdikinden önce açılmış olan herhangi bir alacak davasından kanaatimizce farkı yoktur. Davanın konkordatoyla ilişkisi ve dava sonucunda verilen hükmün konkordato şartları kapsamında ödenecek olması, davanın niteliğini değiştirmemektedir³⁶. Davanın Kanun’un 308/b maddesindeki şartlara göre açılmasının genel hükümler kapsamında açılmış olan bir alacak davasından farkı, maddenin ikinci fıkrasına göre tasdik kararını veren mahkemenin konkordato projesi uyarınca çekişmeli alacağa isabet eden payın, kararın kesinleşmesine kadar bankaya yatırılmasına karar verebilmesi ve alacaklının bu paydan ödeme yapılmasını talep edebilmesi noktasındadır.

³⁴ Daniel Hunkeler ve Georg J. Wohl, “SchKG Art. 315,” içinde *SK SchKG*, ed. Jolanta Kren Kostkiewicz ve Dominik Vock (Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2017), Art. 315, Rn. 7; Daniel Hunkeler, *Kurzkommentar SchKG* (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2014), Art. 315, Rn. 6; Guggisberg ve Hardmeier, “SchKG Art. 315,” Art. 315, Rn. 5, 7.

³⁵ Guggisberg ve Hardmeier, “SchKG Art. 315,” Art. 315, Rn. 6.

³⁶ Tolga Akkaya, “Konkordatoda Çekişmeli Alacaklar Hakkında Dava Açılması (İİK m. 308/b) ve Dava Şartı Arabuluculuk,” *LinkedIn*, Eylül 8, 2024, <https://www.linkedin.com/pulse/konkordatoda-%C3%A7eki%C5%9Fmeli-alacaklar-hakk%C4%B1nda-dava-a%C3%A7%C4%B1lmas%C4%B1-tolga-akkaya-iva5f/?trackingId=3OIKoFLHCre60wxe%2FVHIFw%3D%3D>, Erişim Tarihi: 09.09.2024.

Görevli ve yetkili mahkeme ise konuya ilişkin açık bir düzenleme olmadığından genel hükümlere göre tespit edilmelidir.

II. ÇEKİŞMELİ ALACAKLAR HAKKINDA AÇILACAK DAVALARIN DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA TÂBİ OLUP OLMADIĞI SORUNU

A. Genel Olarak Sorunun Tespiti

Uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesine başvuru kural olarak ihtiyarîdir. Ancak hukuk sistemimizde istisnâ olarak bazı davaların görülebilmesi için önce arabulucuya başvurma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu yola başvurmadan dava açılması durumunda ise dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedilir (HUKAK m. 18/A). Arabulucuya başvuru zorunluluğu olan hukuk yargısındaki hâller, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/A maddesi ve son olarak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/B maddesi ile düzenlenmiştir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 308/b maddesi kapsamında çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davanın genel hükümlere göre görülen bir eda davası niteliğinde olduğunu tespit etmiştik. Genel hükümlere göre görülen, görevli ve yetkili mahkeme genel hükümlere göre tespit edilen çekişmeli alacaklar hakkındaki davaların dava konusu, dava şartı arabuluculuk kapsamında olan bir uyuşmazlık olabilir. Mevzuatımızda çekişmeli alacak davasının arabuluculuğa elverişli olmadığına dair herhangi bir düzenleme yoktur. Bu durumda çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davalarda arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunup bulunmadığı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Örneğin, j nñ nç`sn ançkt rt +hžhs`q eÂc`mj`xc dssqhdmañ`k b`çÂñ s'l`l`Âñmudx`alqj`Âl`Âññl`dubtsnl`c`ÂñÂñudx`H`sx`yk`k`b`j`k`ç`m nkl`c`ÂñÂñhdç`r`çdçj`k`b`çÂñdj`hž`dkh`k`b`j`et`ç`l`tm`f`dshç`dkç³⁷- İş Mahkemeleri Kanunu'nun birinci fıkrasına göre, “*J`nt`m`+ahçqçrdk`udx`snokt`hž`r`Öykdž`dr`lmd`c`x`m`m`hž`h`udx`hž`udçdm`k`b`ç`Âud`ş`yl`lm`s`Âhd`hž`d`h`cd`ş`k`d`ah`kd`ç`k`m`c`u`k`ç`+`q`at`kt`bt`x`a`ž`ut`qt`kl`t`ž`nkl`r`Á`c`u`ž`qs`Á`At`k`b`j`ud`ş`yl`lm`sk`hç`hç`hç`y`Áñ`hç`hç`+l`dmh`sdrohs`ud`hrshç`ş`c`u`k`q`Á`g`jj`Árc`alqñbhç`l`kl`g`jl`~`txft`k`mç`||N`g`ç`d`ç`dj`hž`dkh`k`b`j`*

³⁷ Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 13; Albayrak ve Bulut, “Çekişmeli Alacak,” 469.

g`jj Âc` `îÂ m c`u`mân j nnt rt at l`ccdnm j`or`l Ânî flıdalkı At ct q l c` lîh s`q eÂc`m`îÂ `rÂ fdıj dm îdj lî dlh`k b`j c`u`rÂm dî L`gj dl dıdçJ`nt nt`m fÖd c`u`Z şÂ q`at kt bt kt ç` sâhnkt o nkl`c`Âmân adkkıdm drh fdıj hı Ylı J`nt m k`eyÂn fÖd alıdxrdk udx`snokt lî rÖydî drımd c`x`mîm lîh`k b`çÂud s`yl lmsÂs`klakıkd`îÂ m c`u`k ç` `q`at kt bt x`a`Zıt ç`kl`rÂynç`nk ct ç`X`gt s`c` Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesine göre "...ticarî davalardan, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır". Türk Ticaret Kanunu'nda arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun belirlenmesinde talep sonucu yerine dava konusu³⁸ esas alındığından, doktrinde ve uygulamada hangi uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığının tespitinde tereddütler ortaya çıkmıştır³⁹. Bu tereddütlü hâllerden biri de konkordatoda çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davalardır. Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin lafzına bakıldığında çekişmeli alacaklar hakkındaki eda taleplerinin dava şartı arabuluculuk kapsamında olması gerektiği düşünülebilir. Aynı hususlar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/A maddesi ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/B maddesi kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından da geçerlidir.

³⁸ Dava konusunun belirlenmesine ilişkin doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ermenek ve Azaklı Arslan, "Arabulucuya Başvuru," 141 vd. Çalışmanın kapsamını aşmamak adına bu tartışmalara girmiyoruz. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na baktığımızda dava konusunun belirlenmesinde talep sonucunun esas alındığı söylenebilir. Bu sebeple ticarî davalar bakımından da arabuluculuğa başvuru zorunluluğu tespit edilirken dava konusunun değil talep sonucunun dikkate alınması gerekir, Ermenek ve Azaklı Arslan, "Arabulucuya Başvuru," 144-145. Ticarî davalarda talep sonucunun değil dava sebebinin dikkate alınması gerektiğine ilişkin görüşü için bkz. Ali Cem Budak, "Ticarî Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk," *MİHDER* 42, no. 1 (2019): 33.

³⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Budak, "Arabuluculuk," 31 vd. Konu doktrinde icra ve iflâs hukuku bağlamında özellikle itirazın iptali ve menfi tespit davaları üzerinden tartışılmıştır. Bu tartışmalar için bkz. Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 189 vd., 196 vd., Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan, *Ticarî Uyuşmazlıklarda İhtiyarî ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk* (Ankara: Adalet, 2020), 136 vd., 145 vd. 217 vd. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesine 28.03.2023 tarihli 7445 sayılı Kanun ile eklenen "... itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları..." ibaresi ile konu bu özeldir tartışmaya kapanmıştır.

Çekişmeli alacaklar hakkında açılan davalarda, dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin dar yorumlanması gerekliliği, konkordatoya ilişkin uyuşmazlıkların kamu düzenine ilişkin olduğu, konkordatoya ilişkin hükümlerin tüm alacaklıları etkilemesi gibi nedenlerle bu davaların arabulucuya başvuru zorunluluğuna tâbi olmadığı da söylenebilir. İşte bu noktada çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davalarda arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

B. Doktrindeki Görüşler

Çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığı değerlendirilmesinde doktrinde yer alan ilk görüş öncelikle davanın konusundan hareket etmiştir. Bu kapsamda davada talep sonucu belirlenirken borçlunun itirazının içeriği esas alınmalı ve her durumda borçlu tarafından itiraza uğramış alacağın tespiti ile bu alacağın konkordato hükümlerine göre (tasdik edilen konkordato projesinde öngörülen miktarın; konkordatonun feshi halinde tamamının) tahsili talebini içermelidir⁴⁰. Çekişmeli alacaklar hakkında açılan davaların hukukî niteliği belirli bir miktar paranın konkordato hükümlerine göre tahsili amacına yönelmiş eda davasıdır. Eda davası olması sebebiyle dava konusu dikkate alındığında çekişmeli alacak davasının Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi kapsamında arabuluculuğa başvuru zorunluluğuna tâbi olduğu sonucuna varılabilir; ancak davanın konkordato prosedürü ile yakın ilişkisi ve dava ile korunan menfaat dengesi dikkate alındığında çekişmeli alacaklar hakkında açılan davalar arabulucuya başvuru zorunluluğuna tâbi değildir. Zira bu davada hem davanın taraflarının hem de konkordatoya tâbi bütün alacaklıların menfaatleri dengelenmektedir. Çekişmeli alacak davasının kabulü konkordato projesini doğduran doğruya etkilerken; davanın reddi hâlinde, bankaya çekişmeli alacaklıya ödenmek üzere bir miktar para bloke edildiyse, bu bedelin konkordato masasına iade edilmesi sonucu doğacağından, davanın reddi kararı diğer alacaklıların menfaatlerini etkilemektedir⁴¹.

Konuya ilişkin bir başka görüşe göre ise borçlunun çekişmeli alacak için konkordatonun tasdikinden sonra arabuluculuk sürecinde farklı şartlarda anlaşması, konkordato hükümleri konkordatoya tâbi bütün alacaklar için zorunlu ve bağlayıcı olduğundan, aynı zamanda alacaklılar arasında eşitliği

⁴⁰ Ermenek ve Azaklı Arslan, "Arabulucuya Başvuru," 186.

⁴¹ Ermenek ve Azaklı Arslan, "Arabulucuya Başvuru," 186.

bozacağından kabul edilemez⁴². Eğer davanın dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu kabul edilirse, alacaklı ile borçlu dava konusu alacağın varlığı veya miktarına ilişkin olarak arabuluculuk yoluyla anlaşılabilir; alacağın ödenmesi hususunda konkordato hükümlerinden farklı bir çözüm üzerinde ise anlaşamazlar. Aksi hâl konkordato hukuku ile bağdaşmaz ve diğer alacaklılar Kanun'un 308/f maddesi uyarınca konkordatonun feshini isteyebilir⁴³.

Doktrinde konuyu değerlendiren bir diğer görüş de çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davaların dava şartı arabuluculuk kapsamına girmemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre borçlunun, alacaklı ile anlaşacak olsaydı konkordato prosedürü içinde alacağa itiraz ederek bu davanın açılmasına sebebiyet vermeyeceği; bu durumda alacaklıyı alacağına kavuşması için davadan önce bir de arabuluculuk sürecine tâbi tutmanın zaman israfından başka bir anlama gelmeyeceği ifade edilmiştir⁴⁴.

Doktrinde konuya ilişkin aksi yöndeki görüş ise yürürlükteki mevzuat çerçevesinde, Kanun'un 308/b maddesi uyarınca çekişmeli alacaklar hakkında açılan davaların şartları varsa dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu yönündedir⁴⁵. Zira 308/b maddesi uyarınca açılan dava genel hükümlere tâbidir ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği niteliktedir. Bu anlamda taraflar davadan feragat edebilir, davayı kabul edebilir veya sulh olabilir. Tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri davalar arabuluculuğa elverişli olduğundan, 308/b maddesi uyarınca açılan dava da mevzuatta öngörülen dava türlerinden biri ise, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunludur⁴⁶. Davanın konkordatoyla ilişkisi ile dava sonucunun konkordato kapsamında ödemeyi etkilemesi, davanın niteliğini değiştirmez. Genel hükümlere göre görülen, alacağın varlığı ve miktarı konusunda kesin hüküm teşkil edecek olan mahkeme kararının verildiği bu yargılama, kanun gereği dava şartı arabuluculuğa tâbidir. Bununla beraber, arabuluculuk sürecinde tasdik edilen konkordato hükümlerini aşan, alacaklıyı kayıran ve alacaklılar arasındaki eşitliği bozan anlaşmalardan kaçınılmalıdır. Bu husus ise arabulucunun değil, tarafların sorumluluğundadır. Borçlunun alacaklıya, diğerlerinden daha avantajlı ödeme koşulları sunması veya ek taahhütlerde bulunması ise konkordatonun feshi sebebi teşkil edebilir⁴⁷.

⁴² Yazıcı, "Çekişmeli Alacaklar," 13-14.

⁴³ Yazıcı, "Çekişmeli Alacaklar," 13-14.

⁴⁴ Albayrak ve Bulut, "Çekişmeli Alacak," 474.

⁴⁵ Akkaya, "Çekişmeli Alacaklar."

⁴⁶ Akkaya, "Çekişmeli Alacaklar."

⁴⁷ Akkaya, "Çekişmeli Alacaklar."

Mehaz İsviçre hukukuna baktığımızda, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'nun (SchwZPO) uzlaşma ve arabuluculuk arasında bir ayrım yaptığı, Kanun'un 213 ilâ 218'inci maddeleri arasında düzenlenen arabuluculuğun *Mediation* ihtiyarî olduğu ve arabulucuya başvurma zorunluluğu bulunmadığı görülmektedir⁴⁸. Diğer taraftan Kanun'un (SchwZPO) 197 ilâ 212'nci maddeleri arasında düzenlenen uzlaştırma-*Schlichtung* ise zorunludur⁴⁹. Arabuluculuk ve uzlaştırma birer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmakla birlikte, birbirinden farklı müesseselerdir⁵⁰.

İsviçre hukuk sisteminde uzlaştırma, dava açılmadan önce başvurulması gereken zorunlu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak düzenlenmiştir⁵¹. Uzlaştırmaya başvurma zorunluluğundan muaf olan davalar ise İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'nun 198'inci maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. İlgili maddenin e bendinde, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda (SchKG) yer alan ve uzlaştırmadan muaf olan davalar yer almaktadır. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 315'inci maddesinde düzenlenen konkordatoda çekişmeli alacak davası, zorunlu uzlaştırmadan muaf olan davalar arasında bulunmamaktadır. Ancak aynı maddenin h bendinde, mahkemenin bir davanın açılması için son süre belirlemesi durumunda uzlaştırmaya başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile asıl olarak geçici hukukî korumalar bakımından tamamlayıcı merasim kapsamında açılması gereken davaların kastedildiği ifade edilmiştir⁵². Konkordatoda çekişmeli alacak davası bakımından konuya baktığımızda ise doktrinde, Kanun'un (SchwZPO) 198'inci maddesinin h bendi sebebiyle bu davada uzlaştırma kurumunun uygulanmayacağı kabul edilmiştir⁵³. Zira İsviçre İcra ve İflâs

⁴⁸ İsviçre hukukunda arabuluculuğa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Serpil Işık, "İsviçre'de Hukuk Uyuşmazlıklarının Alternatif Yollarla Çözümlemesi Kapsamında Tahkim ve Arabuluculuk ile İsviçre Odaları Tahkim Kurumunun Önerdiği İsviçre Ticarî Arabuluculuk Kurallarına Genel Bir Bakış," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2019): 456 vd.

⁴⁹ İsviçre hukukunda uzlaştırmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Efe Direnisa, "İsviçre Medenî Usûl Hukukundaki Zorunlu Uzlaştırma Kurumuna Genel Bir Bakış," *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 51 vd.; İsviçre hukukunda uzlaştırmayla ilgili yapılması planlanan değişikliklerle ilgili bilgi için bkz. Selçuk Öztekin ve Mert Namlı, "İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nda Yapılması Düşünülen Önemli Değişiklikler (26/02/2020 Tarihli Tasarı)," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 154, (2021): 206 vd.

⁵⁰ Arabuluculuk ve uzlaştırmaların farkları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Direnisa, "İsviçre," 53 vd.

⁵¹ Direnisa, "İsviçre," 51.

⁵² Öztekin ve Namlı, "İsviçre," 209.

⁵³ Jolanta Kren Kostkiewicz, *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht* (Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2018), 508, Rn. 1844; Hunkeler ve Wohl, "SchKG Art. 315," Art. 315, Rn. 4.

Kanunu'nun 315'inci maddesinde çekişmeli alacak davasının açılması bakımından konkordato mahkemesinin, konkordato projesini tasdik ederken, çekişmeli alacağı olan alacaklıların konkordato işlemlerinin yapıldığı yerde dava açmaları için yirmi günlük bir süre belirleyeceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda İsviçre hukukunda çekişmeli alacak davasında zorunlu uzlaştırma davanın niteliği değil, dava açma süresi sebebiyle uygulanmamaktadır.

C. Konuya İlişkin Yargı Kararları

Konkordatoda çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davalarda arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunup bulunmadığına ilişkin yargı kararlarında da bir birlik yoktur.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi verdiği kararlarında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 308/b maddesinde düzenlenen çekişmeli alacaklarla ilgili davanın açılmasından önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunmadığına karar vermiştir. Bunun gerekçesini ise konkordato hukukunun kamusal karakterine, davanın tüm alacaklıları ilgilendirmesine, tarafların iradeleri ile kendi aralarında yapacakları anlaşmaların konkordato alacaklıları arasında eşitlik ilkesine aykırılık yaratacağına ve konkordatoda ödemeler dengesini bozacağına dayandırmıştır⁵⁴.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi de konuya ilişkin verdiği kararında çekişmeli alacak davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı sonucuna varmıştır. Kararında, çekişmeli alacak davasında alacağın tahsilinin genel hükümlere tâbi olmaması; tasdik edilen konkordatonun genel olarak bütün alacaklılar için mecburî ve bağlayıcı olması sebebiyle çekişmeli alacağın mukadderatının da konkordato hükümlerine tâbi olması; çekişmeli alacak hakkında karar veren mahkemenin hükmünü, konkordato projesini göz önünde bulundurarak alacağın tasdik edilen vade, tenzilat ve diğer ödeme koşullarına göre tahsil edilmesi yönünde kuracağı; aksi hâlde ödemeler dengesinin bozulacağı ve alacaklılar arasında eşitsizlik yaratılmış olacağı; çekişmeli alacak davası ile konkordato prosedürü arasında sıkı bir ilişki olması ve davada korunan menfaat gerekçelerine dayanmıştır⁵⁵.

⁵⁴ Y. 6. HD, E. 2024/362, K. 2024/748, 27.03.2024; Y. 6. HD, E. 2021/4402, K. 2022/1359, 14.03.2022, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, ET 01.09.2024).

⁵⁵ Y. 5. HD, E. 2022/7830, K. 2022/14067, 17.10.2022, (Yargıtay Karar Arama, ET 01.09.2024).

Konuya ilişkin olarak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi'nin ise tam tersi yönde kararları mevcuttur. Bu kararlarda⁵⁶ çekişmeli alacak hakkında açılan davanın Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi kapsamında dava şartı arbuluculuğa tâbi olduğu değerlendirilmiştir. 13. Hukuk Dairesi'ne göre, konkordatoda çekişmeli alacaklar hakkında açılan davalar alacağın esasına ilişkin olup, alacağın kabul edilmeyen kısmının tespit ve tahsiline yönelik davalardır. Dava tarihinde yürürlükte bulunan Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesine göre ticarî davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arbulucuya başvurulması dava şartıdır. Konkordatoda çekişmeli alacak hakkında açılan somut olaydaki dava da ticarî nitelikte alacak davası olduğundan, arbuluculuğa başvurulması zorunludur.

D. Konunun Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Doktrin ve yargı kararlarında görüldüğü üzere, çekişmeli alacaklar hakkında açılan davaların dava şartı arbuluculuğa tâbi olup olmadığı hususu üç ana noktaya dayandırılarak değerlendirilmiştir. Bunlardan ilki konkordato hukukunun kamusal karakteri, ikincisi alacaklılar arası eşitlik ilkesi ve sonuncusu ise dava ile korunan menfaat dengesidir. Bu sebeple biz de konuyu bu üç başlık üzerinden ayrı ayrı incelemeyi uygun görüyoruz.

2. Konunun Konkordato Hukukunun Kamusal Karakteri Kapsamında Değerlendirilmesi

a. Konkordatonun Hukukî Niteliği ve Amacı

Konkordato⁵⁷, borçlunun kendisi için daha elverişli olan şartlar çerçevesinde borçlarını ödemesini mümkün kılan kanun tarafından tanınmış hukukî bir imkândır⁵⁸. Konkordatonun kamusal karakterini izah etmeden önce hukukî niteliğini kısaca tespit etmekte fayda vardır.

⁵⁶ İstanbul BAM 13. HD, E. 2021/815, K. 2021/894, 10.06.2021; aynı dairenin konuya ilişkin diğer kararları E. 2020/1616, K. 2020/1268, 12.11.2020; E. 2021/307, K. 2021/336, 18.03.2021, (Uyap Karar Arama, ET 01.09.2024).

⁵⁷ Çalışmamızın konusu resmî konkordato olup, tarafların resmî makamların katılımı olmaksızın kendi aralarında yaptığı mahkeme dışı konkordato çalışmamızın kapsamı dışındadır.

⁵⁸ Süha Tanrıver, *Konkordato Komiseri* (Ankara: Yetkin, 1993), 3.

Konkordatonun hukukî niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur⁵⁹. Bir görüşe göre konkordato karşılıklı fedakarlıkta bulunmak suretiyle gerçekleştirilen bir sulh sözleşmesidir⁶⁰. Bu görüş bir yönüyle doğru olmakla birlikte, konkordatoya olumsuz oy verenlerin konkordatoya bağlı olmasını açıklamakta yetersizdir⁶¹. Bu sebeple doktrinde konkordatonun cebrî bir sulh sözleşmesi olduğu ifade edilmiştir⁶². Konuya ilişkin bir diğer görüş ise konkordatoyu sözleşme olarak değil mahkeme hükmü olarak görmekte ve mahkemenin tasdik kararı sebebiyle konkordato metninin mahkeme kararı yerine geçtiğini ifade etmektedir⁶³. Bu görüş ise konkordatoda alacaklıların iradesinin rolünü göz ardı etmektedir⁶⁴. Son görüşe göre ise konkordato bir cebrî icra yöntemi olup iflâsa⁶⁵ yaklaşmakta, ancak ondan daha ılımlı ve özel kolektif bir cebrî icra müessesesi teşkil etmektedir⁶⁶.

Konkordato, Kanun'un öngördüğü şartların yerine gelmesi halinde borçlunun ekonomik faaliyetine devam etmesini sağlayan, cüzî veya küllî

⁵⁹ Konkordatonun hukukî niteliğine ilişkin görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (İzmir: İstiklal, 1973), 21 vd.; Tanrıver, *Komiser*, 6 vd.; Pekcantez ve Erdönmez, *Konkordato*, 4 vd.

⁶⁰ Ejder Yılmaz, "İflâs ve Konkordato Uygulamasıyla İlgili Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 7, no. 1 (1995): 102; Kuru, *Cilt IV*, 3585-3586; Kuru, *El Kitabı*, 1444.

⁶¹ Umar, *Tarihi Gelişme*, 22; Berkin, *İflâs*, 522; Tanrıver, *Komiser*, 6; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 640; Altay ve Eskiocak, *Konkordato*, 22, 24.

⁶² Yılmaz, "Konkordato," 102; Kuru, *Cilt IV*, 3585-3586; Kuru, *El Kitabı*, 1444.

⁶³ Umar, *Tarihi Gelişme*, 24-25, 26-27; bu görüşü savunan diğer yazarlar ve görüşün ayrıntıları için bkz. Umar, *Tarihi Gelişme*, 24-25.

⁶⁴ Berkin, *İflâs*, 522; Tanrıver, *Konkordato*, 6; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 640; aksi görüş için bkz. Umar, *Tarihi Gelişme*, 25.

⁶⁵ Borçlunun karşısında tüm alacaklıları bulunduğu ve bir cebrî icra prosedürü olduğu için konkordato, iflâs hukukuna benzetilebilir. Bu benzerlikten yola çıkarak konkordatonun kamusal karakteri, iflâsın kamusal karakterine yaklaştırılabilir. Ancak iflâsın kamusal karakteriyle konkordatonunki birbirinden farklıdır. Burada kanaatimizce en önemli fark prosedürün başlangıcı noktasındadır. İflâs asliye ticaret mahkemesinin kararıyla meydana gelirken, konkordatonun mahkeme tarafından tasdik edilebilmesi için öncelikle kanunun belirlediği alacaklı çoğunluğuyla kabul edilmesi gerekir, Uyar, *Konkordato*, 8. Keza borçlunun alacaklıları ile anlaşarak mahkeme dışı konkordato yapması mümkünken, böyle bir durum iflâs için söz konusu değildir. İflâsın aksine konkordatonun kamu hukuku bakımından bir sonucu da yoktur.

⁶⁶ Berkin, *İflâs*, 521, 523; Tanrıver, *Komiser*, 7; Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 110; Altay ve Eskiocak, *Konkordato*, 22.

icraya engel olan özel bir cebrî icra müessesesidir⁶⁷. Konkordato, borçlunun yaptığı teklifin İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen alacaklı çoğunluğunun kabul etmesi ve yetkili makamın tasdiki sonucunda ortaya çıkan cebrî bir anlaşmadır⁶⁸. Kısaca, mahkeme gözetim ve denetiminde borçlunun alacaklıları ile borcun belli koşullarda ödenmesi için anlaşmasıdır⁶⁹. Bu anlaşma sırasında alacaklılar alacaklarının bir kısmından feragat edebilir veya borcunu ödemesi için borçluya süre verebilir.

Konkordato icra veya iflâs takipleri gibi bir takip yolu değildir; zira alacaklıların borçluyu takip etmesini sağlayan bir prosedür konkordatoda yoktur⁷⁰. Konkordato prosedürü içinde yapılan ifa cebrî nitelik de taşımamaktadır⁷¹. Konkordatoda borcun ifası noktasında devletin zorlaması bulunmayıp, devlet denetimi altında ifa amacı vardır⁷². Burada ne bir takip prosedürü ne de cebrî tasfiye mevcuttur⁷³. Borçlu konkordato anlaşmasına göre borcunu yerine getirdiğinde borçlarının tamamından kurtulur.

Konkordatonun amacı, borçların mahkemenin gözetim ve denetimi altında alacaklılarla müzakere edilerek yeniden yapılandırılması ve borçlunun muhtemel icra takiplerinden veya iflâstan kurtulmasıdır⁷⁴. Konkordato sayesinde borçlu icra ve iflâs takiplerinin olumsuz sonuçlarından korunurken, alacaklılar arasında da eşitlik sağlanmakta, hem borçlunun hem de alacaklıların menfaatleri korunmaktadır⁷⁵. Örneğin iflâsa tâbi olmayan borçlularda, çabuk davranıp borçlunun mallarını önce haczettiren alacaklılar

⁶⁷ Tanrıver, *Komiser*, 7; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 4; Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 111; Meral Sungurtekin Özkan, "Konkordatoda Alacaklılar Kurulu," *Yaşar Hukuk Dergisi* 1, no. 2 (2019): 49.

⁶⁸ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 505; Kuru, *Cilt IV*, 3585; Kuru, *El Kitabı*, 1444; Uyar, *Konkordato*, 3.

⁶⁹ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 505; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 693; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 638.

⁷⁰ Umar, *Tarihi Gelişme*, 20; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 506.

⁷¹ Umar, *Tarihi Gelişme*, 20.

⁷² Umar, *Tarihi Gelişme*, 21.

⁷³ Umar, *Tarihi Gelişme*, 27.

⁷⁴ Berkin, *İflâs*, 523; Tanrıver, *Komiser*, 1; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 5; Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin, 2016), 1257; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 506; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 638.

⁷⁵ Berkin, *İflâs*, 523; Tanrıver, *Komiser*, 1; Üstündağ, *İflâs*, 227; Yılmaz, "Konkordato," 102; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 641; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 693; Altay ve Eskiocak, *Konkordato*, 4.

alacaklarına tam olarak kavuşurken, geç davranan alacaklıların alacaklarına kavuşması mümkün olamayabilir⁷⁶ ve borçlunun alacaklıları arasında bir eşitsizlik gündeme gelebilir⁷⁷. O hâlde konkordatonun bir amacı borçluyu iflâsın ve icra takiplerinin olası sonuçlarından korumakken, bir diğer amacı da borçlunun alacaklıları arasında eşitliği sağlamaktır⁷⁸. Ayrıca konkordato sayesinde borçlu, işletmesinin malî durumunu iyileştirerek ekonomik varlığını devam ettirme imkânına sahip olur⁷⁹. Bu da alacaklılar ve borçlunun dışında özellikle kamunun yararınadır⁸⁰.

b. Konkordato Hukukunun Kamusal Karakteri

Konkordato talep edildiğinde maddî hukuk bakımından bir hak kullanılmış ve usûlî bakımdan ise mahkemenin harekete geçmesi ile bir yargılama faaliyeti başlamış olur⁸¹. Konkordato hukukunun kamusal karakteri de konkordato talep edilmesiyle borçlu, alacaklılar ve devlet arasında meydana gelen ilişkiyle ortaya çıkar. Ayrıca konkordato kendisine muvafakat vermeyen alacaklıları bağlar; resmî makamların, özellikle devlet adına faaliyet gösteren ve resmî bir görevi olan konkordato komiserinin katılımı aracılığıyla gerçekleşir⁸². Konkordato prosedürü ile konkordatonun tasdik şartları kamu düzenine ilişkindir. Konkordatonun kendisine muvafakat vermeyen alacaklılar için de bağlayıcı olması, cebri icra müessesesi olmasının ve kamu hukukundan kaynaklanan gücün kullanılmasının bir sonucudur. Bu da konkordatonun kamusal karakterini oluşturur.

Bunun yanında, konkordato talep üzerine başlatılan ve yürütülen bir prosedür olup devletin kendiliğinden bu prosedürü başlatması veya yürütmesi söz konusu değildir. Ayrıca konkordatonun varlık kazanabilmesi için borçlunun konkordato teklifinin hem kanunda öngörülen çoğunluktaki alacaklılar tarafından kabul edilmiş olması hem de mahkemenin tasdik kararı gerekir. O hâlde alacaklıların kabulü veya mahkemenin tasdik kararı tek

⁷⁶ Kuru, *Cilt IV*, 3584; Kuru, *El Kitabı*, 1443; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 693; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra*, 505.

⁷⁷ Üstündağ, *İflâs*, 227.

⁷⁸ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 693.

⁷⁹ Tanrıver, *Komiser*, 1; Yılmaz, "Konkordato," 102; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 5; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra*, 510; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 638, 639.

⁸⁰ Sungurtekin Özkan, "Konkordato," 49.

⁸¹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 655.

⁸² Tanrıver, *Komiser*, 7, 124.

başına yeterli olmayıp, ikisi birlikte gerçekleştiğinde konkordato vücut bulur⁸³. Yine de borçlunun teklifi alacaklılar tarafından kabul edilse dahi mahkeme konkordatonun tasdikini reddedebilir.

Konkordatonun cebrî icra müessesesi olmasından kaynaklı kamusal karakterinin yanında, temelinde tarafların özel hukuktan kaynaklanan ve kural olarak üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri borç ilişkileri yer alır. Konkordato ile bu borçlar yeniden yapılandırılır. Bu noktada konkordatonun fonksiyonu, sulhün fonksiyonuna yakındır⁸⁴. Zira konkordatoda borçlu, alacaklıları ile borçlarının vadeye bağlanması veya bir kısmından ibra edilmesi yoluyla anlaşmak istemekte, sulh olmak için konkordato teklif etmektedir⁸⁵. Bu sebeple konkordatoda hem özel hukuk hem kamu hukuku karakteri olan karma bir ilişki mevcuttur. Ancak konkordatoda borç ilişkilerinin içeriğinin yeniden belirlenmesinde borçlar hukukunda geçerli olan irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü geçerli değildir⁸⁶. Zira tarafların konkordatoya uyma zorunluluğu kanundan doğar ve konkordato tasdik edildiğinde, muaf tutulanlar dışında konkordato tüm alacaklılar için bağlayıcı ve mecburîdir⁸⁷.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi de bir kararında⁸⁸, “...külli bir tasfiye prosedürü olan konkordato, hem bu özelliği hem de tasdik halinde İİK'nın 308/c maddesi gereğinde konkordatoya katılsın katılmasın kural olarak konkordato talebinden önce veya komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan tüm alacaklar için mecburî olduğundan, 3. kişilerin de haklarını etkileyecek nitelikte kamusal bir karaktere sahiptir. Bu nedenle, hâkimin tasdik koşulları bakımından re'sen inceleme ve araştırma yapması gerektiği gibi sürecin başarıya ulaşması bakımından yasada kısa ve kesin süreler öngörülmüştür...” ifadelerine yer vererek konkordatonun kamusal karakterini izah etmiştir.

⁸³ Tanrıver, *Komiser*, 7.

⁸⁴ Umar, *Tarihi Gelişme*, 27; Yılmaz, “Konkordato,” 102.

⁸⁵ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra*, 511; Yılmaz, “Konkordato,” 102.

⁸⁶ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 647.

⁸⁷ Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 440.

⁸⁸ Y. 6. HD, E. 2021/2845, K. 2022/2554, 09.05.2022, (Yargıtay Karar Arama, ET 01.09.2024).

c. Konunun Değerlendirilmesi

Çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davanın dava şartı arabuluculuğa tâbi olmaması gerektiği izah edilirken dayanılan temel gerekçelerden ilki konkordato hukukunun kamusal karakteridir. Hiç şüphesiz ki konkordatonun kamusal karakteri mevcuttur. Zira mahkeme ile taraflar arasındaki ilişki eşitlik esasına dayanmaz ve kamusal karakterlidir. Ayrıca konkordato ile maddî hukuk ilişkilerine ve keza alacaklıların temel haklarına müdahale edilir⁸⁹. O hâlde konkordato prosedürünün mahkeme denetiminde işlemesi ve konkordatonun tasdikinin veya reddinin mahkeme kararını gerektirmesi, ayrıca konkordatonun tasdiki hâlinde ona tâbi olan bütün alacaklıları bağlaması, konkordatonun kamusal karakterini oluşturur.

Bunun yanı sıra konkordatonun özel hukuk karakteri de vardır. Konkordato taraflar arasındaki özel hukuka dayanan borç ilişkilerini yeniden yapılandırır. Ayrıca konkordatoda mahkeme re'sen harekete geçemez; borçlu veya iflâs talebinde bulunabilecek alacaklılardan birinin konkordato talep etmesi gerekir. Konkordato talebinde, projenin hazırlanması ve sunulmasında, projenin oylanmasında taraf iradeleri geçerlidir. O hâlde konkordatoda bir taraftan kişilerin irade serbestisi, bir taraftan da kişilerin irade serbestisini sınırlandıran emredici kurallar mevcuttur⁹⁰. Konkordatonun kamusal karakteri, konkordato talebiyle birlikte meydana gelen borçlu, alacaklılar ve mahkeme arasında oluşan usûlî ilişki sebebiyle ortaya çıkar. Ayrıca cebrî icra müessesesi olarak konkordato, mahkemenin tasdik kararı ile kanun gereği ona tâbi olan bütün alacaklıları bağlar. Konkordato prosedüründeki devlet egemenliği ise bu prosedürün işleyişine ve taraflar arasındaki dengenin korunmasına yöneliktir. Buna rağmen konkordato hukukunun konusu, özel hukuktan kaynaklanan borçların yeniden yapılandırılmasıdır. Zaten bu karma niteliği sebebiyle konkordatonun özel hukuk alanına mı yoksa kamu hukuku alanına mı girdiği tartışılmaktadır.

Kamu menfaatleriyle ilişkili olan ve kamu menfaatlerini koruyan kurallar kamu hukuku kapsamındayken, bireylerin menfaatlerini ilgilendiren kurallar özel hukuk kapsamındadır⁹¹. Konkordatonun her iki alana ait özellikler

⁸⁹ Sungurtekin Özkan, "Konkordato," 54.

⁹⁰ Kamu hukuku-özel hukuk ayrımında irade hürriyeti ölçütünün ayrımı açıklamakta yetersizliğine ilişkin görüşü için bkz. Emir Kaya ve Furkan Aydın, "Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımının Geçersizliği," *Hacettepe HFD* 14, no. 1 (2024): 61.

⁹¹ Kaya ve Aydın, "Kamu Hukuku," 60.

taşıdığına dair şüphe yoktur. O hâlde konu konkordatonun kamusal karakterine ilişkin genel değerlendirmelerden ziyade, çekişmeli alacaklar hakkında açılan dava özelinde irdelenmelidir. Zira cebri icra prosedüründe yer alan ve genel hükümlere göre görülen itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında mevzuattaki açık düzenlemeler sebebiyle dava açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunluymken (TTK m. 5/A, İş Mahkemeleri Kanunu m. 3), konkordato prosedürü içinde yine genel hükümlere göre görülen çekişmeli alacak davalarında arabuluculuğa başvurulup başvurulamayacağını değerlendirilmesinde, sadece konkordatonun kamusal karakteri olduğunu ifade etmek yeterli değildir.

Kanaatimizce, çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davalarda konkordato hukukunun özel hukuk karakteri ağır basmaktadır. Özellikle çekişmeli alacak bakımından hukukî ilişkinin taraflarına ve onların hukukî ilişkideki hakimiyet derecesine baktığımızda bu sonuca varılmaktadır. Ayrıca alacağı çekişmeli hâle getirme yetkisi sadece borçludur ve konkordato komiseri ile diğer alacaklıların bu konuda bir yetkisi yoktur. O hâlde borçlu, bu alacağa itiraz etmek yerine alacağı kabul de edebilir. Bir başka ifadeyle alacağı kabul etme veya çekişmeli hâle getirme yetkisi konkordato prosedürünün içinde dahi hâlâ borçlunun tasarrufundadır. Konkordato komiserinin, iflâs idaresinin sahip olduğu gibi alacağı kabul ya da reddetme benzeri bir yetkisi olmadığına göre, borçlunun alacağı çekişmeli hâle getirmemesi durumunda diğer alacaklılar üzerinde yine benzer bir etki meydana gelmektedir.

Konkordato mühleti verilmeden önce borçlunun tasarruf yetkisinde⁹² herhangi bir kısıtlama bulunmadığından aynı alacak için tarafların anlaşması, sulh olması veya ihtiyarî olarak arabulucuya gitmesi mümkündür. Bu anlamda taraflar alacağın miktarı veya niteliği konusunda serbestçe anlaşabilir. Konkordato mühleti verilmesi ile borçlunun tasarruf yetkisi komiserin nezareti altında devam eder (İİK m. 297/I). O hâlde konkordato mühleti verildiğinde iflâstan farklı olarak borçlunun, mal ve hakları üzerinde kural olarak tasarruf yetkisi mevcuttur (İİK m. 297/II'de sayılan işlemler dışında);

⁹² Konkordato mühletinin borçlunun tasarruf yetkisine etkileri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Cemil Simil, *Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları* (İstanbul: On İki Levha, 2020), 89 vd.; Borçlunun tasarruf yetkisinin konkordato mühletinden önce, konkordato mühleti sırasında ve konkordatonun tasdikinden sonra gösterdiği özelliklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tolga Akkaya, "Konkordatonun Tasarrufun İptali Davasına Etkisi," *YBHD* 6, no. 1 (2021): 224 vd.

ancak bu yetkinin kullanılması komiser nezaretine tâbidir. Borçlunun faaliyetlerinin komiser nezaretine tâbi olması ile kastedilen ise borçlunun komiserin talimatları doğrultusunda faaliyetlerini sürdürmesi, onun gözetim ve denetimine tâbi olmasıdır⁹³. Komiserin borçluyu denetimi aktif bir şekilde gerçekleşir ancak borçlu komisere bağlı değildir; işlerini hiçbir kısıtlamaya tâbi olmaksızın sürdürebilir, komiserin nezareti borçlunun bu işlemlerini sadece denetlemekle sınırlıdır⁹⁴. Komiser borçluya talimat verebilir ve ihtarda bulunabilir⁹⁵; gözetim yetkisi kapsamında borçlunun bazı anlaşmaları yapmasını yasaklayabilir veya bu anlaşmaların kendi onayı ile yapılmasına karar verebilir⁹⁶. Komiserin yetkisi salt talimat vermekle sınırlıdır; komiser borçluyu talimatlarını yerine getirmesi hususunda zorlayamaz⁹⁷. Borçlunun komiserin ihtarlarına ve talimatlarına aykırı davranması durumunda ise mahkeme, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırabilir (İİK m. 297/III) veya 292'nci madde çerçevesinde konkordato mühleti kaldırılır ve konkordato talebi reddedilir. Borçlu mühlet içerisinde alacaklılara zarar verecek veya eşitlik ilkesini ihlal edecek bir işlem yapamaz. Doktrinde bazı yazarlarca komiserin denetim yetkisi geniş yorumlanmakta ve borçlunun tasarruf işlemi yaparken komiserden izin alması veya işlemten sonra komisere bu işlemleri onaylatması gerektiği; ancak izin alınmayan veya sonradan onaylanmayan işlemlerin geçerliliklerini koruduğu; bu durumun komiser tarafından rapor edilmesi hâlinde mahkemenin geçici veya kesin mühletin kaldırılmasına karar verebileceği ifade edilmektedir⁹⁸. Komiserin nezaret görevinin geniş yorumlanması ise borçlunun tasarruf yetkisini kısıtlamaktadır. Asıl olan borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlanması değil, borçlunun işlerine devam etmesidir⁹⁹. Bunun dışında Kanun'un 297'nci maddenin birinci fıkrasına göre mahkeme, bazı işlemlerin geçerli olarak ancak

⁹³ Hakan Albayrak, *İflâs Dışı Adî Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları* (Ankara: Yetkin, 2020), 132; Simil, *Konkordato*, 90, 99 vd.

⁹⁴ Simil, *Konkordato*, 103; Albayrak, *Konkordato*, 132, 133.

⁹⁵ Tahsin Mavzer, "Adi Konkordatonun Yerine Getirilmesi Amacıyla Atanan Kayyım," *Adalet Dergisi* 68, no. 1 (2022): 559; Simil, *Konkordato*, 103, 107; Albayrak, *Konkordato*, 133.

⁹⁶ Simil, *Konkordato*, 103, 107; Albayrak, *Konkordato*, 133; Komiserin borçluya verdiği talimatlar sadece borçlu ile komiser arasında sonuç doğurur, üçüncü kişileri etkilemez. O hâlde borçlunun, komiserin talimatlarına aykırı şekilde yaptığı hukukî işlemler geçerliliğini korur, Simil, *Konkordato*, 107; Albayrak, *Konkordato*, 137-138.

⁹⁷ Albayrak, *Konkordato*, 134.

⁹⁸ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 649.

⁹⁹ Albayrak, *Konkordato*, 133.

komiserin izni ile yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilir. Bu ihtimalde borçlu faaliyetlerini, komiserin işlemlere katılımı veya komiserin işlemlere izin yahut da onay vermesiyle sürdürür¹⁰⁰. Konkordatonun tasdikiyle ise borçlunun tasarruf yetkisinde herhangi bir sınırlama kalmaz. Zira Kanun'un 308/c maddesi kapsamında konkordato kural olarak¹⁰¹ tasdik kararıyla bağlayıcı hâle gelir ve tasdik kararıyla mühlet kararı, dolayısıyla mühletin etkileri ortadan kalkar¹⁰². Mühlet kararının ortadan kalkmasıyla tasarruf yetkisine ilişkin sınırlamalar da kalkar. Tasdik kararıyla komiserin görevleri sona erer; borçlu malvarlığı üzerinde tam ve serbestçe tasarruf yetkisine sahip olur¹⁰³. Bu noktada borçlu konkordato projesini ihlal etmediği veya kötüniyetli davranışlarda bulunmadığı müddetçe konkordatonun kısmen veya tamamen feshi gündeme gelmez. Çekişmeli alacak davası da konkordatonun tasdik kararının ilânından itibaren bir ay içerisinde açılmaktadır ve kural olarak bu dönemde borçlunun tasarruf yetkisi tamdır.

Çekişmeli alacak davasına konu olacak bakımından borçlunun tasarruf yetkisinin mevcut olduğunun bir diğer göstergesi ise bu davada, davaya son veren taraf işlemlerinin yapılmasının mümkün olmasıdır. Tarafların konkordatonun kamusal karakteri sebebiyle arabulucu önünde anlaşamayacakları kabul edilirse, aynı sebeplerle genel hükümlere göre görülen çekişmeli alacak davasında tarafların davaya sona veren taraf işlemlerini (feragat, kabul, sulh) de yapamayacağını kabul etmek gerekirdi.

¹⁰⁰ Simil, *Konkordato*, 90.

¹⁰¹ Kanun'un 308/c maddesinin birinci fıkrasına göre, "...Tasdik edilen konkordato projesinde konkordatonun, tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hâle geleceği de kararlaştırılabilir; bu takdirde mühletin etkileri, kanunda öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla konkordatonun bağlayıcı hâle geldiği tarihe kadar devam eder".

¹⁰² Mühletin etkilerinin sona ermesi ve bunun sonuçlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Simil, *Konkordato*, 211 vd., 251 vd.

¹⁰³ Üstündağ, *İflâs*, 257; Simil, *Konkordato*, 250; Kanun'un 306'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereği mahkeme konkordato hükümlerinin yerine getirilmesini sağlamak üzere kayyım atayabilir. Bu takdirde kayyım, borçlunun işletmesinin durumu ve proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor verir; alacaklılar bu raporu inceleyebilirler. Komiserden farklı olarak kayyım atanması zorunlu olmayıp kayyımın görevi borçlunun işlemlerine nezaret etmek değildir, Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 706-707; Nurullah Bal, "Adi Konkordato Çerçevesinde Kayyım," *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2021): 404. Konkordatoda atanan kayyımın görev ve yetkileri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bal, "Kayyım," 401 vd., Mavzer, "Kayyım," 559 vd.

Kanaatimizce böyle bir kabul mümkün değildir. Taraflar dava sırasında örneğin sulh olabiliyorken, onların arabulucu önünde anlaşamayacağını kabul etmenin izahı güçtür.

Konkordatonun kamusal karakteri sebebiyle çekişmeli alacak davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayacağı değerlendirmesinin yapılabilmesi için borçlunun bu alacak üzerinde tasarruf yetkisinin olmaması gerekirdi. O hâlde konkordato hem kamusal hem özel hukuk karakterini bünyesinde taşısa da, çekişmeli alacak davasında arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi bağlamında konkordatonun kamusal karakteri gerekçesine dayanmak kanaatimizce tek başına yetersizdir. Borçlunun arabuluculukta konkordato projesini ihlal eden bir anlaşma yapma ihtimali ise konkordatonun kamusal karakterinden ziyade, alacaklılar arası eşitlik ilkesi ile alakalıdır. Şimdi konu bu ilke kapsamında incelenecektir.

3. Konunun Alacaklılar Arası Eşitlik İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi

a. Konkordatoda Alacaklılar Arası Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi cebrî icra hukukunun önemli ilkelerindedir. Cebrî icra bakımından eşitlik ilkesi, takipte hem silahların eşitliği olarak hem de keyfi davranma yasağı, bir başka ifadeyle aynı durumda olanlara aynı şekilde davranma kuralı şeklinde karşımıza çıkar¹⁰⁴. Bu kural eşitlere eşit, eşit olmayanlara da durumuna uygun şekilde davranma olarak ifade edilir¹⁰⁵. Bu bağlamda eşit konumda olanlara eşitliğe aykırı veya eşit olmayanlara eşit gibi davranılırsa ilke ihlal edilmiş olur¹⁰⁶.

Şekli hukuk olan icra ve iflâs hukukunda adil olma, mümkün olduğunca eşitliği sağlamayı gerektirir¹⁰⁷. Ancak eşitlik ilkesi bütün alacaklıların tamamen eşit olduğu anlamına gelmeyip, haklı ve hukuka uygun gerekçeler bulunuyorsa alacaklı ve alacağın niteliğine uygun bazı özel düzenlemeler yapılabilir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 17; Muhammet Özekes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 190.

¹⁰⁵ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 17; Özekes, *Temel Haklar*, 190.

¹⁰⁶ Özekes, *Temel Haklar*, 190.

¹⁰⁷ Özekes, *Temel Haklar*, 191.

¹⁰⁸ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 18; Özekes, *Temel Haklar*, 194.

Konkordato hukukunun temel ilkelerinden birisi de alacaklılar arası eşitlik ilkesidir. Bu ilkenin amacı, borçlunun konkordato teklif etmesi sebebiyle ortaya çıkan riske bütün alacaklıların kural olarak eşit oranda katlanmasıdır¹⁰⁹. Bu anlamda bir alacaklının diğer alacaklılara nazaran daha avantajlı konumda bulunmasının önüne geçilmek istenmiştir¹¹⁰. İflâsta da alacaklılar arası eşitlik ilkesi mevcuttur. Birden fazla borçlunun olduğu iflâs hukukunda ilkenin fonksiyonu ise bireysel icra takiplerindeki öncelik prensibini uygulamayarak alacaklılar arasında uyumsuzluk çıkmasını önlemek ve alacaklıların alacaklarını tahsil edebilmek için müflise yönelmelerini engellemektir¹¹¹.

Alacaklılar arası eşitlik ilkesi konkordato hukukuna yön ve şekil veren temel ilkelere dendir. Konkordato bakımından ilkenin dayanakları doktrinde tartışılmasa da, iflâsta alacaklılar arası eşitlik ilkesinin temellendirilmesine yönelik çeşitli görüşler mevcuttur¹¹². İflâsın ve konkordatonun amaçları her ne kadar birbirinden farklı olsa da¹¹³, bu görüşler eşitlik ilkesi bağlamında konkordato bakımından bize yol gösterebilir.

Konkordato bakımından alacaklılar arası eşitlik ilkesinin hukukî dayanağını kanaatimizce anayasal eşitlik ilkesi oluşturur. Anayasa normları bağlayıcı nitelikte olduğundan ve bütün hukuk normları arasında en üstte yer aldığından, hukukun bütün dallarında olduğu gibi cebrî icra hukuku da temel esaslarını Anayasa'dan alır¹¹⁴. Bu sebeple Anayasa'ya aykırı bir düzenlemenin İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alması mümkün değildir. O hâlde icra ve iflâs hukukunda da eşitlik ilkesi gözetilmek zorundadır.

Temeli insan onuruna dayanan eşitlik ilkesi, hem Anayasa'mızın 10'uncu maddesinde hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14'üncü

¹⁰⁹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 650.

¹¹⁰ Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 207.

¹¹¹ Hakan Hasırcı, *İflâsın Takiplere Etkisi* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 157.

¹¹² Bu görüşlerin tek tek incelenmesi çalışmanın sınırlarını aşacağından ayrıntısına girilmemiştir. İflâsta eşitlik ilkesinin temellendirilmesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Hasırcı, *Etki*, 158 vd.

¹¹³ İflâsın amacı borçlunun malvarlığının tasfiyesi suretiyle alacaklıların tatminiyken, konkordatonun amacı borçlunun içinde bulunduğu kötü durumdan kurtulmasına imkân sağlanmasıdır, Üstündağ, *İflâs*, 230.

¹¹⁴ Pınar Çiftçi, "Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, (2010): 322.

maddesinde düzenlenmiştir. Eşitlik ilkesi aynı durumda bulunanlar için geçerli olup, haklarda, ödevlerde, yararlarda, yükümlülüklerde, yetkilerde, sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğu anlamına gelmektedir¹¹⁵. Eşitlik ilkesinin bir gereği olan ayrımcılık yasağı, keyfi nitelikteki ayrımcılığı ifade eder; bazı fiili eşitsizlikleri gidermek veya sosyal sebepler için yapılan pozitif ayrımcılık yasak kapsamında değildir¹¹⁶. O hâlde eşitlik ilkesi, bir kanun hükmünün her zaman ve herkes için aynı hükümleri taşıması anlamına gelmez¹¹⁷. Bunun dışında haklı sebepleri olmadan belli kesimlere ayrıcalık tanınması ise eşitliğe aykırılık oluşturur¹¹⁸. Anayasa Mahkemesi'nin¹¹⁹ ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin¹²⁰ de eşitlik ilkesi ile ilgili verdiği kararlarda, eşitliğin herkesin her yönden aynı kurallara tâbi tutulması anlamına gelmediği; aynı ve benzer durumda olanların aynı, aynı hukukî durum ve koşullara sahip olmayanların ise farklı kurallara tâbi tutulmasının eşitlik ilkesini zedelemeyeceği; ancak farklı durumlara farklı kurallar uygulanabilmesinin haklı, objektif ve makûl bir sebebe dayanması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca bir hakkın kullanılmasındaki farklılığın amacının meşrû olmasının yanında, gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araçlar arasında makûl bir ölçülülük ilişkisi bulunması gerektiği de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından belirtilmiştir¹²¹.

Yargıtay ise konkordatoya ilişkin verdiği kararlarında¹²², konkordato ile alacaklılar arasında eşitlik esasına dayanan bir ödeme sağlandığını ve böylece

¹¹⁵ Hasırcı, *Etki*, 153.

¹¹⁶ Özekes, *Temel Haklar*, 190.

¹¹⁷ Hasırcı, *Etki*, 153.

¹¹⁸ Özekes, *Temel Haklar*, 190.

¹¹⁹ AYM, E. 1991/13, K. 1992/10, 19.02.1992, RG 17.11.1994, S. 22114; AYM, E. 2010/119, K. 2011/165, 08.12.2011, RG 14.02.2012, S. 28204; AYM, E. 2013/20, K. 2013/50, 03.04.2013, RG 12.05.2013, S. 28645.

¹²⁰ Willis/Birleşik Krallık Davası, Başvuru No: 36042/97, Paragraf 39 ve 48; Okpiz/Almanya Davası, Başvuru No: 59140/00, Paragraf 33; Van Raalte/Hollanda Davası, Başvuru No: 20060/92, Paragraf 39; Karlheinz Schmidt/Almanya Davası, Başvuru No: 13580/88, Paragraf 24, (HUDOC European Court of Human Rights, ET 05.09.2024).

¹²¹ Willis/Birleşik Krallık Davası, Başvuru No: 36042/97, Paragraf 39; Van Raalte/Hollanda Davası, Başvuru No: 20060/92, Paragraf 39; Karlheinz Schmidt/Almanya Davası, Başvuru No: 13580/88, Paragraf 24, (HUDOC European Court of Human Rights, ET 05.09.2024).

¹²² Y. 15. HD, E. 2021/1209, K. 2021/569, 02.03.2021, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, ET 01.09.2024); Y. 6. HD, E. 2021/3486, K. 2022/807, 16.02.2022, (yargitaykararlari.com.tr, ET 01.09.2024).

borçlunun iktisadî faaliyetine devam edebileceğini, borçlunun piyasadaki varlığını sürdürürken piyasadaki istikrar ve istihdam imkânlarının korunmuş olacağını ifade etmiştir. Konkordato süreci alacaklılar arası eşitlik ilkesine dayalı olarak yürütüldüğünden alacaklılar arası herhangi bir ayırım yapılmadan benzer durumda bulunan bütün alacaklıları kapsayan adil ve dengeli bir ödeme planının ortaya konması ve alacaklıların tatmin edilmesinde de aynı ilkelerin gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda alacaklılar arasında mutlak eşitliğin sağlanması şart değildir. Konkordato ile dengeli ve adil bir ödeme planının ortaya konması, alacaklıların da buna göre tatmin edilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.

b. Konkordatoda Alacaklılar Arası Eşitlik İlkesinin Düzenlenişi

Konkordatoda alacaklılar arası eşitlik, mutlak bir eşitlik olmayıp, zamansal ve statüsel bir eşitliktir¹²³. Bu anlamda alacağın doğduğu zaman ve alacağın türü alacaklılar arasındaki eşitliği etkiler. O hâlde konkordatoda statü ve zaman olarak aynı olan alacaklar arasında eşitliğin varlığından söz etmek gerekir. Alacaklıların statüleri ise kanun tarafından oluşturulmuş olup, yorum yoluyla bu statülerin genişletilmesi mümkün değildir¹²⁴. Bu anlamda borçlunun konkordato teklifinden önce doğan alacakları ile borçlunun konkordato teklifinden sonra komiserin izniyle doğan alacakları birbirinden ayrılmıştır. Ayrıca adı¹²⁵ ve rehinli¹²⁶ alacaklar bakımından da farklı kurallar

¹²³ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 650.

¹²⁴ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 650.

¹²⁵ Borçlunun teklifi, adı alacaklılar için adı alacaklılar toplantısında kanunda öngörülen çoğunluğa göre kabul edilir ve konkordato tasdik edilirse, alacaklılar arası eşitlik prensibinin bir sonucu olarak kabul oyu vermeyen alacaklılar için de konkordato bağlayıcı hâle gelir, Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 646, 650-651, 708.

¹²⁶ Tasdik edilen konkordato, rehinli alacaklar söz konusu ise alacağın rehinle karşılanan kısmı bakımından bu gruba giren alacaklıları bağlamaz (İİK m. 308/c, III). Ancak borçlu rehinli alacaklılara da müzakere teklif edebilir. Bu durumda kanunda öngörülen çoğunluk sağlandıysa, kendilerine sunulan teklifi kabul etmeyen rehinli alacaklılar için de konkordato bağlayıcı hâle gelir (İİK m. 308/h, IV). Borçlu ön projesinde yer veriyse proje rehinli alacaklılarla da müzakere edilebilir (İİK m. 308/h, I). Konkordato projesinin rehinli alacaklılara ilişkin kısmı teklifi kabul etmeyen rehinli alacaklıları da bağlar. Teklifi kabul etmeyen rehinli alacaklılar, Kanun'un 308/h maddesinin dördüncü fıkrasına göre diğer rehinli alacaklılarla yapılan anlaşmalardan en uzun vadeliğine tâbi olur. Ancak borçlu böyle bir teklifte bulunmazsa, rehinli alacaklılarla müzakere söz konusu değildir, Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 703; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 720. Projenin rehinli alacaklılar tarafından kabul edilmemesi

öngörülmüştür. Bunun dışında İcra ve İflâs Kanunu'nun 308/c maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Kanun'un 206'ncı maddesinin birinci sırasında yer alan imtiyazlı alacaklar ve 6183 sayılı Kanun'a tâbi amme alacakları konkordato ile bağlı değildir. Bu düzenleme ile 6183 sayılı Kanun'a tâbi bütün amme alacakları ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 206'ncı maddesinin birinci sırasında yer alan imtiyazlı alacaklar arasında eşitlik prensibine uygun davranılmıştır¹²⁷.

Rehinli alacaklar bakımından İcra ve İflâs Kanunu'nun 308/h maddesi ile alacaklılar arası eşitlik prensibine aykırı bir düzenleme yapılmış ve adî alacaklardan farklı olarak borçlunun, her bir rehinli alacaklıya ayrı teklifte bulunabilmesine ve ayrı anlaşma yapabilmesine imkân tanınmıştır. Zira Kanun'un 308/h maddesinde tüm rehinli alacaklılara eşit işlem yapma zorunluluğu aranmamıştır. Adî alacaklılarda borçlunun yükümlülüklerinde alacaklılar arasında eşitlik prensibini bozacak şekilde bir değişiklik yapılamazken, rehinli alacaklılar bakımından borçlu her bir alacaklı ile ayrı ayrı koşullarda anlaşılabilir ve bu anlaşmaların içeriğinden diğer alacaklıları haberdar etmesi dahi gerekmez. Her rehinli alacaklı ile ayrı koşullarda müzakere ve anlaşma yoluna gidilebilmesi, aynı statüde olan alacaklılar bakımından eşitlik ilkesine aykırı bir düzenlemedir¹²⁸.

Konkordatoda alacaklılar arası eşitliği sağlamak için konkordatonun İcra ve İflâs Kanunu'nun 206'ncı maddesinde yer alan birinci sıra imtiyazlı alacaklar dışındaki bütün alacaklıları etkileyeceği kabul edilmiştir. Bu anlamda İcra ve İflâs Kanunu'nun 294'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre kesin mühlet kararı ile birlikte (İİK m. 288/I düzenlemesi sebebiyle geçici mühlet kararı verilmesiyle de) 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur. Konkordatonun tasdik edilmesi ile birlikte geçici mühlet kararı verilmesinden önce adî alacaklılar tarafından icra edilmiş hacizler ise düşer (İİK m. 308/ç, D). Rehlinli alacaklılar bakımından, İcra ve İflâs Kanunu'nun 295'inci maddesinin birinci fıkrasına göre rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; bu takiplerin durması söz konusu değildir. Ancak kural olarak geçici ve kesin mühlet

durumu ise konkordatonun tasdik şartı olmayıp, konkordato buna rağmen tasdik edilebilir, Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 721.

¹²⁷ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 651.

¹²⁸ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 524, 525; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 651; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 720, 721.

içerisinde rehinli malların satışı veya muhafaza altına alınması yasaktır¹²⁹. Bunun istisnası ise ikinci fıkrada düzenlenmiştir.

Konkordatoda alacaklılar arasında eşitliği sağlamaya yönelik diğer düzenlemeler, geçici konkordato mülleti verildiği andan itibaren borçlunun konkordato mülleti verilmesinden önceki borçları kural olarak ödeyememesi¹³⁰; alacaklıların konkordato masasına alacaklarını para alacağına çevirerek yazdırmaları¹³¹ (İİK m. 294/VII); konkordatonun tasdiki ile birlikte konkordatoya tâbi alacaklar hakkında kesin ve geçici müllet anından itibaren işlemiş faizlerin durması (İİK m. 294/III, m. 288/I); konkordatonun tasdiki ile birlikte hacizlerin düşmesi ve paraya çevrilmemiş malların sattırılmayarak borçluya geri verilmesi (İİK m. 308/ç, 1); bazı alacaklıların maddî hukuktan kaynaklanan talep ve defiler vasıtasıyla diğer alacaklıların önüne geçerek eşitlik ilkesini bozmasının tedbir yoluyla engellenmesi (İİK m. 287/I, m. 297/II); eşitliğin bozulmasını engellemek için getirilen 294'üncü maddenin dördüncü ve altıncı fıkralarındaki düzenlemeler (İİK m. 294/IV, m. 294/VI); konkordatonun başarıya ulaşması için önemli olan sözleşmelerin alacaklılar tarafından konkordato nedeni ile feshedilememesi veya temerrüt sebebi olarak kabul edilememesi (İİK m. 296/I); konkordato dışı yapılan vaatlerin geçersiz olması (İİK m. 308/d) olarak özetlenebilir.

c. Konunun Değerlendirilmesi

Çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davanın dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı değerlendirilmesinde dayanılan bir diğer husus, tarafların iradeleri ile kendi aralarında yapacakları anlaşmaların konkordato alacaklıları arasında eşitlik ilkesine aykırı olduğudur.

¹²⁹ Konkordatonun tasdiki kararı ile mülletin etkisi kalkar ve rehinli alacaklılar muhafaza tedbiri alabilir veya rehinli malları sattırabilir. Ancak Kanun'un 307'nci maddesinde rehinli malların paraya çevrilmesinin veya muhafaza altına alınmasının bir yılı geçmeyecek şekilde ertelenebileceği hâller düzenlenmiştir.

¹³⁰ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve doktrindeki diğer görüşler ile kuralın istisnaları için bkz. Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mülletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları* (İstanbul: On İki Levha, 2020), 9 vd., 17 vd.

¹³¹ Alacaklılar arası eşitliği sağlamak için yabancı para alacaklarının da Türk lirasına çevrilmesi gerekir, bu noktada yabancı para alacağının hangi tarihteki kur üzerinden paraya çevrileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tolga Akkaya, "Konkordatoda Yabancı Para Alacakları," *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80, no. 3 (2022): 819-846.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi konuya ilişkin kararında¹³², “*çekişmeli alacak hakkında hiç kaynak ayrılmamış veya konkordato mahkemesince yaklaşık ispat ölçüsünde yapılan incelemede daha az bir alacak belirlenerek kaynak ayrılmışsa çekişmeli alacaklıları ile borçlunun arabuluculuk sürecinde daha yüksek bir miktarda alacak belirlemeleri veya farklı koşullarda anlaşmaları konkordato hükümlerinin bütün alacaklılar için bağlayıcı ve zorunlu olması kuralını ihlal edeceğinden ve alacaklılar arasında eşitliği bozacağından kabul edilemez. Aksi takdirde, diğer alacaklılar bakımından İİK 308/f hükmü gereği konkordatonun feshi hakkı doğar. Dolayısıyla, böyle bir anlaşmanın sadece taraflarını bağlaması ve tarafları arasında sonuç doğurması gerekirken tüm alacaklıları etkileyecek sonuçlar doğurur...*” ifadelerine yer vermiştir.

Kanaatimizce çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayacağını izahta tarafların iradeleri ile kendi aralarında yapacakları anlaşmaların alacaklılar arası eşitlik ilkesine aykırı olacağı savı yeterli değildir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere konkordatoda bir alacağın çekişmeli olup olmadığını belirleyecek olan borçludur. Konkordato komiserinin veya diğer alacaklıların borçlu tarafından kabul edilen bir alacağı çekişmeli hâle getirme yetkisi yoktur. O hâlde tarafların kendi aralarında anlaşmaları arabuluculuk sürecinden çok daha öncesinde mümkündür. Borçlu alacağı çekişmeli hâle getirmeyerek de aynı sonuca ulaşabilir. Yine borçlu, alacaklılarından bazıları ile anlaşabilir ve konusu para olmayan alacakların paraya çevrilmesi işlemi sırasında alacaklı işlemi yüksek bir miktar üzerinden yapabilir; borçlu da buna itiraz etmeyerek, alacak çoğunluğunu sağlamaya çalışabilir¹³³. Burada kanun koyucu, alacağı çekişmeli hâle getirip getirmeme noktasında borçlunun dürüst davranacağı varsayımından hareket etmiştir. Çekişmeli alacak davasında da davacı alacaklının, davadan tamamen veya kısmen feragat etmesi mümkün olduğu gibi davalı borçlu da aynı şekilde davayı tamamen veya kısmen kabul edebilir veya taraflar davada sulh olabilir. Ayrıca taraflar diğer alacaklıları zarara uğratmak istedikten sonra çekişmeli alacak davasında da hileli davranışlarda bulunabilir. Böyle bir ihtimalde kesinleşen hükmün diğer alacaklıları zarara uğratmak amacıyla hile ile alındığı ispatlanarak yargılamanın iadesi talep edilebilir (HMK m. 376)¹³⁴. Yargılamanın iadesi talebi kabul edilir ve hüküm iptal edilirse, konkordato

¹³² Y. 6. HD, E. 2021/4402, K. 2022/1359, 14.03.2022, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, ET 01.09.2024).

¹³³ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 103.

¹³⁴ Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 6; Akkaya, “Çekişmeli Alacaklar.”

tasdik edilmediyse konkordato mahkemesince konkordato hükümlerine göre bir yaptırım öngörülebilir, tasdik edildiyse konkordatonun feshi istenebilir¹³⁵.

Dava sonunda verilecek hükmün diğer alacaklıları etkileyecek olması hususu kanaatimizce dava şartı arabuluculuğa engel değildir. Zira tarafların kötüniyetli anlaşmalarda bulunması ve diğer alacaklıları bu bağlamda etkilemesi her hâlükârda mümkündür. Taraflar bu kötüniyetli davranışı isterlerse muvazaalı bir şekilde alacak bildirmek veya bir alacağı çekişmeli hâle getirmemek suretiyle de yapabilir. Böyle bir ihtimalde, konkordatonun tamamen feshi talep edilebilir. Bu noktada doktrinde arabulucu huzurunda yapılan anlaşmanın tasdik edilen konkordatodan farklı koşulları ihtiva etmesi diğer alacaklılar tarafından konkordatonun tamamen feshi gibi bir sonuç doğurabileceğinden, arabulucunun bu hususta son derece dikkatli olması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁶. Kanaatimizce arabulucunun konkordato hükümlerini dikkate almak ve konkordato projesinin ihlal edilip edilmediğini gözetmek gibi bir görevi yoktur. Ancak arabulucu muvazaalı işlem yapıldığını tespit ederse, bu durumda süreçten çekilmelidir. Burada belirtmek gerekir ki tarafların sadece alacağın miktarı veya niteliği konusundaki anlaşmaları konkordato prosedürü bakımından anlam ifade eder. Tarafların örneğin konkordato projesinde öngörülen dışında bir ödeme vaadi üzerinde anlaşmaları, 308/d maddesi uyarınca hükümsüz kabul edilmelidir. Zira konkordato şartları kanun gereği ona tâbi olan tüm alacaklılar için bağlayıcıdır (İİK m. 308/c, II) ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 308/d maddesine göre, "*Borçlu tarafından alacaklılardan birine konkordato projesinde öngörülenden fazla olarak yapılan vaatler hükümsüzdür*". Kanaatimizce bu durum arabuluculuk anlaşmasının icrasıyla ilgilidir. Tarafların üzerinde anlaştıkları alacak miktarının veya alacağın niteliğinin konkordato şartlarına tâbi olması gerekir. Ancak arabuluculuk anlaşmasında konkordato dışı vaatlerde bulunulduysa, yapılan böyle bir vaat herhangi bir mahkeme kararına gerek kalmaksızın kesin olarak hükümsüzdür¹³⁷. Bu hükümsüzlük diğer alacaklıların hakkını ihlal ettiği oranda kısmî bir hükümsüzlüktür¹³⁸. Borçlunun alacaklılar arası eşitliği bozacak şekilde alacaklılardan birine veya bazılarına örneğin projede öngörülenden daha fazla para ödemeyi veya ek bir edimde bulunmayı yahut

¹³⁵ Yazıcı, "Çekişmeli Alacaklar," 6; Akkaya, "Çekişmeli Alacaklar."

¹³⁶ Yazıcı, "Çekişmeli Alacaklar," 14.

¹³⁷ Berkin, *İflâs*, 585; Kuru, *Cilt IV*, 3818; Kuru, *El Kitabı*, 1520; Yılmaz, *Şerh*, 1280; Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 454; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 554.

¹³⁸ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 710.

da diğer alacaklıların tâbi olduğu vadeden önceki bir tarihte ödeme yapmayı teklif etmesi konkordato dışı vaat sayılır¹³⁹. Kanaatimizce yapılan bu nitelikteki vaatlerin arabuluculuk anlaşmasıyla yapılması ile haricen yapılması arasında bir fark yoktur. Eğer arabuluculuk anlaşması ile borçlu alacaklıyı konkordato projesine göre daha iyi duruma getirmeyi taahhüt ettiyse, kanun gereği anlaşmadaki bu vaatlerin kısmî olarak hükümsüz olduğu kabul edilmelidir.

Ayrıca Kanun'un 333'üncü maddesi kapsamında konkordatoda hususi menfaat temin veya vaat edenlerin cezalandırılacağı kabul edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında¹⁴⁰, "*Konkordatonun tasdiki için İİK'nun 305. maddesinde aranan koşulların dışında mahkemenin Kanun'un öngördüğü birtakım ilkeleri de gözetmesi gerektiği, bunlardan ilkinin, borçlu tarafından alacaklılardan birine konkordato projesinde öngörülenden fazla olarak yapılan vaatlerin hükümsüz olduğuna ilişkin kural olduğu, bu düzenlemenin 'alacaklılar arası eşitlik ilkesi'nin dayanağı olarak kabul edildiği, alacaklılar arası eşitlik ilkesine göre kural olarak hiçbir alacaklının diğerinin zararına öncelik ya da ayrıcalık elde edemeyeceği, borçlu açısından bakıldığında ayrıcalık sağlama yasağı hem proje aşamasında hem de konkordatonun tasdikinden sonraki süreçte söz konusu olduğu...*" ifadelerine yer vermiştir.

Arabuluculuk anlaşmasında yapılan bu vaatler kötüniyetle yapıldıysa, bu durumda konkordatonun tamamen feshi gündeme gelir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 308/f maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Her alacaklı, kötü niyetle sakatlanmış konkordatonun feshini tasdik kararını vermiş olan mahkemeden isteyebilir*". O hâlde borçlu kötüniyetli olarak konkordatoyu tasdik ettirir veya tasdikten sonra kötüniyetli davranışlarla konkordatoyu sakatlırsa alacaklılardan birisinin tasdik kararı veren mahkemeye başvurusu, mahkemenin de talebi kabulü üzerine konkordato bütün alacaklılar bakımından feshedilir¹⁴¹. Bu fesih ile bütün alacaklılar konkordato ile bağlı

¹³⁹ Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 453-454; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 159.

¹⁴⁰ Y. HGK, E. 2021/772, K. 2022/240, 03.03.2022, (Yargıtay Karar Arama, ET 01.09.2024).

¹⁴¹ Berkin, *İflâs*, 582; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 173; Yılmaz, *Şerh*, 1281; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 714; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 555; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyavaz ve Hanağası, *İcra*, 718; Kale, "Değişiklik," 267.

olmaktan kurtulur¹⁴². Borçlunun bazı alacaklılarına eşitlik ilkesini bozarak fazladan para veya teminat vermesi veya gerçek olmayan alacaklar oluşturması kötüniyetli davranışlar olup konkordatonun tamamen feshi sebebidir¹⁴³. Böyle bir ihtimalde borçlu iflâsa tâbi kişilerdense ve doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden biri bulunuyorsa borçlunun iflâsına re'sen karar verilir (İİK m. 308/f, III; m. 308). Kanun'un 177'nci maddesinde ise 308'inci maddedeki durum doğrudan doğruya iflâs sebebi sayılmıştır.

Eşitlik ilkesine aykırı olan asıl husus kanaatimizce çekişmeli alacak davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayacağını söylemektir. Zira konkordatonun tasdikinden, örneğin alacak çekişmeli hâle getirilmeden önce aynı alacak için bir alacak davası açılmış olsa idi¹⁴⁴ bu dava, dava şartı arabuluculuğa tâbi olacakken, tarafları, sebebi ve konusu aynı olan davanın konkordatonun tasdikinden sonra Kanun'un 308/b maddesi kapsamında açılması ihtimalinde dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayacağını söylemek eşitliğe aykırı olur. Ayrıca açıldığı zamana göre dava şartı arabuluculuğa tâbi olma durumunun değişiklik göstermesi hak arama özgürlüğünü ve adalete erişim hakkını da zedeler. Her ne kadar konkordato mühleti içerisinde tarafların arabulucu önünde anlaşması 297'nci madde gereğince komiserin nezaretine veya iznine tâbi olsa da, konkordato henüz tasdik edilmediği ve proje kesinleşmediği için genel hükümlere göre açılacak olan bu alacak davasında, arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunduğunu söylemek gerekir.

Bir diğer ihtimal ise alacaklının bir aylık süre geçtikten sonra çekişmeli alacak için dava açmasıdır. Süre geçtikten sonra dava açılırsa sonuçlarının ne

¹⁴² Kuru, *El Kitabı*, 1529; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 555; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 714; Kale, "Değişiklik," 267.

¹⁴³ Berkin, *İflâs*, 581; Kuru, *Cilt IV*, 3818, 3842; Kuru, *El Kitabı*, 1527; Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 324; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 172-173; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 556.

¹⁴⁴ Borçlu hakkında mühlet kararı verilmiş olması kural olarak açılmış davaların durmasına sebep olmaz veya yeni dava açılmasını engellemez, Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 97; Tunç Yücel, *Konkordato*, 172. Alacaklının konkordatonun tasdikinden önce dava açmış olması hâlinde konkordatonun tasdikinden itibaren bir ay içinde dava açmasına gerek yoktur. Bu durumda alacaklı görülmekte olan davayı bildirerek konkordato mahkemesinden çekişmeli alacağa isabet eden payın bankaya yatırılmasına karar verilmesini talep etmelidir, Kuru, *El Kitabı*, 1501; Kuru, *Cilt IV*, 3766; Yazıcı, "Çekişmeli Alacaklar," 14, 16.

olacağı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur¹⁴⁵. Doktrinde bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre, bir aylık süre çekişmeli alacaklının kendisine konkordato hükümlerine göre ödeme yapılmasını talep edebilmesi bakımından hak düşürücü nitelikte değildir. Alacaklı bir aylık süre geçtikten sonra dava açarsa, kendisi için bankaya yatırılan pay varsa, bu pay borçluya iade edileceğinden, paydan ödeme yapılmasını talep edemez. Ancak dava alacaklının lehine sonuçlanırsa, konkordato hükümlerine göre kendisine ödeme yapılması gerekir¹⁴⁶. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 308/b maddesinin

¹⁴⁵ Doktrindeki görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Berkin, *İflâs*, 557 vd. Konuya ilişkin bir görüşe göre, süresi içinde dava açmayan alacaklının alacağı maddî hukuk bakımından sona ermez; ancak alacaklının hakkı tasdik edilen konkordato bakımından sona erer. Bu alacaklı konkordato bağlamında herhangi bir hak talep edemez, bir aylık süreden sonra davayı açarsa dava süre yönünden reddedilir, Pekcantez ve Erdönmez, *Konkordato*, 154; Süha Tanrıver ve Adnan Deyneki, *Konkordatonun Tasdiki* (Ankara: Yetkin, 1996), 143; Sarısözen, *Konkordato*, 539. Bir diğer görüşe göre ise süresi içinde dava açılmazsa bu durum alacağın esasına tesir etmez ancak alacaklı konkordato payına iştirak edemez. Buna rağmen çekişmeli alacaklıya ödeme yapılırsa, bu ödeme geçerli olup diğer alacaklılar bu ödemeye itiraz edemez, Berkin, *İflâs*, 560-561. Konuya ilişkin bir başka görüşe göre ise çekişmeli alacak davası süresinden sonra açılırsa, davanın süre aşımından reddedilmesi gerekir. Süresinde dava açılmaz veya süre geçtikten sonra dava açılırsa, alacaklının alacağı maddî hukuk bakımından sona ermez, ancak alacaklının teminattan yararlanma ve konkordatoyu feshettirme hakkı düşer, Kuru, *El Kitabı*, 1501. Bir diğer görüşe göre ise süresinde dava açmayan çekişmeli alacaklılar, konkordatoya hiç kayıt yaptırmamış olan alacaklılar ile aynı hukukî statüye sahip olurlar ve dava açtıklarında kendilerine teminat niteliğinde pay ayrılarak bankada bloke edilmez, Altay ve Eskiocak, *Konkordato*, 327. İsviçre hukukunda ise çekişmeli alacak davasının süresinde açılmamasının maddî olarak alacak hakkının kaybına değil, alacaklının sadece konkordato teminatından yararlanma veya çekişmeli alacak talebine ilişkin tutarın dava sonuçlanana kadar mevduat kurumuna yatırılması hakkının kaybına sebebiyet vereceği ifade edilmiştir. Bu anlamda çekişmeli alacak davasını süresinde açmayan alacaklının davası kabul edilirse, alacak konkordato hükümlerine göre tahsil edilir, Guggisberg ve Hardmeier, "SchKG Art. 315," Art. 315, Rn. 19, 20, 21. Bir başka görüş de çekişmeli alacak davasının 20 günlük süre geçtikten sonra da açılabilirliğini, süresinde dava açılmamasına maddî hukuk bakımından hiçbir sonuç bağlanmadığını, alacaklının zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle tâbi olacak şekilde her zaman dava açabileceğini, süresi içinde davanın açılmaması durumunda ilgili alacaklının sadece teminatını kaybedeceğini ve tatmin edilememesi riski taşıdığını ifade etmektedir, Hunkeler ve Wohl, "SchKG Art. 315," Art. 315, Rn. 1, 3, 12, 13. İsviçre hukukunda benzer yöndeki bir diğer görüş için bkz. Hunkeler, *Kurzkommentar SchKG*, Art. 315, Rn. 10, 11.

¹⁴⁶ Yazıcı, "Çekişmeli Alacaklar," 15; Guggisberg ve Hardmeier, "SchKG Art. 315," Art. 315, Rn. 20, 21.

ikinci fıkrasının son cümlesinde süresinde dava açılmamasının sonucu çekişmeli alacaklılar için ayrılan paydan ödeme yapılmasını alacaklıların talep edemeyeceği, yatırılan payın borçluya iade edileceği şeklinde düzenlenmiştir. Kanun'daki bu düzenleme ile süresinden sonra dava açılabilmesinin kabulü gerekir. O hâlde çekişmeli alacaklı konkordatonun tasdikinden sonra bir ay içinde davayı açmazsa, konkordato gereğince kendine düşen payı elde edebilmek için genel hükümlere göre alacak davası açmalıdır¹⁴⁷. Süre geçtikten sonra açılmak istenen bu dava ise mevcut mevzuat karşısında dava şartı arbuluculuğa tâbi olmalıdır. Zira bu dava, Kanun'un 308/b maddesi kapsamına girmediğinden, genel hükümlere göre açılan herhangi bir alacak davası ile aynıdır. Bu dava kazanıldığı takdirde ise ödeme, konkordato hükümlerine göre yapılmalıdır. Bu ihtimalde süresi içerisinde açılan davaların arbuluculuğa tâbi olmayacağını, süresinden sonra açılan davaların ise arbuluculuğa başvurma zorunluluğuna tâbi olduğunu söylemek yine eşitlik ilkesine, hak arama özgürlüğü ve adalete erişim hakkına aykırılık oluşturur.

Konkordatoya yazdırılmamış olan alacaklar bakımından da alacak hakkı ortadan kalkmaz; bu alacaklar da tasdik edilen konkordatoya tâbidir ve alacaklılar konkordato şartlarına göre alacağını isteyebilir¹⁴⁸. Ancak konkordatoya yazdırılmamış olan bu alacaklar kanaatimizce, konkordatoya bildirilmiş olan alacaklar ödendikten sonra ödenmelidir. Aksi hâlde konkordatoya bildirilen alacaklılara proje ile taahhüt edilen ödemenin yapılamaması ve ödeme dengesinin bozulması tehlikesiyle karşı karşıya kalınabilir. O hâlde konkordatoya alacağını yazdırmamış olan alacaklıların, yazdırılanlar ödendikten sonra projeye göre ödeme talep edebileceğini kabul etmek gerekir. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 299'uncu maddesinde alacaklarını bildirmeyen alacaklıların (bilançoda kayıtlı olmadıkça) sadece konkordato projesinin müzakerelerine katılamayacakları¹⁴⁹ kabul edilmiştir. Borçlu ise yazdırılmamış olan bu alacakları inkar ederek ödeme yapmak isteyebilir. Böyle bir ihtimalde bu alacaklıların da alacak davası açması mümkündür. Hatta bu alacaklılar için bir aylık süre söz konusu olmayıp,

¹⁴⁷ Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 410.

¹⁴⁸ Kuru, *Cilt IV*, 3790; Tanrıver, *Komiser*, 176; Kale, "Değişiklik," 241; Sarısözen, *Konkordato*, 539; Guggisberg ve Hardmeier, "SchKG Art. 315," Art. 315, Rn. 21; Emsalgül Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması* (Ankara: Yetkin, 2020), 283.

¹⁴⁹ Bu ifadeden anlaşılması gerekenin, alacaklının alacağını konkordato nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaması ve alacaklının konkordato projesinin kabulü veya reddi konusunda oy kullanmaması olduğu belirtilmiştir, Tanrıver, *Komiser*, 177; Börü, "Konkordato," 179; Kale, "Değişiklik," 241.

zamanaşımı süresi içerisinde dava her zaman açılabilir¹⁵⁰. Dava alacaklının lehine sonuçlanırsa, borçlu konkordatoya yazdırılmamış olan alacaklıya konkordato projesinde yer alan şartlar çerçevesinde ödemede bulunmak zorundadır¹⁵¹. O hâlde bu dava genel hükümlere göre görülen bir alacak davası olduğundan yine dava şartı arabuluculuk kapsamında olabilir. Konkordatoya bildirilen alacaklar ile bildirilmeyen alacaklar arasında dava şartı arabuluculuk bakımından ayırım yapılması, kanaatimizce eşitlik ilkesine, hak arama özgürlüğü ve adalete erişim hakkına aykırıdır.

Doktrinde, alacağa itiraz ederek çekişmeli hâle getiren borçlunun alacaklı ile anlaşma arayışına girmek zorunda bırakılmasının gereksiz yere masraf ve zaman kaybına sebebiyet vereceği ifade edilmiştir¹⁵². Kanaatimizce bu durum dava şartı arabuluculuk kurumuna getirilebilecek genel bir eleştiridir. Olması gereken bir kenara bırakılırsa, mevcut mevzuat karşısında uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamına giriyorsa, arabulucuya başvurulması kanaatimizce zorunludur.

4. Konunun Menfaat Dengesi Kapsamında Değerlendirilmesi

a. Konkordatoda Menfaat Dengesi

Maddî hukuk tarafından korunan her hak beraberinde bir menfaati barındırır. Maddî hukukun kişilere tanıdığı hakların icrasını sağlayan cebri icra kurallarının da bünyesinde birtakım menfaatler bulunur¹⁵³. Cebri icrada alacaklıların menfaati alacak hakkından doğan mülkiyet hakkının, hak arama özgürlüğünün ve hukukî korunma talebinin; borçlunun menfaati ise insan onuru gibi temel hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır¹⁵⁴. Alacaklı ve borçlunun bu menfaatleri ise yoğun bir şekilde çatışır¹⁵⁵. Çatışan bu menfaatler arasında ise bir denge gözetilmesi gerekir¹⁵⁶. Cebri icranın temel

¹⁵⁰ Kuru, *El Kitabı*, 1500; Kuru, *Cilt IV*, 3763; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 153; Sarisözen, *Konkordato*, 539; Doğan, *Konkordato*, 283.

¹⁵¹ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 153; Tanrıver, *Komiser*, 179, dn. 101; Sarisözen, *Konkordato*, 539.

¹⁵² Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 14.

¹⁵³ Çiftçi, “Menfaat,” 315-316.

¹⁵⁴ Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi* (Ankara: Adalet, 2010), 8; Çiftçi, “Menfaat,” 369; Burcu Demirbaş Aksüt, “Kamu İcra Hukukunda Menfaat Dengesi,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, (2014): 4680-4681.

¹⁵⁵ Çiftçi, *İcra*, 8; Çiftçi, “Menfaat,” 316; Demirbaş Aksüt, “Menfaat,” 4676.

¹⁵⁶ Kuru, *El Kitabı*, 47.

amacı da alacaklı ile borçlu arasında doğan menfaat çatışmasını dengelemektir¹⁵⁷. Zira hukuk, toplumun ve kişilerin korunmaya değer menfaatleri arasında denge kurmalı ve adaletin gerçekleşmesini sağlamalıdır¹⁵⁸.

Menfaat dengesi ile kastedilen, cebrî icra sürecinde alacaklı, borçlu ve hatta duruma göre üçüncü kişilerin aynı anda korunması talebi ile ortaya çıkan temel hak çatışmasının ölçülülük ilkesine, hukukun temel ilkelerine ve Anayasa'ya uygun, kişilerin hak ve özgürlüklerini koruyucu şekilde giderilmesidir¹⁵⁹. O hâlde menfaat dengesinin sağlanması kişilerin sahip olduğu temel bir hak olup, temelini Anayasa ve bu bağlamda hak arama özgürlüğü, konusunu ise kişilere tanınmış anayasal hak ve özgürlükler oluşturmaktadır¹⁶⁰. Ancak bu menfaatlerin mutlak olarak eşitlenmesi menfaat dengesinin kurulması anlamına gelmemekte, çatışan menfaatler arasında korunmaya değer olanları hassas bir şekilde dengelemek gerekmektedir¹⁶¹. O hâlde menfaat dengesinin kurulmasında ölçülülük ilkesine¹⁶² uygun davranılması önemlidir.

Şeklî bir hukuk olan cebrî icrada çatışan menfaatlerin dengelenmesi zorunludur. İcra ve İflâs Kanunu menfaat dengesini korumaya yönelik düzenlemeler yaparken, hem alacaklıların hem borçlunun hem de üçüncü kişilerin kötüniyetli davranışlarına engel olmak istemiştir¹⁶³. Menfaat dengesinin sağlanması için cebrî icra prosedürünün bazı süreçlerinde bir tarafın menfaatlerine öncelik gösterilebilir; ancak bu durumun eşitlik ilkesine aykırı bir hâl almaması için sınır Anayasa'ya uygun çizilmelidir¹⁶⁴.

Konkordato kolektif bir cebrî icra müessesesi olduğundan, borçlunun bütün alacaklıları borçlunun karşısındadır. Bu anlamda iflâsta olduğu gibi konkordatoda da tek bir alacaklının değil bütün alacaklıların menfaatlerinin korunması esastır¹⁶⁵. Konkordato bakımından menfaat dengesi iki şekilde

¹⁵⁷ Çiftçi, *İcra*, 8; Çiftçi, "Menfaat," 316; Demirbaş Aksüt, "Menfaat," 4674.

¹⁵⁸ Demirbaş Aksüt, "Menfaat," 4674; Çiftçi, *İcra*, 40-41.

¹⁵⁹ Özekes, *Temel Haklar*, 207; Çiftçi, *İcra*, 8; Demirbaş Aksüt, "Menfaat," 4675, 4681.

¹⁶⁰ Çiftçi, "Menfaat," 323, 372.

¹⁶¹ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 12; Çiftçi, *İcra*, 41; Demirbaş Aksüt, "Menfaat," 4676.

¹⁶² Ölçülülük ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, *Temel Haklar*, 205 vd.; Çiftçi, *İcra*, 125 vd.

¹⁶³ Özekes, *Temel Haklar*, 40; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 13.

¹⁶⁴ Çiftçi, "Menfaat," 322-323, dn. 13.

¹⁶⁵ Özekes, *Temel Haklar*, 39.

karşımıza çıkar. Birincisi alacaklıların kendi arasındaki menfaat dengesi, diğeri ise alacaklılar ile borçlu arasındaki menfaat dengesidir. Alacaklıların mülkiyet hakkı karşısında borçlunun işletmesini devam ettirebilme, olası icra ve iflâs takiplerinden kurtulması bağlamında konut dokunulmazlığı, insan onuru gibi temel hakları bulunur¹⁶⁶. O hâlde konkordato müessesesi alacaklılar ve borçlu arasındaki bu iki karşıt menfaatin korunması ve uzlaştırılmasına yönelir¹⁶⁷.

Konkordatoda borçlunun menfaatleri daha ön plandadır. Zira konkordato ile borcunu ödeyemeyecek durumda olan borçlunun icra takiplerinden kısmen de olsa korunması ve iflâsın kamu hukuku bakımından ortaya çıkan sonuçlarından kurtularak ekonomik mevcudiyetini muhafaza etmesi sağlanır¹⁶⁸. Bu aynı zamanda alacaklıların da menfaatindedir¹⁶⁹.

Konkordato ile borçlunun yanında alacaklıların da menfaati korunur. Konkordato ile borçlunun işletmesi faaliyetlerine devam edebilmekte, alacaklıların haciz yapılmış veya iflâsa gidilmiş olsaydı elde edebilecekleri miktardan daha fazla oranda ve daha avantajlı şartlarda alacaklarına kavuşması sağlanmaktadır¹⁷⁰. Konkordatoda borçlunun menfaati, alacaklıların fedakarlık yapmalarının sağlanması ve ticarî işletmesinin faaliyetini devam ettirmesiyken, alacaklıların menfaati, borçlunun iflâsının veya borçluya karşı yapılacak icra takiplerinin önüne geçmek ve onu en iyi teklifi vermeye zorlamaktır¹⁷¹. Alacaklılar ile borçlunun bu menfaatleri arasında iyi bir denge kurulmalıdır.

Konkordatoda menfaatlerin korunması bakımından önemli bir diğer husus da alacaklıların kendi arasındaki menfaat dengesinin korunmasıdır. Bu anlamda konkordatoya ilişkin getirilen hükümlerle alacaklıların menfaatleri arasında denge gözetilmeye çalışılmış; bir alacaklıya diğer alacaklıların aleyhine olacak şekilde avantaj sağlanmaması için alacaklılar arası eşitlik ilkesi kabul edilmiştir. O hâlde konkordatoda alacaklılar arası eşitlik ilkesi, alacaklılar arası menfaat dengesini sağlamaya yönelik önemli bir ilkedir.

¹⁶⁶ İcra hukukunda menfaat dengesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çiftçi, *İcra*, 1 vd. Çiftçi, "Menfaat," 315 vd.

¹⁶⁷ Tanrıver, *Komiser*, 124.

¹⁶⁸ Tanrıver, *Komiser*, 4; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 4-5.

¹⁶⁹ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 5.

¹⁷⁰ Tanrıver, *Komiser*, 4-5; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 5; Altay ve Eskiocak, *Konkordato*, 4.

¹⁷¹ Öztekin, Budak, Tunç Yücel, Kale ve Yeşilova, *Yeni Konkordato*, 111.

Konkordatoda alacaklıların ve borçlunun menfaatleri dışında kamunun menfaati de vardır. Başarılı bir konkordatonun toplumsal barışın ve kamu menfaatlerinin korunması bakımından önemli bir işlevi yerine getirdiği ifade edilmiştir¹⁷². Zira konkordato, üretimde bulunarak ülke ekonomisine katkıda bulunan ve iş gücü istihdam eden ticarî işletmelerin iflâsının önüne geçerek kamu menfaatinin korunmasına da hizmet etmektedir¹⁷³. O hâlde konkordato ile ülkemizdeki yatırım ortamının iyileştirilmesi amaçlanmaktadır¹⁷⁴. İşletmelerin varlığını devam ettirmesi durumu, vergi kaynaklarında sürekliliği ve istihdamı sağlamak suretiyle Devletin kamusal yükümlülüklerini yerine getirebilmesinde önemli bir destek oluşturmaktadır¹⁷⁵. Konkordatonun asıl süjesinin borçludan ziyade onun işletmesi olduğu ve konkordato ile kamu menfaatlerinin de korunduğu söylenebilir¹⁷⁶. Konkordatoda tüm alacaklıların korunması ve onların menfaatlerinin karşısında, ekonomik kamu menfaati, işletmede çalışan işçilerin korunması gibi çok taraflı menfaat çatışması bulunur¹⁷⁷. O hâlde konkordato ile borçlunun ve alacaklıların menfaatlerinin yanı sıra kamunun da menfaatleri korunmalı ve dengelenmelidir¹⁷⁸. Bireysel menfaatlerin ve kamu menfaatinin dengelenmesi ve düzenlenmesi ile kamu düzeni de sağlanmış olmaktadır¹⁷⁹. Ancak bu çoklu menfaat çatışmasının dengelenmesi zor bir konudur.

Temel haklara müdahalenin çokça bulunduğu icra ve iflâs hukuku sisteminde alacaklıyı veya borçluyu koruyan tedbirler ve düzenlemelerde önemli olan ölçülülük ve menfaat dengesidir¹⁸⁰. Konkordatoda, hem borçlunun hem de alacaklıların menfaatlerinin ölçülülük ve hukuk devleti ilkelerinden ödün verilmeksizin temini amaçlanır¹⁸¹. Konkordatoya ilişkin düzenlemelerle de alacaklılar ile borçlunun menfaatleri arasında bir denge kurulmaya çalışılır. Ayrıca konkordato ile temel haklara müdahale edildiğinden, bu müdahalenin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının gerektiğinde yargı organlarınca denetlenebilir olması gerekir¹⁸².

¹⁷² Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 640; Altay ve Eskiocak, *Konkordato*, 4.

¹⁷³ Tanrıver, *Komiser*, 5, 124; Altay ve Eskiocak, *Konkordato*, 4, 6.

¹⁷⁴ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 642.

¹⁷⁵ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 642.

¹⁷⁶ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 655.

¹⁷⁷ Çiftçi, *İcra*, 9, 47.

¹⁷⁸ Tanrıver, *Komiser*, 5, 124.

¹⁷⁹ Tanrıver, *Komiser*, 124.

¹⁸⁰ Özekes, *Temel Haklar*, 191.

¹⁸¹ Sungurtekin Özkan, "Konkordato," 51.

¹⁸² Sungurtekin Özkan, "Konkordato," 54.

b. Konunun Değerlendirilmesi

Çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davaların dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken dayanılan bir diğer gerekçe, tarafların arabulucu huzurunda yapacakları anlaşmanın davada korunan menfaat dengesi ile konkordatoda ödeme dengesini bozacağı, alacaklıların menfaatlerini etkileyeceği yönündedir. Zira çekişmeli alacak davası ile davanın taraflarının ve konkordatoya tâbi bütün alacaklıların menfaatleri dengelenmektedir.

Alacaklılar ile borçlu arasındaki menfaat dengesi, dengeli bir ödemenin kabulü ile sağlanabilir. O hâlde konkordatoda ödeme şartları, alacaklıların mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale olmadan, borçlunun da işletmesini iyileştirebileceği bir dengede olmalıdır. Bu da konkordato projesinin amaca uygun hazırlanmasıyla mümkündür¹⁸³. Alacaklılar arası menfaat dengesi ise alacaklılar arası eşitlik ilkesi ile sağlanır. Alacaklılar arası eşitlik ilkesi bakımından konu daha önce incelendiğinden¹⁸⁴, burada sadece ödeme dengesi bağlamında konu ele alınacaktır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 286'ncı maddesi gereğince “a) Borçlunun borçlarını hangi oranda veya vadede ödeyeceğini, bu kapsamda alacaklıların alacaklarından hangi oranda vazgeçmiş olacaklarını, ödemelerin yapılması için borçlunun mevcut mallarını satıp satmayacağını, borçlunun faaliyetine devam edebilmesi ve alacaklılara ödemelerini yapabilmesi için gerekli malî kaynağın sermaye artırımını veya kredi temini yoluyla yahut başka bir yöntem kullanılarak sağlanacağını gösteren konkordato ön projesi”ni konkordato talep ederken sunması gerekir. O hâlde borçlu ödeme planını konkordato talep ederken ön projesinde göstermektedir. Borçlunun bildirilen bir alacağı inkar

¹⁸³ Y. 15. HD, E. 2021/1209, K. 2021/569, 02.03.2021, “...Konkordato süreci alacaklılar arasında eşitlik ilkesine dayalı olarak yürütülür. Konkordatoda alacaklılar arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın benzer durumda bulunan bütün alacaklıları kapsayan adil ve dengeli bir ödeme planının ortaya konulması ve alacaklıların tatmin edilmesinde aynı ilkeler gözetilmelidir...Mahkeme, tasdik yargılamasında konkordato projesini kontrol edecek, ... İçerik olarak dikkatle araştırması gereken husus ise borçlunun alacaklılar arası dengeli bir ödeme planını koruyup korumadığıdır...konkordatoda, alacaklılar arasında mutlak eşitliğin sağlanması şart olmayıp, dengeli ve adil bir ödeme planı ortaya konulması, alacaklıların da buna göre tatmin edilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır...”, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, ET 03.09.2024).

¹⁸⁴ Bkz. yuk. II, D, 3, c.

etmesindeki amacı ise ödeme dengesini planlamak değil, maddî hukuk bakımından böyle bir alacak mevcut olmadığı içindir.

Doktrinde, uygulamada borçluların çekişmeli alacakları dikkate almadan proje hazırlaması veya çekişmeli alacaklara göre projeyi revize etmemesi eleştirilmiştir¹⁸⁵. Çekişmeli alacaklara ilişkin payın projede yer alması ile davanın kazanılması veya kaybedilmesinin konkordato projesini etkileme ihtimali bertaraf edilebilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 308/b maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*tasdik kararını veren mahkeme, konkordato projesi uyarınca çekişmeli alacaklara isabet eden payın, kararın kesinleşmesine kadar borçlu tarafından, mahkemece belirlenen bir bankaya yatırılmasına karar verebilir*”. Çekişmeli alacak için pay ayrılması gerekliliği tasdik kararından önce de söz konusu olabilir¹⁸⁶. Bu sebeple doktrinde, Kanun'un pay ayrılmasına ilişkin bu düzenlemesinin, konkordatoya tâbi diğer alacaklılar için nasıl bir ödeme planı öngörülüyorsa, çekişmeli olan alacağın da o ödeme planına dahil olması ve çekişmeli alacak hakkı sahibine ödenecek payın projede gösterilmesi şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁸⁷.

Çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davalar sonunda verilecek kararlar, konkordato projesini ve projenin uygulanması ile başarı şansını doğrudan ilgilendirir; bu sebeple çekişmeli bir alacak mevcutsa projede bu alacağa ayrılacak pay belirtilmelidir¹⁸⁸. Konkordatonun, çekişmeli alacak hakkında tarafların anlaşmasından veya çekişmeli alacağa ilişkin mahkemenin vereceği karardan etkilenmesi durumu arabuluculuk sürecinden bağımsız olarak alacağın çekişmeli olmasının bir sonucudur. Zira davanın reddi hâlinde çekişmeli alacak sahibi için ayrılan pay borçluya iade edilirken, davanın kabulü hâlinde dava alacağın niteliğine ilişkinse ve imtiyazlı alacak olduğuna karar verilirse alacağın tam olarak, miktarına ilişkinse konkordato şartlarına göre ödenmesi gerekir¹⁸⁹. Taraflar çekişmeli alacak davasında feragat, kabul veya sulh müesseselerine başvurabileceğine göre, arabulucu önünde anlaşmalarının da ödeme dengesi bağlamında bir farkı yoktur. Bu etki alacağın çekişmeli olmasının doğal bir sonucudur. Ayrıca borçlu aslında mevcut olmayan bir alacağa itiraz etmeyerek yine ödeme dengesini etkileyebilir.

¹⁸⁵ Albayrak ve Bulut, “Çekişmeli Alacak,” 463.

¹⁸⁶ Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 8; Albayrak ve Bulut, “Çekişmeli Alacak,” 462.

¹⁸⁷ Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 8; Albayrak ve Bulut, “Çekişmeli Alacak,” 462.

¹⁸⁸ Yazıcı, “Çekişmeli Alacaklar,” 8; Albayrak ve Bulut, “Çekişmeli Alacak,” 462-463.

¹⁸⁹ Kuru, *El Kitabı*, 1501; Albayrak ve Bulut, “Çekişmeli Alacak,” 479-480.

Özetle, çekişmeli alacaklar hakkında açılan davalarda uyuşmazlık konusu mevzuat gereği dava şartı arabuluculuk kapsamına giriyorsa, kanaatimizce tarafların arabuluculuğa başvurması zorunludur.

SONUÇ

Konkordatoda alacaklı tarafından bildirilen bir alacağın miktarına veya niteliğine borçlu tarafından itiraz edilirse, alacak çekişmeli hâle gelir. Alacağı itiraza uğramış alacaklı ise İcra ve İflâs Kanunu'nun 308/b maddesi uyarınca konkordatonun tasdik kararının ilânı tarihinden itibaren bir ay içinde çekişmeli alacak davası açabilir. Açılacak bu davanın konusu mevzuatımız gereği arabuluculuğa başvuru zorunluluğu kapsamında olabilir. Dava şartı arabuluculuk uygulamasının yerindeliği ve bu kuruma getirilebilecek eleştiriler bir yana bırakılacak olursa¹⁹⁰, böyle bir durumda dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir.

Doktrinde ve yargı kararlarında konuya ilişkin görüş birliği yoktur. Bu noktada çekişmeli alacak davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmaması gerektiği ifade edilirken konkordato hukukunun kamusal karakteri, alacaklılar arası eşitlik ilkesine aykırılık ve dava ile korunan menfaat dengesi gerekçelerine dayanılmaktadır. Ancak bu gerekçeler çekişmeli alacak davasında arabuluculuğa başvuru zorunluluğu olmadığı sonucuna varmak için kanaatimizce yetersizdir. Zira konkordatonun kamusal karakteri mevcut olsa da dava konusu uyuşmazlık üzerindeki tasarruf yetkisi davanın taraflarındadır. Dava sırasında taraflar sulh olabilecek ve aynı sonuca ulaşabilecekken, arabulucu önünde anlaşamayacaklarını söylemenin izahı güçtür. Alacaklılar arası eşitlik ilkesi bakımından konuya baktığımızda ise özetle, tarafların alacağın niteliği veya miktarı üzerinde anlaşmasının bu ilkeyi zedelemeyeceği söylenebilir. Konkordato şartlarına göre alacağın ödenmesi anlaşmanın icrasıyla ilgili olup, konkordato şartları dışında tarafların yaptığı anlaşmaların kısmî olarak hükümsüz olduğunu kabul etmek gerekir. Menfaat dengesi bağlamında arabuluculuk sürecinde tarafların yapacağı anlaşmanın ödeme

¹⁹⁰ Dava şartı arabuluculuğun olumlu ve olumsuz yönleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Betül Azaklı Arslan, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Ankara: Yetkin, 2018), 44 vd., Nesibe Kurt Konca, "Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk," *Seta Perspektif* 225, (2018): 2-4; dava şartı arabuluculuğa ilişkin eleştiriler için bkz. Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, *Arabuluculuk*, 125 vd., 129-130, 137 vd., 153 vd., Budak, "Arabuluculuk," 26-27.

dengesini etkilemesi yönünden konuya baktığımızda ise bu etkinin borçlunun bir alacağı çekişmeli hâle getirmesinin doğal sonucu olduğu söylenebilir. Zira alacak çekişmeli hâle hiç getirilmeden alacaklı tarafından kabul edilseydi veya taraflar dava sırasında sulh olsaydı yahut da borçlu davayı kısmen veya tamamen kabul etseydi, yine benzer bir etki ortaya çıkmaktadır.

O hâlde, mevcut mevzuatımız gereğince çekişmeli alacaklar hakkında açılacak olan dava, dava şartı arabuluculuk kapsamında bir uyuşmazlığa ilişkinse, kanaatimizce arabuluculuğa başvurulmak zorundadır. Zira çekişmeli alacak davası genel hükümlere göre görülen ve dava sonunda alacağın varlığı ve miktarı konusunda kesin hüküm verilen bir eda davasıdır. Kanaatimizce eşitlik ilkesine asıl aykırılık, çekişmeli alacak davasının konkordato hukukundaki etkileri sebebiyle arabuluculuğa başvuru zorunluluğu dışında tutulması hâlinde meydana gelmektedir. Zira aynı taraf, aynı sebep, aynı konuya ilişkin açılan davanın sadece zamansal olarak konkordatonun tasdiki kararının ilânından itibaren bir ay içinde açılması sebebiyle arabuluculuğa başvuru zorunluluğu dışında tutulması, davanın hukukî niteliğinin daha önce veya sonra açılan bir alacak davasından farkı olmadığı düşünüldüğünde, aynı ve benzer durumda olanlara farklı muamelede bulunulması sonucunu doğurur. Bu durum ise eşitlik ilkesinin yanı sıra hak arama özgürlüğü ve adalete erişim hakkına da aykırıdır.

Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde sonuç olarak, mevcut yasal durum karşısında konkordatoda çekişmeli alacaklar hakkında açılacak davalarda da (uyuşmazlık konusu mevzuat gereği dava şartı arabuluculuk kapsamındaysa) arabuluculuğa başvuru zorunluluğu mevcuttur. Aksinin kabulü için pozitif bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

KAYNAKÇA

Akkaya, Tolga. “Konkordatoda Çekişmeli Alacaklar Hakkında Dava Açılması (İİK m. 308/b) ve Dava Şartı Arabuluculuk.” Eylül 8, 2024. <https://www.linkedin.com/pulse/konkordatoda-%C3%A7eki%C5%9Fmeli-alacaklar-hakk%C4%B1nda-dava-a%C3%A7%C4%B1lmas%C4%B1-tolga-akkaya-iva5f/?trackingId=3OIKoFLHCR60wxe%2FVHIFw%3D%3D>. Erişim Tarihi: 09.09.2024.

Akkaya, Tolga. “Konkordatoda Yabancı Para Alacakları.” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80, no. 3 (2022): 819-846.

Akkaya, Tolga. “Konkordatonun Tasarrufun İptali Davasına Etkisi.” *YBHD* 6, no. 1 (2021): 221-252.

- Albayrak, Hakan ve Esra Bulut. "Konkordatoda Çekişmeli Alacaklar Hakkında Dava." *Adalet Dergisi* 68, (2022): 451-485.
- Albayrak, Hakan. *İflâs Dışı Adî Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Altay, Sümer ve Ali Eskiocak. *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*. İstanbul: Vedat, 2019.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Azıklı Arslan, Betül. *Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Bal, Nurullah. "Adi Konkordato Çerçevesinde Kayyım." *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2021): 390-414.
- Berkin, Necmeddin M. *İflâs Hukuku*. İstanbul: Fakülteler, 1972.
- Börü, Levent. "Adî Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (2019): 173-186.
- Budak, Ali Cem. "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk." *MIHDER* 42, no. 1 (2019): 25-40.
- Çiftçi, Pınar. "Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, (2010): 313-379.
- Çiftçi, Pınar. *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*. Ankara: Adalet, 2010.
- Demirbaş Aksüt, Burcu. "Kamu İcra Hukukunda Menfaat Dengesi." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, (2014): 4671-4735.
- Direnisa, Efe. "İsviçre Medenî Usûl Hukukundaki Zorunlu Uzlaştırma Kurumuna Genel Bir Bakış." *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2021): 49-71.
- Doğan, Emsalgül. *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Ekmekçi, Ömer, Muhammet Özekes, Murat Atalı ve Vural Seven. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Eminoğlu, Cafer ve Ersin Erdoğan. *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyarî ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*. Ankara: Adalet, 2020.

- Ermenek, İbrahim ve Betül Azaklı Arslan. "İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 148, (2020): 135-196.
- Guggisberg, Jürg ve Hans Ulrich Hardmeier. "SchKG Art. 315." İçinde *BSK SchKG II*, Ed. Adrian Staehelin, Thomas Bauer ve Daniel Staehelin, 2700-2706. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2010.
- Hasırcı, Hakan. *İflâsın Takiplere Etkisi*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Hunkeler, Daniel ve Georg J. Wohl. "SchKG Art. 315." İçinde *SK SchKG*, Ed. Jolanta Kren Kostkiewicz ve Dominik Vock, 1852-1857. Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2017.
- Hunkeler, Daniel. *Kurzkomentar SchKG*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2014.
- Işık, Serpil. "İsviçre'de Hukuk Uyuşmazlıklarının Alternatif Yollarla Çözülmesi Kapsamında Tahkim ve Arabuluculuk ile İsviçre Odaları Tahkim Kurumunun Önerdiği İsviçre Ticarî Arabuluculuk Kurallarına Genel Bir Bakış." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2019): 452-469.
- Kale, Serdar. "7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflâs Dışı Adî Konkordato." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2018): 213-269.
- Kaya, Emir ve Furkan Aydın. "Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımının Geçersizliği." *Hacettepe HFD* 14, no. 1 (2024): 50-90.
- Kren Kostkiewicz, Jolanta. *Schuldbeitreibung- & Konkursrecht*. Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2018.
- Kurt Konca, Nesibe. "Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk." *Seta Perspektif* 225, (2018): 1-6.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet, 2013.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku, Cilt IV*. İstanbul: Alfa, 1997.
- Mavzer, Tahsin. "Adi Konkordatonun Yerine Getirilmesi Amacıyla Atanan Kayyım." *Adalet Dergisi* 68, no. 1 (2022): 535-571.
- Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Öztek, Selçuk ve Mert Namlı. "İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nda Yapılması Düşünülen Önemli Değişiklikler (26/02/2020 Tarihli Tasarı)." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 154, (2021): 173-228.
- Öztek, Selçuk, Ali Cem Budak, Müjgan Tunç Yücel, Serdar Kale ve Bilgehan Yeşilova. *Yeni Konkordato Hukuku*. Ankara: Adalet, 2018.

- Pekcanitez, Hakan ve Güray Erdönmez. *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*. İstanbul: Vedat, 2019.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha, 2023.
- Sarisözen, Serhat. *Konkordato*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Simil, Cemil. *Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları*. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Sungurtekin Özkan, Meral. "Konkordatoda Alacaklılar Kurulu." *Yaşar Hukuk Dergisi* 1, no. 2 (2019): 47-70.
- Tanrıver, Süha ve Adnan Deyneki. *Konkordatonun Tasdiki*. Ankara: Yetkin, 1996.
- Tanrıver, Süha. *Konkordato Komiseri*. Ankara: Yetkin, 1993.
- Tunç Yücel, Müjgan. *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Umar, Bilge. *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*. İzmir: İstiklal, 1973.
- Uyar, Talih. *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2019.
- Üstündağ, Saim. *İflâs Hukuku (İflâs-Konkordato-İptal Davaları)*. İstanbul: Yaylacık, 2009.
- Yazıcı, Çiğdem. "Adî Konkordatoda Çekişmeli Alacaklar Hakkında Dava (İİK m. 308/b)." *Bankacılar Dergisi* 116, (2021): 3-29.
- Yılmaz, Ejder. "İflâs ve Konkordato Uygulamasıyla İlgili Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 7, no. 1 (1995): 92-109.
- Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin, 2016.

Karar İncelemesi

ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ'NİN LİMİTED ŞİRKETTEN ÇIKARILMA ve AYRILMA AKÇESİ ÖDENMESİNE İLİŞKİN 11.07.2023 TARİHLİ VE II ZR 116/21 SAYILI KARARININ İNCELENMESİ

*A Review of the Decision by the German Federal Court of Justice
of 11.07.2023 – II ZR 116/21 on the Exclusion of a Member from a
Limited Liability Company and the Payment of Fair Value
Compensation*

Deniz BAYTEMÜR KÖKSAL*

Öz

Türk Ticaret Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda ortağın limited şirketten çıkması ve çıkarılması ayrıntılı olarak düzenlenirken Alman Limited Şirketler Kanunu'nda bu hususlara ilişkin açık bir düzenleme yer almaz. Öte yandan, Alman içtihatlarında ve öğretisinde ortağın çıkması ve çıkarılmasının mümkün olduğu konusunda uzun yıllardır görüş birliği bulunmaktadır.

Çıkma veya çıkarılma kararlarının hüküm ve sonuçları ile ayrılma akçesinin ödenmesinin etkisi konusunda Alman hukuku ile Türk-İsviçre hukuku arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Almanya'da uzun yıllardır kabul gören görüşe göre ortağın şirketten çıkarılması ve dolayısıyla ortaklık sıfatının sona ermesi, ayrılma akçesinin ödenmesine bağlıdır. Bu yaklaşıma yöneltilen eleştiriler doğrultusunda Alman Federal Mahkemesi, 11.07.2023 tarihli ve II ZR 116/21 sayılı kararıyla görüş değişikliğine gitmiştir. Federal Mahkeme'nin yeni görüşüne göre, ortağın şirketten çıkarılması ayrılma

Makalenin Geliş Tarihi: 11.06.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 20.11.2024.

* Avukat, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Özel Hukuk ABD Doktora Öğrencisi,
E-posta: deniz.baytemur@hbv.edu.tr, Telefon: 05303436086, ORCID: 0000-0002-
2807-9086.

akçesinin ödenmesinden bağımsız iken kalan ortaklar, ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmından esas sermaye payları oranında sorumlu olmalıdır. Ayrıca, şirket malvarlığının ayrılma akçesini karşılamaya yetmeyeceğinin açık olması durumunda çıkarılma talebi reddedilmelidir. Bu çalışmada, Federal Mahkeme'nin bu kararı, Türk-İsviçre Hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Alman Federal Mahkemesi, limited şirket, çıkarılma, ayrılma akçesi, ortakların sorumluluğu.

Abstract

While the Turkish Commercial Code and the Swiss Code of Obligations comprehensively address the exit and exclusion of a member from a limited liability company, the German Act on Limited Liability Companies does not contain any provisions on these issues. Yet, there is a long-standing consensus in German case law and doctrine on the possibility of a member to exit and be excluded.

Significant differences exist between Turkish-Swiss law and German law regarding the consequences of exit or exclusion decision and the effect of fair value compensation payment. According to the long-accepted approach in Germany, the exclusion of a member and hence termination of the membership status is contingent upon the fair value compensation payment. Following criticisms, the German Federal Court of Justice changed this approach in its decision of 11.07.2023 - II ZR 116/21. Under the Federal Court's new approach, the exclusion of a member is independent of fair value compensation payment, while the remaining members shall be liable for the unpaid amount. Furthermore, the exclusion claim must be rejected if the insufficiency of the company's assets to cover the fair value compensation is obvious. This study analyses the decision of the Federal Court in comparison with Turkish-Swiss law.

Keywords: German Federal Court of Justice, limited liability company, exclusion, fair value compensation, liability of the partners.

GİRİŞ

Limited şirketlere ilişkin mehz İsviçre Borçlar Kanunu (*Obligationenrecht-OR*) ve Türk Ticaret Kanunu'ndaki (TTK) düzenlemelere öncülük eden Alman Limited Şirketler Kanunu'nda (*Gesetz Betreffend die Gesellschaften mit Beschränkter Haftung-GmbHG*), itfa (*Einziehung*)¹ ve ıskat² (*Kaduzierung*) kurumları bir kenara bırakılırsa, ortakların şirketten çıkması (*Austritt*) veya çıkarılması (*Ausschluss*)³ konusunda açık kanuni dayanak bulunmamaktadır. Buna karşın, yerleşik mahkeme içtihatlarında ve öğretide bir ortağın haklı sebeple ya da şirket sözleşmesindeki bir sebebe dayanarak şirketten çıkması veya çıkarılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Kanuni dayanağın bulunmaması nedeniyle çıkma veya çıkarılma ile bunlara bağlanan hukuki sonuçlar yargı kararlarının ve öğretinin etkisiyle şekillenmiştir.

Ortağın haklı sebeple veya şirket sözleşmesinde yer alan bir sebebe dayanarak şirketten çıkması veya çıkarılması halinde ayrılmanın ne zaman gerçekleşeceği, çıkarılan ortağın hakları, ayrılma akçesinin ödenmesi, ortaklık sıfatının sona ermesiyle ayrılma akçesinin ödenmesi arasındaki ilişki bakımından Alman yaklaşımı ile Türk-İsviçre mevzuat ve öğretisi arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Almanya'da uzun yıllardır ortaklık sıfatının sona ermesinin ayrılma akçesinin ödenmesine bağlı olduğu (*Bedingungslosung*) görüşü baskındı. Bu görüşe göre ayrılma akçesi ödenene kadar -en azından bazı- ortaklık hakları muhafaza edilmeliydi. Yargı

¹ İtfa, ortağa ait esas sermaye paylarının ve buna bağlı hak ve yükümlülüklerinin iptali anlamına gelir. Ortağın paylarının tamamı veya bir kısmı itfaya konu edilebilir. § 34 GmbHG uyarınca itfa için kural olarak ilgili ortağın rızası ve şirket sözleşmesinde bu yönde hüküm bulunması gerekir, ancak şirket sözleşmesinde koşullarının ayrıntılı olarak düzenlenmesi halinde ortağın rızası olmaksızın da itfa kararı alınabilir. Ayrıntılı olarak bkz. Thomas Fleisher, "GmbHG § 34 Einziehung von Geschäftsanteilen," içinde *Gesellschaftsrecht*, ed. Martin Henssler ve Lutz Strohn (München: C.H. Beck, 2024), N. 1 vd.

² İskat, §21 GmbHG uyarınca esas sermaye koyma borcunu yerine getirmede temerrüde düşen ortağın esas sermaye payından ve paya bağlı haklardan yoksun bırakılması anlamına gelir.

³ Ortağın şirketten çıkması yahut çıkarılması ortağın şirketten ayrılması neticesini doğuracağından, çalışma boyunca çıkma veya çıkarılmayı ifade etmek üzere kimi zaman ayrılma kavramı kullanılmıştır. Bu çalışma kapsamında ayrılma neticesi doğuran diğer haller (ör. esas sermaye payının devri) ayrılma kavramının dışında tutulmuştur.

kararlarına yön veren bu yaklaşımı öğretinin tamamı benimsemediği gibi özellikle ayrılma akçesi ödenene kadarki süreçte ortağın statüsü konusunda tartışmalar bulunmaktaydı. Ayrıca, ayrılmanın ayrılma akçesinin ödenmesi koşuluna bağlanmasının yarattığı belirsizlik de eleştirilmekteydi. Bu doğrultuda, Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof-BGH*) 2012 yılında itfa hakkında verdiği kararlar görüş değişikliğine giderek ayrılma neticesinin, ayrılma akçesinin ödenmesinden bağımsız olduğuna hükmetmiştir. Bu karardan yaklaşık on yıl sonra, 2023 yılında bu görüş çıkarılma kararlarına da teşmil etmiştir. Federal Mahkeme'nin 11.07.2023 tarih ve II ZR 116/21 sayılı kararında özetle, uzun yıllardır kabul gören, ortağın şirketten çıkarılmasının ayrılma akçesinin ödenmesine bağlı olduğu görüşü terk edilmiştir⁴. Federal Mahkeme'nin yeni yaklaşımına göre ortaklık sıfatının sona ermesi ayrılma akçesinin ödenmesinden bağımsız olup ayrılma akçesinin ödenmesi, ayrılmanın koşulu değildir; sonucu olmalıdır. Bu emsal kararlar Alman uygulaması limited şirketten ayrılmanın sonuçları bakımından Türk-İsviçre hukuk sistemine yakın bir yöne evrilmiştir. Öte yandan, ayrılan ortağın ayrılma akçesi alacağına teminat altına alınması gereğine dikkat çeken Federal Mahkeme, diğer ortakların ayrılma akçesinin şirket tarafından ödenmeyen kısmından esas sermaye payları oranında sorumlu olmaları gerektiğini (*Haftungslösung*) belirtmiştir. Bu çalışmada, Alman Federal Mahkemesi'nin anılan kararı özetlendikten sonra bu karar doğrultusunda ortağın şirketten çıkarılmasının sonuçları, ayrılma kararının etkisi, ayrılma akçesinin ödenmesinde ortakların sorumluluğu ve şirket malvarlığı ile çıkarılma kararı arasındaki ilişkiye dair güncel yaklaşımı Türk-İsviçre Hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

I. DEĞERLENDİRMEYE KONU KARARIN ÖZETİ

A. Uyuşmazlık ve Mercilerin Çözümleri

Her biri %50 esas sermaye payına sahip iki ortaklı bir limited şirketin bir ortağı diğer ortak aleyhine haklı sebeple çıkarma davası açmıştır. Davada limited şirket de fer'i müdahil olarak yer almıştır. Davacı ortak, davalı ortağın şirketten çıkarılmasını ve çıkarılan ortağa ait esas sermaye paylarının itfası yahut devri konusunda yetkilendirilmeyi talep etmiştir. Davacı ayrıca, çıkarılması istenen ortağa ait esas sermaye payına denk düşen ayrılma

⁴ BGH Urt. v. 11.07.2023, II ZR 116/21 (beck-online.beck.de, erişim tarihi: 10.05.2024). Bu çalışma kapsamında söz konusu karar "BGH 2023" olarak anılacak olup yapılan atıflar karardaki paragraf numaralarını göstermektedir.

akçesini ödemeyi de taahhüt etmiştir. Şirket asgari esas sermaye (25.000 Avro) ile kurulmuş olup sermayenin tamamı ödenmiştir.

İlk derece mahkemesi tarafından yapılan incelemede, şirketin ayrılma akçesini serbestçe kullanılabilen malvarlığından (*freies, ungebundenes Vermögen*) karşılayamayacağını açık olduğu gerekçesiyle çıkarma talebi reddedilmiştir. Davacı ortak ve fer'i müdahil şirket, istinaf talebinde bulunmuştur. İstinaf mahkemesi kararında özetle şu hususlar ortaya konmuştur⁵: Sermayenin korunması ilkesi gereğince ayrılma akçesinin şirketin serbestçe kullanılabilen malvarlığından ödenmesi gerekir. Ayrıca ortağa yapılacak ödeme şirkette bilanço açığına yol açmamalıdır. Ödemenin bilanço açığına yol açıp açmayacağına ilişkin inceleme, şirket malvarlığının rayiç değeri üzerinden değil, şirketin defter değeri (bilanço değeri) üzerinden yapılmalı ve gizli yedek akçeler bu hesaplama dahil edilmemelidir. Yapılan hesaplama neticesinde şirketin esas sermayeyi aşan serbestçe kullanılabilen malvarlığı ayrılma akçesini karşılamaya yetmiyorsa çıkarma talebi reddedilmelidir. İstinaf mahkemesi kararında ayrıca sermayenin korunması ilkesinin ayrılan ortağı değil, alacaklıları koruyan bir düzenleme olduğu vurgulanarak çıkarılmanın ayrılma akçesinin ödenmesine bağlı olmadığı belirtilmiştir. İstinaf mahkemesince bir yandan çıkarılma kararının hüküm ve sonuç doğurmasının ayrılma akçesine ödenmesine bağlı olmadığı ortaya koyulurken bir yandan da ayrılma akçesi ödenmesinin sermayenin korunması ilkesinin ihlaline yol açamayacağı vurgulanmıştır. Yapılan incelemeye göre son duruşmada, şirketin ayrılma akçesini ödemeye yetecek miktarda malvarlığı bulunmadığının anlaşıldığı ve diğer ortağın ayrılma akçesini ödeme taahhüdünün bu neticeyi değiştirmeyeceği gerekçesiyle istinaf talebi reddedilmiştir.

B. Federal Mahkeme'nin Kararı

Davacının temyiz talebi üzerine dosya Federal Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Federal Mahkeme öncelikle, iki ortaklı limited şirketlerde bir ortağın diğeri aleyhine -bu yönde alınmış bir genel kurul kararı olmaksızın- haklı sebeple çıkarma davası açıp açamayacağı sorusunu olumlu olarak yanıtlamıştır.

Kararda ikinci olarak, bu incelemenin de konusunu teşkil eden, inşai nitelikteki (*Gestaltungsurteil*) çıkarılma kararının hüküm ve sonuç

⁵ OLG München, NZG 2021, 1213 (beck-online.beck.de, erişim tarihi: 30.05.2024).

doğurmasının ayrılma akçesinin ödenmesine bağlı olup olmadığı sorusu yanıtlanmıştır. Federal Mahkeme, 2012 yılından itibaren itfaya ilişkin verdiği kararlarda benimsediği görüşü bu defa çıkarılma kararları yönünden de benimsemiş ve haklı sebeple çıkarılma kararının hüküm ve sonuç doğurmasının ayrılma akçesinin ödenmesine bağlı olmadığına hükmetmiştir⁶. Federal Mahkeme'ye göre mahkemenin çıkarılma kararı ile ortaklık sıfatı sona erer ve ortak şirketten ayrılır. Ortaklık sıfatının sona ermesi, ayrılma akçesinin ödenmesine bağlı değildir. Öte yandan bu netice, diğer ortaklar ayrılan ortağa ait esas sermaye paylarının ekonomik değerinden faydalanmayı sürdürürken ortağın eli boş olarak şirketten ayrılması tehlikesini doğurabilir. Bu nedenle, ayrılma akçesinin ödenmesi için kalan ortaklar tarafından gerekli önlemler alınmaksızın şirketin feshedilmeyerek ayakta tutulması dürüstlük kuralına aykırı ise ortaklar, ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmından esas sermaye payları oranında sorumlu olmalıdır⁷.

Diğer taraftan, Federal Mahkeme sermayenin korunması ilkesinin esasen alacaklıları koruyucu bir düzenleme olduğunu vurguladıktan sonra ayrılma kararının alınabilmesi bakımından bu ilkenin çıkarılan ortağı koruyucu etkisinin de bulunduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede, son duruşma itibarıyla şirketin, *Kapitalerhaltung* başlıklı § 30/1 GmbHG düzenlemesini ihlal etmeden ayrılma akçesini ödeyemeyeceği açıksa çıkarma talebi kabul edilmemelidir⁸.

Somut olayda davacı ortak, çıkarılması talep edilen ortağın ayrılma akçesi alacağını -şirket lehine- ödeme taahhüdünde bulunmuştur. İstinaf mahkemesi, şirketin malvarlığının yeterli olmadığı durumlarda ortağın bu yöndeki taahhüdünün bir etkisi olmayacağına ve çıkarılma talebinin reddinin yerinde olduğuna karar vermiştir. Federal Mahkeme ise ortağın ayrılma akçesini ödeme taahhüdünün şirket bilançosuna yansıtılabileceğini, bunun şirket malvarlığına etkisi olacağını ve bu taahhüdün dikkate alınarak şirket malvarlığının tespiti gerektiğini belirtmiştir⁹. Ayrılma akçesinin söz konusu ödeme taahhüdü de dikkate alınarak, şirketin serbestçe tasarruf edilebilen malvarlığından ödenip ödenemeyeceği araştırmaksızın karar verilmiş olması gerekçesiyle Federal Mahkeme bozma kararı vermiştir.

⁶ BGH 2023, N. 20.

⁷ BGH 2023, N. 21.

⁸ BGH 2023, N. 27.

⁹ BGH 2023, N. 38.

II. DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak Limited Şirketten Çıkma ve Çıkarılma

Alman Federal Mahkeme kararının Türk-İsviçre Hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenmesinden önce bu hukuk sistemlerinden limited şirketten çıkma ve çıkarılma meselelerine kısaca göz atılması uygun olacaktır. Yukarıda da zikredildiği gibi limited şirket ortağının çıkması ve çıkarılması, Türk-İsviçre Hukuku'nda kanunla ayrıntılı olarak düzenlenirken GmbHG'de ortağın kendi iradesiyle şirketten çıkması yahut şirket tarafından çıkarılmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yerleşik içtihat¹⁰ ve öğreti¹¹ ortağın şirketten çıkmasının veya çıkarılmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir.

1. Türk-İsviçre Hukuku'nda Çıkma ve Çıkarılma

TTK m. 638/2 (Art. 822/1 OR) uyarınca her ortak haklı sebeplerin varlığı halinde şirketten çıkması talebiyle dava açabilir. En yalın haliyle, ortaklığın devamını çekilmez kılan, dürüstlük kurallarına göre ortaklığın sürdürülmesinin taraflardan beklenemeyeceği haller, haklı sebep oluşturur¹².

¹⁰ Alman uygulamasında limited şirketten çıkarılmanın önünü Federal Mahkeme'nin 01.04.1953 tarih ve II ZR 235/52 sayılı kararı açmıştır (beck-online.beck.de, erişim tarihi: 25.05.2024).

¹¹ Holger Altmepfen, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 11. Auflage (München: C.H. Beck, 2013), § 60 N. 61; Wolf-Amelung Böhm, *Die Sicherung der Abfindung beim Ausscheiden aus der GmbH* (Frankfurt: Peter Lang, 2016), 8 vd.; Gerhard K. Balz, *Die Beendigung der Mitgliedschaft in der GmbH* (Berlin: Duncker & Humblot, 1984), 28 vd.; Olaf Sosnitza, "Anhang § 34 Ausschluss und Austritt von Gesellschafter," içinde *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band I*, ed. Lutz Michalski ve diğ., 4. Auflage (München: C.H. Beck, 2023), N. 6, 42; Peter Ulmer ve Mathias Habersack, "Anhang nach § 34 Ausschließung und Austritt von Gesellschaftern," içinde *GmbHG Großkommentar, Band I*, ed. Mathias Habersack, Matthias Casper ve Marc Löbbe, 3. Auflage (Tübingen: Mohr Steinbeck, 2019), N. 9, 46; Detlef Kleindiek, "§ 34 Einziehung von Geschäftsanteilen," içinde *GmbH-Gesetz*, ed. Walter Bayer, Peter Hommelhoff, ve Detlef Kleindiek, 20. Auflage (Köln: Otto Schmidt, 2020), § 34 N. 109, 144.

¹² Yargıtay 11. HD., E. 2016/4188 K. 2017/6392 T. 21.11.2017 (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 05.06.2024); İrfan Baştuğ, *Limited Şirkette Ortağın Çıkması ve Çıkarılması* (İzmir: Ege Üniversitesi Matbaası, 1966), 44; Ersin Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (İstanbul: Vedat, 2020), N. 101; Nihat Taşdelen, *Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih* (Ankara: Yetkin, 2012), 180-181.

Haklı sebeple çıkma hakkı, vazgeçilmez nitelikte bir ortaklık hakkıdır; bu hakkın kaldırılması ya da şirket sözleşmesi ile sınırlandırılması kabul edilemez¹³. Ayrıca, şirket sözleşmesinde ortaklara çıkma hakkı tanınması halinde ortak, sözleşmedeki çıkma sebebine dayanarak da şirketten çıkabilir (TTK m. 638/1; Art. 822/2 OR). Bu durumda ortak, dava açmasına gerek bulunmaksızın, tek taraflı, varması gereken çıkma bildirimini ile şirketten çıkar¹⁴.

Ortağın şahsında veya davranışlarında ortaklık ilişkisinin devamını çekilmez kılan sebeplerin bulunması halinde şirket tarafından ortağın haklı sebeple çıkarılması talebiyle dava açılabilir (TTK m. 640/3; Art. 823/2 OR)¹⁵. Çıkarma davası açılması için bu yönde alınmış bir genel kurul kararı gerekir; karar, oy hakkı bulunan esas sermayenin salt çoğunluğu ve toplantıda temsil edilen oyların üçte ikisiyle alınır (TTK m. 621/1(h), Art. 808b OR). Ayrıca, şirket sözleşmesinde ortağın çıkarılmasına ilişkin özel sebeplere (TTK m. 577/1(1)) yer verilmişse şirket bu sebeplere dayanarak ortağı şirketten çıkarabilir (TTK m. 640/1; Art. 823/1 OR). Çıkarma kararı TTK m. 621/1'deki nisapla alınır. Son olarak, ortağın açtığı haklı sebeple fesih davasında mahkeme tarafından alternatif çözüm olarak davacı ortağın çıkarılmasına karar verilebilir.

¹³ Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Şirketler Hukuku Cilt III* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 214; İrfan Baştuğ, *Limited Şirkette Ortağın Çıkması ve Çıkarılması* (İzmir: Ege Üniversitesi Matbaası, 1966), 51; Manfred Küng ve Raphaël Camp, *GmbH-Recht Kommentar* (Zürich: Orell Füssli, 2006), Art. 822 OR N. 4; Werner Meier, *Austritt und Ausschluss aus der GmbH gemäss Art. 822 OR* (Zürich: Juris, 1950), 81; Nihat Taşdelen, *Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih* (Ankara: Yetkin, 2012), 180; Reto Sanwald, *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH* (Zürich: Dike, 2009), 351.

¹⁴ Ersin Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (İstanbul: Vedat, 2020), N. 93; Sandro Germann, *Die personalistische AG und GmbH* (Zürich: Dike, 2015), N. 2061; Bünyamin Gürpınar, "Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkmaya Katılma," Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 20, sayı 2 (2016): 78; Küng ve Camp, *GmbH-Recht*, Art. 822 OR N. 6; Meier, *Austritt und Ausschluss*, 63; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Adalet, 2024), 768; Sanwald, *Austritt und Ausschluss*, 35; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (İstanbul: Vedat, 2015), N. 21-38; Şükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (İstanbul: Arıkan, 2007), 55.

¹⁵ Sanwald, *Austritt und Ausschluss*, 388; Oruç Hami Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2017), 903; Olivia Wipf ve Hans Caspar von der Crone, "Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters," *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* 90, no. 5 (2018), 577 (ius.uzh.ch, erişim tarihi: 04.05.2024).

Çıkma veya çıkarılmanın mahkeme kararıyla gerçekleştiği durumlarda, ortaklık ilişkisini sona erdiren, mahkemenin çıkma veya çıkarılma yönündeki kararıdır. Bu karar HMK m. 108 bağlamında inşai karar niteliğindedir¹⁶. Bu bakımdan, çıkma veya çıkarılma kararının kesinleşmesi ile ortaklık sıfatı ve kural olarak bu sığata bağılı hak ve yükümlülükler¹⁷ geleceğe etkili olarak sona erer¹⁸. Ayrılma üçüncü kişiler bakımından hüküm ve sonuç doğurması için ise ticaret siciline tescil ve ilanı gerekir¹⁹.

Sermayenin iadesi yasağı (TTK m. 601) gereğı ayrılan ortağı, şirkete getirdiğı esas sermaye pay bedeli iade edilemez. Ancak çıkma veya çıkarılma cezalandırıcı nitelikte olmadığından²⁰ ortağın şirketten eli boş gönderilmesi de kabul edilemez. Bu nedenle, ortaklık sıfatının sona ermesine bağılı olarak ortağın kaybettiğı hakların ve şirkette bıraktığı esas sermaye payının telafisi olarak ortağı esas sermaye payının gerçek değerine (*wirklicher Wert der Stammanteile*) uygun ayrılma akçesi talep hakkı (*Abfindung*) tanınmıştır (TTK m. 641/1, Art. 825/1 OR). Gerçek değer esasına göre hesaplanan

¹⁶ Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar*, N. 99; Peter Dorscheid, *Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters aus der personalistischen Kapitalgesellschaften* (Zürich: Schulthess Polygraphischer, 1984), 103; Meier, *Austritt und Ausschluss*, 79, 90; Hanife Öztürk Dirikkan, *Limited Şirkette Ortağın Ayrılması ve Ayrılma Payı* (Ankara: Yetkin, 2005), 46; Sanwald, *Austritt und Ausschluss*, 53; Taşdelen, *Çıkma, Çıkarılma ve Fesih*, 226. Ayrıca “Çıkma kararı ise inşai nitelikte bir karar olup...” Yargıtay. 11. HD., E. 2015/1027 K. 2015/3429 T. 12.3.2015 (lexpara.com.tr, erişim tarihi: 01.06.2024).

¹⁷ TTK m. 604'te ek ödeme yükümlülüğü ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesinde kamu borçlarından sorumluluk bakımından öngörülen istisnalar.

¹⁸ Baştuğ, *Çıkma ve Çıkarılma*, 75; Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar*, N. 99, 154; Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku*, 243; Meier, *Austritt und Ausschluss*, 79-80; Öztürk Dirikkan, *Ayrılma ve Ayrılma Payı*, 96; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, 774, 788; Sanwald, *Austritt und Ausschluss*, 53; Şener, *Limited Ortaklıklar*, 917, 919; Burçak Tatlı, “Limited Şirketlerde Çıkma, Çıkarma ve Ayrılma Akçesi,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, sayı 1 (2021): 172, 181; Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku*, 160; Wipf ve von der Crone, “Ausschluss,” 581.

¹⁹ Baştuğ, *Çıkma ve Çıkarılma*, 70; Ali Kaya, “Limited Şirketten Ayrılmanın Hukuki Sonuçları ve Özellikle Ayrılma Akçesi Bağlamında Yeni Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi,” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, sayı 2 (2013): 122; Meier, *Austritt und Ausschluss*, 100; Öztürk Dirikkan, *Ayrılma ve Ayrılma Payı*, 97; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, 788; Sanwald, *Austritt und Ausschluss*, 55; Şener, *Limited Ortaklıklar*, 918; Wipf ve von der Crone, “Ausschluss,” 581. Aksi yönde bkz. Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku*, 243-244.

²⁰ Botschaft zur Revision OR 2001, 3222-3223; TTK madde gerekçeler, m. 641.

ayrılma akçesi, ortağın şirketten ayrılması ile yaşadığı ekonomik kaybı telafi ederek ortağa şirkette kalmaya devam etse idi erişeceği ekonomik mevkiye denk bir konum sağlamayı amaçlar²¹. Ayrılma akçesinin borçlusu şirkettir²².

2. Alman Hukuku'nda Çıkma ve Çıkarılma

Şirket sözleşmesinde çıkarılmaya ilişkin düzenleme bulunmuyorsa ortağın haklı sebeple çıkarılması için genel kurul tarafından bu yönde bir karar alındıktan sonra ortağın haklı sebeple çıkarılması talebiyle dava açılması gerekir²³. Dava inşaî niteliktedir²⁴. Çıkarılma kararı hüküm ve sonuç doğurana kadar ortaklık sıfatı devam eder; aksi yönde bir ihtiyati tedbir kararı alınmamışsa ortak, yargılama süresince ortaklık sıfatına bağlı hak ve yükümlülüklerini sürdürür.

Şirket sözleşmesinde çıkarılma sebeplerinin öngörülmesi halinde, dava açılmasına gerek olmaksızın, genel kurul kararıyla da ortağın şirketten çıkarılması mümkündür²⁵.

Şirketin haklı sebeple ortağı çıkarabilme imkânı karşısında ortağın haklı sebeple çıkma hakkı bulunur²⁶. Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukukunda yaygın görüş, haklı sebeple çıkma hakkının tek taraflı varması gereken irade beyanı ile kullanılacağı yönündedir²⁷. Bu bakımdan, haklı sebeple çıkma için dava açılmasına gerek bulunmadığı ifade edilmektedir²⁸. Şirket ayrılan ortağa ait esas sermaye paylarını kendisi iktisap edebileceği gibi başka bir ortağa ya da üçüncü kişiye devredebilir yahut payların itfasına karar verebilir.

²¹ Botschaft zur Revision OR 2001, 3223; TTK madde gerekçeleri, m. 641; Handschin ve Truniger, *Die GmbH* (Zürich: Schultess, 2019), § 15 N. 22; Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku*, 247; Öztürk Dirikkan, *Ayrılma ve Ayrılma Payı*, 105; Sanwald, *Austritt und Ausschluss*, 83; Şener, *Limited Ortaklıklar*, s. 921; Wipf ve von der Crone, "Ausschluss," 581.

²² Handschin ve Truniger, *Die GmbH*, § 15 N. 32; Meier, *Austritt und Ausschluss*, 114; Öztürk Dirikkan, *Ayrılma ve Ayrılma Payı*, 153; Sanwald, *Austritt und Ausschluss*, 84; Hans Rudolf Trüeb ve Reto Wildeisen, "Art. 825," içinde *OR Kurzkommentar*, ed. Heinrich Honsell (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2014), N. 1.

²³ Balz, *Beendigung*, 36; Böhm, *Abfindung*, 9; Sosnitza, "Anh. § 34," N. 21.

²⁴ Sosnitza, "Anh. § 34," N. 30; Ulmer ve Habersack, "Anh. nach § 34," N. 21.

²⁵ Böhm, *Abfindung*, 10; Sosnitza, "Anh. § 34," N. 41.

²⁶ Böhm, *Abfindung*, 11; Sosnitza, "Anh. § 34," N. 46.

²⁷ Böhm, *Abfindung*, 12; Kleindiek, "§ 34," N. 151.

²⁸ Balz, *Beendigung*, 106.

B. Alman Federal Mahkeme Kararı'nın Türk-İsviçre Hukuku Işığında Değerlendirilmesi

1. Ayrılma Akçesinin Ödenmesinin Çıkarılma Kararının Hüküm ve Sonuç Doğurması ile İlişkisi Bakımından

Federal Mahkemenin incelemeye konu kararında ayrılmanın hüküm ve sonuç doğurmasının ayrılma akçesinin ödenmesinden bağımsız olduğu vurgulanmıştır. Bu karar, Federal Mahkeme'nin uzun yıllardır sürdürdüğü yaklaşımını değiştirmesi bakımından önemlidir. Zira Federal Mahkeme'nin 1953 yılındaki öncü kararına²⁹ ve bu doğrultuda öğretinin benimsediği³⁰ ve yakın zamana kadar geçerliliğini koruyan görüşe göre ortağın şirketten ayrılması, ayrılma akçesinin mahkeme kararında gösterilen vadede ödenmesi koşuluna bağlıdır³¹. Bu kapsamda, mahkemenin çıkarılma kararında aynı zamanda ayrılma akçesinin miktarı ve ödenme zamanı gösterilmelidir³². Koşullu çözüm (*Bedingungslosung*) olarak adlandırılan bu yaklaşıma göre çıkarılması istenen ortağın ortaklık sıfatının ve buna bağlı olarak ortaklık haklarının sona ermesi için ayrılma akçesinin ödenmesi gerekir. Ayrılma akçesi, -sermayenin korunması ilkesi ihlal edilmeden- mahkeme kararında gösterilen sürede ödenene kadar çıkarılma kararının inşaî etkisi doğmaz ve ayrılma gerçekleşmez³³. Ayrılma akçesinin mahkeme kararında gösterilen şekilde ödenmesi ile ortaklık sıfatı ve buna bağlı hak ve yükümlülükler sona erer.

Koşullu çözüm, ayrılmayı ertelediği ve ayrılma akçesi ödenene kadarki aşamada ortaklık hakları yönünden belirsizliğe yol açtığı gerekçesiyle öğretide eleştirilmekteydi³⁴. Ayrılma akçesi ödenene kadar ortağın şirkete

²⁹ BGH Urt. v. 01.04.1953, II ZR 235/52 (beck-online.beck.de, erişim tarihi: 25.05.2024).

³⁰ Balz, *Beendigung*, 67 vd. Bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. Böhm, *Abfindung*, 164 dn. 844'te anılan yazarlar.

³¹ 1973 yılında yayımlanan ancak yasalaşmayan GmbHG Tasarısındaki hükümlerden yola çıkarak öğretide ayrılma akçesinin kararın kesinleşmesinden itibaren 6 ay içerisinde ödenmesi gerektiği savunulmaktaydı. Bkz. Böhm, *Abfindung*, 165 vd.; Ilias Souferlos, *Ausschließung und Abfindung eines GmbH-Gesellschafters* (Köln: Dr. Otto Schmidt, 1983), 91 vd.

³² Sosnitza, "Anh. § 34," N. 30; Strohn, "§ 34," N. 187.

³³ Böhm, *Abfindung*, 164; Ulmer ve Habersack, "Anh. nach §34," N. 34.

³⁴ Böhm, *Abfindung*, 166; Lutz Strohn, "§ 34 Einziehung von Geschäftsanteilen," içinde *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band I*, ed. Holger Fleisher ve Wulf Goette. 4. Auflage (München: C.H. Beck,

karşı konumu da tartışmalıydı; özellikle yönetsel haklar tereddüde yol açmaktaydı. Bir görüşe göre ortak, ayrılma akçesi alacağını olumsuz yönde etkileyen, bu alacağın tahsilini tehlikeye düşüren kararlar haricinde genel kurulda olumsuz oy kullanamaz³⁵. Bir başka görüşe göre ortaklık haklarının devamı şirketin menfaati ile çelişeceğinden bu süreçte ortaklık haklarının dondurulması gerekir³⁶. Diğer taraftan, koşullu çıkarmanın ortaklık hakları bakımından yarattığı belirsizliği eleştiren kimi yazarlar, mahkeme kararının kesinleşmesi ile derhal hüküm ve sonuç doğurması gerektiğini ve bu kapsamda ortaklık sıfatının da kararın kesinleşmesi ile sona ereceğini savunmaktaydı³⁷. Bu görüşe göre mahkeme kararında gösterilen sürede ayrılma akçesi alacağı ödenmezse ortaklık sıfatı yeniden canlanmalıdır. Yine koşullu çıkarmayı eleştiren başka bir görüşe göre ise ortaklık sıfatına bağlı haklar çıkarılma kararının kesinleşmesi ile birlikte derhal sona ermeli, fakat ortağa ait esas sermaye payları ayrılma akçesinin ödendiği tutar kadar peyderpey şirkete geçmelidir³⁸.

Koşullu çözüm yakın bir tarihe kadar çıkarılmanın yanı sıra itfa kararlarında da uygulanmaktaydı. Ancak Federal Mahkeme, 2012 yılında itfaya ilişkin verdiği kararında koşullu çıkarma görüşünü terk ederek ortaklık sıfatının sona ermesinin ayrılma akçesinin ödenmesinden bağımsız olduğuna hükmetmiştir³⁹. Federal Mahkeme'nin bu tarihten sonra itfaya ilişkin olarak verdiği kararlarda benimsediği bu yaklaşım, çıkarılma kararları yönünden de taraftar bulmuştur. İtfa kararından yola çıkılarak, öğretide çıkarılma halinde de mahkeme kararının kesinleşmesi ile derhal hüküm ve sonuç doğurması

2022), N. 184; Christoph H. Seibt, "Anhang § 34 Austritt und Ausschließung eines Gesellschafters," içinde *Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band I*, ed. Frank Scholz, 12. Auflage (Köln: Otto Schmidt, 2021), N. 43a; Peter Alexander Spitze, *Der Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund bei Schweigen der Satzung* (Berlin: Duncker & Humblot, 1985), 93 vd.; Jan Thiessen, "§ 34 Einziehung von Geschäftsanteilen," içinde *GmbHG Kommentar*, ed. Reinhard Bork ve Carsten Schäfer, 4. Auflage (Köln: RWS, 2019), N. 63.

³⁵ Bkz. Strohn, "§ 34," N. 184 dn. 890'da anılan yazarlar.

³⁶ Spitze, *Ausschluss*, 93 vd. Malvarlığına ilişkin olmayan hakların dondurulması gerektiği yönünde bkz. Seibt, "Anh. § 34," N. 51.

³⁷ Ulmer ve Habersack, "Anh. nach § 34," N. 37.

³⁸ Thiessen, "§ 34," N. 63.

³⁹ BGH Urt. v. 24.1.2012- II ZR 109/11 (beck-online.beck.de, erişim tarihi: 30.05.2024). Bu kararı takiben aynı yönde bkz. BGH Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17; Urt. v. 02.07.2019 - II ZR 406/17 (beck-online.beck.de, erişim tarihi: 22.05.2024).

gerektiği; bu tarihte ortaklık sıfatının sona ereceği ifade edilmektedir⁴⁰. Bu defa Federal Mahkeme bu yeni görüşünü çıkarılma kararı bakımından da benimsemiştir. Buna göre, çıkarmanın gerçekleşmesi ve ortaklık sıfatının sona ermesi için ayrılma akçesinin ödenmesi şartı aranmamalıdır. Bir inşai karar olan çıkarma kararının kesinleşmesi ile ortaklık sıfatı sona erer. Ayrılma neticesi ile ayrılma akçesinin ödenmesi arasında önceden varsayılan koşul bağının koparılmasının bir sonucu olarak, bu yönde bir talep bulunmadıkça mahkeme tarafından ayrılma akçesinin ödenmesine de hükmedilmemelidir.

Federal Mahkeme'nin yeni görüşü, çıkarılma kararının hüküm ve sonuç doğurmasının ayrılma akçesinin ödenmesi ile olan ilişkisi bakımından Türk-İsviçre Hukuku'na yaklaşmıştır. Türk-İsviçre Hukuku'ndaki ağırlıklı görüş, ayrılma akçesi istem hakkının ayrılmanın bir koşulu değil; bir sonucu olduğu yönündedir⁴¹. Buna göre, ayrılma akçesi alacağının doğması için ön koşul, ayrılmanın gerçekleşmesi, yani çıkarılma kararının hüküm ve sonuç doğurması gerekir. Bu bakımdan, haklı sebeple (çıkma veya) çıkarılma davalarında mahkemenin bu yöndeki kararının kesinleşmesi ile ortaklık sıfatı sona ereceği için ayrılma akçesi alacağı da bu tarihte doğar⁴². Başka bir

⁴⁰ Altmeppen, *GmbHG*, §60 N. 99; Kleindiek, “§ 34,” N. 131 vd.; Sosnitza, “Anh. § 34,” N. 32; Strohn, “§ 34,” N. 187.

⁴¹ Halit Aker, “Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler,” *BATİDER* 32, sayı 1 (2016): 90; Dorscheid, *Austritt und Ausschluss*, 150; Öztürk Dirikkan, *Ayrılma ve Ayrılma Payı*, 145; Sanwald, *Austritt und Ausschluss*, 83; Wipf ve von der Crone, “Ausschluss,” 581. “...davalının ortaklıktan çıkartılmasının ayrılma payının ödenmesi koşuluna bağlı tutulması da doğru olmamış, kararın bu nedenle de bozulmasını gerektirmiştir.” Yargıtay 11. HD., E. 2014/8903 K. 2014/17521 T. 13.11.2014 (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 02.06.2024).

⁴² Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin yerleşik içtihadı ayrılma akçesi alacağının doğumu için çıkma veya çıkarılma kararının kesinleşmesi gerektiği; zira ayrılmanın, mahkeme kararının kesinleşmesi ile gerçekleşeceği yönündedir. Birçokları yerine bkz. “Çıkma kararı ise inşai nitelikte bir karar olup bu karara göre hesap ve tahakkuk eden çıkma payı ancak bu kararın kesinleşmesi ile infazı mümkün olacaktır.” Yargıtay 11. HD., E. 2015/1027 K. 2015/3429 T. 12.3.2015. Buna karşın 12. Hukuk Dairesi son birkaç yılda verdiği kararlarında şirketten çıkarılma kararı ve buna bağlı taleplerin (ayrılma akçesi) icrası için kararın kesinleşmesine gerek bulunmadığına hükmetmiştir. bkz. Yargıtay 12. HD., E. 2022/8770 K. 2023/2800 T. 26.4.2023; 12. HD., E. 2023/854 K. 2023/8029 T. 29.11.2023 (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 02.06.2024). Kanaatimizce 12. Hukuk Dairesinin bu kararları çıkma veya çıkarılma kararının niteliği ve ayrılma akçesiyle olan ilişkisi ile uyumlu değildir. İnşai nitelikteki çıkma veya çıkarılma kararı, kesinleşme ile hüküm ve sonuç doğuracaktır. Kararın kesinleşmediği aşamada, ortaklık sıfatı devam ettiği ve ayrılma akçesi alacağı da henüz doğmadığı için bu aşamada

anlatımla, ayrılma akçesi alacağı doğduğu anda ortaklık sıfatı sona ermiş olacaktır. Bu itibarla, ayrılma akçesi ödenmeden de ortaklık sıfatı sona erebilir. Ayrılma akçesinin muacceliyetini düzenleyen TTK m. 642 (Art. 825a OR) de bu çıkarımı desteklemektedir. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı, yıllık raporda kullanılabilir özkaynak tutarının tespiti ile muaccel hâle gelecektir⁴³. Bu düzenleme, şirketin finansal durumunun el vermediği ölçüde ayrılma akçesi alacağının muaccel olacağı tarihi ötelemiştir. Diğer taraftan, ayrılma akçesi alacağı doğduktan sonra ayrılan ortak ve şirketin ayrılma akçesinin tutarı ve ödeme zamanı üzerinde pazarlık ederek anlaşmaya varmaları da ihtimal dahilindedir⁴⁴. Böylece ayrılma ile ayrılma akçesi arasında bir koşul ilişkisi değil, neden-sonuç ilişkisi olduğu söylenebilir.

2. Ayrılma Akçesinin Ödenmeyen Kısmından Ortakların Sorumlu Tutulması Bakımından

Ortaklık sıfatının sona ermesinin ayrılma akçesinin ödenmesi şartına bağlanmasından vazgeçilmesi, ortağın şirketten eli boş olarak ayrılması tehlikesini doğurabilir. Zira sermayenin iadesi yasağı gereği ortağın şirkete getirdiği esas sermaye pay bedeli, ayrılma sırasında ortağa geri ödenmez. Diğer taraftan, şirket alacaklıları alacaklarını yalnızca şirket malvarlığına başvurarak tahsil edebilecekleri (§ 13 GmbHG) için şirket malvarlığının da korunması gerekir. Bu amaçla sermayenin korunmasına ilişkin kurallar öngörülmüştür. Ortağın ayrılma akçesi alacağının ödenmesi de sermayenin korunması ilkesiyle çizilen sınırlamalara tabidir.

alacağın icraya konması mümkün olmamalıdır. Daireler arasındaki görüş farkının giderilmesi için içtihadı birleştirme kararı alınması veya kanunla düzenleme yapılması gerektiği yönünde bkz. Hayrettin Çağlar, “Sermaye Şirketlerinde Çıkma/Çıkarma Kararının Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar,” içinde *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – XXXVI*, ed. İbrahim Bektaş, Yasin Barış Özelçi (Ankara: BTHAE, 2022), 93.

⁴³ Çıkma veya çıkarılma kararının kesinleşmesinin, ayrılma akçesi alacağının icrasının talep edilmesi için yeterli olduğu yönünde bkz. Çağlar, “Çıkma/Çıkarılma,” 93-94.

⁴⁴ Esra Cenkci, “Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağın Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m. 642),” *Ankara Barosu Dergisi* 76, sayı 4 (2019): 14; Germann, *AG und GmbH*, § 18 N. 2196; Sanwald, *Austritt und Ausschluss*, 104; Wipf ve von der Crone, “Ausschluss,” 581; Mustafa Topaloğlu, “Limited Şirketlerde Ayrılma Akçesinin Ödenmesine İlişkin Sorunların Değerlendirilmesi,” *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sayı 8 (2017): 177.

Alman Hukuku'nda sermayenin korunması ilkesini ortaya koyan § 30/1 GmbHG uyarınca şirket esas sermayesinin muhafazası için gerekli olan malvarlığı ortaklara ödenemez⁴⁵. Bu hüküm doğrultusunda ayrılma akçesinin, şirketin esas sermayeyi aşan malvarlığından ödenmesi gerekir. Şirketin serbestçe tasarruf edilebilen malvarlığı esas sermayeyi karşılamaya yetmiyorsa veya yapılan ödeme sonucu şirket bilançosunda açık oluşacaksa şirket, ayrılma akçesini ödeyemez. Bu durumda ortak, ayrılmanın yarattığı ekonomik kayıp denkleştirilemeden şirketten ayrılırken şirkette kalan ortaklar, ayrılan ortağın esas sermaye pay bedelinin ekonomik değerinden faydalanmaya, bu değerın işletilmesi neticesinde doğacak kâr payını almaya devam ederler⁴⁶. Bu netice menfaatler dengesini ortak aleyhine bozar. Kaldı ki ortak şirketten ayrıldığı için artık şirket kararlarına ve faaliyetlerine müdahalede bulunamaz, kalan ortakların şirket malvarlığını azaltıcı ve

⁴⁵ Söz konusu düzenleme, daha kapsayıcı bir kavram olan sermayenin korunması ilkesi altında sermayenin idamesi (muhafazası) olarak Türkçeye çevrilmiştir. bkz. Harun Eryiğit, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi* (İstanbul: On İki Levha, 2020), 17-18; Ali Murat Sevi, *Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı* (Ankara: Seçkin, 2013), 53. Kavramın “sermayenin korunması” olarak çevirisi için bkz. Emek Toraman Çolgar, *Şirkete Borçlanma Yasağı* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 13. Esasen bu düzenleme ile -şirket alacaklılarını korumak amacıyla- sermayeye karşılık gelen şirket malvarlığının muhafazası ve dolayısıyla sermayenin karşılıksız kalmasının önlenmesi amaçlanır. Zira şirket ortaklarının şirket alacaklılarına karşı sorumlulukları bulunmadığından, alacaklılar alacaklarının tahsili için yalnızca şirket malvarlığına başvurulabilir. Bu doğrultuda, yalnız ortaklara yapılan ödemeler değil, malvarlığını azaltıcı her türlü işlem de hüküm kapsamında değerlendirilir. Hükümle doğrudan şirket sermayesi değil, şirketin esas sermayesine karşılık gelen malvarlığının korunduğu yönünde bkz. Altmeyen, *GmbHG*, § 30 N. 1; Böhm, *Abfindung*, 14; Andreas Heidinger, “§ 30 Kapitalerhaltung,” içinde *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band I*, ed. Lutz Michalski ve diğ. 4. Auflage (München: C.H. Beck, 2023), N. 21; Thomas Fleisher, “GmbHG § 30 Kapitalerhaltung,” içinde *Gesellschaftsrecht*, ed. Martin Hensler ve Lutz Strohn (München: C.H. Beck, 2024), N. 1-4 (beck-online.beck.de, erişim tarihi: 27.05.2024); Wolfgang Servatius, “§ 30 Kapitalerhaltung,” içinde *Gesetz Betreffend die Gesellschaften mit Beschränkter Haftung*, ed. Ulrich Noack, Wolfgang Servatius ve Ulrich Haas. 23 Auflage (München: C.H. Beck, 2022), N. 1. Hükümün sermayenin korunmasından bağımsız bir malvarlığı koruma amacı taşımadığı, esasen sermayenin korunmasına hizmet ettiği yönünde bkz. Jens Ekkenga, “§ 30 Kapitalerhaltung,” içinde *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band I*, ed. Holger Fleisher ve Wulf Goette. 4 Auflage (München: C.H. Beck, 2022), N. 1, 3; Sevi, *Sermaye*, 71-72.

⁴⁶ BGH Urt. v. 24.1.2012- II ZR 109/11, N. 14.

dolayısıyla ayrılma akçesi alacağının tahsilini zorlaştıran işlemler yapmasına da engel olamaz⁴⁷. Bu nedenle, ayrılma akçesi alacağını koruyucu bir çözüme ihtiyaç duyulmuştur.

Federal Mahkeme'ye göre bozulan menfaatler dengesi, şirkette kalan ortakların sorumluluğuna gidilerek tesis edilebilir (*Haftungslösung*)⁴⁸. Şöyle ki, ayrılma akçesi alacağının asıl borçlusu şirkettir; fakat bu alacağın ödenmesini sağlamaya yönelik gerekli önlemler alınmadan şirketin faaliyetlerine devam etmesi ve tasfiye edilmemesi dürüstlük kuralına aykırı ise kalan ortakların sorumluluğu gündeme gelir. Ortakların kişisel sorumluluğu hakkaniyet ve dürüstlük kuralı temeline dayandırılmıştır: Bir taraftan şirket, sermayenin korunması ilkesinin getirdiği sınırları gerekçe göstererek ayrılma akçesini ödemeyi reddeder. Diğer taraftan ortaklar, muhtemel kazanç beklentisiyle ve ortağın ayrılmasının kendi payları üzerinde yarattığı (dolaylı) artı değerden faydalanmaya devam ederek şirketin faaliyetlerini sürdürürler. İşte bu durumda kalan ortakların sorumluluğuna gitmek, payların kazandığı artı değer göz önüne+ alındığında hakkaniyete uygundur⁴⁹. Bununla birlikte, şirket malvarlığının ayrılma akçesini karşılamaya yetmemesi tek başına ortakların sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli değildir; ayrıca ortakların dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiğinin de ispatlanması gerekir. Federal Mahkeme'ye göre ortakların, ayrılma akçesi alacağının ödenmesi için gerekli önlemleri almadan şirketin faaliyetlerine devam etmeleri dürüstlük kuralına aykırı olarak görülmeli ve ortakların sorumluluğuna yol açmalıdır; meğerki şirketin feshine karar verilmiş olsun⁵⁰. Bu ilkeler genel kurul kararıyla çıkarılma halinde de uygulanmalıdır⁵¹. Öğretide, yalnız çıkarılma (yahut itfa) kararına olumlu oy verenlerin değil, tüm ortakların sorumlu olması gerektiği savunulmuştur⁵².

⁴⁷ Böhm, *Abfindung*, 16.

⁴⁸ BGH Urt. v. 24.1.2012- II ZR 109/11, N. 21; BGH 2023 N. 24, 28.

⁴⁹ BGH Urt. v. 10.05.2016, II ZR 342/14, N. 23.

⁵⁰ BGH Urt. v. 10.05.2016, II ZR 342/14, N. 23; BGH 2023 N. 28. Şirketin ayrılma akçesini ödeyemediği durumda payların üçüncü kişiye devir imkânı da bulunmuyorsa kalan ortakların, ayrılan ortağın payını devralmayı reddetmelerinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve ortakların sorumluluğuna yol açacağı yönünde bkz. Philipp. Conradi, "Wann ist der Ausschluss aus der GmbH wirksam?" *Neue Zeitschrift Für Gesellschaftsrecht*, no. 34 (2021): 1550.

⁵¹ Kleindiek, "§ 34," N. 128; Strohn, "§ 34," N. 190.

⁵² Walter G. Paefgen, "Zur Ausfallhaftung von GmbH-Gesellschaftern für die Abfindung ausscheidender Mitgesellschafter – dogmatische Grundlage, Voraussetzungen,

Federal Mahkemece başlangıçta itfa hali için benimsenen bu görüşün çıkarılma⁵³ için de benimsenmesinin yerinde olup olmadığı tartışılabilir. Şirket sözleşmesinde yer alan bir sebebe dayanarak rızası hilafına itfa yoluyla şirketten çıkarılan bir ortak, haklı sebeple veya yine şirket sözleşmesinde yer alan bir sebeple genel kurul kararıyla şirketten çıkarılan ortağa nazaran daha az korumaya değer görülmemelidir⁵⁴; bu nedenle çıkarılma hallerinde de ortaklık sıfatı, ayrılma akçesinin ödenmesinden bağımsız olarak, derhal sona ermelidir⁵⁵. Kaldı ki, koşullu çözümün olumsuzlukları çıkarılma için de geçerlidir; hatta haklı sebeple çıkarılması talep edilen ortağın çıkarılma kararına rağmen ayrılma akçesi ödenene kadar ortaklık sıfatını sürdürmesinin sakıncaları daha belirgindir. Çıkarılma kararı da derhal hüküm ve sonuç doğuracağı için kalan ortakların sorumluluğuna gitmek suretiyle ortağın ayrılma akçesi alacağını teminat altına almayı amaçlayan çözümün çıkarılma hallerinde de uygulama alanı bulması kanaatimizce kendi içinde tutarlıdır.

Federal Mahkeme'nin bu yaklaşımı Türk-İsviçre Hukuku'na göre değerlendirildiğinde öncelikle vurgulamak gerekir ki kararda dile getirilen ortağın ayrılması nedeniyle kalan ortakların paylarında artı değer meydana geldiği görüşünün her durumda geçerli olduğunu savunmak güçtür. TTK m. 642'nin (Art. 825a OR) yorumlanmasından, ayrılan ortağın esas sermaye payların şirket tarafından veya bir başka ortak yahut üçüncü kişi tarafından iktisap edilebileceği ya da sermayenin azaltılması suretiyle itfa edilebileceği anlaşılmaktadır. Esas sermaye paylarının bir başka ortak ya da üçüncü kişiye devri halinde devir bedeli, ayrılma akçesi alacağını karşılamaya yetmiyorsa bakiye kısım, şirket alacağı olarak varlığını sürdürür. Ancak bu halde, kalan ortakların paylarında herhangi bir artı değer meydana gelmez. Payların şirket tarafından devralınması veya itfa durumlarında ise en azından kâr payı bakımından bu görüşe iştirak etmek yine güçtür, zira TTK m. 642/3 (Art. 825a/3 OR) gereği ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı yıllık raporda

Anwendungsbereich und kautelarjuristische Gestaltungsfreiheit," içinde *Festschrift Für Alexander Reuter zum 65. Geburtstag*, ed. Achim Compes, Roderich C. Thümmel, Angelo Winkler (Köln: Otto Schmidt, 2021), 298.

⁵³ Öğretide bu çözümün çıkma bakımından da uygulanabileceği ifade edilmişse de [bkz. Justus Anacker, *Der Schutz des Abfindungsinteresses des zwangsweise ausscheidenden GmbH-Gesellschafters* (Baden-Baden: Nomos, 2016), 350 vd.; Paefgen, "Ausfallhaftung," 301] Federal Mahkeme'nin kararı -henüz- çıkarılma ile sınırlı olduğundan çıkma hali incelemeye dahil edilmemiştir.

⁵⁴ Bu doğrultuda BGH Urt. v. 24.1.2012- II ZR 109/11, N. 16.

⁵⁵ Aynı yönde bkz. Anacker, *Abfindungsinteresse*, 338-339.

kullanılabilir özkaynak tutarının tespiti ile muaccel hâle geleceğinden bu alacak, kâr payına nazaran öncelikli olacaktır⁵⁶. Bu nedenle, bakiye ayrılma akçesi alacağı ödenmeden ortaklara kâr pay dağıtılması mümkün değildir.

Federal Mahkeme'nin ortakların sorumluluğu görüşü öğretide taraftar bulmuşsa da ortakların ayrılma akçesinden sorumlu tutulmasının limited şirket sorumluluk rejimiyle bağdaşmadığı eleştirisi de yöneltiştir⁵⁷.

Meseleye Türk-İsviçre Hukuku ışığında bakıldığında pozitif hukuk, bu eleştiriye iştirak etmeyi gerektirmektedir. Anonim şirketler bakımından ortağa -kanunda belirtilen istisnalar dışında- pay bedelini veya payın itibarî değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemeyeceği kuralıyla (TTK m. 480/1) ifade edilen tek borç ilkesi, limited şirketler için açıkça düzenlenmemiştir⁵⁸. Bununla birlikte, TTK m. 573/2'de ortakların şirket borçlarından sorumlu olmadıkları, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Ayrıca, *Ortakların Sorumluluğu* başlıklı TTK m. 602'de (Art. 794 OR) şirketin, borç ve yükümlülükleri dolayısıyla sadece malvarlığı ile sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bu hükümden, şirket borçlarından kural olarak ortakların sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşmak mümkündür⁵⁹. Şirket alacaklıları, şirketten tahsil edemedikleri borçtan ötürü ortaklara başvuramazlar. Ayrılma akçesi de alacaklısı ayrılan ortak, borçlusu ise şirket olan bir istem hakkıdır. Çıkarılma hali için dahi kalan ortakların çıkarılma yönündeki iradesi, ortakların sorumluluğuna dayanak teşkil edemez⁶⁰. Çıkarılma kararına olumlu oy versin vermesin tüm ortakların sorumlu olacakları kabulü bu dayanağı boşa çıkarmaktadır. Bir an için yalnızca çıkarılma yönünde oy veren ortakların sorumlu tutulabileceği varsayılsa dahi⁶¹ ayrılma akçesinin şirket tarafından

⁵⁶ Cencki, "Ayrılma Akçesi," 31; Germann, *AG und GmbH*, N. 2208; Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku*, 258; Sanwald, *Austritt*, 125; Şener, *Limited Ortaklıklar*, 934.

⁵⁷ Thiessen, "§ 34," N. 38; Peter Ulmer ve Mathias Habersack, "§ 34 Einziehung von Geschäftsanteilen," içinde *GmbHG Großkommentar, Band I*, ed. Mathias Habersack, Matthias Casper ve Marc Löbbe. 3. Auflage. (Tübingen: Mohr Steinbeck, 2019), N. 63 vd.

⁵⁸ Limited şirketlerde tek borç ilkesinin geçerli olup olmadığı hakkında bkz. Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku*, 267-268.

⁵⁹ Kamu borçlarından sorumluluk bu kuralın istisnasını teşkil eder. bkz. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun m. 35.

⁶⁰ Bu yönde Paefgen, "Ausfallhaftung," 287 ve aynı sayfada dn. 10'da anılan yazarlar.

⁶¹ Nitekim Federal Mahkeme bu yönde görüş bildirmiştir. Bkz. BGH Urt. v. 24.1.2012-II ZR 109/11, N. 21.

ödenmediği aşamada (Federal Mahkeme kararına atıfla) dürüstlük kuralına aykırı şekilde şirket faaliyetlerine devam eden ortakların tamamı çıkarılma kararına onay vermemiş olabilir. Bu durumda, karara olumlu oy vermemiş ortakların da sorumlu tutulmaları gerekir.

Öğretide bazı yazarlar, bu sorumluluğun dayanağı olarak bağlılık yükümlülüğünü (daha doğrusu bu yükümlülüğe aykırı davranmayı) işaret etmiştir⁶². Türk-İsviçre Hukuku'nda bağlılık yükümlülüğü (TTK m. 613/2; Art. 803/2 OR) şirket çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunmayı yasakladığından ayrılma akçesi alacağına hizmet eden önlemleri almaktan kaçınarak şirketin faaliyetlerini sürdüren ortakların her durumda şirket çıkarını zedelediğini savunmak güçtür. Ayrıca, bağlılık yükümlülüğü şirkete karşı olup ortaklar arası bağlılık yükümlülüğünün bulup bulunmadığı tartışmalıdır; hakim görüş, ortaklar arası bağlılık yükümlülüğü bulunmadığı yönündedir⁶³. Konumuz bakımından ayrılan ortak tarafından bağlılık yükümlülüğüne aykırılık iddiasıyla açılması düşünülebilecek dava olsa olsa tazminat davası olabilir. Bağlılık yükümlülüğünün ihlali bir zarara yol açmışsa diğer koşulların varlığı halinde tazminat alacaklısı, ortak(lar) değil, şirkettir⁶⁴. Ortaklar arası bir bağlılık yükümlülüğü bulunduğu ve bu yükümlülüğe aykırılık halinde (ayrılan) ortağın dava açabileceği kabul edilse dahi bu kabul, ayrılan ortağın diğer ortaklara doğrudan yönelteceği bir alacak talebine dayanak teşkil etmez.

Sonuç olarak mevcut düzenlemeler karşısında, Federal Mahkeme kararının doğrudan Türk-İsviçre Hukuku'na uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan, anonim şirketten farklı olarak, limited şirkette şirket sözleşmesi ile öngörülmesi şartıyla ortaklara ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü (*Nachschuss- und Nebenleistungspflichten*) getirilebilir (TTK m. 603 vd.; Art. 795 OR vd.). *Emredici hükümler ilkesi* başlıklı TTK m. 579 uyarınca şirket sözleşmesinde kanun hükümlerinden sapılabilmesi için

⁶² Paefgen, "Ausfallhaftung," 290 vd.

⁶³ Ayrıntılı açıklama ve öğretilerdeki görüşler için bkz. R. Gülmisal Akkale Çelebi, *Limited Şirkette Ortakların Bağlılık Yükümlülüğü* (Ankara: Seçkin, 2022), 114-116; Selman Yavuz Gökçe, *Limited Şirkette Ortakların Bağlılık Yükümlülüğü* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üni., 2024), 133 vd.

⁶⁴ Akkale Çelebi, *Bağlılık*, 209; Gökçe, *Bağlılık*, 236; Ezgi Başak Demirayak, "Limited Şirketlerde Ortakların Şirkete Karşı Bağlılık Yükümlülüğü," *Ankara Barosu Dergisi* 76, sayı 3 (2018): 45.

kanunda buna açıkça izin verilmiş olması gerekir. Ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri de kanunda öngörülen sınırlamalara tabi olup kanunun izin verdiği ölçüde şirket sözleşmesinde bu konularda düzenleme yapılabilir. Ek ödeme veya yan edim yükümlülüğü koşullarına uymayan bir borcun limited şirket ortaklarına yükletilebilmesi mümkün değildir⁶⁵. Bu doğrultuda, ortaklık sıfatına bağlı parasal karakterli bir borcun yalnızca ek ödeme yükümlülüğü olarak şirket sözleşmesinde düzenlenmesi koşuluyla öngörülebileceği sonucuna varılmaktadır.

Şirketin finansman ihtiyacını karşılamayı ve bozulan mali durumun ortakların desteğiyle düzeltilmesini amaçlayan⁶⁶ ek ödeme yükümlülüğünün talep edilebilmesi için şirket sözleşmesinde öngörülmesi zorunludur (TTK m. 603/1, TTK m. 577/1(c)). Ek ödeme yükümlülüğü ortağın şahsına değil, paya bağlı olup tutarı şirket sözleşmesinde gösterilmelidir. Bu tutar, esas sermaye payının itibarı değerinin iki katını aşamaz (TTK m. 603/3; Art. 795/2 OR). Müdürler tarafından ek ödeme yükümlülüğü kanunda yazılan üç ihtimalden birinin gerçekleşmesi halinde istenebilir: (a) *Şirket esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının şirketin zararını karşılayamaması*, (b) *Şirketin bu ek araçlar olmaksızın işlerine gereği gibi devamının mümkün olmaması*, (c) *Şirket sözleşmesinde tanımlanan ve özkaynak ihtiyacı doğuran diğer bir hâlin gerçekleşmiş bulunması*. Bu haller sınırlı sayıda olup şirket sözleşmesi ile genişletilemez⁶⁷.

Hükmün (c) bendi ek ödeme yükümlülüğünün talep edilebileceği hallerin belirlenmesinde şirkete serbesti tanımaktadır. Bu bende göre talep edilen ek ödeme yükümlülüğü yine şirketin finansman ihtiyacının karşılanmasına hizmet etmekle birlikte önceki iki bentten farklı olarak özkaynak ihtiyacı doğuran hallerin şirket sözleşmesinde açıkça yazılması ve bir ölçüde somutlaştırılması gerekir⁶⁸. Bu bent kapsamında, yeni bir şube açılması, bir taşınmazın iktisap edilmesi, şirketin kısa vadeli borçlarının esas sermayeyi

⁶⁵ Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku*, 268.

⁶⁶ TTK madde gerekçeleri, m. 693; Hasan Karakılıç, “Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sayı 2 (2014): 115, Aslı E. Gürbüz Usluel, “Limited Şirketlerde Ortağın Ek Ödeme Yükümlülüğü,” içinde *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan*, ed. İsmail Kırca ve diğ. (İstanbul: On İki Levha, 2019), 470; Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku*, 271; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 21-88.

⁶⁷ Handschin ve Truniger, *Die GmbH*, § 13 N. 11; Karakılıç, “Ek Ödeme,” 121.

⁶⁸ Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku*, 280.

aşması gibi haller ek ödeme yükümlülüğünün istenebileceği koşullara örnek olarak verilmektedir⁶⁹. Verilen örnekler de göstermektedir ki bent kapsamında şirketin finansman ihtiyacını doğuran, önceden açıkça tanımlanmış koşulların meydana gelmesi, ek ödeme yükümlülüğünün istenmesine gerekçe oluşturabilir⁷⁰.

Bu doğrultuda, şirket sözleşmesinde düzenlenmek şartıyla ek ödeme yükümlülüğü olarak öngörülmesi halinde ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmının kalan ortaklar tarafından -kısmen veya tamamen- ödenebilmesi mümkün olmalıdır⁷¹. Bunun için, şirketin kullanılabilir özkaynağının ayrılma akçesini karşılamaya yetmemesi halinin, ek ödeme yükümlülüğünün istenmesinin koşulu olarak şirket sözleşmesinde öngörülmesi gerekir. Öte yandan, ek ödeme yükümlülüğü şirkete karşıdır; şirket alacaklıları ek ödeme yükümlülüğünün ifasını talep edemez. Zira kişisel sorumluluk alacaklılara karşı iken ek ödeme yükümlülüğü şirkete karşıdır⁷². Ayrılma akçesi alacağının şirket tarafından karşılanamaması ek ödeme talebinin koşulu olarak şirket sözleşmesinde öngörülse dahi bunun yerine getirilmesini ayrılan ortak değil, ancak şirket talep edebilir. Ödeme de doğrudan ayrılan ortağa değil, şirkete yapılacaktır. Ayrıca, bu halde yine ek ödeme yükümlülüğünün sınırlamaları geçerli olacaktır. Yani ayrılma akçesinin ortaklar tarafından karşılanacak kısmı, şirket sözleşmesiyle tutarı belirlenmesi koşuluyla, en fazla ortakların esas sermaye payının itibarî değerinin iki katı kadar olabilir.

3. Şirket Malvarlığının Yetersizliğinin Çıkarılma Kararına Etkisi Bakımından

Federal Mahkeme kararında ayrılma akçesinin ödenmesi ile ayrılma neticesi arasındaki bağlantı tam olarak koparılmamıştır. Buna göre, çıkarılma yargılamasının en geç son duruşmasında şirketin -esas sermayeyi aşan-

⁶⁹ Botschaft zur Revision OR 2001, 31966; Pascal Montavon ve Ivan Jabbour, "Nachschüsse und Verpflichtungen zu Nebenleistungen in Form von Geld oder anderen Vermögenswerten im Recht der GmbH," *Der Treuhandexperte*, no. 4 (2023), 238 (swisslex.ch, erişim tarihi: 12.04.2024).

⁷⁰ Gürbüz Usluel, "Ek Ödeme," 473; Montavon ve Jabbour, "Nachschüsse und Nebenleistungen," 238; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 21-92.

⁷¹ Cenkeci, "Ayrılma Akçesi," 21-22; Sanwald, *Austritt und Ausschluss*, 120; Emine Özdamar, *Limited Şirkette Ayrılma Akçesi* (İstanbul: On İki Levha, 2023), 245-246. Bu anlama gelecek şekilde bkz. Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku*, 280. Aksi yönde bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 21-56.

⁷² TTK madde gerekçeleri, m. 603.

serbestçe kullanılabilir malvarlığının ayrılma akçesini karşılamaya yetmeyeceği açıkça anlaşılıyorsa mahkeme, çıkarılma talebini reddetmelidir. Zira bu halde, çıkarılmaya ilişkin genel kurul kararı sermayenin korunması ilkesini (§ 30/1 GmbHG) ihlal ettiği için hükümsüzdür⁷³. Böylece ortağın sermayenin korunması ilkesinin sınırlamaları nedeniyle şirketten eli boş ayrılması da önlenmiş olur⁷⁴. Öte yandan öğretide, kalan ortakların ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmından sorumlu olacağı kabul edilmişken şirket malvarlığının yetersizliği gerekçesiyle çıkarılma talebinin reddedilmesinin çelişkili olduğu eleştirisi yöneltmiştir⁷⁵.

Bu yaklaşımın çıkarılma kararının ayrılma akçesinin ödenmesinden bağımsız olduğu görüşünü desteklediği söylenemez⁷⁶. Zira buna göre, ayrılma akçesinin ödenemeyeceğinin açık olduğu, yani şirket malvarlığının ayrılma akçesini karşılamaya yetmeyeceği durumda çıkarılma kararı alınamaz. Oysa Federal Mahkeme'nin yeni görüşüne göre ortakların da ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmından sorumlu tutulabilmesi mümkün olduğu gibi ayrılma akçesinin daima şirket malvarlığından ödenmesi de gerekmez. Ayrılan ortağın esas sermaye payları başka bir ortak veya üçüncü kişi tarafından devralınıyorsa ayrılma akçesi kısmen veya tamamen bu devir bedelinden karşılanacaktır.

Türk-İsviçre Hukuku'nda ayrılma akçesi, ayrılmanın bir koşulu değil, sonucu olarak görüldüğünden çıkarılma kararının hüküm ve sonuç doğurması için ayrılma akçesinin ödenmesi gerekmez. Nitekim bu yönde bir talep yoksa çıkma veya çıkarılma yargılaması sırasında mahkeme tarafından re'sen ayrılma akçesine hükmedilmez⁷⁷. Kaldı ki, ortağın ayrılma akçesi alacağının

⁷³ Conradi, "Ausschluss," 1546; Kleindiek, "§ 34," N. 119; Strohn, "§ 34," N. 189.

⁷⁴ Federal Mahkemenin bu görüşü, ayrılma ile ayrılma akçesinin ödenmesi arasındaki bağı tamamen koparılmadığını gösterir. bkz. Conradi, "Ausschluss," 1546.

⁷⁵ Conradi, "Ausschluss," 1550; Seibt, "Anh. § 34," N. 44.

⁷⁶ Bu yönde bkz. Conradi, "Ausschluss," 1550.

⁷⁷ Aker, "Fesih," 90, 107; Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar*, N. 162; Germann, *AG und GmbH*, N. 2193; Kendigelen ve Kırcı, *Şirketler Hukuku*, 250; Sanwald, *Austritt und Ausschluss*, 105; Öztürk Dirikkan, *Ayrılma ve Ayrılma Payı*, 149-150; Wipf ve von der Crone, "Ausschluss," 581. Aksi yönde bkz. Cenki, "Ayrılma Akçesi," 14; Taşdelen, *Çıkma, Çıkarılma ve Fesih*, 201; Erkan Eren, *Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarma ve Ayrılma Akçesi* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 116; Burak Adıgüzel ve Özlem İlbasmış Hızlısoy, "Limited Şirkette Haklı Sebep ve Haklı Sebep Çıkma Davaları Arasındaki İlişki," içinde *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum*

miktarı, ödeme zamanı ve şekli üzerinde şirketle anlaşmaya varması mümkündür⁷⁸.

Ayrıca, ayrılma akçesi esas sermaye payının gerçek değerini (tam ekonomik karşılığını) ifade ettiğinden, şirketin finansal durumunun bozuk olması nedeniyle esas sermaye payının karşılığına pozitif bir değer isabet etmiyorsa ortaklık sıfatı sona ermesine rağmen ayrılma akçesi talebi reddedilebilir⁷⁹.

Diğer taraftan, TTK m. 642'de (Art. 825a OR) ayrılma akçesinin muaccel olacağı zaman ve ödeme kaynakları gösterilmiştir. Buna göre, ayrılma akçesinin borçlusu şirket olmakla birlikte bu alacağın daima şirket malvarlığından karşılanması şart değildir; ayrılan ortağa ait esas sermaye paylarının şirket ortakları veya üçüncü kişiler tarafından devralınması halinde ayrılma akçesi kısmen veya tamamen bu yolla karşılanacağından şirket malvarlığında azalma da olmaz. Nihayet, aynı maddede ayrılma akçesinin muacceliyeti de belirlenmiştir. Buna göre, şirket kullanılabilir bir özkaynak üzerinde tasarruf ediyorsa, ayrılan kişinin esas sermaye payları devredilebiliyorsa veya esas sermaye, ilgili hükümlere göre azaltılmışsa ayrılma akçesi, ayrılma ile muaccel olur. Ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı ise yıllık raporda kullanılabilir özkaynak tutarının tespiti ile muaccel hâle gelir. Bu halde, kanun koyucu şirketi zamansız bir ayrılma akçesi alacağı tehdidi altında bırakmamak amacıyla ayrılma akçesinin muaccel olacağı

Mehmet Kılıç'a Armağan, ed. Tekin Memiş, Özge Selin Şener ve Bahar Şimşek (İstanbul: On İki Levha, 2020), 204; Ayşe Şahin, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi," içinde *Ersin Çamoğlu'na Armağan*, ed. Erol Ulusoy vd. (İstanbul: Vedat, 2013), 201. *Göksoy* ise çıkma davası bakımından bu görüşü desteklerken çıkarılma davasında çıkarma talebinin aynı zamanda ayrılma akçesi talebini de içerdiğini savunmaktadır. Bkz. Yaşar Can Göksoy, "Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarının Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun (TTK m. 5/A) Kapsamı Açısından Değerlendirilmesi," içinde *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan*, ed. Tekin Memiş, Özge Selin Şener ve Bahar Şimşek (İstanbul: On İki Levha, 2020), 120, 129.

⁷⁸ Kendigelen ve Kırca, *Şirketler Hukuku*, 248; Topaloğlu, "Ayrılma Akçesi," 179; Mustafa Topaloğlu ve Işık Özer, "Limited Şirketlerde Ayrılma Akçesinin Muacceliyeti ve Ödenmesi," *Terazi Hukuk Dergisi* 14, sayı 158 (2019): 1959; Wipf ve von der Crone, "Ausschluss," 582.

⁷⁹ Yargıtay 11. HD., E. 2015/11942 K. 2016/9214 T. 29.11.2016 (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 15.05.2024).

zaman ile şirketin finansal yeterliliği arasında bağlantı kurmuştur. Böylece ayrılma akçesinin ayrılma ile muaccel olabilmesi, ancak bu alacağın (kısmen de olsa) fiilen ödenebilir olması koşuluna bağlanmıştır⁸⁰. Hükümde sayılan kaynakların yetersiz olduğu oranda ayrılma akçesinin muaccel hale gelmesi de ertelenir. Bu düzenlemelerden, çıkma veya çıkarılma talebinin kabulü için ayrılma akçesinin ayrılma anında şirket malvarlığından karşılanabilir olmasının zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılabilir⁸¹. Nitekim Yargıtay'ın borca batık şirketlerde çıkma veya çıkarılma talebini kabul ederken ayrılma akçesi talebini reddettiği kararları bu çıkarımı destekler.

Son olarak, sermayenin korunması ilkesiyle bağlantılı olarak, İsviçre Federal Mahkemesi yakın tarihte, çıkma veya çıkarılmanın ayrılma akçesinin fiilen ödenebilir olmasından tamamen bağımsız olmadığı anlamına gelen bir karar vermiştir. Karara konu uyuşmazlıkta asgari esas sermaye ile kurulmuş bir şirkette %45 esas sermaye payına sahip bir ortak, haklı sebebe dayanarak şirketten çıkmayı talep etmiştir. Haklı sebebin varlığına kanaat getirmekle birlikte Federal Mahkeme, çıkma talep eden ortağın paylarını devralacak kimsenin bulunmaması ve sermaye azaltılmasının da mümkün olmaması nedeniyle ayrılmanın gerçekleşmesi halinde çıkan ortağa ait payların şirket tarafından devralınması gerekeceğini belirttikten sonra ortağa ait payların şirketin kendi paylarını iktisap sınırı olan %35'i⁸² (Art. 783/2 OR) aştığı gerekçesiyle çıkma talebinin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁸³.

SONUÇ

Limited şirketlere ilişkin düzenlemeleri birçok ülkeye öncülük etmiş Almanya'da limited şirket ortağının şirketten çıkması veya çıkarılmasının

⁸⁰ Germann, *AG und GmbH*, N. 2207; Sanwald, *Austritt und Ausschluss*, 111.

⁸¹ Aksi görüşle ayrılma akçesi ödenemeyecekse çıkma veya çıkarılma talebinin reddi gerektiği yönünde Adıgüzel ve İlbasmış Hızlısoy, "Fesih ve Çıkma," 207; Öztürk Dirikkan, *Ayrılma ve Ayrılma Payı*, 158; Sanwald, *Austritt und Ausschluss*, 61; Şahin, "Çıkma ve Çıkarılma," 201. Ayrılma akçesinin ödenebilir olmadığına anlaşıldığı haklı sebeple çıkma yargılamasında hakimın fesih kararı verebileceği yönünde bkz. Cenkcı, "Ayrılma Akçesi," 35-41.

⁸² Mehaz düzenlemedeki %35'lik sınırın yerindeliği ve TTK m. 612'deki oransal sınırın düşük olduğuna yönelik eleştiri için bkz. Mehmet Yusuf Sert ve Zeynep Bildik, "Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkarılma Durumlarında Şirketin Kendi Payını İktisabı Sorunu ve İsviçre Hukukunda Durum," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sayı 2 (2021): 2202 vd.

⁸³ BGE 147 III 505 (BGer 4A_209/2021 v. 19.07.2021) (bger.ch, erişim tarihi: 16.05.2024).

açık bir kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, öğreti ve mahkeme içtihatları çıkma ve çıkarılma imkanının varlığı konusunda hemfikirdir. Çıkma ve çıkarılmanın yöntemleri bakımından Alman uygulaması ile Türk-İsviçre Hukuku arasında önemli benzerlikler olsa da ayrılmanın hüküm ve sonuçları, iki hukuk sisteminde farklı yorumlanmaktadır. Alman hukukunda yakın bir tarihe kadar, ortağın şirketten ayrılmasının ayrılma akçesinin ödenmesi koşuluna bağlı olduğu görüşü benimsenmekteydi. Türk-İsviçre Hukuku'nda ağırlıklı görüş ise çıkma veya çıkarılmanın hüküm ve sonuç doğurmasının ayrılma akçesinin ödenmesine bağlı olmadığı; ayrılma akçesinin ayrılmanın bir koşulu değil; bir sonucu olduğu yönündedir. Alman Federal Mahkemesi ise yakın bir tarihte görüş değişikliğine giderek çıkarılma kararının hüküm ve sonuç doğurmasının ayrılma akçesinin ödenmesinden bağımsız olduğuna hükmetmiştir. Ortağın ayrılmanın yarattığı olumsuz neticelerinden korunması ve menfaatler dengesinin sağlanması amacıyla Federal Mahkeme, ayrılma akçesinin ödenmeyen kısımdan şirkette kalan ortakların sorumlu olması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, Federal Mahkeme'ye göre yargılama esnasında şirketin malvarlığı düzeyinin ayrılma akçesinin karşılamaya yetmeyeceği açıksa çıkarılma kararı verilemez. Her ne kadar ortaklık sıfatının sona ermesinin ayrılma akçesinin ödenmesinden bağımsız olduğu yönündeki Federal Mahkeme yaklaşımı Türk-İsviçre Hukuku'ndaki hakim anlayışa yakın olsa da ayrılma akçesinin ödenmeyen kısımdan ortakların sorumlu tutulmasına Türk-İsviçre Hukuku'nda kanuni dayanak bulmak güçtür. Öte yandan, şirket sözleşmesinde ek ödeme yükümlülüğü öngörülmesi suretiyle kalan ortaklardan ayrılma akçesinin şirket tarafından ödenmeyen kısmını karşılamaları talep edilebilir. Ek ödeme yükümlülüğü şirkete karşı olup bu halde söz konusu talep, ek ödeme yükümlülüğünün azami miktarı ile sınırlı olacaktır. Ayrıca, ayrılma akçesinin ödenmesi, ayrılmanın bir koşulu olmadığından şirketin malvarlığı, ayrılma akçesini karşılamaya yetmiyorsa bile çıkma veya çıkarılma kararı alınması mümkün olabilmelidir.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak ve Özlem İlbasmış Hızlısoy. “Limited Şirkette Haklı Sebepçe Fesih ve Haklı Sebepçe Çıkma Davaları Arasındaki İlişki.” İçinde *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan*, Ed. Tekin Memiş, Özge Selin Şener ve Bahar Şimşek, 183-218. İstanbul: On İki Levha, 2020. (Kısaltma: “Fesih ve Çıkma”)
- Aker, Halit. “Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebepçe Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler.” *BATİDER* 32, sayı 1 (2016): 63-150. (Kısaltma: “Fesih”)
- Akkale Çelebi, R. Gülmisal. *Limited Şirkette Ortakların Bağlılık Yükümlülüğü*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Altmeppen, Holger. *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*. 11. Auflage. München: C.H. Beck, 2023. (Kısaltma: *GmbHG*)
- Anacker, Justus. *Der Schutz des Abfindungsinteresses des zwangsweise ausscheidenden GmbH-Gesellschafters*. Baden-Baden: Nomos, 2016. (Kısaltma: *Abfindungsinteresse*)
- Balz, Gerhard K. *Die Beendigung der Mitgliedschaft in der GmbH*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984. (Kısaltma: *Beendigung*)
- Baştuğ, İrfan. *Limited Şirkette Ortağın Çıkması ve Çıkarılması*. İzmir: Ege Üniversitesi Matbaası, 1966. (Kısaltma: *Çıkma ve Çıkarılma*)
- Böhm, Wolf-Amelung. *Die Sicherung der Abfindung beim Ausscheiden aus der GmbH*. Frankfurt: Peter Lang, 2016. (Kısaltma: *Abfindung*)
- Cenkci, Esra. “Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m. 642).” *Ankara Barosu Dergisi* 76, sayı 4 (2019): 1-50. (Kısaltma: “Ayrılma Akçesi”)
- Conradi, Philipp. “Wann ist der Ausschluss aus der GmbH wirksam?” *Neue Zeitschrift Für Gesellschaftsrecht*, no. 34 (2021): 1546-1551. (Kısaltma: “Ausschluss”)
- Çamoğlu, Ersin. *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri*. İstanbul: Vedat, 2020. (Kısaltma: *Limited Ortaklıklar*)
- Çağlar, Hayrettin. “Sermaye Şirketlerinde Çıkma/Çıkarma Kararının Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar.” İçinde *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – XXXV*, ed. İbrahim Bektaş, Yasin Barış Özelçi, 85-100. Ankara: BTHAE, 2022.
- Demirayak, Ezgi Başak. “Limited Şirketlerde Ortakların Şirkete Karşı Bağlılık Yükümlülüğü.” *Ankara Barosu Dergisi* 76, sayı 3 (2018): 23-54.

- Dorscheid, Peter. *Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters aus der personalistischen Kapitalgesellschaften*. Zürich: Schultess Polygraphischer, 1984. (Kısaltma: *Austritt und Ausschluss*)
- Ekkenga, Jens. “§ 30 Kapitalerhaltung.” İçinde *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band I*, Ed. Holger Fleisher ve Wulf Goette. 4. Auflage. München: C.H. Beck, 2022.
- Eren, Erkan. *Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarma ve Ayrılma Akçesi*. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Eryiğit, Harun. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi*. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Fleischer, Thomas. “GmbHG §30 Kapitalerhaltung.” İçinde *Gesellschaftsrecht*, Ed. Martin Hennsler ve Lutz Strohn. München: C.H. Beck, 2024.
- Fleischer, Thomas. “GmbHG §34 Einziehung von Geschäftsanteilen.” İçinde *Gesellschaftsrecht*, Ed. Martin Hennsler ve Lutz Strohn. München: C.H. Beck, 2024.
- Germann, Sandro. *Die personalistische AG und GmbH*. Zürich: Dike, 2015. (Kısaltma: *AG und GmbH*)
- Gökçe, Selman Yavuz. *Limited Şirkette Ortakların Bağlılık Yükümlülüğü*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2024. (Kısaltma: *Bağlılık*)
- Göksoy, Yaşar Can. “Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarının Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun (TTK m. 5/A) Kapsamı Açısından Değerlendirilmesi.” İçinde *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler - Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan*, Ed. Tekin Memiş, Özge Selin Şener ve Bahar Şimşek, 103-134. İstanbul: On İki Levha, 2020. (Kısaltma: “Arabuluculuk”)
- Gürbüz Usluel, Aslı E. “Limited Şirketlerde Ortağın Ek Ödeme Yükümlülüğü.” İçinde *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, Ed. İsmail Kırca, Murat Gürel, Başak Şit İmamoğlu, Merve İrem Yener, Ufuk Tekin ve İbrahim Bektaş, 467-480. İstanbul: On İki Levha, 2019. (Kısaltma: “Ek Ödeme”)
- Gürpınar, Bünyamin. “Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkmaya Katılma.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sayı 2 (2016): 73-101. (Kısaltma: “Çıkma ve Çıkmaya Katılma”)
- Handschin, Lukas ve Christof Truniger. *Die GmbH*. Zürich: Schultess, 2019.
- Heidinger, Andreas. “§30 Kapitalerhaltung.” İçinde *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band I*, Ed. Lutz Michalski, Anderas Heidinger, Stephan Leible ve Jessica Schmidt. 4. Auflage. München: C.H. Beck, 2023.

- Karakılıç, Hasan. “Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sayı 2 (2014): 107-144. (Kısaltma: “Ek Ödeme”)
- Kaya, Ali. “Limited Şirketten Ayrılmanın Hukuki Sonuçları ve Özellikle Ayrılma Akçesi Bağlamında Yeni Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi.” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, sayı 2 (2013): 117-144. (Kısaltma: “Ayrılma”)
- Kendigelen, Abuzer ve İsmail Kırca. *Şirketler Hukuku Cilt III*. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Kleindiek, Detlef. “§ 34 Einziehung von Geschäftsanteilen.” İçinde *GmbH-Gesetz*, Ed. Walter Bayer, Peter Hommelhoff ve Detlef Kleindiek. 20. Auflage. Köln: Otto Schmidt, 2020. (Kısaltma: “§ 34”)
- Küng, Manfred ve Raphaël Camp. *GmbH-Recht Kommentar*. Zürich: Orell Füssli, 2006. (Kısaltma: *GmbH-Recht*)
- Meier, Werner. *Austritt und Ausschluss aus der GmbH gemäss Art. 822 OR*. Zürich: Juris, 1950. (Kısaltma: *Austritt und Ausschluss*)
- Montavon, Pascal ve Jabbour Ivan. “Nachschüsse und Verpflichtungen zu Nebenleistungen in Form von Geld oder anderen Vermögenswerten im Recht der GmbH.” *Der Treuhandexperte*, no. 4 (2023): 236-243. (Kısaltma: “Nachschüsse und Nebenleistungen”)
- Özdamar, Emine. *Limited Şirkette Ayrılma Akçesi*. İstanbul: On İki Levha, 2023.
- Öztürk Dirikkan, Hanife. *Limited Şirkette Ortağın Ayrılması ve Ayrılma Payı*. Ankara: Yetkin, 2005. (Kısaltma: *Ayrılma ve Ayrılma Payı*)
- Paefgen, Walter G. “Zur Ausfallhaftung von GmbH-Gesellschaftern für die Abfindung ausscheidender Mitgesellschafter – dogmatische Grundlage, Voraussetzungen, Anwendungsbereich und kautelarjuristische Gestaltungsfreiheit.” İçinde *Festschrift Für Alexander Reuter zum 65. Geburtstag*, Ed. Achim Compes, Roderich C. Thümmel, Angelo Winkler. 283-309. Köln: Otto Schmidt, 2021. (Kısaltma: “Ausfallhaftung”)
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Adalet, 2024. (Kısaltma: *Şirketler Hukuku*)
- Sanwald, Reto. *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH*. Zürich: Dike, 2009. (Kısaltma: *Austritt und Ausschluss*)
- Seibt, Christoph H. “Anhang § 34 Austritt und Ausschließung eines Gesellschafters.” İçinde *Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band I*, Ed. Frank Scholz. 12. Auflage. Köln: Otto Schmidt, 2021. (Kısaltma: “Anh. § 34”)

- Sert, Mehmet Yusuf ve Zeynep Bildik. "Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkarılma Durumlarında Şirketin Kendi Payını İktisabı Sorunu ve İsviçre Hukukunda Durum." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sayı 2 (2021): 2181-2212.
- Servatius, Wolfgang. "§ 30 Kapitalerhaltung." İçinde *Gesetz Betreffend die Gesellschaften mit Beschränkter Haftung*, Ed. Ulrich Noack, Wolfgang Servatius ve Ulrich Haas. 23. Auflage. München: C.H. Beck, 2022.
- Sevi, Ali Murat. *Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*. Ankara: Seçkin, 2013. (Kısaltma: *Sermaye*)
- Sosnitza, Olaf. "Anhang § 34 Ausschluss und Austritt von Gesellschafter." İçinde *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band I*, ed. Lutz Michalski, Anderas Heidinger, Stephan Leible ve Jessica Schmidt. 4. Auflage. München: C.H. Beck, 2023. (Kısaltma: "Anh. § 34")
- Souferlos, Ilias. *Ausschließung und Abfindung eines GmbH-Gesellschafters*. Köln: Dr. Otto Schmidt, 1983. (Kısaltma: *Ausschließung*)
- Spitze, Peter Alexander. *Der Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund bei Schweigen der Satzung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. (Kısaltma: *Ausschluss*)
- Strohn, Lutz. "§ 34 Einziehung von Geschäftsanteilen." İçinde *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band I*, Ed. Holger Fleisher ve Wulf Goette. 4. Auflage. München: C.H. Beck, 2022. (Kısaltma: "§ 34")
- Şahin, Ayşe. "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi." İçinde *Ersin Çamoğlu'na Armağan*, Ed. Erol Ulusoy, Hamdi Yasaman, M. Turgut Öz, Süheyl Donay, Ünal Tekinalp, 175-210. İstanbul: Vedat, 2013. (Kısaltma: "Çıkma ve Çıkarılma")
- Şener, Oruç Hami. *Limited Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2017. (Kısaltma: *Limited Ortaklıklar*)
- Taşdelen, Nihat. *Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih*. Ankara: Yetkin, 2012. (Kısaltma: *Çıkma Çıkarılma ve Fesih*)
- Tatlı, Burçak. "Limited Şirketlerde Çıkma, Çıkarma ve Ayrılma Akçesi." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, sayı 1 (2021): 165-210. (Kısaltma: "Çıkma, Çıkarma ve Ayrılma Akçesi")
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat, 2015. (Kısaltma: *Sermaye Ortaklıkları*)

- Thiessen, Jan. “§ 34 Einziehung von Geschäftsanteilen.” İçinde *GmbHG Kommentar*, Ed. Reinhard Bork ve Carsten Schäfer. 4. Auflage. Köln: RWS, 2019. (Kısaltma: “§ 34”)
- Topaloğlu, Mustafa ve Işık Özer. “Limited Şirketlerde Ayrılma Akçesinin Muacceliyeti ve Ödenmesi.” *Terazi Hukuk Dergisi* 14, sayı 158 (2019): 1955-1967.
- Topaloğlu, Mustafa. “Limited Şirketlerde Ayrılma Akçesinin Ödenmesine İlişkin Sorunların Değerlendirilmesi.” *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sayı 8 (2017): 171-181. (Kısaltma: “Ayrılma Akçesi”)
- Toraman Çolgar, Emek. *Şirkete Borçlanma Yasası*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Trüeb, Hans Rudolf ve Reto Wildeisen. “Art. 825.” İçinde *OR Kurzkommentar*, Ed. Heinrich Honsell. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2014.
- Ulmer, Peter ve Mathias Habersack, “§ 34 Einziehung von Geschäftsanteilen.” İçinde *GmbHG Großkommentar, Band I*, Ed. Mathias Habersack, Matthias Casper ve Marc Löbbe. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Steinbeck, 2019. (Kısaltma: “§ 34”)
- Ulmer, Peter ve Mathias Habersack, “Anhang nach § 34 Ausschließung und Austritt von Gesellschaftern.” İçinde *GmbHG Großkommentar, Band I*, Ed. Mathias Habersack, Matthias Casper ve Marc Löbbe. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Steinbeck, 2019. (Kısaltma: “Anh. nach § 34”)
- Wipf, Olivia ve Hans Caspar von der Crone. “Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters.” *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* 90, no. 5 (2018): 569-583. (Kısaltma: “Ausschluss”)
- Yıldız, Şükrü. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku*. İstanbul: Arıkan, 2007. (Kısaltma: *Limited Şirketler Hukuku*)

ALMAN HUKUKUNUN YENİ DÜZENLEMELERİ IŞIĞINDA AİLE VE DOĞUM ADI

*In the Light of New Regulations of German Law
Family and Birth Name*

Ayşegül KÜÇÜKDAĞLI*

ÖZ

Alman hukukunda aile ve doğum adına yönelik reform ihtiyacı bir süredir dile getirilmekteydi. Bu düzenleme ihtiyacı temelinde, aile ve doğum adına ilişkin düzenlemelerin zaman içerisinde birçok kez değişikliğe uğraması yatmaktadır. Söz konusu değişiklikler, her ne kadar Alman Anayasası'nın ve Avrupa Birliği hukukunun gerekliliklerine ve de dönüşen toplumsal beklentilere uyum sağlanması amacı ile gerçekleşmişse de, neticede Alman ad hukuku bütüncül yapısını yitirmiş ve karmaşık hale gelmiştir. Ayrıca aile adı ve doğum adının belirlenmesi ve değiştirilmesi hakkında daha esnek ve özgürlükçü düzenlemeler talep edilmektedir. Reform ihtiyacı, önce Adalet ve İçişleri bakanlıkları tarafından 2018 yılında kabul görmüş ve uzmanlardan oluşan bir çalışma grubu kurulmuştur. 2020 yılında çalışma grubu raporunu kamuoyu ile paylaşmıştır. Takip eden süreçte 23.08.2023 tarihinde Alman Aile ve Doğum Adı Hukukunun Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı, Federal Hükümetçe kabul edilmiş, 12.04.2024 tarihinde Alman Meclisinden geçmiş ve 17.05.2024 tarihinde Federal Konseyce onaylanmıştır. Tasarı üzerine yapılan minimal değişikliklerin ardından 14.06.2024 tarihinde Aile ve Doğum Adının Değiştirilmesine Dair Kanun yayımlanmıştır. Bu çalışmada, 01.05.2025 tarihinde yürürlüğe girecek yeni düzenlemeler incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Aile Adı, Soyadı, Kadının Soyadı, Çocuğun Soyadı, Kişilik Hakları

Makalenin Geliş Tarihi: 26.06.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 04.11.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, E-posta: akucukdagli@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6759-194X.

ABSTRACT

The need for reform of family and birth names in German law has been expressed for some time. This is based on the fact that the regulations on family and birth name have been amended many times over time. Although these changes were made in order to adapt to the requirements of the German Constitution and European Union law, as well as to changing social expectations, as a result, German family law has lost its coherent structure and has become more complex. In addition, more flexible and liberalised regulations are demanded in this area. The need for reform was first recognised by the Ministries of Justice and the Interior in 2018 and a working group of experts was established. They published their report in 2020. Subsequently, the Draft Law on the Amendment of the German Family and Birth Name Law was adopted by the Federal Government on 23.08.2023, passed by the German Parliament on 12.04.2024 and approved by the Federal Council on 17.05.2024. Following minimal amendments to the draft law, the Law on Changing Family and Birth Names was published on 14.06.2024. In this study, the new regulations, which will enter into force on 01.05.2025, are analysed.

Keywords: Family Name, Surname, Woman's Surname, Child's Surname, Personality Rights

GİRİŞ

Alman hukukunun aile adına ilişkin düzenlemeleri uzun süredir¹ eleştiri konusu olmaktadır². Hukuk dogmatığı ve politiğı bakımından da

¹ Dutta'nın aktarımı ile Alman "aile ve doğum adı" (soyadı) hukukunun düzenlemelerinde kapsamlı bir değışikliğe gidilme ihtiyacı neredeyse yirmi yıldır ifade olunmaktadır. Düzenlemelerin bütüncül yapısını kaybetmesi ve bu düzenlemelerin alanın uzmanları tarafından dahi anlaşılabilir hale gelmesi, bu düşüncenin altında yatan sebepler olarak görülmektedir. Bu konuda bkz. Anatol Dutta, "Weitere Verkomplizierung des Namensrechts," *Zeitschrift für Rechtspolitik* 57, S. 1 (2024): 1; Anatol Dutta, "Die Namensregelungsobsession geht weiter," *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 70, S. 11 (Haziran 2023): 817.

² Bu konuda özellikle bkz. Robert Battes, "Der Weg aus der Sackgasse," *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 55, S. 11 (Haziran 2008): 1037-1038; Saskia Lettmaier, "Notwendigkeit einer Reform des (Familien-)Namensrechts?," *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 67, S. 1 (Ocak 2020): 2-3; Martin Löhnig, "Für einen Paradigmenwechsel im Namensrecht," *Zeitschrift für Rechtspolitik* 55, S. 1 (2022): 12.

olgunlaştığı düşünülen tartışmalar³ bu alanda değişim ihtiyacının kabulü ile sonuçlanmıştır. 2018 yılında Adalet ve İçişleri bakanlıklarının çağrısı ile yeni düzenlemeler hakkında teklif sunmaları için bir çalışma grubu kurulmuştur. Uzmanlardan oluşan bu grup, 2020 yılında yayınladıkları rapor ile konu hakkındaki teklif ve görüşlerini kamuoyu ile paylaşmıştır⁴. Takip eden süreçte 23.08.2023 tarihinde Alman Aile ve Doğum Adı Hukukunun Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı (*Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts*)⁵ Federal Hükümetçe kabul edilmiş, 12.04.2024 tarihinde Alman Meclisinden geçmiş ve 17.05.2024 tarihinde Federal Konseyce onaylanmıştır⁶. Tasarı üzerine yapılan minimal değişikliklerin ardından 11.06.2024 tarihinde Alman Meclisinde kabul edilen metin, 14.06.2024 tarihinde Aile ve Doğum Adının Değiştirilmesine Dair Kanun (*Gesetz zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts und des Internationalen Namensrechts, EheGebNamRÄndG*) olarak yayınlanmıştır⁷.

Yeni düzenlemeler, çalışma grubunun liberalleşme ve sadeleşme beklentilerinin uzağında kaldığı, köklü bir değişime cesaret gösterilemediği,

³ Löhnig, "Für einen Paradigmenwechsel," 2.

⁴ Eckpunkte des Reform des Namensrechts, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/eckpunkte-namensrecht.html>, S.E.T.: 15.03.2024. Rapor hakkında ayrıca bkz. Heinrich Bornhofen, "Eckpunkte zur Reform des Namensrechts, Meilensteine oder fromme Wünsche?," *Das Standesamt* 73, S. 6 (2020): 162-166. Eldeki çalışmada, söz konusu rapor içeriğine yeri geldikçe atıf yapılmaktadır. Ayrıca Federal Barolar Birliği (*Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK*), bu öneriyi belirli düzeltmeler kapsamında kabul etmiştir. Buna göre ad değişikliğinin nedeni -önemli bir neden olmadıkça- aile hukuku sebeplerine bağlı olmaya devam etmelidir. Bu konuda bkz. Stellungnahme Nr. 48 Eckpunktpapier zur Reform des Namensrechts, Temmuz 2021, 4 (Aile adı reformuna dair çalışma grubu raporu hakkında Barolar Birliği mütaalası, https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2021/juli/stellungnahme-der-brak-2021-48.pdf, S.E.T.: 15.03.2024).

⁵ BT-Drucksache 20/9041; Hukuk işleri Komisyonu'nun tavsiye kararı ve raporu için ayrıca bkz. Drucksache 20/10997.

⁶ Kanunlaştırma çalışmaları hakkında bkz. <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-%C3%A4nderung-des-ehenamens-und-geburtsnamensrechts-und-des-internationalen/303316>; ayrıca bkz. [https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2024/0101-0200/197-24\(B\).pdf?__blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2024/0101-0200/197-24(B).pdf?__blob=publicationFile&v=1).

⁷ BGBl. I 2024, Nr. 185.

halen boşluk barındırdığı düşünceleri ile eleştirilmektedir⁸. Bu eleştirilerin yanında olumlu yönlerine de dikkat çekilen⁹ düzenlemeler, 01.05.2025 tarihinde yürürlüğe girecektir.

I. ALMAN HUKUKUNDA AİLE ADI KAVRAMI

Alman hukuk terminolojisinde soyadı kavramının karşılığını aile adı (*Familiennname*) kavramı karşılamaktadır¹⁰. Aile adı ise bir üst kavram olarak doğum, evlilik ve eşlik eden ad kavramlarını kapsamaktadır¹¹.

Doğum adı (*Geburtsname*), BGB 1355. paragrafın son fıkrasında tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre doğum adı, § 1355/III'e göre nüfus idaresine evlilik adı (ortak aile adı) belirlenmesi konusunda yapılacak beyan anında eşlerden birinin doğum belgesinde yazılı olan adıdır. Belirtmek gerekir ki; doğum adı, doğum anında alınan ad ile sınırlı değildir¹². Bunun yanında doğum sonrasında BGB § 1617 a/II, § 1617 b ve c, § 1618, § 1757 ve § 1355/IV ve V kapsamında yapılan ad değişikliklerini de kapsamaktadır.

Evlilik adı (*Ehename*), BGB § 1355/I c. 1 kapsamında kanun koyucunun teşviki ile eşler tarafından belirlenen ortak aile adıdır. Eşler evlenme sırasında nüfus idaresinde yapacakları açık irade beyanı ile evlilik adını (ortak aile adını) belirlemelidirler¹³. Evlenme işleminden sonra ortak aile adı belirlenmesi ise resmi şekle tabidir. Evlilik adı, eşlerden birinin doğum adı veya beyan sırasında karı veya kocanın kullandığı adlardan

⁸ Dutta, "Weitere Verkomplizierung," 1; Dutta, "Namensregelungsobsession," 817; Christiane von Barry, "Namensrecht: Warum einfach, wenn's auch kompliziert geht?," *Zeitschrift für Rechtspolitik* 56, S. 4 (2023): 98; Saskia Lettmaier, "Kritische Überlegungen zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts," *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 10, S. 14 (Temmuz 2023): 631-632; Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker ve Hartmund Oetker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 10* (München: C.H. Beck, 2024), vor § 1616, N. 15.

⁹ Örneğin bkz. v. Barry, "Namensrecht," 98.

¹⁰ Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker ve Hartmund Oetker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 9* (München: C.H. Beck, 2022), §1355 N. 13.

¹¹ Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, §1355 N. 13. Bu nedenle çalışmamızda "ad" kavramı ile aile adı, yani "soyadı" ifade olunmaktadır.

¹² Christian Grüneberg, Jürgen Ellenberger ve Isabel Götz, *Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen* (München: CH Beck, 2023), Einf v § 1616, N. 4.

¹³ Dolayısıyla evlilik adı, nüfus idaresine yapılan beyanın ardından ortak aile adı halini alır. Ortak aile adı belirlenmesi, çocuğun doğumuna bağlı değildir. Bkz. Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, §1355, N. 12.

birinden oluşabilir (BGB § 1355/II). Eşler ortak aile adı belirlemez ise evlenme anında sahip oldukları adı kullanmaya devam ederler. Dolayısıyla ortak aile adı (evlilik adı) seçmeyen eşlerin sahip oldukları adı kullanmaya devam etmeleri her hangi bir işleme tabi değildir. Alman kanun koyucu aile adında birliğin sağlanmasını –yürürlükteki hukuk bakımından- bir amaç olarak takip etse de, bu konuda bir zorunluluk getirmemektedir¹⁴.

Eşlik eden ad (*Begleitname*) kavramından söz edilebilmesinin ön şartı ise evlilik adı (ortak aile adı) belirlenmesidir. Evlilik adı olarak diğer eşin adını kabul eden taraf, doğum adını veya nüfus idaresine aile adı seçimine yönelik yapılan beyan anında kullanmakta olduğu adını evlilik adının önüne veya ardına ekleyebilir. Buna eşlik eden ad denilmektedir.

Alman Hukuku yürürlükteki düzenlemeleri ile eşlerin her ikisinin adından oluşan çift unsurlu aile adı kullanımına olanak sağlamamıştır. Bu da öğretilerde gerçek ve gerçek olmayan çift unsurlu ad (*echte und unechte Doppelnamen*) kavramlarının kullanılmasına neden olmuştur¹⁵. Gerçek çift unsurlu aile adı, eşlerin her ikisinin de adlarının bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Gerçek olmayan aile adı kavramına ise eşlik eden adın kullanılması örnek teşkil etmektedir. Bu halde her ne kadar eşlerden biri çift unsurlu bir ad kullanıyor olsa da, bu adı çocuğuna verememektedir¹⁶.

II. ALMAN AİLE ADI HUKUKUNUN DEĞİŞTİRİLMESİNE DAİR REFORMUN GEREKÇESİ

Aile ve doğum adının düzenlendiği Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*), Alman Anayasası'nın (*Grundgesetz, GG*) ve AB hukukunun gerekliliklerine ve dönüşen toplumsal beklentilere uyum sağlanması adına çeşitli değişiklikler görmüştür¹⁷. Yapılan değişiklikler

¹⁴ BT-Drs. 12/3163, 11.

¹⁵ Örneğin bkz. Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, §1355 N. 17.

¹⁶ Ancak bu durumun istisnası olarak, eşlik eden ad ile birlikte eşinin adını ortak aile adı kabul eden eşin boşanmanın ardından bu gerçek olmayan çift unsurlu adı kullanmaya devam etmesi sayılabilir. İkinci bir evlilik durumunda ise bu gerçek olmayan çift unsurlu adın aile adı olarak seçilmesi pekâlâ mümkündür. Bu durumda gerçek olmayan çift unsurlu ad, gerçek çift unsurlu ad dönüşmüş sayılır. Bu konuda Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, §1355 N. 17.

¹⁷ Alman Medeni Kanunu (BGB) evlilik adını düzenleyen 1355. paragrafı 1900lü yıllardan itibaren defalarca değişiklik görmüştür. 1957 yılında kadının, kocanın soyadını aile adı olarak almasına yönelik zorunluluk kaldırılmıştır. Böylece kadına, eşinin aile adının yanında doğum adını kullanma hakkı tanınmıştır. 1976 yılında ise

zaman içerisinde Alman ad hukukunun karmaşık, açık olmayan ve hatta çelişkili hükümler içermesine neden olmuştur¹⁸. Bunun altında yatan iki temel neden bulunmaktadır¹⁹: Bunlardan ilki farklı ilkelerin bir arada uygulanmaya çalışılmasıdır. Zira adın devamlılığı ilkesi karşısında aile adında birlik ve ad kullanma hakkına sahip kişinin kişilik hakları bulunmaktadır²⁰. Nitekim çalışma grubunun raporunda ad hukukunda ilkesel bir değişikliğe gidilmesi önerilmektedir. Bu anlamda önerilen değişiklik, kişilik hak ve özgürlüklerinin ad hukukunun merkezine alınmasına yöneliktir²¹. Reform ihtiyacının altında yatan diğer neden ise tercih edilen kanun tekniğinin sadeleşme ihtiyacıdır²². Bunlara ilaveten yürürlük düzenlemelerinin farklı aile yapılarını dikkate almadığı ifade olunmaktadır²³.

hem karının hem kocanın doğum adının aile adı olarak seçilebilmesi imkânı getirilmiştir. Ancak evlilik adı konusunda bir anlaşma bulunmuyorsa kocanın doğum adı, aile adı bakımından belirleyici olmaktadır. Bu düzenleme ise 1991 yılında Alman Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. 1993 tarihli Aile Adı Kanunu kapsamında eşlerin ortak aile adı seçmediği durumlarda eşlerin önceki adlarını koruyacaklarına yönelik düzenleme getirilmiştir. 12.2.2005 tarihinde ise Evlilik ve Medeni Birliktelik Adlarının Değiştirilmesine Yönelik Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu konuda bkz. Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, §1355 N. 1-5; Lettmaier, “Notwendigkeit einer Reform,” 1-2; ayrıca Alman ad hukukundaki gelişmelerin kadının soyadı üzerinden bir değerlendirmesi için bkz. Nazan Moroğlu, “Kadının Kimlik Sorunu – Kadının Soyadı,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 99 (Mart-Nisan 2012): 248-249.

¹⁸ Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, §1355 N. 68; Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, vor §1616, N. 13; Anatol Dutta, *Reform des deutschen Namensrechts* (Berlin-Boston: De Gruyter, 2020), 1-6; Dutta, “Namensregelungsobsession,” 817; Lettmaier, “Kritische Überlegungen,” 625; Lettmaier, “Notwendigkeit einer Reform,” 2; v. Bary, “Namensrecht,” 98; Battes, “Sackgasse,” 1037; Eckpunkte, 3.

¹⁹ Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, §1355 N. 68; ayrıca bkz. Löhnig, “Für einen Paradigmenwechsel,” 12.

²⁰ Bu konuda bkz. Dutta, *Reform*, 8-14.

²¹ Ancak yeni düzenlemeler, bu konuda esaslı bir değişikliğe gitmediği konusunda eleştirilmektedir. Bu konuda bkz. Dutta, “Namensregelungsobsession,” 817-820; Dutta, “Weitere Verkomplizierung,” 1; karşı. Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, vor §1616, N. 13. Dutta’ya göre, Alman ad hukukunda yaşanan ilkesel çelişkinin çözümü, kanun koyucunun ad hukukunda kural ve istisnanın yerini değiştirmesi ile mümkündür. Yazar, kuralın ad seçme özgürlüğü olmasını ve bu kuralın yalnızca kamu düzeni ve ad kullanma hakkına sahip kişinin menfaati gibi genel sınırlar ile sınırlanmasını savunmaktadır. Bu konuda bkz. Dutta, “Weitere Verkomplizierung,” 1.

²² Eckpunkte, 1-3.

²³ Löhnig, “Für einen Paradigmenwechsel,” 12; Eckpunkte, 3.

Bu bağlamda yürürlük hukukunun beraberinde getirdiği en önemli problemlerden biri, adın devamlılığı ilkesinin dar ve katı biçimde uygulanmasıdır²⁴. Diğer yandan GG 6/I çerçevesinde aile adında birliğin hedeflenmesi ve eşlere gerçek çift unsurlu aile adı belirleme imkânı getirilmemesi, en azından eşlerden biri için mevcut ad kullanımının devam etmeyeceğini göstermektedir²⁵. Evlilikle birlikte gelen kişisel durum değişikliğinin, kişilerin ad değişikliğini meşru kıldığı düşünülse de, evlilik adı düzenlemesinin eşler arasındaki eşitliği gözetmesi gerektiğine şüphe bulunmamaktadır²⁶. Kanun koyucu, ad birliği ve hakların eşit dağılımı konusundaki gerilimin çözümünü eşlere bırakmış ve onlara evlilik adı seçip seçmeyeceklerine veya her birinin kendi adını koruyup korumayacağına karar verme yetkisi vermiştir²⁷. Bununla birlikte ifade olunduğu gibi gerçek çift ad kullanımına olanak tanımamıştır²⁸. 1355 BGB hükmüne göre eşler ortak bir aile adı (evlilik adı) belirlemelidir. Ortak aile adı belirlemeyenler evlilik öncesi durumlarını sürdürürler. Ortak aile adı olarak ise yalnızca eşlerden birinin doğum adı veya mevcutta kullandığı ad seçilebilir. Dolayısıyla evlilik adı seçen eşlerden biri -eşlik eden ad kullanırsa doğum adından vazgeçmelidir²⁹. Oysa günümüzde geleneksel anlamda adın devamlılığı ilkesi, kişilik hakları karşısında önceki kapsamıyla sürdürülemez hale gelmiştir³⁰. Tüm bunlardan özetle; çift ad kullanımına yönelik düzenlemeden, bir taraftan evlilik birliğini ve -ortak çocuklar söz konusu olduğunda- aile birliğini yansıtmaması, diğer taraftan eşlerin önceki adları üzerindeki kişilik haklarına hanel getirmemesi, eşitlik ilkesini sağlaması ve nihayetinde evlilik adına (ortak aile adına) karar verilirken bir uzlaşma arayışını kolaylaştırması beklenmektedir³¹.

²⁴ v. Bary, “Namensrecht,” 98; BT-Drucks. 20/9041, 1; Eckpunkte, 3.

²⁵ Eckpunkte, 3; BT-Drucks. 20/9041, 1.

²⁶ Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, §1355 N. 68.

²⁷ Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, §1355 N. 69.

²⁸ Diğer bir ifade ile karı ve kocanın her ikisinin adından oluşturulmuş evlilik adı kullanımına izin verilmemiştir. Lettmaier, bu durumu bir “ilüzyon” olarak nitelemektedir. Bkz. Lettmaier, “Notwendigkeit einer Reform,” 2.

²⁹ Lettmaier’e göre yürürlükteki hukukta, eşlerden biri kendi adını ancak “kurban” ettiği takdirde, ortak aile adı (evlilik adı) belirlenmesi mümkündür. Bkz. Lettmaier, “Notwendigkeit einer Reform,” 2.

³⁰ Karş. Löhnig, “Für einen Paradigmenwechsel,” 12; Eckpunkte, 4.

³¹ Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, §1355 N. 68.

Ad hukukuna dair düzenlemelerin farklı kanunlarda düzenlenmiş olması kanun tekniği bakımından ayrıca eleştirilmektedir³². Örneğin, ad değişikliğine ilişkin hükümler Alman Medeni Kanunu'nda (BGB), Alman Medeni Kanunu Yürürlük Yasası'nda (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, EGBG*), Ad Değişikliği Kanunu'nda (*Namensänderungsgesetz, NamÄndG*), Azınlıklar İçin Ad Değişikliği Kanunu'nda (*Minderheiten-Namensänderungsgesetz, MindNamÄndG*), Federal Sınırdışı Etme Kanunu'nda (*Bundesvertriebenengesetz, BVFG*), Kişisel Durum Kanunu'nda (*Personenstandsgesetz, PStG*) yer almaktadır. Alman Medeni Kanunu, aile hukukuna dair durum değişikliği halinde ortaya çıkan ad değişikliğini ele almakta ve ortak aile adını hedeflemektedir. Buna karşılık idare hukuku boyutu ile ad değişikliği Ad Değişikliği Kanunu'nda (NamÄndG) düzenlenmektedir. Bu düzenleme adın devamlılığı ilkesi üzerine kuruludur. Bu sebeple idare hukuku boyutuyla ad değişikliği istisnai karakter taşımaktadır. İdare hukuku bakımından da reform ihtiyacı ve ad değişikliğinin kolaylaştırılması gereği ayrıca ifade olunmaktadır³³. Bu bağlamda Alman Medeni Kanunu'ndan (BGB) doğan ad değişikliği sebepleri (evlilik, boşanma, evlat edinme) ile idare hukukunun ad değişikliği için aradığı önemli sebebe ilişkin unsurlara yönelik çeşitli düzenlemeler yerine, ad değişikliği hükümlerinin tek çatı altında BGB içerisinde toplanması ve haklı sebebin varlığının yeterli görülmesi önerilmiştir³⁴.

Özetle ad hukukunun liberalleşmesi³⁵, kişisel özgürlüklere daha fazla alan açılması³⁶, düzenleme boşluklarının doldurulması³⁷, mevcut çelişkilerin giderilmesi³⁸, kuralların yeniden yapılandırılarak kolaylaştırılması³⁹, AB ülkelerine uyum sağlanması⁴⁰, farklı ulusal kimliklerden gelen kişiler için ad seçiminin kolaylaştırılması talep edilmiştir⁴¹.

³² Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, §1355 N. 68; Eckpunkte, 2.

³³ Eckpunkte, 1 vd; Dutta, "Namenregelungsobsession," 820; Laura Antonia Mertens, "Über Sinn und Unsinn der öffentlich-rechtlichen Namensänderung, Sieben Fragen zum NamÄndG," *Das Standesamt* 71, S. 11 (Kasım 2018): 329-332.

³⁴ Eckpunkte, 2.

³⁵ Örneğin bkz. Dutta, "Namenregelungsobsession," 817.

³⁶ Örneğin bkz. Dutta, "Namenregelungsobsession," 817.

³⁷ Örneğin bkz. Lettmaier, "Notwendigkeit einer Reform," 3.

³⁸ Örneğin bkz. Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, vor §1616, N. 13.

³⁹ Örneğin bkz. v. Bary, "Namensrecht," 98.

⁴⁰ Örneğin bkz. Löhnig, "Für einen Paradigmenwechsel," 12.

⁴¹ Tüm bu talep ve öneriler için ayrıca bkz. Eckpunkte, 4-8.

Yukarıda anılan çeşitli öneri ve eleştirilerin ardından Aile ve Doğum Adının Değiştirilmesine Yönelik Kanun (EheGebNamRÄndG), 11.06.2024 tarihinde Alman Meclisi tarafından kabul edilerek, 14.06.2024 tarihinde yayımlanmıştır⁴². 01.05.2025 tarihinde yürürlüğe girecek düzenlemeler, uluslararası emsallerine göre kısıtlayıcı bulunan ad hukukunu liberalleştirmeyi ve değişen toplumsal ihtiyaçlara uyumlu düzenlemeler getirmeyi amaç edinmiştir⁴³. Bu anlamda özellikle 1355/I EheGebNamRÄndG⁴⁴ hükmü ile önerilen değişiklik “liberalleşme” bakımından bir adım olarak görülmektedir⁴⁵. Zira bu düzeleme ile eşlerin evlilik adı seçmelerinin bir model olarak teşvik edildiği düzenlemeden (“*Soll-Vorschrift*”), eşlerin evlilik adı belirlemelerini yalnızca bir seçimlik hak olarak gören düzenlemeye (“*Kann-Vorschrift*”) geçilmektedir⁴⁶. Bunun yanında eşler ve çocuklar için gerçek çift ad kullanımına imkân tanınmaktadır. Ayrıca Değişiklik Kanun’u (EheGebNamRÄndG), boşanma sonrasında çocuğun ve üvey çocuğun ad değişikliğinin kolaylaştırılması, erginlerin evlat edinilmesinde ad değişikliği zorunluluğunun kaldırılması, erginlerin ad değişikliğinin medeni hukuk hükümlerine tabi kılınması gibi yeni düzenlemeler getirmektedir.

⁴² BGBl. I 2024, Nr. 185; ayrıca bkz. BT-Drucks. 20/9041.

⁴³ BT-Drucks. 20/9041, 1.

⁴⁴ Aile ve Doğum Adının Değiştirilmesine Yönelik Kanun ile getirilen düzenlemeler, Alman Medeni Kanunu’nda 01.05.2025 itibari ile değişikliğe neden olacağından, yeni düzenlemeleri, yürürlük BGB hükümlerinden ayırt edebilmek adına EheGebNamRÄndG kısaltması kullanılmıştır.

⁴⁵ BT-Drucks. 20/9041, 41.

⁴⁶ Bu değişiklik öğretide de olumlu karşılanmaktadır. Bkz. Lettmaier, “Kritische Überlegungen,” 626. Buna karşın yeni düzenlemeler esaslı bir ilkesel değişiklik getirmediği konusunda da eleştiri konusu olmuştur. Bkz. Dutta, “Namenregelungsobsession,” 817.

Alman hukukunda eşlerin ortak aile adı kullanma zorunluluğu Federal Anaya Mahkemesi 1991 (BVerfG, Neue Juristische Wochenschrift, (1991): 1602) kararının ardından 16.12.1993 tarihinde kabul edilen ve 1.4.1994 tarihinde yürürlüğe giren Aile Adı Hakkına Dair Kanun (*Familiennamensrechtgesetz*) ile kaldırılmıştır. Bu konuda bkz. Nina Dettloff, “Abschied vom Zwang zum gemeinsamen Ehenamen,” *Neue Juristische Wochenschrift* 44, S. 25 (1991): 1575; Moroğlu, “Kadının Kimlik Sorunu,” 251-254. Yürürlük hukukunda ise “eşler ortak aile adı (evlilik adı) belirlemelidir” içerikli hüküm, EheGebNamRÄndG ile “eşler ortak aile adı (evlilik adı) belirleyebilirler” şeklinde değişiklik görmektedir.

III. ÇİFT UNSURLU AİLE ADI

1355/I EheGebNamRÄndG hükmü ile eşlerin, evlilik adı (ortak aile adı) belirleyebilecekleri düzenlenmiştir. Bu hüküm ile eşlerin evlilik adı kullanması “ideal model” olmaktan tamamen çıkarılmıştır⁴⁷. Evlilik adı belirlenmemesi durumunda ise eşler, evlilik öncesinde kullandıkları adlarını kullanmaya devam ederler.

1355/II EheGebNamRÄndG hükmünde evlilik adının seçilmesi durumunda, bunun (1) eşlerden birinin doğum adından, (2) eşlerden birinin beyan sırasında kullandığı aile adından veya (3) eşlerin doğum adlarının veya eşlerin beyan sırasında kullandığı aile adının bir araya gelmesi ile oluşan çift unsurlu addan belirlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla yürürlük düzenlemesinden farklı olarak eşlere gerçek çift unsurlu aile adı kullanımı hakkı tanınmaktadır. Böylece 1355/II BGB hükmü ile evlilik adının yalnızca eşlerin doğum adından veya eşlerden birinin beyan sırasında kullandığı aile adından seçilebileceğine ilişkin eleştirilen kuralın sunduğu seçim imkânı genişletilmiştir⁴⁸. Gerçek çift unsurlu aile adı kullanımına imkân tanıyan 1355/II EheGebNamRÄndG düzenlemesinin, eşler arasındaki eşitliğin sağlanmasına hizmet edeceği düşünülmektedir⁴⁹.

Çift unsurlu aile adı kullanımı iki adın bir araya gelmesi ile sınırlıdır⁵⁰. Çocukların veya eşlerin zincir halinde iki addan fazla adı (üçlü veya dörtlü kombinasyonlar) bir araya getirerek aile adı oluşturması mümkün görülmemektedir (1355/III N. 2- 1617/ II N. 2 EheGebNamRÄndG). Ancak bu hüküm, birden fazla kelimedenden oluşan ve fakat tek aile adı olarak kabul

⁴⁷ Karş. Lettmaier, “Kritische Überlegungen,” 626.

⁴⁸ Claudia Campbell, “Reform des Namensrechts,” *Neue Juristische Wochenschrift Spezial* 21, S. 5 (2024): 132.

⁴⁹ v. Bary, yürürlük düzenlemesinin ağırlıklı oranda kocanın doğum adının, evlilik adı olarak belirlenmesi yönündeki uygulamayı sonuçlandırdığını belirtmektedir. Bkz. v. Bary, “Namensrecht,” 98. Lettmaier ise bu uygulamaya değinmekte ve aile adının sembolik anlamının küçümsenmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, getirilen bu yeni düzenlemeyi –iyileştirme ihtiyacına rağmen- olumlu bulmaktadır. Bkz. Lettmaier, “Kritische Überlegungen,” 627; karş. Dutta, “Namensregelungsobsession,” 818. Gereğede ise getirilen yeni düzenleme (çift unsurlu aile adı belirlenmesine imkân tanınması) ile aile birliği ve eşitlik ilkeleri arasında bir uyum sağlanacağı kanaati ifade olunmaktadır. Bkz. BT-Drucks., 20/9041, 41.

⁵⁰ Bunun altında yatan sebep pratiklik kaygısıdır. Bu konuda bkz. v. Bary, “Namensrecht,” 98.

edilen aile adları (örneğin asalet bildiren aile adları) yönünden boşluk barındırdığı ve karmaşa yarattığı düşüncesi ile eleştirilmektedir⁵¹.

1355/II c. 2 EheGebNamRÄndG hükmüne göre ise çift unsurlu ad kullanımında adlar arasında kısa çizgi işareti kullanılması zorunlu değildir (örneğin Arnheim Bauer)⁵². Ancak Değişiklik Kanunu düzenlemesi, tasarı düzenlemesi ile karşılaştırıldığında değişiklik görmüştür. Tasarıda, eşlerin beyan sırasında çift unsurlu ad arasında kısa çizgi kullanımına yönelik belirleme yapabilecekleri düzenlenmişken, kanunlaşan metinde, eşler aksini talep etmedikçe, çift unsurlu ad arasında kısa çizgi kullanımı kural haline getirilmiştir. Diğer yandan adların tamamen birleşik hale getirilerek, tek ada dönüşmesi imkânı da bulunmamaktadır (örneğin Arnheimbauer)⁵³. Peki, eşlerden biri evlilik anında birden fazla unsurdan oluşan bir ad⁵⁴ kullanıyorsa bu durumda ne olacaktır? 1355/III N. 2 EheGebNamRÄndG hükmüne göre bu kişiler de ortak aile adı belirleyebilmektedirler. Ancak hâlihazırdaki çift unsurlu veya birçok unsurlu adın, evlilik adının yalnızca bir parçasını/bölümünü oluşturmasına imkân tanınmıştır. Diğer yandan evlenme anında çift unsurlu ad kullanan eşin kullandığı bu ad da tek başına aile adı olarak belirlenebilir. Örnekle açıklamak gerekirse⁵⁵; Mika Müller-Lüdenscheid ve Kim Klöbner evlenir ve ortak aile adı seçmek isterler. Burada aile adı bakımından sekiz olasılık mümkündür: 1. Müller-Klöbner, 2. Klöbner-Müller, 3. Lüdenscheid-Klöbner, 4. Klöbner-Lüdenscheid 5. Müller-Lüdenscheid⁵⁶ 6. Müller 7. Lüdenscheid 8. Klöbner.

Yukarıda anlatılanlar kapsamında § 1355 EheGebNamRÄndG düzenlemesini, yürürlük düzenlemesi olan § 1355 BGB ile örneklerle karşılaştırdığımızda şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır⁵⁷: Örneğin, Alex

⁵¹ Dutta, "Namensregelungsobsession," 818 (Yazar, özellikle asalet göstergesi sayılan aile adları bakımından -örneğin; "Freifrau von Amberg-Gräfin von Emsen"- boşluk görmektedir.); v. Bary, "Namensrecht," 98 (Yazar, "Becker aus dem Siepen" ve "Freiherr von Pölnitz von und zu Egloffstein" aile adlarını bu duruma örnek olarak göstermektedir.).

⁵² Aile adında kısa çizgi kullanım zorunluluğunun getirilmemesi, kıta Avrupası hukuk düzenlerindeki yaygın kullanım ile uyumlu bulunmaktadır. Bu konuda bkz. v. Bary, "Namensrecht," 98.

⁵³ BT-Drucks. 20/9041, 41.

⁵⁴ İlgili terminoloji ("Mehrfachnamen") için bkz. BT-Drucks. 20/9041, 41.

⁵⁵ Çalışmadaki örnekler için bkz. BMJ Pressereferat, 22.08.2023, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/FamilieUndPartnerschaft/Erlaeuterungen_Namensrecht.html?nn=110490, S.E.T.: 15.03.2024.

⁵⁶ Bu seçenekler talep halinde, kısa çizgi olmadan da kullanılabilirler.

⁵⁷ Örnekler için bkz. BMJ Pressereferat, 22.08.2023.

Arnheim ve Belgin Bauer (doğum adı: Cengiz) evlidir. Birlikte ortak aile adı (evlilik adı) belirlemek istemektedirler. Yürürlük hukukuna göre bu çift aile adını Arnheim, Bauer veya Cengiz olarak belirleyebilmektedir. Arnheim adının evlilik adı olarak belirlenmesi durumunda, Belgin doğum adını veya kullandığı adı bu aile adının yanına eşlik eden ad olarak ekleyebilmektedir (Arnheim-Bauer, Bauer-Arnheim, Arnheim-Cengiz, Cengiz-Arnheim). Bu çiftin bir çocuğu dünyaya geldiğinde ise aile adı olan Arnheim'ı doğum adı olarak almaktadır (§ 1616 BGB). Yeni düzenlemeye göre ise bu çift Arnheim ve Bauer veya Arnheim veya Cengiz adlarının bir araya gelmesi ile çift unsurlu aile adı belirleyebilmektedir (§ 1355 EheGebNamRÄndG). Bu adlar, eşler aksini talep etmedikçe, birbirinden kısa çizgi ile bağlanırlar (örneğin Arnheim-Bauer, Bauer-Arnheim, Arnheim-Cengiz, Cengiz-Arnheim). Bu kişilerin çocukları da bu adı alırlar. Diğer yandan taraflar doğum adlarını veya kullanmakta oldukları adlarından birini de aile adı olarak belirleyebilmektedir. Böyle bir durumda adından vazgeçen eş aile adını, eşlik eden ad ile de tamamlayabilir (§ 1355a EheGebNamRÄndG). Aile adı seçmeyen eşler ise kendi adlarını ile kullanmaya devam ederler.

IV. ÇOCUĞUN AİLE ADI

Alman Medeni Kanunu'nda çocuğun doğum adına ilişkin düzenlemeler 1616, 1617, 1617a, 1617b, 1617c, 1618 BGB hükümleridir. BGB, 1616. hükmü ile evlilik adı seçen ebeveynlerin çocuklarının doğum adını; 1617. hükmü ile evlilik adı seçmeyen ve fakat velayet hakkını birlikte kullanan ebeveynlerin çocuklarının doğum adını; 1617 a hükmü ile evlilik adı seçmeyen ve velayet hakkının ebeveynlerden yalnızca birine ait olduğu çocukların doğum adını; 1617 b hükmü ile birlikte velayetin sonradan edinilmesi veya babalığın tanınması durumunda çocuğun adını; 1617 c hükmü ile ebeveynlerin ad değişikliği durumunda çocuğun adını; 1618 hükmü ile ise "adlandırma" başlığı altında evlilik birliği dışında yaşayan çocuğun ve diğer eşin çocuğunun (üvey çocuğun) doğum adını düzenlemektedir.

1617 EheGebNamRÄndG hükmünde çocuğa çift unsurlu aile adı verilmesine dair değişikliğin yanında, yeni getirilen 1617 d EheGebNamRÄndG hükmü ile boşanma veya ebeveynlerden birinin ölümünün ardından çocuğun doğum adının değiştirilebilmesi öngörülmektedir. Ayrıca 1617 e EheGebNamRÄndG hükmü ile diğer eşin çocuğuna aile adı verilmesi ve bu evliliğin boşanma ile sonlanması

durumunda çocuğa verilen bu adın kaldırılması konularında önemli değişiklikler teklif edilmektedir⁵⁸.

A. Çocuğun Doğum Adı

1616 BGB hükmünde evlilik adı (ortak aile adı) seçen eşlerin çocuklarının ebeveynlerinin seçtiği bu adı alacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla § 1355 BGB ve § 1616 BGB arasında bağlantı bulunmaktadır. 1355/II EheGebNamRÄndG hükmü ile eşlerin evlilik adını gerçek çift unsurlu ad olarak da belirleyebilmelerine yönelik düzenleme ile evlilik adı seçen ebeveynlerin çocuğunun çift unsurlu doğum adı almasının önü açılmaktadır.

Ayrıca 1617 EheGebNamRÄndG hükmü, çift unsurlu doğum adı belirlenmesi imkânını, evlilik adı belirlemeyen ve fakat velayet hakkını birlikte kullanan ebeveynlerin çocuklarının doğum adı bakımından açıkça düzenlemektedir. 1617 BGB düzenlemesine göre evlilik adı (ortak aile adı) kullanmayan ve fakat velayet hakkını birlikte kullanan ebeveynler nüfus idaresine yapacakları beyan ile anne veya babanın kullandıkları aile adlarından birini çocuğun doğum adı olarak belirlerler. Değişiklik Kanun'unun (EheGebNamRÄndG) 1617. hükmü 1. fıkrasının 1. alt bendi ile ebeveynlerin bu hakkı içerik olarak korunmuştur. Bunun yanında 2. alt bent ile ebeveynlerin aile adının bir araya gelmesi ile oluşan çift unsurlu ad kullanımını gelecekte bu çocuklar bakımından da mümkün hale gelmektedir. Böylece evlilik adı kullanımını tercih etmeyen ve fakat velayet hakkını birlikte kullanan ebeveynlerin çocuklarının doğum adını belirlemesi üzerindeki hakları genişletilmektedir⁵⁹. Gerekçeye göre bu hüküm evlilik adı kullanımını tercih edilmese dahi, velayet hakkını birlikte kullanan her iki ebeveyn ile çocukları arasındaki bağı ifade etmektedir⁶⁰. Ayrıca 1617/V EheGebNamRÄndG (1617/I c. 3 BGB) hükmü uyarınca belirlenen çocuğun doğum adı, diğer ortak çocuklar için de geçerlidir.

Çocuğa ebeveynlerin aile adının bir araya gelmesi ile oluşan çift unsurlu ad verilmesi durumunda, ebeveynler nüfus idaresindeki beyan

⁵⁸ Bunların yanında § 1617 f, g, h EheGebNamRÄndG farklı geleneklere aidiyeti bulunan kişilerde doğum adı düzenlenmiştir. BGB § 1618'in ise kaldırılması öngörülmektedir.

⁵⁹ Campbell, "Reform," 132.

⁶⁰ BT-Drucks., 20/9041, 48.

sırasında aksini talep etmedikçe, bu iki ad kısa çizgi ile birbirine bağlanır (1617/I c. 2 EheGebNamRÄndG).

1617/II N. 2 EheGebNamRÄndG hükmüne göre çift unsurlu aile adı kullanımı çocuk bakımından da iki adın bir araya gelmesi ile sınırlanmaktadır. Her iki ebeveynin de hali hazırda çift unsurlu ad kullanması durumunda ise 1617/II N. 1 EheGebNamRÄndG hükmüne göre ebeveynlerin çift adlarının her biri çocuğun doğum adının bir parçasını oluşturabilir⁶¹. Böylece ad zincirlemelerinden kaçınılmak istenmektedir⁶². Bu düzenleme, birden fazla kelimedenden oluşan ve fakat tek aile adı olarak kabul edilen aile adları (örneğin asalet bildiren aile adları) yönünden çocuğun çift unsurlu adının nasıl belirleneceği noktasında boşluk barındırdığı ve karmaşa yarattığı düşüncesi ile eleştirilmektedir⁶³.

1617 EheGebNamRÄndG düzenlemesini, yürürlük düzenlemesi olan 1617 BGB ile örneklerle karşılaştırdığımızda şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır⁶⁴: Örneğin Alex Arnheim ve Belgin Bauer evli değildir. Ancak Charlie isiminde bir çocukları vardır. Ancak velayet ortak kullanılmaktadır. Yürürlükteki hukuk bakımından Charlie'nin doğum adı Arnheim veya Bauer olabilir (1617/I BGB). Yürürlük düzenlemesine göre ebeveynler aile adı kullanmadığı ve fakat velayet hakkını birlikte kullandıkları bu gibi hallerde annenin veya babanın kullandığı ad çocuğun doğum adı olmaktadır. Yeni düzenlemeye (1617 EheGebNamRÄndG) göre ise Arnheim veya Bauer adları yanında bu iki adın bir araya gelmesi (örneğin, Arnheim-Bauer veya Bauer-Arnheim/ Arnheim Bauer veya Bauer Arnheim) ile oluşan bir doğum adı da çocuğa verilebilir.

1617 a/II ve III EheGebNamRÄndG hükümleri ile getirilen yeni düzenlemelere ayrıca değinmek gerekmektedir. 1617 a BGB hükmü evlilik

⁶¹ Bu halde çocuğun adı için 14 olasılık doğmaktadır. Örneğin; Mika Müller-Lüdenscheid ve Kim Kleine-Klöhnner'in çocuklarının adları için şu olasılıklar mümkündür: 1. Müller-Kleine, 2. Kleine-Müller, 3. Müller-Klöhnner, 4. Klöhnner-Müller, 5. Lüdenscheid-Kleine, 6. Kleine-Lüdenscheid, 7. Lüdenscheid-Klöhnner, 8. Klöhnner-Lüdenscheid, 9. Müller-Lüdenscheid, 10. Kleine-Klöhnner (Bu olasılıkların her birinde kısa çizgiyi kaldırmak mümkündür.), 11. Müller, 12. Lüdenscheid, 13. Kleine, 14. Klöhnner.

Örnekler için bkz. BMJ Pressereferat, 22.08.2023.

⁶² BT-Drucks., 20/9041, 48.

⁶³ Dutta, "Namensregelungsobsession," 818; v. Bary, "Namensrecht," 98

⁶⁴ Örnekler için bkz. BMJ Pressereferat, 22.08.2023.

adı kullanmayan ve velayet hakkını yalnız kullanan ebeveynin çocuğuna doğum adı verme hakkını düzenlemektedir. Buna göre çocuk, evlilik adı kullanmayan ve velayet hakkını yalnız kullanan ebeveynin doğum anındaki (aile) adını, doğum adı olarak başka bir işleme gerek kalmaksızın alır. Bu hükmün ikinci fıkrası olarak önerilen yeni düzenleme (1617 a/II EheGebNamRÄndG) ile aile adı çocuğun doğum adı halini almış ebeveyne, aile adının birden fazla unsurdan oluşması⁶⁵ durumunda bu adı kısaltma imkânı getirilmiştir⁶⁶. Böylece ebeveynin mevcut adlarından biri çocuğa verilebilir. 1617 a/III EheGebNamRÄndG hükmü ise evlilik adı kullanmayan ve velayet hakkını yalnız kullanan ebeveynin çocuğuna her iki ebeveynin aile adından oluşan çift unsurlu doğum adı verebilmesinin yasal zemini olarak görülmektedir⁶⁷. Bu hükme göre evlilik adı kullanmayan ve velayet hakkını yalnız kullanan ebeveyn, çocuğun doğum adı olarak diğer ebeveynin aile adını nüfus idaresine -resmi şekle tabi olarak- bildirebileceği gibi diğer ebeveynin aile adı ile kendi aile adının bir araya gelmesinden müteşekkil çift unsurlu bir aile adı da bildirebilir. Her iki ihtimalde de buna diğer ebeveynin (eğer hala hayattaysa) ve beş yaşı dolduran çocuğun rızası aranır.

Çocuğun doğum adına yönelik yeni düzenlemeler, velayet hakkına sahip ebeveynlerin çocuğun doğum adını belirlemeleri üzerindeki özgürlüklerinin sınırlarının tayin edilmediği noktasında eleştirilmektedir⁶⁸. Örneğin; Değişiklik Kanunu'nda (EheGebNamRÄndG), çift unsurlu aile adı olarak bir araya gelmeleri ile gülünç bir durum yaratacak, çocukla alay edilmesine sebep olacak aile adlarının ("*Holz-Kopf*") çocuğa verilmemesi konusunda her hangi bir engel öngörülmemiştir⁶⁹. Bu bağlamda çocuğun üstün yararının korunmasının ilkesel bir sınırlandırma olarak ele alınması gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁰.

⁶⁵ Birden fazla adın bir araya gelmesi ile oluşan aile adı anlatılmak istenmektedir.

⁶⁶ BT-Drucks. 20/9041, 49.

⁶⁷ BT-Drucks. 20/9041, 49.

⁶⁸ Dutta, "Namensregelungsobsession," 818.

⁶⁹ Dutta, "Namensregelungsobsession," 818; v. Bary, "Namensrecht," 98.

⁷⁰ Dutta, "Namensregelungsobsession," 818.

B. Boşanmaya Bağlı Çocuğun Aile Adı Değişikliği

1355/V BGB hükmü (1355/V EheGebNamRÄndG⁷¹) uyarınca evliliğin boşanma ile sona ermesi durumunda eşler evlilik adını kural olarak muhafaza ederler. Evlilik adını muhafaza eden eş, nüfus idaresine yapacağı beyan ile bu adı kullanmaktan vazgeçerek doğum adını veya evlilik adı belirlenene dek kullandığı adını tekrar alabilmektedir. Ancak evlilik adını kullanmayı bırakan bu eşin, ortak çocuğun velayetini üstlenmesi ve aynı evde yaşaması durumunda dahi yürürlük hukuku çocuğun doğum adı (aile adı) değişikliğine –medeni hukuk hükümlerince- müsaade etmemektedir⁷².

1617d/I EheGebNamRÄndG hükmü, evliliğin boşanma veya eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi durumunda ergin olmayan çocuğun doğum adının medeni hukuk hükümlerince değiştirilmesinin yasal zemini olarak nitelenmektedir⁷³. Bu hükme göre boşanmadan sonra (veya eşinin ölümünden sonra) velayet hakkına sahip olan ve çocukla birlikte yaşayan ve fakat adı evlilik adı halini almamış ebeveyn, nüfus idaresine yapacağı beyan ile çocuğa doğum adı verebilir. Bu ad, ebeveynin boşanma sonrasında tekrar aldığı doğum adı/evlilik öncesi kullandığı ad olabileceği gibi, ebeveynin tekrar kullanmaya başladığı adı ile çocuğun hali hazırdaki doğum adının bir araya gelmesinden müteşekkil çift unsurlu ad da olabilir. Yeni düzenlemeyi örnekle açıklamak gerekirse⁷⁴; Luca Grünlich ve Martin Rotbush'un evli olduğu ve aile adı olarak Rotbush aile adını kullandıklarını düşünelim. Bu durumda ortak çocukları Finn de Rotbush adını alır. Boşanmanın ardından ise Luca, Grünlich adını kullanmaya nüfus idaresine yapacağı bir beyan ile devam edebilir (1355/V BGB). Yürürlük hukukuna göre Finn'in velayetini Luca'nın alması ve birlikte yaşamaları durumunda ise Finn ancak idare hukuku hükümlerine göre önemli bir nedenin varlığını ispat etmesi halinde Rotbush adını bırakarak Grünlich adını kullanabilir (3 NamÄndG). Değişiklik Kanununa göre ise Luca, önemli bir sebebin varlığını ispat edilmesine gerek kalmaksızın Finn için de nüfus idaresine ad değişikliği beyanında bulunabilmektir (1355/V N. 1 ve 2 EheGebNamRÄndG; 1617d EheGebNamRÄndG).

⁷¹ Yeni hükme göre bu işlem için nüfus idaresine yapılacak beyan resmi şekle/noter onayına tabidir.

⁷² BT-Drucks. 20/9041, 52.

⁷³ Campbell, "Reform," 132; BT-Drucks. 20/9041, 52.

⁷⁴ Örnekler için bkz. BMJ Pressereferat, 22.08.2023.

Bu konuda gerekli olan diğer şart ise çocuğun beş yaşını tamamlaması durumunda onun rızasının aranmasıdır. Dolayısıyla çocuğun rızası hilafına ebeveynlerden gerekli şartları taşıyan kişi ad değişikliği beyanında bulunamaz. Ayrıca 1617d/I EheGebNamRÄndG uyarınca çocuğa doğum adı verilmesi, çocuğun hali hazırda onun adını taşıması veya ortak velayet hakkına sahip olması durumunda diğer ebeveynin de rızasını gerektirir⁷⁵. Bu hüküm kapsamında çocuğun adlandırılması bahsi geçen beyanların noter onaylı olmasına bağlıdır.

Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde 1617 d EheGebNamRÄndG hükmü, boşanma ve eşlerden birinin ölümü sonrasında ergin olmayan çocuğun doğum adının değiştirilmesini kolaylaştırmayı amaçlamaktadır⁷⁶. Tasarı metninde, boşanma sonrasında çocuğun ad değişikliği hakkı, yalnızca velayet hakkına sahip, çocukla birlikte yaşayan ebeveyne tanınmaktaydı. Ergin olan çocuğa bu hakkın tanınmaması eleştiri konusu olmaktadır⁷⁷. Değişiklik Kanunu (EheGebNamRÄndG) 1617 d/III hükmünde ise konuya yönelik düzenleme yapılmaktadır. Bu hükme göre boşanmanın ardından ebeveynlerinden biri, evlilik öncesi adını alan ergin çocuk, ebeveyninin bu ad değişikliğine katılabilir veya kullandığı doğum adı ile ebeveyninin aldığı addan oluşan çift unsurlu adı doğum adı olarak yeniden belirleyebilir.

Ancak 1617/d EheGebNamRÄndG hükmü, 1617/V EheGebNamRÄndG hükmü ile birlikte düşünüldüğünde karmaşa yaratmaktadır⁷⁸. Yukarıda da ifade edildiği gibi 1617/V EheGebNamRÄndG hükmü çerçevesinde doğum adı belirlenen çocuğun aile adı ile kardeşlerinin aile adı arasında bağlantı bulunmaktadır. Değişiklik Kanunu'nda (EheGebNamRÄndG) ise boşanma ile birlikte ad değişikliğine gidilen çocuğun kardeşlerinin aile adı bakımından bir düzenleme öngörülmemektedir. Özellikle her ortak çocuk açısından 1617 d EheGebNamRÄndG hükmünce aranan şartların mevcut olmaması mümkündür ve bu açıdan yeni düzenlemeler boşluk barındırmaktadır⁷⁹.

⁷⁵ Çocuğun üstün yararı bulunması durumunda bu kural aşılabılır.

⁷⁶ BT-Drucks. 20/9041, 52.

⁷⁷ v. Bary, "Namensrecht," 99; Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, vor §1616, N. 15.

⁷⁸ v. Bary, "Namensrecht," 99. Doğum adı belirlenen çocuğun aile adı ile kardeşlerinin aile adı arasındaki etkileşiminin tasarıda ve de çalışma grubu raporunda (ve dolayısı ile Değişiklik Kanunu'nda) yeterince ele alınmadığı düşünülmektedir. Bu konuda bkz. Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, vor §1616, N. 15.

⁷⁹ v. Bary, "Namensrecht," 99.

C. Aynı Hanede Yaşayan Diğer Eşin Çocuğunun Aile Adının Yeniden Belirlenmesi ve Bu Adda Değişiklik

“*Einbenennung*” başlıklı 1618 BGB hükmüne göre çocuğun velayet hakkını (tek başına veya diğer biyolojik ebeveynle birlikte) kullanan ebeveyn ve onun çocuğun ebeveyni olmayan eşinin çocukla ortak hanede yaşaması durumunda, bu kişiler nüfus idaresine yapacakları beyan ile çocuğa seçtikleri evlilik adını verebilirler⁸⁰. Bu evlilik adını, çocuğun o zamana kadar taşımakta olduğu doğum adının önüne veya ardına ekleyebilirler. Diğer eşin çocuğuna eşlerin ortak aile adının verilmesi veya bu adın çocuğun doğum adına eklenmesi, biyolojik ebeveynin, birlikte velayet hakkına sahip olması veya hali hazırda çocuğun onun adını taşıması durumunda, rızasını gerektirir. Çocuğun beş yaşını doldurması durumunda onun da rızası gerekmektedir. Ortak aile adının verilmesi çocuğun üstün yararına ise aile mahkemesinden alınacak karar, biyolojik ebeveynin rızasının yeri tutar. Aile adı için yapılacak bu beyan resmi şekle tabidir.

1618 BGB hükmünün yerini alacak 1617 e/I EheGebNamRÄndG düzenlemesinde aynı hanede yaşayan diğer eşin çocuğuna aile adı verilmesi konusundaki genel şartlar korunmuştur⁸¹. Ancak çocuğa verilebilecek adlar daha geniş bir içerikle kaleme alınmaktadır⁸². Bu hükme göre, velayet hakkını kullanan çocuğun ebeveynlerinden biri ve onun çocuğun ebeveyni olmayan (yeni) eşi, çocukla birlikte yaşamaları durumunda, nüfus idaresine yapacakları beyan ile evlilik adlarını veya evlilik adları ile çocuğun hali hazırda kullandığı adın bir araya gelmesinden oluşan çift unsurlu adı çocuğa doğum adı olarak verebilirler. Ayrıca 1617 e/III EheGebNamRÄndG hükmü ile ergin çocuklar için özel düzenleme getirilmektedir⁸³. Buna göre ergin çocuk, üvey ailesi ile aynı hanede yaşamasa dahi, ebeveyni ve onun (yeni) eşinin rızası ile nüfus idaresine yapacağı beyan ile üvey ailesinin adını, aile adı olarak alabilir.

⁸⁰ Diğer eşin çocuğuna aile adı verilmesini düzenleyen 1618 BGB hükmünü, 1757/II BGB hükmünden ayırmak gerekir. 1741/II BGB hükmü uyarınca diğer eşin çocuğu evlat edinilebilmektedir. Bu çerçevede 1757/II BGB hükmü evlat edinilen diğer eşin çocuğuna aile adı verilmesini düzenler iken, 1618 BGB hükmü evlat edinmeyi şart koşmamaktadır.

⁸¹ BT-Drucks. 20/9041, 54.

⁸² Campbell, “Reform,” 133.

⁸³ Bu hüküm tasarı metninde yer almamaktaydı.

Diğer yandan yukarıda da ifade edildiği gibi 1355/V BGB (1355/V EheGebNamRÄndG) hükmü uyarınca evliliğin boşanma ile sona ermesi durumunda eşler nüfus idaresine yapacakları beyan ile kendileri açısından evlilik adını kaldırabilmektedir. Ancak 1618 BGB hükmünce aile adı verilen eşlerden birinin bu evlilik öncesinde dünyaya gelen çocuğu için medeni hukuk hükümlerine tabi yeni bir ad değişikliği imkânı bulunmamaktadır. Bu çocuk ancak idari hükümlerce ad değişikliği yapabilmektedir (3 NamÄndG). Bunun için ise önemli sebep ileri sürmelidir. 1617 e/III EheGebNamRÄndG hükmü ile 1617 e/I EheGebNamRÄndG (mevcut 1618 BGB) hükmü uyarınca aile adı verilen diğer eşin çocuğuna verilen bu adın kaldırılması (“*Rückbenennung*”) imkânı getirilmektedir. Böylece üvey ailesinin adını alarak bu aile ile bütünleşen çocuk, ailenin dağılması veya artık onlarla aynı hanede yaşamaması durumunda, verilen aile adı ile bağlı kalmak zorunda olmayacaktır. Nüfus idaresine yapılacak bir beyan ile gerçekleştirilecek bu işlem, velayet hakkını yalnız veya diğer ebeveynle birlikte kullanan her bir ebeveyn tarafından yapılabileceği gibi ergin olması ile birlikte çocuk tarafından da yapılabilir (1617 e/III N. 1 ve 2 EheGebNamRÄndG). Örneklerle açıklamak gerekirse⁸⁴; Mascha Madaki ve Sesemi Stegemann evlenmiş ve Stegemann adını aile adı almışlardır. Mascha’nın önceki birlikteliğinden doğan çocuğu Kris, 1618 BGB hükmü doğrultusunda Stegemann adını alabilir. Mascha ve Sesemi boşandığında Mascha tekrar Madaki adını kullanabilir. Ancak yürürlük hükümlerince Kris ancak idari hükümlerin getirdiği şartları sağlaması durumunda Stegemann adını bırakarak, Madaki adını kullanabilmektedir. 1617 e/III EheGebNamRÄndG’nin sunduğu yenilik ile ise bunun için nüfus idaresine yapılacak beyan yeterli olacaktır. Kris’in ergin olması durumunda bu beyanı kendi yapabilecektir. Ergin olmaması durumunda velayet hakkına sahip Mascha bu beyanda bulunabilecektir. Bu halde Kris beş yaşını doldurmuş ise onun rızası da aranacaktır.

Ancak 1617 e/III EheGebNamRÄndG hükmü lafzı sebebi ile eleştirilmektedir⁸⁵. Hükümde, 1617 e/I EheGebNamRÄndG (mevcut 1618 BGB) hükmü çerçevesinde yapılan diğer eşin çocuğuna aile adı verilmesi işleminin, evliliğin sona ermesi veya çocukla birlikte yaşanmaması durumunda kaldırılması/geri alınması öngörülmektedir. Oysa çocuğun ebeveynlerinden birinin adı dahi olsa, çocuğa yeni bir ad verilebileceğinden

⁸⁴ Örnekler için bkz. BMJ Pressereferat, 22.08.2023.

⁸⁵ v. Bary, “Namensrecht,” 99.

söz edilmemektedir. Örnekle açıklamak gerekirse⁸⁶; evli olan A ve B, evlilik adı (ortak aile adı) olarak A'nın aile adının kullanılmasına karar vermiştir. Ortak çocukları olan Ç, bu durumda A'nın aile adını, doğum adı olarak alır. Daha sonra A ve B'nin evlilikleri boşanma nedeni ile sona ermiştir. Boşanmanın ardından B ve Ç, A'nın soyadını kullanmaya bir süre devam etmiştir. Sonrasında B ve C evlenmiş ve C'nin aile adı, evlilik adı olarak belirlenmiştir. B ve C ile birlikte yaşayan Ç'ye de, C aile adı verilmiştir. Yeni hükme göre ise B ve C'nin evliliğinin sona ermesi durumunda B kendi aile adına dönebilecekken, Ç ancak, A'nın aile adına geri dönebilecek ve fakat B'nin aile adını alamayacaktır.

V. ERGİNLERİN ADININ MEDENİ HUKUK HÜKÜMLERİNCE DEĞİŞTİRİLMESİ

1617 i EheGebNamRÄndG hükmü ile erginlerin, küçüklüklerinde edindikleri doğum adını belirli sınırlar içerisinde bir defaya mahsus olmak üzere değiştirmesi mümkün kılınmıştır. 1617 i EheGebNamRÄndG hükmü erginlerin adının medeni hukuk hükümlerince değiştirilmesine imkân tanıyan özel düzenlemelerden biridir⁸⁷. Gerekçeye göre 1617 i EheGebNamRÄndG hükmü ile ad hukukunun liberalleşmesine ve ilkeler arasındaki çelişkinin giderilmesine katkı sağlanmak istenmiştir⁸⁸. Zira böylece aile hukuku bağlamında da her geçen gün anlamını artıran kişilerin adları üzerindeki haklarının dikkate alındığı ifade olunmaktadır⁸⁹. Değişiklik Kanunu'nun (EheGebNamRÄndG) getirdiği yenilik ile her ergin aile hukukuna dair başka bir gerekçesi olmaksızın doğum adını belirli sınırlar içerisinde değiştirebilecektir. Böylece erginler bakımından şu olasılıklar öngörülmektedir: Küçüklüğünde doğum adı olarak çok unsurlu bir aile adı alan kişi, bu adlardan yalnız birini kullanmayı tercih edebilir. Küçüklüğünde ebeveynlerinden yalnız birinin adını, doğum adı olarak almış olan ergin kişi ise diğer ebeveynin adını bu adın yerine alabileceği gibi diğer ebeveynin adını doğum adına ekleyerek çift unsurlu aile adı da alabilir. Bu işlem, diğer ebeveynin adını mevcut adın yerine almak şeklinde ise aile adı yeni doğum adı olarak belirlenen ebeveynin; diğer ebeveynin adını doğum adına eklemek

⁸⁶ Örnek için bkz. v. Bary, "Namensrecht," 99.

⁸⁷ BT-Drucksache, 20/9041, 63. Çalışmada da yer verilen, 1617 e ve 1767 EheGebNamRÄndG hükümleri erginlerin medeni hukuk hükümlerinde ad değişikliğine gidebileceği diğer özel hükümlerdendir.

⁸⁸ BT-Drucksache, 20/9041, 64.

⁸⁹ BT-Drucksache, 20/9041, 64.

şeklinde ise, önceki doğum adına adı eklenen ebeveynin rızası aranır. Her iki ihtimalde de ebeveynin rızasının aranması, işlem anında hayatta olmasına bağlıdır.

1617 i EheGebNamRÄndG hükmü şu şekilde örneklendirilebilir⁹⁰. Jona Stöhr ve Luca Maywald'ın yirmi yaşındaki kızı Martha Stör, aile adı Maywald'ı almak istemektedir. Bunu ise Luca ile daha yakın bir bağı olmasına ve Maywald ismini daha güzel bulması ile gerekçelendirmektedir. Yürürlükteki hukuk uyarınca Martha aile adı değişikliği için yetkili idari mercide idare hukuku ilkelerine göre ad değişikliği talep etmelidir. Bunun için ise önemli bir neden öne sürmelidir. Oysa yukarıda ileri sürülen sebepler önemli sebep sayılmamaktadır. Medeni Hukuk hükümlerince ad değişikliği evlenme, boşanma veya evlat edinme ile mümkündür. 1617 i EheGebNamRÄndG yeni düzenlemesi uyarınca ise ergin olan Martha, nüfus idaresine yapacağı başvuru ile Maywald adını alabileceği gibi Stöhr Maywald adını da alabilecektir.

Tüm bu anlatılanlar yanında yeni düzenlemeler, erginlerin ad belirleme özgürlüğünü yeterince güçlendirmedeği düşüncesi ile eleştirilmektedir. Bu görüşün altında yatan neden ise erginlerin aile adı değiştirmesinin ancak özel bazı düzenlemelere/hallere (1617 e, 1617 i, 1767 EheGebNamRÄndG) bağlanmasıdır⁹¹.

VI. ERGİNLERİN EVLAT EDİNİLMESİNDE AİLE ADI

1757 I BGB ve 1767/II BGB kapsamında erginler de evlat edinilmeleri durumunda evlat edinenin aile adını almaktadır. Böylece yürürlük hükümlerince erginlerin hali hazırdaki aile adlarını kullanmaya devam etmeleri ya da evlat edinmeden önceki bu aile adını, evlat edinenin aile adının önüne veya ardına eklemeleri mümkün kılınmamaktadır. Bu ikinci ihtimale 1767/II BGB'nin yaptığı atıf ile 1757/III BGB uyarınca ancak erginin önemli nedenlerle menfaatinin bulunması durumunda izin verilmektedir. Önemli nedenlerin içeriğinin doldurulması ise uygulamada sıkı şartlara tabi kılınmaktadır⁹².

1767/III EheGebNamRÄndG hükmü ile erginlere, yürürlük hukukunda mevcut olmayan bazı haklar getirilmektedir. 1767/III N. 1

⁹⁰ Örnekler için bkz. BMJ Pressereferat, 22.08.2023.

⁹¹ Lettmaier, "Kritische Überlegungen," 632.

⁹² BT-Drucks., 20/9041, 66.

EheGebNamRÄndG hükmü uyarınca evlat edinilen ergin kişi, evlat edinmeden önce bu hakkını saklı tutmak kaydı⁹³ ile evlat edinilenin aile adını almayabilir. Başka bir ifade ile evlat edinilen ergin kişi, doğum adını/aile adını değiştirmek zorunda kalmayacaktır⁹⁴. Bununla evlat edinilen ergin kişinin, adı üzerindeki kişilik hakları, hem kişiler hukukunun genel ilkeleri hem de Alman Anayasası'nın 1. maddesi 1. fıkrası⁹⁵ bağlamında gözetilmek istenmektedir⁹⁶. Zira bu kişinin, evlat edinilene dek aile adını kullandığı aile ile akrabalık ilişkisini devam ettirmek yönündeki isteği kabul görmektedir⁹⁷. Ayrıca bu kişinin uzun süre kullandığı bu adı kullanmaya devam etmek konusunda menfaati de bulunabilmektedir⁹⁸. Ayrıca 1767/III N. 2 EheGebNamRÄndG hükmü ile evlat edinilen ergine, evlat edinmeden önceki aile adını evlat edinilenin adının beraberinde kullanma imkânı getirilmektedir. Böylece gerçek çift unsurlu aile adı kullanımı bu kişiler bakımından da getirilmiştir. Çift unsurlu ad kullanımı durumunda aksi yönde bir talep olmadıkça adlar arasına kısa çizgi eklenir. Örneğin⁹⁹; Bettina Reichwald'in ergin Sebastian Schwarz'ı evlat edinmek ve Schwarz'ın adını evlat edinmeden sonra da kullanmak istediğini beyan etmesi durumunda önemli bir sebebin varlığı aranmaksızın Reichwald-Schwarz veya Schwarz-Reichwald adı kullanılabilir.

VII. DEĞERLENDİRME

01.05.2025 tarihinde yürürlüğe girecek Alman Aile ve Doğum Adı Hukukunun Değiştirilmesine Dair Kanun (EheGebNamRÄndG) ile getirilen yeni düzenlemeler, gerçek çift unsurlu aile adı kullanımı, çocuğun doğum adının (aile adının) belirlenmesi, erginlerin aile adının değiştirilmesi konularında önemli değişiklikler öngörmektedir. Ancak öngörülen yeni düzenlemeler, olumlu karşılanan yönlerinin yanında esaslı bir reform olarak nitelenmemektedir¹⁰⁰. Özellikle aile adında birlik ve kişilik haklarının

⁹³ 1767/III N. 1 hükmü bu yönü ile eleştiri konusu olmaktadır. Bu konuda bkz. v. Bary, "Namensrecht," 100.

⁹⁴ v. Bary, "Namensrecht," 100.

⁹⁵ Alman Anayasası (GG) m. I/1: "İnsan onuru dokunulmazdır".

⁹⁶ BT-Drucks. 20/9041, 67.

⁹⁷ BT-Drucks. 20/9041, 67.

⁹⁸ BT-Drucks. 20/9041, 67.

⁹⁹ Örnekler için bkz. BMJ Pressereferat, 22.08.2023.

¹⁰⁰ Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, vor §1616, N. 15.

korunması arasındaki ilkesel çelişkileri gideremediği¹⁰¹; çocuğun aile adının belirlenmesi noktasında ebeveynlerin özgürlük alanının, çocuğun üstün yararı doğrultusunda yeterince sınırlandırılmadığı¹⁰²; kardeşlerin aile adları arasında bulunan ilişkiye önemli noktalarda değinilmediği¹⁰³; uygulamada pratik sorun yaratabilecek ad zincirlemelerinin önüne geçilmesi konusunda yetersiz kalındığı¹⁰⁴ düşünceleri ile eleştirilmektedir. Bu nedenlerle reformun odak noktası olan Alman ad hukukunun liberalleşmesi ve kolaylaştırılması amaçlarının kısa vadede gerçekleşmesi beklenmemektedir¹⁰⁵. Bu sorunların aşılması bakımından detaylı bir çalışma ihtiyacı öngörülse de¹⁰⁶, ivedi bir çözüm bulabilmek adına idare hukukunun aile adına yönelik hükümlerinde yapılacak bir değişiklikle BGB’de öngörülen yeniliklerin tamamlanması önerilmektedir¹⁰⁷. Avusturya hukukunun bu anlamda örnek teşkil edebileceği düşünülmektedir¹⁰⁸.

Tüm bu anlatılanlardan özetle; Alman hukukunun uzun ve tartışmalı sürece dayalı aile adına dair tecrübeleri göstermektedir ki, her ne kadar aile adı konusuna dair tartışmaların “itici gücü” evlilik adının belirlenmesinde eşler arasında eşitlik ilkesinin uygulanmasına yönelik gereklilikler olsa da, konu birbiri içine geçmiş birden fazla sorunun çözümünü gerektirmektedir. Özellikle çocuğun aile adının belirlenmesi meselesinin bu tartışmalardan bağımsız değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca yalnızca uzmanlar tarafından anlaşılabilen/uygulanabilen düzenlemelerden ziyade, kimliğinin bir parçasını teşkil eden “ad” üzerinde hakları bulunan kişilerce de anlaşılacak sade ve bütüncül bir aile adı sistemine ihtiyaç bulunmaktadır^{109, 110}.

¹⁰¹ Dutta, “Namensregelungsobsession,” 817-820; Dutta, “Weitere Verkomplizierung,” 1; karşı. Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, vor §1616, N. 13.

¹⁰² Dutta, “Namensregelungsobsession,” 817-818.

¹⁰³ Säcker, Rixecker ve Oetker, *Münchener Kommentar*, vor §1616, N. 15.

¹⁰⁴ Dutta, “Namensregelungsobsession,” 818; v. Bary, “Namensrecht,” 98.

¹⁰⁵ Dutta, “Namensregelungsobsession,” 820; v. Bary, “Namensrecht,” 101.

¹⁰⁶ Dutta, “Weitere Verkomplizierung,” 1.

¹⁰⁷ Dutta, “Namensregelungsobsession,” 820.

¹⁰⁸ Dutta, “Namensregelungsobsession,” 820.

¹⁰⁹ Dutta, *Reform des deutschen Namenrechts*, 4.

¹¹⁰ Bu tecrübeleri hukukumuza uyarlamak da mümkündür. Bilindiği gibi hukukumuzun evliliğin kadının soyadı üzerindeki etkilerine yönelik tartışmaları (bu konuda özellikle bkz. Serap Helvacı, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı,” *Milletlerarası Hukuk ve*

SONUÇ

Alman hukukunun aile adına dair tecrübelerinden çıkarılabilecek ilk sonuç, bu konunun temelinde her şeyden önce ilkesel bir tercihin bulunduğudür. Aile hukuku bağlamında aile birliğinin sağlanması ilkesi bir tarafta, bireylerin kişilik haklarının korunması diğer tarafta durmaktadır. Aileye, çocuğun dâhil olması ile birlikte bu denkleme çocuğun üstün yararı ilkesi de eklenmektedir. Bu denklem, aslında özel hukukunun çok yakından tanıdığı irade özgürlüğü ve sınırlarına ilişkin tükenmez tartışma ile ilişkilidir. Bu bağlamda 01.05.2025 tarihinde yürürlüğe girecek yeni düzenlemeler, mevcut ilkesel çelişkileri gideremediği için beklentileri karşılayamamaktadır. Zira 2020 tarihli çalışma grubu raporu ve öğretilerdeki beklentiler ad belirleme/seçme özgürlüğünün kapsamının genişletilmesi ve bu özgürlüğün, ad hukukunun merkezine alınmasından yanaydı. Bu anlamda kısa vadede Alman aile adı hukukunda “paradigma değişimi” beklenmemektedir.

Değişiklik Kanunu ile getirilen yeni düzenlemelerden ilki, evlilik adı (ortak aile adı) belirlenmesinin kanunun amacı olmaktan çıkarılmasıdır. Eşlere evlilik adı seçip seçmeme konusunda tanınan bu karar alma özgürlüğü yeni düzenlemelerin olumlu yanlarından. Ayrıca bu özgürlüğü fiilen de

Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 35, S. 1 (2015): 157-169; Serap Helvacı ve Gediz Kocabaş, “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, S. 2 (2015): 615-644; Gediz Kocabaş, *Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi* (İstanbul: Legal, 2022)) Anayasa Mahkemesi’nin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun “Kadının Soyadı” başlıklı 187. maddesini iptali (AYM, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023, RG. 28.04.2023, S. 32174) ile sonlanmıştır/sonlanmalıdır. Ancak hüküm 28.01.2024 tarihinde yürürlükten kalkmasına rağmen kanun koyucu yeni bir hüküm ihdas etmemiştir. Dolayısı ile bulunan boşluk nedeni ile kanun koyucunun “aile adında birlik” ve “soyadının değişmezliği” ilkeleri arasında nasıl bir tercihte bulunacağı henüz bilinmemektedir. Diğer yandan çocuğun soyadının düzenlendiği TMK 321. maddesinin akıbeti de belirlenecek bu yeni yaklaşıma bağlıdır (karş. Damla Özden Çelt, “TMK m. 187’nin İptali Kararının Çocuğun Soyadına Olası Etkileri ve Olması Gereken Hukuk Bağlamında Bir Öneri,” *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S. 2 (2023): 1065; Mustafa Şahin, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Ardından Türk Hukukunda Evli Kadının ve Çocuğun Soyadı,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 170, (Ocak-Şubat 2024): 1). Netice olarak hukukumuzda da sorun, tek başına aile içinde eşler arasındaki güç gerilimini gidermekten çok daha kapsamlıdır. Bu bağlamda hukukumuzda, idari yönleri de dâhil olmak üzere bütüncül anlamı ile ele alınması gereken bir aile adı/soyadı reformuna ihtiyaç bulunmaktadır.

destekleyecek diğer bir yenilik, (gerçek) çift unsurlu aile adı kullanımına imkân tanınmış olmasıdır. Buna bağlı olarak (ortak) çocuğa ve belirli şartlar altında diğer eşin çocuğuna (üvey çocuğa) çift unsurlu aile adı verilmesinin önü de açılmaktadır. Ancak Alman tarihine ve diline bağlı olarak tek bir aile adı sayılmasına rağmen çoklu unsur içeren aile adları bakımından zincirlemelere engel olacak bir düzenleme öngörülmemektedir. Diğer yandan gerek Alman hukukunun pozitif düzenlemelerinde gerekse de Değişiklik Kanunu'nda çocuğun doğum adının belirlenmesinin soybağı hükümlerine değil de, velayet hakkına bağlandığı görülmektedir. Değişiklik Kanunu ile öngörülen yeni düzenlemeler, velayet hakkı sahibi ebeveynlerin çocuğun doğum adını belirlemesi konusundaki özgürlüklerinin, çocuğun üstün yararı doğrultusunda sınırlanmasına dönük bir düzenleme içermediği konusunda ayrıca eleştirilmektedir. Ayrıca patchwork (eklenmiş) aileler ile yaşayan ve söz konusu ailenin adını alan çocukların (üvey çocukların), bu evliliklerin sona ermesi ile aileye ait adı kullanmak zorunluluğu kaldırılmaktadır. Ancak yeni düzenlemelerden beklenti, çocuğun yalnızca önceki doğum adına tekrar dönmesi değil, doğum adı olarak aile adını almadığı diğer biyolojik ebeveyninin aile adını da seçebilmesine yönelik bir esneklik/özgürlük tanınmasıdır. Erginlerin aile adı değişikliğinin ise yalnızca özel bazı hallere ve evlat edinme durumunda ihtirazi kayıt konulması gibi şartlara bağlanması, kişi hak ve özgürlüklerinin öncelenmesi beklentisi yönünden yeni düzenlemeleri yetersiz kılan yönlerdendir.

Sonuç olarak, Değişiklik Kanunu ile getirilen yeni düzenlemeler boşluklarına rağmen temelde olumlu bulunmaktadır. Ancak bütünü ile değerlendirildiğinde, uzmanlar ve öğreti tarafından ifade olunan, Alman ad hukuku alanında esneklik, özgürlük ve kolaylık sağlanması talebi karşılanamamıştır.

KAYNAKÇA

- Battes, Robert. "Der Weg aus der Sackgasse." *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 55, S. 11 (Haziran 2008): 1037-1042.
- Bornhofen, Heinrich. "Eckpunkte zur Reform des Namensrechts, Meilensteine oder fromme Wünsche?." *Das Standesamt* 73, S. 6 (Haziran 2020): 162-166.
- Campbell, Claudia. "Reform des Namensrechts." *Neue Juristische Wochenschrift Spezial* 21, S. 5 (2024): 132-133.
- Çelt, Damla Özden. "TMK m. 187'nin İptali Kararının Çocuğun Soyadına Olası Etkileri ve Olması Gereken Hukuk Bağlamında Bir Öneri." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S. 2 (Aralık 2023): 1065-1095.

- Dettloff, Nina. "Abschied vom Zwang zum gemeinsamen Ehenamen." *Neue Juristische Wochenschrift* 44, S. 25 (1991): 1575-1580.
- Dutta, Anatol. "Die Namensregelungsobsession geht weiter, Der Referententwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts." *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 70, S. 11 (Haziran 2023): 817-820.
- Dutta, Anatol. "Weitere Verkomplizierung des Namensrechts." *Zeitschrift für Rechtspolitik* 57, S. 1 (2024): 1-2.
- Dutta, Anatol. *Reform des deutschen Namensrechts*. Berlin-Boston: De Gruyter, 2020.
- Grüneberg, Christian, Jürgen Ellenberger ve Isabel Götz. *Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*. München: C.H. Beck, 2023.
- Helvacı, Serap ve Gediz Kocabaş. "Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, S. 2 (2015): 615-644.
- Helvacı, Serap. "Family Name of Married Woman According to the European Human Rights Court and the Constitutional Court Decisions." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 35, S. 1 (Ekim 2015): 157-169.
- Kocabaş, Gediz. *Evlernenin Kadının Soyadına Etkisi*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2022.
- Lettmaier, Saskia. "Kritische Überlegungen zum Referententwurf des Bundesministeriums der Justiz: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts." *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 10, S. 14 (Temmuz 2023): 625-632.
- Lettmaier, Saskia. "Notwendigkeit einer Reform des (Familien-)Namensrechts? Rechtsvergleichende Betrachtungen." *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 67, S. 1 (Ocak 2020): 1-10.
- Löhnig, Martin. "Für einen Paradigmenwechsel im Namensrecht." *Zeitschrift für Rechtspolitik* 55, S. 1 (2022): 12-14.
- Mertens, Laura Antonia. "Über Sinn und Unsinn der öffentlich-rechtlichen Namensänderung, Sieben Fragen zum NamÄndG." *Das Standesamt* 71, S. 11 (Kasım 2018): 329-332.
- Moroğlu, Nazan. "Kadının Kimlik Sorunu – Kadının Soyadı." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 99 (Mart-Nisan 2012): 245-268.
- Säcker, Franz Jürgen, Roland Rixecker ve Hartmund Oetker. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 9*. München: C.H. Beck, 2022.

Säcker, Franz Jürgen, Roland Rixecker ve Hartmund Oetker. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 10*. München: C.H. Beck, 2024.

Şahin, Mustafa. “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Ardından Türk Hukukunda Evli Kadının ve Çocuğun Soyadı.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 170 (Ocak-Şubat 2024): 1-38.

v. Bary, Christiane. “Namensrecht: Warum einfach, wenn’s auch kompliziert geht.” *Zeitschrift für Rechtspolitik* 56, S. 4 (2023): 98-101.

METAVERSE TEKNOLOJİSİNİN FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA DOĞURABİLECEĞİ OLASI SORUNLAR*

Metaverse Technology and IP Law: Emerging Challenges

Zehra ÖZKAN ÜNER**

Özet

Sanal evren veya dijital evren olarak da anılan metaverse geliştirmekte olan teknolojilerden biridir. Bu teknolojinin hukukun tüm alanlarında olduğu gibi fikri mülkiyet hukuku alanında da yansımaları olmuştur. Önceleri sadece fiziki varlığı olan mal veya hizmetler söz konusu iken bu teknolojilerle birlikte sanal mallar, hizmetler ve tasarımlar gündeme gelmiştir. Bunların fiziki dünyada karşılığı olmak zorunda değildir ancak karşılığı olabilir de. Günümüzde artık fiziksel dünya ile dijital/sanal evren çok daha fazla etkileşim içerisindedir. Hatta Türkçe'ye dijital olarak da tercüme edilen phygital kelimesi doğmuştur. Tüm bu hususlar özellikle marka ve tasarım hukukunda ele alınması gereken sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında avatarlar, sınırsızlık, kullanıcılar tarafından yaratılan içerikler ve elbette NFT'ler telif hakları bakımından yeniden değerlendirilmesi gereken sorunlardır. Tüm bunların yanı sıra fiziki dünyada öngörülen sınırlamaların metaverse ortamında hangi kapsamda uygulanacağı da bir başka sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada bütüncül bir yaklaşımla metaverse teknolojisinin fikri mülkiyet hukuku alanında doğurduğu tüm bu soru ve sorunlar tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: metaverse, dijitalleşme, marka, tasarım, telif hakları

Makalenin Geliş Tarihi: 11.12.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 18.12.2024.

* Bu çalışma TÜBİTAK 1001 desteği alan 123K406 no'lu Metaverse: Fikri Mülkiyet Hukuku Analizi Projesi çıktısıdır.

** Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı, Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdür Yardımcısı, E-posta: zhozkan@yahoo.com, ORCID: 0000-0002-5846-396X.

Abstract

The metaverse, also known as the virtual universe or digital universe, is an emerging technology expected to impact all areas of law, particularly intellectual property law. In the past, only physical goods or services were considered, but with these technologies, virtual goods, services, and designs have emerged. These do not necessarily have to have a counterpart in the physical world, although they can have one. Nowadays, the physical world is much more interactive with the digital/virtual universe. In fact, the term "phygital," which is also translated into Turkish as "fijital," has been created to describe this blend. This shift presents numerous challenges, especially within trademark and design law. Additionally, issues related to avatars, the limitless nature of the metaverse, user generated contents, and the NFTs require copyright law to be reconsidered. Furthermore, the applicability of limitations established in the physical world within the metaverse environment poses another significant challenge. In this study, a comprehensive approach was taken to identify all the questions and issues arising from metaverse technology within the field of intellectual property law.

Keywords: metaverse, digitalization, patent, design, trademark, copyright

I. Giriş

Gelişmekte olan teknolojilerden biri de metaverse'dür. 2021 yılında yüksek fiyatlı satışlarla birlikte tüm ilgi Non-Fungible Tokens (NFT)'lere yönelmiştir. Misli olmayan eşsiz jetonların yayılmasının akabinde sanal evren veya dijital evren olarak da anılan metaverse gündeme gelmiştir. Pandeminin sona ermesi, insanların sanal ortamlarda sosyal etkileşimde bulunma zorunluluğunun ortadan kalkması, NFT'lerin değerinin azalması gibi nedenlerle metaverse'e olan ilginin de azaldığını söylemek mümkündür. Bunda yapay zekanın hızlı gelişiminin de etkisi olmuştur. Özellikle üretken yapay zeka ve bunun herkes tarafından kullanılabilirliği, regülasyon gerekip gerekmediğine ilişkin tartışmalar daha ön plana çıkmış, haliyle bilimsel çalışmalar da bu konuya yönelmiştir. Bu nedenle metaverse özelinde tartışmalar arka planda kalmıştır. Oysa proto-metaverse olarak anılan platformlar hali hazırda mevcuttur. Çoğunlukla dijital oyun platformu olan bu platformlar gelişmeye devam etmektedir. Yeni çıkartılan araçlar ve metaverse

yatırımlarının artmasıyla birlikte metaverse gündemimizi işgal etmeye devam edecektir. İşte bu nedenlerle metaverse teknolojisinin fikri mülkiyet hukuku alanında doğurduğu soru ve sorunları tespit edebilmek amacıyla bu çalışma gerçekleştirilmiştir. Çalışmanın daha anlaşılabilir olabilmesi amacıyla önce metaverse kavramı, gelişimi ve ilintili olduğu teknolojiler incelenmiştir. Sonrasında özellikle marka, tasarım ve telif hakları ayrı ayrı ele alınmıştır.

II. Metaverse Kavramı

Metaverse; meta ve verse sözcüklerinden oluşmaktadır. Verse sözcüğü universe'ün kısaltması olup kainat, evren anlamlarını taşımaktadır. Meta ise Yunanca bir ön ek olup, Türkçeye öte olarak tercüme edilmektedir. Bu etimolojik köken göz önünde bulundurularak, metaverse Türkçeye paralel evren, sanal evren, kurgusal evren gibi çeşitli şekillerde tercüme edilmektedir¹.

1992 yılında Neal Stephenson tarafından yazılan Snow Cash romanından beri var olan metaverse'ü dijital ortamda gerçek dünyanın bir aynasının yaratılması olarak anlamak mümkündür. Bu paralel dijital evren bir şekilde gerçek dünya ile iç içe girmekte (*clashes*) ve birbirleri ile etkileşmektedir. Bu sanal gerçekçi dünyada kullanıcılar, sosyalleşebilmekte, etkileşim kurabilmekte, oyunlar oynayabilmekte ve ürünler satabilmekte/satın alabilmektedir. Metaverse bu anlamda hakikaten de gerçek hayatın yeniden yaratılması olarak değerlendirilebilir. Ancak bu yaratım dijital paralel evrende gerçekleşmektedir².

Metaverse bu şekilde açıklanmış olsa da üzerinde uzlaşmış tek bir tanımı olmadığını görmekteyiz³. Bu biraz da kavramı tanımlayanların farklı noktalara ağırlık vermelerinden kaynaklanmaktadır. Metaverse çok fazla teknolojiyi barındırdığından ve farklı amaçları ve kullanım alanları

¹ Âdem Terzi, "Metaverse Kavramı ve Türkçe Karşılıkları Üzerine," *Türk Dili* 71, 848 (2022): 12 vd.

² European Innovation Council and SMEs Executive Agency, "Intellectual Property in the Metaverse. Episode 1," *IPHeldesk* (25 Şubat 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://intellectual-property-helpdesk.ec.europa.eu/news-events>.

³ "Metaverse Report," EU Blockchain Observatory and Forum, 14 Ekim 2022, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, https://blockchain-observatory.ec.europa.eu/publications/metaverse-report_en; Levan Nanobashvili, "If the Metaverse is built, will copyright challenges come?," *UIC Review of Intellectual Property* 21, 3 (2023): 215.

olduğundan; herkes kavramı kendi cephesinden tanımlamaya çalışmaktadır⁴. Ayrıca metaverse'ün gelişen bir teknoloji olduğu da göz ardı edilmemelidir⁵. Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda tek bir metaverse tanımının olmaması oldukça anlaşılabilir bir durumdur. Metaverse farklı şekillerde tanımlanmış olsa da bu tanımlarda bazı ortak unsurlar bulunmaktadır:

Öncelikle metaverse, mevcut internet alt yapısı üzerine inşa edilebilmektedir. Amaç sanal gerçeklik (*virtual reality-VR*) ortamı yaratılmaktadır. Blokzinciri, kriptopara ve NFT gibi gelişmekte olan teknolojilerin kullanılması da mümkündür⁶. Sanal gerçekliğin artırılmasında üç boyutlu (3D) teknolojiye yararlanılmaktadır. 3D teknolojiler metaverse için zorunlu olmasa da, sanal gerçekliği artırdıkları için bu teknolojiden yararlanılmaktadır⁷.

Metaverse arayüzünün bir diğer özelliği sarmalayıcı (*immersive*) olmasıdır. Sarmalayıcılık fiziksel olarak sanal dünyada bulunma algısı anlamına gelmektedir. Böylece avatarı ile bu evrene giren kişi, burada fiziken var olduğu hissine kapılacaktır⁸. Sarmalayıcılık, haliyle kişilerin metaverse'ye katılabilmesi ve sürekliliği olan bir dünya tasarlanabilmesi için önemli bir unsurdur. Bu ancak; başlık, teması algılayabilecek bir giysi, dokunma duygusunu hissedilebilmesine olanak sunan eldivenler gibi fiziki araçlarla sağlanabilmektedir⁹.

⁴ Sam-Ming Park ve Young-Gan Kim, "Metaverse beyond the hype: Multidisciplinary perspectives on emerging challenges, opportunities, and agenda for research, practice and policy," *International Journal of Information Management* 66 (October 2022): 4.

⁵ European Union Intellectual Property Office, *Impact of Technology Deep Dive Report II, Impact of the metaverse on infringement and enforcement of intellectual property*, (Ekim 2024), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.euipo.europa.eu/en/publications/impact-of-the-metaverse-on-infringement-and-enforcement-of-intellectual-property>.

⁶ Michael D. Murray, "Trademarks, NFTs, and the Law of the Metaverse," *Arizona Law Journal of Emerging Technology* 6, No. 3 (2023):1.

⁷ Park ve Kim, "Metaverse beyond the hype: Multidisciplinary perspectives on emerging challenges, opportunities, and agenda for research, practice and policy," 4.

⁸ Oğuz Orkun Doma, "Sanal Gerçeklik: Sanal ve Gerçek Dünyaların Sınır Bölgesi," *İTÜ Vakfı Dergisi* 85 (2020): 30.

⁹ Paul Milgram ve Fumio Kishino, "A Taxonomy of Mixed Reality Visual Displays," *IEICE Transactions on Information Systems*, E77-D, No. 12 (Aralık 1994): 1321 vd.;

Park ve Kim, "Metaverse beyond the hype: Multidisciplinary perspectives on emerging challenges, opportunities, and agenda for research, practice and policy," 4;

Metaverse’de sarmalayıcılık kadar süreklilik (*persistence*) de olmazsa olmaz özelliklerdendir. Ball, sürekliliği çok anlaşılır bir örnekle açıklamıştır. Fiziki dünyada bir ağaç kesildiğinde o ağaç kesilmiştir, kimsenin bunu hatırlamasına gerek yoktur. Peki sanal dünyada bu nasıl sağlanacaktır? Sanal dünyada bu bilgi saklanacak mıdır, işlenecek midir yahut başkalarıyla paylaşılacak mıdır? Ortamdan çıkıldığında, yeniden başlatılma durumunda bu ağaç nasıl görülecektir? Bu ağaç tamamen yok mu olacaktır, yoksa ağaç kesik halde mi duracaktır? Aslında tüm bu sorular yeni sorular değildir, oyunlarda da bu süreklilik sağlanmaya çalışılmaktadır¹⁰. Sanal ortamın zamandan ve yerden bağımsız olarak kalıcı bir şekilde var olması şeklinde de tanımlanan¹¹ süreklilikte, kullanıcı bir etkileşimde bulunduğu yahut bir şey yarattığında bilgisayar kapatılsa da, sanal ortamdan çıkılsa da bu etkileşim veya yaratımın sürekli ve kalıcı bir şekilde erişilebilir, deneyimlenebilir ve görülebilir olması gerekmektedir¹². Her geçen gün sürekliliğin sağlanması konusunda daha da ileri gidilmektedir. Sürekliliğin artması, metaverse’ün gelişimini de hızlandıracaktır¹³.

Tasarlanan ortamın, bu sanal evrenin özelliklerinin netleştirilmesi gerekmektedir. Zira paralel evren olarak da anılan metaverse’ün gerçek dünyayı birebir yansıttığı algısının oluşması çok olasıdır. Bu evren, gerçek dünyanın aşırı gerçekçi (*hyper-realistic*) bir replikası olabileceği gibi tamamen kurgu veya hayali bir ortam da olabilir¹⁴. Bu kurgusal dünya, hiçbir

European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, *The Virtual and Augmented Reality Industrial Coalition-Strategic Paper* (Luxemburg: Publications Office of the European Union, 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9aaef6fd-28db-11ed-8fa0-01aa75ed71a1>, 10-11.

¹⁰ Matthew Ball, *The Metaverse* (New York: Liveright Publishing Corporation, 2022), 46-49.

¹¹ Deloitte, “Metaverse’ün Türkiye için Potansiyel Değeri,” *Deloitte*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www2.deloitte.com/tr/tr/pages/consulting/articles/The-Metaverse-and-its-Potential-for-Turkiye.html>.

¹² European Union Intellectual Property Office, *Impact of Technology Deep Dive Report II, Impact of the metaverse on infringement and enforcement of intellectual property*, 29.

¹³ Ball, *The Metaverse*, 46-49.

¹⁴ Markus Kaulartz ve Alexander Schmid, “Legal advice in the metaverse,” *CMS-Law-Now* (04 Ocak 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2022/01/legal-advice-in-the-metaverse>; Park ve Kim, “Metaverse beyond the hype: Multidisciplinary perspectives on emerging challenges,

fizik kuralının geçerli olmadığı bir dünya olarak da düşünebilir. Örneğin yer çekiminin olmadığı bir dünya tasarlanabilir. Kurgulanan bu dünyada sanal objelerle fiziki objelerin bir araya getirilebilmesi de mümkündür. Dolayısıyla bu evrenin tamamen kurgusal ya da tamamen gerçekçi olması gerekmemektedir¹⁵.

Hali hazırda her şeyi kapsayan bir metaverse bulunmadığı gibi tek bir metaverse de bulunmamaktadır¹⁶. Ancak şu an tek bir metaverse'ün olmaması, ileride olmayacağı anlamına gelmemektedir. Metaverse'ün hali hazırda ilk aşamada olduğu ve gelişmeye devam ettiği unutulmamalıdır. Bu nedenle şimdiden ileride tek bir metaverse olup olmayacağı veya mevcut metaverse'lerin çeşitli teknolojik platformlarda duvarlı bahçeler (*walled garden*) şeklinde var olup olmayacağına ilişkin bir yorum yapmak mümkün gözükmemektedir¹⁷. Yine de ileriye yönelik metaverse öngörülerinde arasında birden fazla metaverse olacağı ve bunların birlikte çalışır olacağı (*interoperable*) yönünde beklenti olduğunu söylemek mümkündür. Metaverse internetin yerini alacak mı almayacak mı tartışmalarının merkezine bu hususu koymak mümkündür¹⁸. Zira birlikte çalışabilirlik, birlikte işlerlik sağlanmadığı müddetçe bu mümkün olmayacaktır.

opportunities, and agenda for research, practice and policy,” 4; Milgram ve Kishino, “A Taxonomy of Mixed Reality Visual Displays,” 2.

¹⁵ Park ve Kim, “Metaverse beyond the hype: Multidisciplinary perspectives on emerging challenges, opportunities, and agenda for research, practice and policy,” 4.

¹⁶ Aanchal K. Golecha, “Design Protection in the Metaverse: How is it going to be?,” *Fashion Law Journal* (26 Ağustos 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://fashionlawjournal.com/design-protection-in-the-metaverse-how-is-it-going-to-be/>; Kaulartz ve Schmid, “Legal advice in the metaverse”.

¹⁷ Victor Krichker ve Benjamin Todd, “IP Metaverse Series - Part III: Industrial Design Protection in the Metaverse,” *Lexology*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=11a255b8-67fa-451c-8236-99ed7b5060cf>.

¹⁸ Birlikte çalışabilirliğin en güzel örneklerinden biri internettir. TCP ve IP Protokolleri ile bilgisayarlar arasında verinin iletimi sağlanmış, protokolün standart olarak benimsenmesi donanım yazılım uyumsuzluğunu gidermiş, alan adları, IP adresleri ile görüntü dosyaları için JPEG, müzik dosyaları için MP3 standartlar ile HTML örneğinde olduğu gibi web sayfalarını oluşturmak için kullanılan standart işaretleme dili gibi sistemlerin kabul edilmesi birlikte çalışabilirliğin sağlanmasında önemli rol oynayan unsurların örnekleri arasında yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ball, *The Metaverse*, 51-52. İnternet protokolleri ve ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Bedii Kaya, *İnternet Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 6-7.

Sonuç olarak metaverse; insanların avatarları aracılığıyla etkileşim kurabileceği sarmalayıcı ve üç boyutlu bir ortam sunmaktadır¹⁹

III. Metaverse’de Yararlanılan Teknolojiler

Gelişmekte olan diğer teknolojilerden farklarını ortaya koyabilmek için metaverse’ün yararlandığı veya ilişkili olduğu teknolojiye değinilmelidir. Aslında metaverse’de artırılmış gerçeklik, sanal gerçeklik, karma gerçeklik, genişletilmiş gerçeklik, ayrıca blokzinciri, NFT’ler, kripto paralar, merkeziyetsizlik, yapay zeka teknolojileri bir araya getirilmektedir²⁰. Ancak bu başlık altında özellikle artırılmış gerçeklik, sanal gerçeklik, karma gerçeklik, genişletilmiş gerçeklik teknolojilerine yer verilecektir.

Öncelikle bireyler metaverse’de avatarlar aracılığıyla var olmaktadır. Avatarlar, metaverse’de gerçek kişilerin temsilidir. Avatarlar kullanıcı isteğine göre oluşturulmaktadır. Mevcut teknoloji, kullanıcılara sadece fiziki görüntülerini değil aynı zamanda mimiklerini ve hareketlerini de yansıtan avatarlar yaratılmasına izin vermektedir. Bu bir fotoğrafın taranması ve üç boyutlu avatare dönüştürülmesi suretiyle gerçekleşmektedir²¹. Bu noktada Kaulartz ve Schmid’in nitelemesi dikkat çekicidir. Nesnelerin interneti döneminde endüstri araçları, binalar, her türlü alet/aygıtlar dijitalleşirken ve birbirleriyle etkileşim kurarken, metaverse’de insanlar dijitalleşmekte ve birbirleriyle etkileşim kurmaktadır²². Ancak bireylerin kendi görüntüleriyle var olmak istemeyebileceği de unutulmamalıdır. Tamamen kurgusal biri değil de başkasının görüntüsüyle var olmak istemesi durumunda ne olacaktır?

Metaverse deneyimini yaşayabilmek için avatarlar yeterli değildir. Aynı zamanda başlık, başa takılan bir araç, teması algılayabilecek bir giysi, dokunma duyusunu hissedebilecek eldivenler, akıllı saatler, büyük veriyi depolayabilecek sunucular ve daha bulunmamış diğer ekipmanlara ihtiyaç duyulmaktadır²³. Sunucular konusunda bir parantez açmakta fayda

¹⁹ Aanchal K. Golecha, “Design Protection in the Metaverse: How is it going to be?”.

²⁰ Nanobashvili, “If the Metaverse is built, will copyright challenges come?,” 218.

²¹ European Innovation Council and SMEs Executive Agency, “Intellectual Property in the Metaverse. Episode 1,” *IP Help Desk* (25 Şubat 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, https://intellectual-property-helpdesk.ec.europa.eu/news-events/news/intellectual-property-metaverse-episode-1-2022-02-25_en.

²² Kaulartz ve Schmid, “Legal advice in the metaverse”.

²³ Nanobashvili, “If the Metaverse is built, will copyright challenges come?,” 223; Kaulartz ve Schmid, “Legal advice in the metaverse”.

bulunmaktadır. Bunlar merkezi sunucu olabileceği gibi gezegenlerarası dosya sistemi (IPFS) de olabilir²⁴. IPFS teknolojisi hali hazırda özellikle NFT'ler bakımından tercih edilen saklama sistemidir. Merkezi sunucular bakımından geçerli olan hacklenme, verilerin silinmesi, büyük alanlara ihtiyaç duyma gibi olumsuzluklar IPFS teknoloji ise bertaraf edilmiştir. Ancak IPFS'in de kendine has dezavantajları bulunmaktadır. Özellikle verilerin kaldırılması konusundaki teknolojik güçlükler bu kapsamda öne çıkan hususlar arasında yer almaktadır²⁵.

Araçlara geri dönecek olursak, avatar hazır olduğunda, gözlükler gibi sanal gerçeklik araçlarıyla metaverse'e erişmek mümkün hale gelmektedir. Bu araçlar kişinin hareketlerini ve mimiklerini gerçek zamanlı olarak avatarında çoğaltmakta ve tüm deneyimi olabildiğince gerçekmiş gibi sunmaktadır²⁶. Şunu tekrar belirtmekte fayda bulunmaktadır: Bu donanımların bazıları mevcut olmakla birlikte, bazıları hala gelişim aşamasındadır. Hatta bu nedenle metaverse'ün henüz tam anlamıyla var olmadığı dahi belirtilmektedir²⁷.

Metaverse sarmalayıcı olduğu için sanal gerçeklik (*virtual reality*-VR) ile iç içedir. Sanal gerçeklik kavramı aslında 1980'lere dayanmaktadır. İlk kez bilgisayar bilimci Jaron Lanier tarafından kullanılmıştır²⁸. VR sarmalayıcı bir teknolojidir. VR ile hali hazırda çoğunlukla görme ve duyma duyuları algılanmaktadır. Ancak haptik eldivenler, sanal odalar ve treadmill gibi donanımlarla diğer duyuların algılanması da mümkündür²⁹. Friedmann sanal gerçekliği Google Maps üzerinden açıklamıştır. Google Maps'te bir caddeyi zoomlayıp (yakınlaştırıp), avatarımızı o caddeye bırakabiliriz. Bir taraftan avatarın gözünden o caddeyi görebilmemiz, diğer taraftan A noktasından B noktasına gidebilmemiz mümkündür³⁰. O halde VR kullanıcıları eş zamanlı

²⁴ Kaulartz ve Schmid, "Legal advice in the metaverse".

²⁵ Arzu Oğuz, Pınar Çağlayan Aksoy ve Zehra Özkan Üner, *NFT Fikri Haklar Çerçevesinde Bir Değerlendirme* (Ankara: Kültür Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü, 2023), 105.

²⁶ European Innovation Council and SMEs Executive Agency, "Intellectual Property in the Metaverse. Episode 1".

²⁷ Nanobashvili, "If the Metaverse is built, will copyright challenges come?," 223.

²⁸ Nanobashvili, "If the Metaverse is built, will copyright challenges come?," 223.

²⁹ European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, *The Virtual and Augmented Reality Industrial Coalition-Strategic Paper*, 10.

Danny Friedmann, "Digital Single Market, First Stop to The Metaverse: Counterlife of Copyright Protection Wanted," içinde *Law and Economics of the Digital*

gerçek zaman diliminde yürüme, uçma ve objeleri manüple etme illüzyonu yaşamaktadır. Bunun da ötesinde kullanıcılar bulunduğu sanal ortamda fiziken var olma hissine ve bu ortamlarda yön bulma yetisine sahiptir. VR çok uzun yıllardır vardır. 1990'lar ve 2000'lerde kullanıcılar ve şirketler neredeyse bu teknolojiyi terk etmiştir³¹. Hatta bu dönem “VR kışı olarak” da anılmaktadır³². Ancak 2012 yılında Oculus, video oyunları için VR başlığı geliştirerek VR'ı tekrar gündeme getirmiştir³³. Günümüzde VR çoklukla video oyunları ile özdeşleşmiştir. Ancak uzun yıllardır astronotların, pilotların, cerrahların, askeri personelin eğitiminde ve farklı amaçlarla kullanıldığı da göz ardı edilmemelidir. VR yakın zamanda ALEX Honnold: The Soloist VR adıyla film endüstrisine de taşınmıştır. Alp disiplini sporcusu Honnold'u Dolomites'te yer alan dağlara tırmanışını takip etmek için VR kullanılmıştır. Bu seriyi izlemek için Oculus başlığına ihtiyaç duyulmaktadır ve böylece Honnold ile aynı ortam deneyimlenebilmektedir³⁴. VR, metaverse'ü deneyimlemek için var olan yollardan biridir. Pek çok kullanıcı VR aygıtı olmaksızın mevcut sanal dünyayı deneyimleyebilmektedir³⁵. Ayrıca VR ve metaverse amaçları bakımından birbirinden ayrılmaktadır.

Artırılmış gerçeklik (*augmented reality*-AR); dijital bilgiyi gerçek dünya ile örtüştüren bir teknolojidir. Bunu da dijital bilgiyi gerçek dünyadan alınan bir yüzey üzerinde göstermek veya o yüzeye yansıtmak suretiyle gerçekleştirmektedir. Aslında artırılmış gerçeklik için kullanılan en yaygın donanım akıllı telefon kameralarıdır. AR uygulaması denildiğinde en sık verilen örnek ise Pokémon GO'dur. Bu oyun, dünyanın her tarafından oyuncuların dijital Pokémonlar ile etkileşim kurmalarını sağlamaktadır³⁶. Bu oyunda amaçlardan biri pokémonları yakalamaktır. Pokémon'un ortaya çıkabilmesi için cihazın oyuncunun bulunduğu ortamı algılaması

Transformation, ed. Klaus Mathis ve Avshalom Tor (Cham: Springer, 2023): 152.

³¹ Nanobashvili, “If the Metaverse is built, will copyright challenges come?,” 231-232.

³² Doma, “Sanal Gerçeklik: Sanal ve Gerçek Dünyaların Sınır Bölgesi,” 27.

³³ Nanobashvili, “If the Metaverse is built, will copyright challenges come?,” 231-232;

Doma, “Sanal Gerçeklik: Sanal ve Gerçek Dünyaların Sınır Bölgesi,” 27.

³⁴ Nanobashvili, “If the Metaverse is built, will copyright challenges come?,” 232.

³⁵ Ball, *The Metaverse*, 48.

³⁶ European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, *The Virtual and Augmented Reality Industrial Coalition-Strategic Paper* (Luxemburg: Publications Office of the European Union, 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9aaef6fd-28db-11ed-8fa0-01aa75ed71a1>.

gerekmektedir. Cep telefonunun kamerası kullanılarak etraf görüntülenir ve ekranda uzun çimler görünür. Pokémon ise çimlerin arkasında saklanmaktadır. Artık Pokémonun yakalanması mümkündür. Bu örnekte de görüldüğü üzere gerçek dünyadan elde edilen görüntü üzerine bu örnekte Pokémon olarak somutlaşan dijital bilgi eklenmiştir. Böylece sanal dünya AR ile harmanlanmıştır³⁷. Bu anlamda VR, AR'dan farklıdır. VR tamamen sarmalayıcı olup, kullanıcılarına gerçeklik simülasyonu sağlarken; AR gerçekliği ve sanal unsurları birleştirmektedir.

Sanal gerçeklik ve artırılmış gerçekliğin dışında 1994 yılında Milgram ve Kishino tarafından karma gerçeklik (Mixed reality-MR) kavramı ortaya atılmış ve tanımlanmıştır. Karma gerçeklik; fiziki gerçeklik, artırılmış gerçeklik, artırılmış sanallık ve sanallık sürekliliğinin tümünü ifade etmektedir³⁸. Karma gerçeklikte hem fiziki ortam hem de sanal ortam kullanılarak yeni bir ortam oluşturulmaktadır. Microsoft Mesh platformu karma gerçekliğe örnek olarak gösterilmektedir. Bu platformda çeşitli araçlarla kişilere holografik bir deneyim yaşatmak amaçlanmaktadır. Ancak bu teknolojiyi tek bir uygulama olarak düşünmemek gerekmektedir. Bu teknolojinin özellikle müzelerdeki kullanımı dikkat çekmektedir. Karma gerçekliği diğerlerinden farklı kılan hususlardan biri sanal nesnelerin gerçek dünya ile etkileşime girmesidir. Elbette bu deneyim için özel ve pahalı araçlar gerekmektedir³⁹.

Bu kapsamda son olarak genişletilmiş gerçeklik (*extended reality- XR*) kavramına değinilmesi gerekmektedir. XR tüm bu teknolojileri kapsayan bir üst kavram olarak değerlendirilmektedir. İleride metaverse tasarımlarının tüm bu XR türlerini barındıracağı öngörülmektedir⁴⁰.

³⁷ "AR+ Modunda Pokémon Yakalama," Pokémon GO Help Center, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://niantic.helpshift.com/hc/tr/6-pokemon-go/faq/28-catching-pokemon-in-ar-mode-1712012768/?l=tr>.

³⁸ Milgram ve Kishino, "A Taxonomy of Mixed Reality Visual Displays," 2 vd.

³⁹ Hidayet Hale Künüçen ve Serpil Samur, "Dijital Çağın Gerçeklikleri: Sanal, Artırılmış, Karma ve Genişletilmiş Gerçeklikler Üzerine Bir Değerlendirme," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi* 11 (2021): 50-51.

⁴⁰ Park ve Kim, "Metaverse beyond the hype: Multidisciplinary perspectives on emerging challenges, opportunities, and agenda for research, practice and policy," 4.

IV. Metaverse Türleri

Yapılarına göre metaverse'lerin merkezi ve merkezi olmayan metaverse olmak üzere ikiye ayrıldığını söylemek mümkündür. Merkezi metaverse'lerde, söz konusu evrene ilişkin her şey tek bir şirket tarafından gerçekleştirilmektedir. Kullanıcılar arasında gerçekleştirilen tüm ekonomik faaliyetler veya onlar tarafından üretilen tüm veri hepsi tek bir şirket tarafından idare edilmektedir. Minecraft veya Fortnite'ın buna örnek olarak gösterilmesi mümkündür. Bunun dışında açık metaverse olarak da adlandırılan merkezi olmayan metaverse'ler bulunmaktadır⁴¹. Konunun ayrıntısına geçmeden önce Nanobashvili'nin dikkat çektiği bir noktaya değinmekte fayda bulunmaktadır. Yazar internetin ilk çıktığı dönemde bazı internet öncülerinin, internetin araçlardan veya denetimden arı olması gerektiğini savunduklarını hatırlatmaktadır. Hatta 1992 yılında Kripto Anarşist Manifestoda, bilgisayar teknolojisinin bireylerin veya grupların tamamen anonim şekilde birbirleri ile iletişim ve etkileşim kurmasına izin verdiği belirtilmiştir. Ama öngörüldüğünün aksine insanların araçlar olmaksızın etkileşim kuramadıkları gözlenmiştir. Blokzinciri teknolojisi ile araçlar veya bekçiler olmaksızın internetin var olabileceği düşüncesinin tekrar canlandığını görmekteyiz⁴².

Metaverse'ün merkezi bir yapıya mı yoksa merkeziyetsiz bir yapıya mı sahip olduğu, aslında metaverse'ü destekleyen yazılımın doğasına bağlıdır. Bu yazılım açık bir yazılım ise, çeşitli yazılımcılar platformun gelişimine katkı sunarlar⁴³. Bu metaverse'lerde faaliyetler tek bir şirket özelinde merkezileşmemektedir. Bu metaverse'ler merkezi olmayan otonom kuruluşlar yani DAO'lar tarafından işletilmektedir. DAO'lar (*decentralised autonomous organisation*) blokzinciri teknolojisini kullanan otonom kuruluşlardır. Kararlar doğrudan kullanıcılar tarafından alınmaktadır. Topluluğun yönetimine dair kurallar kodlara eklenmektedir. Bunun örneklerinden biri Decentraland'dır⁴⁴. Bu tarz merkezi olmayan metaverse'lerin gittikçe ilgi topladığını söylemek mümkündür. Zira bu metaverse'lerde kullanıcılar arsa satın almak suretiyle kendi dijital dünyalarını yaratabilmekte ve diğer

⁴¹ European Innovation Council and SMEs Executive Agency, "Intellectual Property in the Metaverse. Episode 1".

⁴² Nanobashvili, "If the Metaverse is built, will copyright challenges come?," 229.

⁴³ Nanobashvili, "If the Metaverse is built, will copyright challenges come?," 230.

⁴⁴ European Innovation Council and SMEs Executive Agency, "Intellectual Property in the Metaverse. Episode 1"; Kaulartz ve Schmid, "Legal advice in the metaverse".

avatarları ziyaret edebilmekte veya onlarla etkileşim kurabilmektedir⁴⁵. Merkezi yapı ile merkezi olmayan modelin birlikte benimsenmesi de mümkündür. Ancak bunların nasıl bir arada var olacağı sorusu henüz bir yanıt bulamamıştır⁴⁶.

V. Metaverse'ün Gelişimi ve Kullanım Alanları

A. Metaverse'ün Gelişimi

1990'ların sonu ve 2000'lerin başında bazı şirketler Second Life gibi çeşitli sanal evrenler tasarlamaya başlamıştır⁴⁷. 2000'lerde milyonlarca insan avatarlarıyla Second Life'ta etkileşime girmiş, sanal objeler veya arsalar satın almıştır⁴⁸. Bunu daha sonra video oyun platformları takip etmiştir. GTA ve FIFA gibi platformlar kullanıcıların birbirleriyle etkileşime girmesine olanak sağlamıştır. Minecraft veya Fortnite gibi video oyunları sistemi biraz daha geliştirmiştir. Bu oyunlara, kullanıcılara kendi karakterlerini diledikleri gibi şekillendirebilecekleri “wrap” olarak adlandırılan işlevler eklenmiştir. Benzer bir şekilde V-Bucks gibi oyun içi kripto paralarla kullanıcıların kıyafet satın alması da mümkün hale gelmiştir. Sonuç itibarıyla Minecraft veya Fortnite gibi oyunlar kullanıcılarına sadece oyuncular arasında bir etkileşim kurmaktan çok daha fazlasını sunmaya başlamıştır⁴⁹. 2022 itibarıyla World of Warcraft en başarılı metaverse'lerden biri olarak kabul edilmektedir. Bunun dışında Minecraft aylık 112 milyon, Roblox aylık 100 milyon ve Fortnite aylık 75 milyon aktif kullanıcı ile metaverse piyasasını domine etmektedir⁵⁰. Peşi sıra Mark Zuckerberg Facebook isimli sosyal medya platformunun adını “Meta” olarak değiştirmiştir. Bu değişikliğin amacı platform üyelerinin avatarları aracılığıyla sosyalleşebilmesi ve birbirleriyle etkileşim kurabilmesidir⁵¹.

⁴⁵ European Innovation Council and SMEs Executive Agency, “Intellectual Property in the Metaverse. Episode 1”.

⁴⁶ Nanobashvili, “If the Metaverse is built, will copyright challenges come?,” 231.

⁴⁷ European Innovation Council and SMEs Executive Agency, “Intellectual Property in the Metaverse. Episode 1”.

⁴⁸ Kaulartz ve Schmid, “Legal advice in the metaverse”.

⁴⁹ European Innovation Council and SMEs Executive Agency, “Intellectual Property in the Metaverse. Episode 1”.

⁵⁰ Kaulartz ve Schmid, “Legal advice in the metaverse”.

⁵¹ European Innovation Council and SMEs Executive Agency, “Intellectual Property in the Metaverse. Episode 1”.

B. Metaverse Kullanım Alanları

Sıradan bir insanın metaverse'ü video oyunu oynamak için yeni yolların sunulduğu sanal gerçeklik ortamı ile eşit tutması mümkündür. Ancak gerçekte bu teknolojinin pek çok sektörü etkilemesi beklenmektedir. Bu sektörlerin başında şüphesiz eğlence sektörü gelmektedir. Etkinlikler yavaş yavaş çevrimiçi ortamlara aktarılmakta ve bu çevrimiçi ortamlarda insanlar birbirleri ile yeni şekillerde bağlantı kurmaktadır. Bunun ilk adımlarının pandemide atıldığını söylemek çok da yanlış olmayacaktır. Pandemide sevdikleriyle fiziki ortamlarda bir araya gelemeyenler Zoom gibi platformlarda buluştular, Zoom üzerinden oyunlar oynadılar, karaoke geceleri düzenlediler. Böylece yavaş yavaş zorunluluktan da olsa insanlar çevrimiçi ortamlarda sevdikleriyle etkileşim kurmaya başladılar. Elbette metaverse, zoom üzerinden yapılan karaoke gecesiyle aynı şekilde değerlendirilemez. Metaverse'ün sunduğu olanaklarla zoom gibi platformları karşılaştırmak mümkün değildir. İnsanlar zoom vb. platformlarda bir araya gelebilse de, bu platformlar sanal gerçeklik gibi sarmalayıcı bir ortam sunmamaktadır. Bunun dışında insanlar avatarlara da ihtiyaç duymamaktadır. Bu platformlar kurgusal biri evren değildir. Sadece insanların sanal ortamda bir araya gelmelerini sağlamaktadır⁵².

Metaverse'ün kullanım alanları detaylandırılmadan önce, hali hazırda sanal gerçekliğin yeterince etkili olmadığı vurgulanması gerekmektedir. Sarmalayıcılığın tamamen sağlanması durumunda, insanların başlıklarını takıp metaverse'de avatarlarıyla etkinliklere kişisel olarak katılmayı tercih edebilecekleri düşünülmektedir. Bu koşulda metaverse festivalleri, konserleri, tiyatro, sinema ve spor etkinlikleri çok daha artacak ve yaygınlaşacaktır⁵³.

Metaverse'ün henüz çok yaygın olmaması etkinliklerin düzenlenmediği ya da metaverse'ün uygulama alanının olmadığı anlamına gelmemektedir. Bu anlamda oyun platformları çevrim içi etkinlikler konusunda öncülük yapmaktadır. Örneğin Roblox (RBLX) Lil Nas X ve Zara Larsson'un konserlerini sanal ortamda gerçekleştirmiştir. Bu konserlere hem dinleyiciler hem sanatçılar avatarlarıyla katılmaktadır. Henüz tam olarak sarmalayıcı bir artırılmış gerçeklikten söz edemesek de, bu yönde bir ilerleme katedildiği göz

⁵² David Cotriss, "The Metaverse Economy: Which Industries and Sectors of the Economy Will the Metaverse Disrupt?," *Nasdaq*, Son Erişim tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.nasdaq.com/articles/the-metaverse-economy%3A-which-industries-and-sectors-of-the-economy-will-the-metaverse>.

⁵³ Cotriss, "The Metaverse Economy: Which Industries and Sectors of the Economy Will the Metaverse Disrupt??"

ardı edilmemelidir. Twitch ve Amazon gibi şirketler de sanal konserler yapma yönünde aksiyon almıştır⁵⁴. Bu gelişmelerin geleneksel eğlence anlayışını tamamen değiştirme ihtimali bulunmaktadır. Özellikle bu konserlerde sınırsız bilet satılabilmesi ve dinleyici/izleyicilerin dünyanın herhangi bir yerinden bu etkinliğe katılabilmeleri muazzam bir imkân sunmaktadır. Tam anlamıyla sarmalayıcı bir deneyim yaşanabilmesi için teknolojinin hala gelişmesi gerekmektedir. Bu bağlamda gözler hem sanal gerçeklik gözlüklerine hem de bu alanda faaliyet göstermeye hazırlanan eğlence şirketlerine çevrilmiştir⁵⁵.

Metaverse'de eğlence sektörü kadar önemli bir sektör daha bulunmaktadır. O da perakende sektörüdür. Günümüzde bilindiği üzere internet üzerinden yapılan alışveriş miktarı artmıştır. İnternet üzerinden yapılan alışverişlerde ürünlerin iade edilme nedenlerinin biri de müşterilerin ürünleri önceden deneyememesidir. Alıcı, satın almış olduğu ürünü evde denediğinde üzerine uymadığını düşünebilir. Oysa önceden deneme fırsatı olmuş olsa, ürünü iade etmek zorunda kalmayacaktır. Metaverse ve artırılmış gerçeklik bu sorunu çözmeye adaydır. Alıcılar, en azından ürünün dijital versiyonunu deneme imkanına sahip olacaktır. Bu kapsamda sanal gerçeklik veya artırılmış gerçeklikle güçlendirilmiş deneyimler gün geçtikçe yayılmaktadır⁵⁶. Belki pandemi sonrasında bu yaklaşımın biraz daha değişerek fiziki ve sanal deneyimi bir arada sunan hibrit deneyimlere evrildiğini söylemek mümkündür. Bu deneyimlerde hala metaverse teknolojileri kullanılmaktadır, ancak bireysel etkileşim de öncelenmektedir. Buna örnek olarak Shiseido markasının New York Macy Herald meydanındaki 360 derece sanal gerçeklik deneyimi yaşanabilen kapsülü örnek verilebilir⁵⁷.

Bunun dışında avatarlar için de kıyafet alınması gündeme gelmiştir. Bu noktada da Nike gibi dünyaca tanınmış markalar NFT formunda dijital ürünler

⁵⁴ Bu konserlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gizem Çelik, "A New Field In Music Production: Metaverse Concerts," *Egemia* 12 (2023): 11-19.

⁵⁵ Cotriss, "The Metaverse Economy: Which Industries and Sectors of the Economy Will the Metaverse Disrupt?"

⁵⁶ European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, *The Virtual and Augmented Reality Industrial Coalition-Strategic Paper*, 19.

⁵⁷ Maghan McDowell, "Why the metaverse is moving into physical retail," *Vogue Business* (5 Kasım 2024), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.voguebusiness.com/story/technology/why-the-metaverse-is-moving-into-physical-retail>.

çıkarmaya başlamıştır⁵⁸ Moda sektörü perakende yönünün dışında başka açılardan da etkilenmiş ve etkilenmeye devam etmektedir. Zira metaverse; trend belirleyiciler, moda sektörü ve moda perakendecileri açısından sayısız avantaj sunmaktadır. Moda sektörünün metaverse'e olan meylinin nedenlerinden birini Covid-19 pandemisine bağlamak da mümkündür. Uzun süreli kapanışlardan diğer sektörler kadar moda sektörü de etkilenmiş ve bu kapanış onları metaverse'e yöneltmiştir. Böylece sektör aktörleri müşterileri ile doğrudan iletişim kurmanın avantajlarından da yararlanmışlardır. Lüks moda markaları olan Gucci, Louis Vuitton, Balenciaga ve Dolce Gabbana metaverse kullanıcılarına yönelik yaratıcı pazarlama girişimlerinde bulunmuşlardır. Sanal moda şovları gerçekleştirmişler, müşterilerine giysilerin dijital replikaları deneme imkânı sunan artırılmış gerçeklik deneyimi yaşatmışlar, video oyunlarında müşterilerinin avatarlarını giydirmelerini ve blokzincirine NFT olarak satılan sanal veya gerçek giysi tasarımlarını yüklemelerini sağlamışlardır⁵⁹. Balenciaga Fortnite karakterleri için bir koleksiyon hazırlamıştır. Bu sayede oyuncular, markanın giysilerinin dijital replikalarını satın alabilme ve giyebilme imkanına sahip olmuşlardır. Zara, Güney Kore markası Ader Erroe ile bir işbirliği yapmıştır. Birlikte avatarlar için bir koleksiyon çıkarmışlar ve aynı zamanda kullanıcılara günlük hayatları için de kıyafet satın alma seçeneği sunmuşlardır. Dolce&Gabbana ise UNXD ile işbirliği yaparak, Collezione Genesi'yi yaratmıştır. Hem NFT hem de özel dikim elbise formunda "Dress from a Dream" in iki kopyası, zümrüt takım elbise, sadece dijital bir ürün olan "The Impossible Tiara" ürünleri açık artırma ile satışa çıkarmıştır. Eşsiz parçaların yanı sıra NFT alıcılarına atölye ziyaret etme veya D&G moda şovlarına yardım etme gibi imkanlar da sağlanmıştır⁶⁰. Türkiye de bu gelişmelerden uzak kalmamıştır. Lüks moda markalarının dışında LC Waikiki, Damat Tween, Sarar ve Derimod gibi Türk moda ve tekstil markaları da metaverse'e giriş yapmıştır. LC Waikiki örneği üzerinde ilerleyecek olursak, LC Waikiki'nin metaverse'de sadece bir mağaza açmakla kalmadığı görülecektir. Mağazaya ek olarak müşterilerine çeşitli oyunlar ve eğlence deneyimleri de

⁵⁸ Cotriss, "The Metaverse Economy: Which Industries and Sectors of the Economy Will the Metaverse Disrupt?".

⁵⁹ Golecha, "Design Protection in the Metaverse: How is it going to be?".

⁶⁰ European Innovation Council and SMEs Executive Agency, "Intellectual Property in the Metaverse. Episode 2," IP Help Desk (29 Mart 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, https://intellectual-property-helpdesk.ec.europa.eu/news-events/news/intellectual-property-metaverse-episode-ii-trade-marks-2022-03-29_en.

sunmaktadır⁶¹. TİHCAD (Tekstil İhracatçıları ve Çalışanları Derneği) da metaverse dünyasına adım atmak için çalışmalar başlatıldığını duyurmuştur. Dernekten yapılan açıklamaya göre oyuncu kökenli 12 yazılımcı ile kendi ortamlarını oluşturmak için ilk adımı atmışlardır⁶².

Her ne kadar Nike yakın zamanda metaverse ortamında sanal sneaker'ları ile var olmayacağını açıklamış olsa⁶³ da yahut metaverse'ün hala erken bir aşamada olduğu, moda perakendecileri için faydadan çok riskler barındırdığına ilişkin raporlar yayınlansa da⁶⁴, Guerlain, Balenciaga gibi lüks markalar ile Adidas gibi herkese hitap eden markalar ve daha pek çok marka metaverse platformları için bazıları Kasım 2024'de başlayan 2024 yılı projelerini açıkladılar⁶⁵.

Eğitim sektörü de metaverse için vazgeçilmez sektörlerden biridir. Metaverse için verilen klasik örneklerden biri "Ready, Player One" filmidir. O filmde öğrenciler, okula sanal gerçeklik arayüzünde katılmaktadır. Bu arayüzde öğrenciler bir taraftan online kütüphanelere erişebilmekte, diğer taraftan dünyanın her tarafından hocalarla bir araya gelmektedir. Benzer bir şekilde eğitim metaverse'te gerçekleştiğinden dünyanın her tarafından öğrenciler, yine dünyanın her tarafından gelen hocalarla buluşabilmektedir. Bunun ötesinde öğrenciler kalabalık sınıflardan ziyade yapay zekadan (AI) doğrudan eğitim alabilmektedir. Roma İmparatorluğundaki yaşam konusunda kitap okumak veya video seyretmek yerine yine sanal gerçeklik sayesinde

⁶¹ Mehtap Demir "Metaverse'de Moda Yarışı," *Fast Company*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://fastcompany.com.tr/dergi/metaversede-moda-yarisi/>.

⁶² Emre Aydın, "Tekstil Sektörü de Metaverse'e Dahil Oldu! Türk Tekstilcilerden Önemli Hamle," *Cointürk*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://cointurk.com/tekstil-sektoru-de-metaverse-dahil-oldu-turk-tekstilcilerden-onemli-hamle>.

⁶³ Schubham, "Nike Kills Its Digital Sneaker Dream: RTFKT Bids Farewell," *Medium* (4 Aralık 2024), Son Erişim Tarihi: 5 Aralık 2024, https://medium.com/@shubham_developingnow/nike-shuts-down-rtfkt-the-end-of-digital-sneaker-dreams-09efccf04862.

⁶⁴ 30 Haziran 2023 tarihli Metaverse in Retail and Apparel Market Thematic Report Overview başlıklı rapora ilişkin bilgi için bkz. "Metaverse, perakende moda sektörü için faydadan çok risk oluşturmakta," *İHKİB* (21 Ağustos 2023), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.ihkib.org.tr/bilgi-bankasi/dunyadan-haberler/metaverse-perakende-moda-sektoru-icin-faydadan-cok-risk-olusturmakta>.

⁶⁵ Maghan McDowell ve Madeleine Schulz, "The Vogue Business NFT Tracker: Tokens for IRL arts fairs from Mmerch," *Vogue Business* (3 Aralık 2024), Son Erişim Tarihi: 5 Aralık 2024, <https://www.voguebusiness.com/technology/the-vogue-business-nft-tracker>.

doğrudan birinci elden buradaki yaşama tanıklık edebilmektedir. Bazı okullar şimdiden bu teknolojinin avantajlarından yararlanmaya başlamıştır. Axon Park kendi sanal kampüsünü yaratmaya başlamıştır. Bu doğrultuda da Harvard ve UCLA gibi üniversitelerle görüşmeye başlamıştır. Udeemy ve Coursera gibi sanal eğitimler yerini metaverse sanal kampüslerine bırakacak gibi gözükmektedir⁶⁶.

Moda/tekstil sektörü açıklanırken de belirtildiği gibi Türkiye bu gelişmelere gözü kapalı kalmamıştır. Hatta Türkiye “Metaverse’ün Türkiye İçin Potansiyel Değeri” araştırmasına göre; metaverse ekosisteminin başarılı bir şekilde oluşturulması durumunda 2035 yılına kadar Türkiye ekonomisine 37,5 milyar dolara yaklaşan bir ekonomik katkı sağlayabileceği öngörülmektedir⁶⁷.

Metaverse geliştirmekte olan bir teknolojidir. Bu geliştirmekte olan teknoloji diğer geliştirmekte olan teknolojiler olan blokzinciri, akıllı **sözleşmeler**, kriptopara, yapay zekâ ve NFT’ler ile yakından ilişki içerisindedir. Hali hazırda metaverse pek çok sektörü etkilemeye başlamıştır. Bu sektörlerden eğlence, moda, eğitim, sağlık, savunma ve turizm ilk akla gelenlerdir. EUIPO marka başvurularından hareket edilecek olursa, NFT ve metaverse ifadelerini içeren marka başvurularının en çok moda, spor ve eğlence sektörüne ilişkin olduğu görülmektedir⁶⁸.

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus ise 2021 ve 2022 yıllarında, belki de pandeminin etkisiyle metaverse’e olan ilgi çok yoğun iken, günümüzde bu ilginin azaldığını söylemek mümkündür. Ancak şirketler metaverse alanındaki çalışmalarına devam etmektedir. Örneğin 2024 yılının Ocak ayında Siemens ve Sony sarmalayıcılık (immersive) üzerine çalışmak üzere bir ortaklık yapacaklarını duyurmuştur⁶⁹. Bunun dışında Meta başlıklara

⁶⁶ Cotriss, “The Metaverse Economy: Which Industries and Sectors of the Economy Will the Metaverse Disrupt?”.

⁶⁷ Deloitte, “Metaverse’ün Türkiye için Potansiyel Değeri”, *Deloitte*, Son Erişim Tarihi: 5 Aralık 2024, <https://www2.deloitte.com/tr/tr/pages/consulting/articles/The-Metaverse-and-its-Potential-for-Turkiye.html>.

⁶⁸ Ivana Knežević, “Trademark Protection in Metaverse,” *Lexology*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=69e22f1a-ed71-4aed-bc8d-89dca19ec48e>.

⁶⁹ World Economic Forum, *Navigating the Industrial Metaverse: A Blueprint for Future Innovations* (12 Mart 2024), 6, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.weforum.org/publications/navigating-the-industrial-metaverse-a-blueprint-for-future-innovations/>.

ilişkin çalışmalarını sürdürmekte ve en son 15 Ekim 2024 tarihli haber bültenleri ile yeni başlıkları olan Meta Quest 3S'in tanıtımını gerçekleştirmişlerdir⁷⁰. Tüm bu gelişmeler metaverse teknolojisinin yeniden dünya gündemine taşındığını göstermektedir⁷¹.

VI. Metaverse ve Sınai Haklar

Metaverse teknolojisi, diğer teknolojilerin yanı sıra yukarıda değinilen sektörlerde büyük bir ilgi uyandırmıştır. Her ne kadar VR ya da AR gibi bazı teknolojiler hali hazırda kullanılmakta ise de; metaverse'ü sadece VR'a indirgemek mümkün değildir. Bunun da dışında 5G teknolojisi, donanımların daha erişebilir ve kullanılabilir olmasına ilişkin beklentiler metaverse'ün kullanımının çok daha yaygınlaşacağını düşündürmektedir. Her gelişen teknolojiye olduğu gibi tüm bu gelişmeler metaverse'ün sunabileceği fırsatları veya metaverse'de var olabilecek iş modellerine yönelik çalışmaların yapılmasını tetiklemiştir. Ancak kabul etmek gerekir ki şu an yapılan çalışmalar daha ziyade öngörüdür. Olası fırsatlar ve olası iş modelleri peşi sıra olası hukuki sorunlar üzerinde çalışmalar yapılmasını da gerektirmiştir. Bu çalışmalar kapsamlı bilimsel çalışmalardan ziyade raporlar ve blog yazıları şeklindedir. Henüz konuya ilişkin kapsamlı çalışmalar yapılmamıştır. Ancak yine de metaverse'te veri koruma, rekabet ve haksız rekabet hukuku (metaverse'de ürünlerin tanıtımı), kıymetli evrak ve bankacılık hukuku (dijital varlıkların ticareti sırasında lisanslama veya açıklayıcı yükümlülükler bakımından), elde edilecek gelirlerin nasıl vergilendirileceği bakımından vergi hukuku ve elbette genel hukuki ve cezai sorumluluğa ilişkin pek çok hukuki sorunun gündeme geleceği düşünülmektedir. Bu hukuki soru/sorunlar arasında ilk sayılanlardan birinin de fikri mülkiyet hukuku olduğunu görmekteyiz⁷².

Metaverse'ün fikri mülkiyet hukuku bakımından değerlendirilmesinde yapılacak ilk tespit bazı konuların iç içe geçmiş olmasıdır. Bu anlamda

⁷⁰ "Introducing Meta Quest 3S, Our Most Affordable Mixed Reality Headset," *Meta*, Son Erişim Tarihi: 22 Kasım 2024, https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html.

⁷¹ World Economic Forum, *Navigating the Industrial Metaverse: A Blueprint for Future Innovations*, 6. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pınar Çağlayan Aksoy, "Neden metaverse? Neden şimdi? Neden hukuk? Neden fikri mülkiyet?," Ankara Üniversitesi Metaverse Fikri Mülkiyet Hukuku Analizi, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://fmhmetaverseproject.ankara.edu.tr/2024/11/19/neden-metaverse-neden-simdi-neden-hukuk-neden-fikri-mulkiyet/>.

⁷² Kaulartz ve Schmid, "Legal advice in the metaverse".

metaverse ve NFT'leri birbirinden ayırmak çok kolay olmayacaktır. NFT; NFT (Non-fungible Token)'ler Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi'nce "blokzincir teknolojisi kullanılarak kriptografik yöntemlerle üretilen, benzersiz ve özel bir kripto jeton türü" olarak tanımlanmıştır⁷³. Bu jetonları dijital bir sertifikaya veya bir özgünlük sertifikasına benzetmek mümkündür. Dijitalleştirilebilen her şeyi temsil etmeleri mümkündür. NFT'lerin varlığı metaverse'e bağlı değildir. Başka bir ifadeyle NFT'ler metaverse'e ihtiyaç duymazlar. Bununla birlikte NFT'ler, eşsizlik, benzersizlik ve sahiplik gösterme özellikleriyle metaverse ekosisteminin vazgeçilmez unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sadece sanal ürünlerin NFT olarak satılmasından kaynaklanmamaktadır. NFT'ler metaverse'de gerçekleştirilecek olan bir konsere giriş bileti olarak da karşımıza çıkabilmektedir⁷⁴. NFT'lerin özellikle sahiplik gösteren özgünlük sertifikası rolü metaverse bakımından oldukça önem arz etmektedir⁷⁵. Bu nedenle metaverse'ü fikri mülkiyet hukuku bakımından analiz eden bir çalışmanın bir kısmı NFT'lerin fikri mülkiyet hukuku bakımından değerlendirilmesine ayrılmalıdır.

A. Metaverse ve Patent Hukuku

Metaverse donanımlarına ilişkin patent başvuruları yapılmaktadır. Metaverse'te önemli olan söz konusu deneyimi mümkün olduğunca gerçekmiş gibi hissetmektir. Bu nedenle daha fazla aksesuar ve eşya satışı yapılmaktadır. Yine gerçek dünyada olduğu gibi bu aksesuarlar bireylerin sosyal statülerini belirlemektedir⁷⁶.

Bu anlamda patent hukukunun kapsamı şimdilik diğer alanlara göre daha dar gözükmeyle birlikte, birlikte işlerliğin sağlanabilmesi için standartların

⁷³ "Nitelikli Fikri Tapu (NFT)", Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Blokzincir Sözlüğü, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://cbddo.gov.tr/sss/blokzincir-sozlugu/>.

⁷⁴ Oğuz, Çağlayan Aksoy ve Özkan Üner, *NFT Fikri Haklar Çerçevesinde Bir Değerlendirme*, 24 ve 105; ayrıca bkz. Pınar Çağlayan Aksoy ve Zehra Özkan Üner, "NFTs and copyright: challenges and opportunities," *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 16, 10 (2021): 1115.

⁷⁵ Felix Tann, "Markenrechtlicher Schutz im Metaverse. Warenähnlichkeit von virtuellen Gütern (insbesondere NFT) zu analogen Gütern und Softwareprodukten," *GRUR* 22, 1645; Michael, D. Murray, "Murray, Michael D., Trademarks, NFTs, and the Law of the Metaverse," 1-2.

⁷⁶ European Innovation Council and SMEs Executive Agency, "Intellectual Property in the Metaverse. Episode 1".

geliştirilmesi durumunda standarda esas patentler gündeme gelecektir. Metaverse'ün hala erken evrelerinde olduğumuz düşünüldüğünde, standartlar ve birlikte çalışabilirlik konusu fikri mülkiyet hukukçularını daha çok meşgul edecektir.

Patentli bir ürünün metaverse ortamında kullanılması durumunda patent hakkı ihlal edilmiş olacak mıdır? Patentli bir ürünün bu sanal evren kullanımı marka ve patentlere göre daha farklıdır. Ancak örneğin usul patentinde adımların tek tek gerçekleştirilmesi mümkün olur mu? Bunlar da ayrıca ele alınması gereken sorular olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁷.

B. Metaverse ve Marka Hukuku

Patent hukuku ilişkisi daha ziyade bu donanımlarla sınırla olmakla birlikte marka hukuku uyumsuzluklarının ön planda olduğu görülmektedir. Ocak 2023'te sonuca bağlanan Hermès Int'l v. Rothschild kararı, Nike v. StockX davası, Yuga Labs v. Ryder Ripps davası bunun örneklerini oluşturmaktadır. Yukarıda da değinilen bu uyumsuzlukların bir ölçüde NFT ve metaverse kesişiminde kaldığını vurgulamakta fayda bulunmaktadır.

Marka hukuku; hem fiziki hem de sanal dünyada kilit bir öneme sahiptir⁷⁸. Marka hukukunun metaverse'de nasıl uygulanacağı bu teknolojilerin popüler hale geldiği ilk günlerden itibaren tartışılmaktadır⁷⁹. Bu kapsamda özellikle marka hukuku alanında yeni stratejilere ihtiyaç duyulup duyulmayacağı ve metaverse'de markaların en iyi nasıl korunacağı gibi sorular gündeme gelmektedir.

1. Marka Başvuruları

Marka hukuku bir işletmenin mal ve hizmetlerini, diğer işletmelerin mal ve hizmetlerin ayırt etmeye yarayan işaretleri konu edinmektedir. Bu

⁷⁷ Koray Güven, "Metaverse ve Patent Hukuku," Metaverse: Fikri Mülkiyet Hukuku Analizi Projesi, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://fmhmetaverseproject.ankara.edu.tr/2024/11/20/metaverse-ve-patent-hukuku-giris/>.

⁷⁸ Annamaria Alfieri ve Tamara D'Angeli, "Meta-trademarks for a meta-world: The balance between old and new trademark applications," içinde *Metaverse: business opportunities and legal challenges*, ed. DLA Piper IPT Team – Italy (2022):7.

⁷⁹ Golecha, "Design Protection in the Metaverse: How is it going to be?"; Alfieri ve D'Angeli, "Meta-trademarks for a meta-world: The balance between old and new trademark applications," 7-8.

kapsamda kişiler, markalarını, Nice Sınıflandırmasında yer alan mal ve hizmetler bakımından tescil ettirmektedir. Nike örneği üzerinden ilerleyecek olursak, ayakkabı üreticisi olan Nike, kendi işaretinin/logosunun 25. sınıfta bulunan ayak giysisi (*foot wear*) bakımından tescil edilmesini isteyecektir. Peki bu tescil Nike'a metaverse'te de aynı korumayı sağlayacak mıdır? Bir başka ifadeyle 25. sınıf bakımından yapılan tescil, Nike'a ürünlerinin dijital ortamda NFT formundaki temsillerini de kapsayan bir koruma sağlamakta mıdır ya da etkili bir koruma sağlayacak mıdır? Etkili koruma için tescilde hangi mal ve hizmet sınıflarının tercih edilmesi gerekmektedir?

Sanal ürünler ve NFT'lere ilişkin çok sayıda marka başvurusu yapılmaktadır. EUIPO nezdinde 2021 yılında 1277 NFT marka başvurusu, 2022 yılı Eylül ayına kadar da 1157 NFT marka başvurusu, 205 metaverse'e ilişkin marka başvurusu yapılmıştır⁸⁰. Marka başvuruları da kendi içerisinde pek çok soruyu beraberinde getirmiştir. NFT'lerce doğrulanan indirebilir dijital dosyalar, Nice Sınıflandırmasının 2023 versiyonunda, 9. sınıfa alınmıştır⁸¹. Ancak defalarca belirtildiği üzere NFT'lerin temsil ettiği içeriğin bir sınırı bulunmamaktadır. Bu kapsamda da NFT tek başına anlam ifade etmeyecektir. Zaten Sınıflandırmada "NFT'lerce doğrulanan..." ifadesinin kullanımı, NFT'lerin dijital bir sertifika olarak görüldüğü anlamına gelmektedir⁸². NFT'nin yanı sıra indirilebilir sanal giysisinin de Nice Sınıflandırılması 2024 yılı versiyonuna eklendiği görülmektedir⁸³.

Tam da bu düşünceyle EUIPO bir reaksiyon olarak Haziran 2022'de bir not yayımlamıştır. Sonrasında bu nottan yola çıkılarak EUIPO Marka Kılavuzunda güncelleme yapılmıştır. Kılavuzda sanal mallar, sanal ortamlarda sunulan hizmetler ve NFT'ler ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Buna göre NFT'ler, blokzincirine kaydedilen eşsiz dijital sertifikalar olarak

⁸⁰ Knežević, "Trademark Protection in Metaverse".

⁸¹ "Nice Classification 12nd Edition 2023," *WIPO*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, https://nclpub.wipo.int/enfr/?basic_numbers=show&class_number=9&explanatory_notes=show&gors=&lang=en&menulang=en&mode=flat¬ion=&pagination=no&version=20230101.

⁸² Michael Geller ve Jessica Ward, "Trademark Filings and Best Practices," *içinde* The INTA White Paper on Non-Fungible Tokens, (4 Nisan 2023): 29, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.inta.org/perspectives/inta-research/trademarks-in-the-metaverse-white-paper/>.

⁸³ "Nice Classification 12nd Edition 2024", *WIPO*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, https://nclpub.wipo.int/enfr/?explanatory_notes=show&gors=&lang=en&menulang=en¬ion=class_headings&version=20240101.

kullanılmaktadır. Çoğunlukla dijital mallar olsa da fiziki varlığı olan mallar ile de ilişkilendirilebilmektedir. Bu nedenle 9. sınıfta yer alan NFT'ler tek başına yahut NFT'lerce doğrulanmış indirilebilir dijital dosya olarak tescil edilmeyecektir. O halde başvuru sırasında mal/hizmet sınıf belirlenirken sadece NFT veya sanal malın belirtilmesi yeterli olmayacaktır. NFT veya sanal malın neyi temsil ettiğinin açıklanması gerekecektir⁸⁴. Sanal bir ayakkabı veya sanal bir elbise için yapılacak başvuruda sınıf şu şekilde belirtilecektir: Sınıf 9: NFT ile doğrulanmış indirilebilir sanal ayakkabı. NFT'nin temsil ettiği içeriğin fiziki bir ayakkabı olması durumunda ise sınıf değişecektir. Zira burada artık bu ayakkabının dijital ortamda kullanılması söz konusu değildir. NFT teriminin tek başına kullanımının açık olmadığı hizmetler bakımından da EUIPO hizmetin netleştirilmesini aramaktadır. Örneğin 35. sınıf için NFT ticareti için pazar yeri sağlama hizmeti yerine NFT'lerce doğrulanmış malların ticareti için pazar yeri sağlama hizmeti şeklinde bir açıklama kabul edilebilir bir açıklama olarak değerlendirilmiştir. Ancak NFT teriminin tek başına dijital bir sertifika olarak kullanılması durumunda, artık NFT'nin ilişkili olduğu içeriğe yer verilmesine gerek bulunmamaktadır. 42. sınıfta NFT mint etme hizmeti, 41.sınıfta NFT teknolojilerine ilişkin eğitim bu duruma örnek olarak verilebilir⁸⁵. Sanal mallar ifadesi de tescil konusunun açık ve kesin olması için yeterli değildir, bu nedenle sanal malların da belirginleştirilmesi gerekmektedir. Ancak bu belirginleştirme yapılırken sanal ruj, sanal maskara gibi uzun uzun listeler yapılması aranmamaktadır, bunun yerine sanal kozmetik yeterli olacaktır. NFT'lerden farklı olarak sanal malların fiziki dünyada bir karşılığı bulunsa dahi Kılavuz bunların dijital bir içerik olmaları nedeniyle 9. Sınıf kapsamına girdiğini belirtmiştir.

⁸⁴ "4.4.3 Non-fungible tokens (NFTs)," EUIPO Trademark Guideline Edition 2024, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://guidelines.euipo.europa.eu/2214311/2215372/trade-mark-guidelines/4-4-3-non-fungible-tokens--nfts>

⁸⁵ "4.4.3 Non-fungible tokens (NFTs)," EUIPO Trademark Guideline Edition 2024. EUIPO uygulaması ile aynı yönde "White Paper Trademarks In The Metaverse," INTA (4 Nisan 2023), 21-22, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.inta.org/perspectives/inta-research/trademarks-in-the-metaverse-white-paper/>. USPTO uygulamasının da bu yönde olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. "Non-Fungible Tokens and Intellectual Property: A Report to Congress," USPTO (Mart 2024), 48-49, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Joint-USPTO-USCO-Report-on-NFTs-and-Intellectual-Property.pdf>.

Son olarak da sanal ortamlardaki hizmetlere değinilmesi gerekmektedir. Sanal ortamlardaki sanal hizmetler de çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Gerçek dünyadaki hizmetler kimi zaman sanal ortamlarda sağlanabilmektedir. Örneğin eğitim, eğitim öğretim kurumlarında yüz yüze verilebileceği gibi sanal ortamlarda da verilebilir. Bu noktada eğitimin nerede verildiğinin bir önemi olmayacaktır. Bu hizmet yine 41. sınıfta yer alacaktır. Ancak bazen sanal ortamda hizmetler taklit edilmekte yahut gerçek dünyada karşılığı olmayan bir sanal hizmet söz konusu olabilmektedir. Böylesi bir durumda az önce değinilen kuralın uygulanması mümkün olmayacaktır. EUIPO Marka Kılavuzu bunu çeşitli örneklerle açıklamıştır. 39. sınıfta yer alan taşıma hizmetleri, insanları veya eşyaları bir yerden bir yere taşınmasını içermektedir. Sanal ortamda bir avatarın bir yerden bir yere taşınması, aslında gerçek dünyada var olan taşıma hizmetlerine karşılık gelmektedir. Ancak fiziki dünyadaki taşıma hizmeti ile sanal ortamdaki taşıma hizmeti aynı sonucu doğurmamaktadır ve amaçları birbirinden tamamen farklıdır. İşte bu noktada bu hizmetin eğlence amacıyla sanal ortamda simüle edilmiş seyahat hizmeti yahut oyun amacıyla sanal taşıma hizmetleri adıyla 41. sınıfta tescil edilmesi daha uygun olacaktır⁸⁶.

NFT'ler, sanal mallar ve bunlara dair hizmetler söz konusu olduğunda genel olarak 9. sınıf, sanal sanat ve sanal sanat jetonlarının ticareti için çevrimiçi sanal ortam sunulması bağlamında 35. sınıfın, eğlence hizmetleri, yani, kullanıcıların dinlenme, vakit geçime ve eğlence amaçları ile etkileşim kurabileceği sanal ortam sağlama bağlamında 41. sınıf gündeme gelecektir. Aslında pek çok marka sahibinin de bu sınıflarda tescil başvurusu yapmış

⁸⁶ “4.4.2 Services in virtual environments,” EUIPO Trademark Guideline Edition 2024, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://guidelines.euipo.europa.eu/2214311/2215367/trade-mark-guidelines/4-4-2-services-in-virtual-environments>.

olduğu görülmektedir⁸⁷. Buna 42. sınıfın eklendiği de görülmektedir⁸⁸. Aynı zamanda 36. sınıfta yer alan sanal mallara ilişkin finansal hizmetler de ilgili mal ve hizmet sınıfı arasında yer almaktadır⁸⁹.

Bu uygulamalara rağmen sanal mal veya hizmetlerin dahil olduğu 46. sınıfın eklenmesi ve sanal malların fiziki dünyada karşılığı olan sınıflarda tescil edilmesi yönünde tartışmalar bulunduğu da belirtmek gerekmektedir. Bu görüşlerin altında yatan neden 9. sınıfın çok kalabalık olmasıdır. Ayrıca tüm sanal mallar da 9. sınıfta tescil edildiğinde, bu kalabalık iyice artacak ve birbiri ile hiçbir ilgisi olmayan mallar aynı sınıfta yer alacaktır⁹⁰.

Bu noktada değiştirilmesi gereken bir diğer konu ise metaverse'ün sınırlarının olmamasıdır. Oysa fikri mülkiyet hukuku koruması ülkeseldir. O

Verónica Rodríguez Arguijo, "EUIPO on trade marks and designs in the metaverse," *IPKat* (26 Eylül 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://ipkitten.blogspot.com/2022/09/euipo-on-trade-marks-and-designs-in.html>;
Zorana Joksovic, "NFT Non-Fungible Token: Necessity of Filing a Trademark," *Lexology* (3 Ekim 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0ffe6190-b4b1-45b8-a494-eba823174ebf>;
Andrea Schäffler ve Peter Schramm, "NFTs and Trademarks - What You Need to Know," *Lexology* (8 Nisan 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=11bf60c2-9820-470f-b3ed-3de80e30901e>;
Betül Özbek ve Önder Erol Ünsal, "Metaverse'ün Fikri ve Sınai Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi: Metaverse, Marka Ve Telif Hakları," içinde *Yapay Zeka Çağında Hukuk*, ed. Mete Tevetoğlu vd. (İstanbul: 2022): 62-66, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/metaverse.pdf?trk=organization_guest_main-feed-card_feed-article-content;
Deniz Merve Ersoy Pınar, "NFT'lerin Metaverse'teki Yeri ve Fikri Mülkiyet," içinde *Yapay Zeka Çağında Hukuk*, ed. Mete Tevetoğlu vd. (İstanbul: 2022): 93, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/metaverse.pdf?trk=organization_guest_main-feed-card_feed-article-content;
Yvonne Draheim ve Hendrik Shulze, "Trademark infringement through NFTs - Intellectual property enforcement in the virtual world," *Lexology* (11 Haziran 2023), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=792d6a82-8450-4c27-891c-931065adda35>.

⁸⁸ Schäffler ve Schramm, "NFTs and Trademarks - What You Need to Know," Draheim ve Shulze, "Trademark infringement through NFTs - Intellectual property enforcement in the virtual world"; Ersoy Pınar, "NFT'lerin Metaverse'teki Yeri ve Fikri Mülkiyet," 93.

⁸⁹ "White Paper Trademarks In The Metaverse," INTA (4 Nisan 2023), 22.

⁹⁰ "White Paper Trademarks In The Metaverse," INTA (4 Nisan 2023), 22."

halde, metaverse’de var olmak isteyen bir marka hangi ülkelerde marka tescili yaptırmalıdır? Tescilin de ötesinde metaverse’de fiziki veya sanal bir ürün satıldığında, satın alan müşterinin ülkesinde önceye dayalı üçüncü bir kişinin hakkı bulunması durumunda, marka sahibinin ihlal tehdidi ile karşı karşıya kalması söz konusu olabilecektir⁹¹.

2. Marka Hakkı İhlalleri

İlk bakışta sınıflandırma sorunu çözülmüş gibi gözükse de; aslında bu başvurularda mutlak ret nedenleri veya iltibas tehlikesinin değerlendirilmesine ilişkin pek çok sorunun da cevaplanması gerekmektedir. Bu kapsamda mal veya hizmetlerin ilgili tüketicisinin kim olduğu; ayırt edicilik ve tanımlayıcılık unsurlarının nasıl uygulanacağı, fiziki mal veya hizmetler bakımından geliştirilen kriterlerin metaverse bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı konusunda belirsizlik sürmektedir. Bu noktada aslında sanal ortamların amacının fiziki dünyanın bir yansımasını yaratmak olabileceği unutulmamalıdır.

Ayrıca mal ve hizmet karşılaştırması yapılırken fiziki mal ile sanal malın karşılaştırılması gündeme gelecektir. Bu karşılaştırmada geliştirilen mevcut kriterler mi uygulanacaktır? İltibas tehlikesinde mal ve hizmet karşılaştırılmasında malların doğası, kullanım amaçları, kullanım metodu, tamamlayıcı olup olmadıkları, birbiri ile rekabet içerisinde olup olmadığı kriterleri uygulanmaktadır⁹². Bu kriterlerin metaverse kaynaklı uyumsuzluklarda kıyasen uygulanması yeterli olacak mıdır? Başka kriterler mi devreye girmeli midir? Yoksa bu mal ve hizmetler arasında daha düşük bir benzerlik olduğunu mu kabul etmek gerekecektir? Bu soruların yanıtı da hala belirsiz olmakla birlikte⁹³ olmakla birlikte uygulama yavaş yavaş bu soruları yanıtlamaktadır.

USPTO üçüncü kişiler tarafından sanal mal ve hizmetler için yapılan Gucci ve Prada marka başvurularını reddetmiştir⁹⁴. Türk Patent ve Marka

⁹¹ Schäffler ve Schramm, “NFTs and Trademarks - What You Need to Know”.

⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Arzu Oğuz, “Marka Hukuku,” içinde *Fikri Mülkiyet Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, ed. Arzu Oğuz, Hasan Kadir Yılmaztekin ve Ezel Üner (Ankara: Adalet Bakanlığı, 2020): 193; Rauf Karasu, “Marka,” içinde *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2023): 208-209.

⁹³ Tann, “Markenrechtlicher Schutz im Metaverse. Warenähnlichkeit von virtuellen Gütern (insbesondere NFT) zu analogen Gütern und Softwareprodukten,” 1645 vd.; Arguijo, “EUIPO on trade marks and designs in the metaverse”.

⁹⁴ “White Paper Trademarks In The Metaverse,” INTA (4 Nisan 2023), 49.

Kurumu'nun da benzer bir kararı olduğu bilinmektedir. Önceki tarihli marka 09, 35 ve 41. sınıflardaki mal ve hizmetleri kapsamaktadır. Başvuru markası ise 25 ve 35. sınıflardaki mal ve hizmetler bakımından tescil edilmek istenmektedir. Markalar Dairesi, itirazı kabul ederek, sanal ve çevrimiçi mal ve hizmetler ile fiziksel mal ve hizmetlerin benzer olduğuna karar vermiştir⁹⁵. Ancak bu eğilim ve kararlar; her somut olayda fiziki mal ve hizmetler ile onların karşılığı olan sanal mal ve hizmetlerin benzer olduğu anlamına gelmeyecektir. Meaverse'ün gelişmekte olan bir teknoloji olduğu, nasıl evrileceğinin bilinmediği, her türlü mal ve hizmetin metaverse'de bir karşılığı olup olmayacağı, ilgili tüketicinin algısının nasıl olacağını zamanla şekillenecek konulardır. Bu nedenle kesin bir yargıya varılmamalı, somut olayın koşulları göz önünde bulundurulmalıdır.

Akla gelen diğer bir soru, markada kullanım nasıl belirlenecektir? Bilindiği üzere marka hakkının varlığını sürdürmesi bir anlamda markanın kullanımına bağlıdır. Dünyadaki uygulamalara bakıldığında, kullanıma ilişkin Marka ve Patent Ofisleri'nin sayfalarca uzunlukta rehberler hazırladığı görülmektedir. Bunun metaverse'teki uygulaması nasıl olacaktır? Peki ya tanınmış markalar bakımından nasıl bir değerlendirme yapılmalıdır? Bir markanın tanınmış olup olmadığı nasıl belirlenecektir⁹⁶?

Bir başka konu da şüphesiz marka hakkının ihlalidir. İhlal bakımından 2023 yılında karara bağlanmış Hermès International, et al. v. Mason Rothschild kararı⁹⁷ öncü kararlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu karar, fiziki mallar bakımından tescil edilmiş bir markanın, hak sahibinin rızası olmaksızın gerçek hayattaki ürünlerinin dijital versiyonlarının oluşturulmasına karşı koruma sağlamaktadır. Bu nedenle de oldukça önemlidir⁹⁸. Ancak karar temyiz edilmiştir ve duruşma sırasında yargıçların taraflara yönelttiği sorular nedeniyle, mahkemenin, ifade özgürlüğü/sanat

⁹⁵ Mutlu Yıldırım Köse ve Su Yücel, "TÜRKPATENT'in Emsal Niteliğindeki Kararında Sanal ve Fiziksel Mal ve Hizmetler Benzer Bulundu," Gün+Partners Avukatlık Bürosu (28 Temmuz 2023), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2023, https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/turkpatentin-emsal-niteliğindeki-kararında-sanal-ve-fiziksel-mal-ve-hizmetler-benzer-bulundu#_ftn2.

⁹⁶ Arguijo, "EUIPO on trade marks and designs in the metaverse".

⁹⁷ Hermès Intern. v. Rothschild, 654 F.Supp.3d 268 (2023).

⁹⁸ Kalsi, Angela ve Rini Roy, "Trademark Law and NFTs: The IP Implications of Emerging Technology," *Lexology* (16 Mart 2023), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=85b4907c-0fb6-4514-9003-75f119595760>.

özgürlüğü ile marka hakkı arasında adil bir denge kurma konusunda hassas davranacağı düşüncelerine yol açmıştır⁹⁹.

Marka hakkı ihlali kararlarından biri de Temmuz 2022’de Roma mahkemelerince verilmiştir. Karara konu olan olay NFT formundaki oyun kartlarının satışına ilişkindir. Juventus Futbol Kulübünün eski oyuncularından Christian Vier’in Juventus formasını giydiği bir görsel oyun kartına çevrilmiş ve NFT formunda satışa sunulmuştur. Mahkeme de Juventus’un izni olmaksızın yapılan ve ticari amaç taşıyan bu eylemin hem marka hakkı ihlali hem de haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir. Öncelikle mahkemeye göre somut olayda sadece futbolcudan izin alınması yeterli değildir. Futbolcudan izin alınması, sadece onun imajı üzerindeki hakların ihlal edilmesini önleyecektir. Aynı zamanda marka hakkı sahibinden de izin alınmalıdır. Burada Juventus markasının 9. sınıfta veya sanal mallara ilişkin bir tescilinin olması da marka hakkının ihlali için gerekli olmayacaktır. Zira Juventus tanınmış bir markadır¹⁰⁰. Mahkeme bunu özellikle belirtmiştir. Ama Juventus markasının 9. sınıftaki dijital indirilebilir yayınlar bakımından tescilli olduğu göz ardı edilmemesi gereken bir gerçektir. Bu sınıftaki mallar ile uyumsuzluk konusu mallar arasında bir benzerlik kurulması mümkündür. Mahkeme de 9. sınıfta tescilli bir marka korumasının, sadece Nice sınıflandırmasında 9. sınıfta sayılan malları değil, aynı zamanda doğası gereği bu sınıfta yer alan ancak sınıflandırmada sayılmayan malları da kapsadığını belirtmiştir. Görüldüğü üzere mahkeme NFT ve temsil ettiği içerik arasında bir ayrıma gitmiştir. Hem NFT’nin temsil ettiği dijital içerik hem de NFT’nin kendisi ile Juventus markası ihlal edilmiştir¹⁰¹.

⁹⁹ Gina Biby, “The Second Circuit’s Metabirkin Dilemma: Constitutionally Protected Artistic Expression or Trademark Misappropriation?,” *IPwatchdog* (18 Kasım 2024), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://ipwatchdog.com/2024/11/18/second-circuits-metabirkin-dilemma-constitutionally-protected-artistic-expression-trademark-misappropriation/id=183288/>.

¹⁰⁰ Lapatoura da buna işaret etmektedir. Sadece fiziki mal ve hizmet sınıfları bakımından tescil edilmiş bir marka, tanınmış ise, tanınmış marka korumasının farklı mal ve hizmetleri de kapsaması, sulandırmaya karşı koruma öngörmesi bu markaların sanal mal ve hizmetler bakımından kullanılmasına karşı daha güçlü bir argüman olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Ioanna Lapatoura, “Fashion beyond physical space: NFTs & intellectual property challenges in the metaverse,” *Entertainment Law Review* 33, 6 (2022): 201.

¹⁰¹ Draheim ve Shulze, “Trademark infringement through NFTs - Intellectual property enforcement in the virtual world”.

Nike v. StockX davası ise fiziki ürün ve NFT arasındaki ilişkinin sorgulanmasına neden olacak bir davadır. Fiziki ürünle de bağlantılı olan NFT'lerin kendilerinin de ayrıca bir değere sahip olduğunu göstermekte ve tükenme ilkesi bakımından dikkat çekici değerlendirmeler yapılmaktadır¹⁰².

Bu kapsamda değinilmesi gereken son husus metaverse platformlarının hali hazırda Amerikan kökenli olmasıdır. Bu durumda ihlal teşkil eden bir kullanım söz konusunda olduğunda, marka veya tasarımın Amerika'da korunuyor olması gerekir gerekmediği de önem arz edecektir¹⁰³.

C. Metaverse ve Tasarım Hukuku

1. Tasarım ve Ürün Tanımı

Metaverse ve tasarım hukuku bakımından akla gelece ilk konu sanal tasarımların ve dijital tasarımların korumadan ne ölçüde yararlanabileceğidir. Dijital tasarımlar; yazılımlar kullanılarak meydana getirilmektedir. Objelerin, bilgisayar ekranı gibi bir görüntüleme birimi aracılığıyla yansıtılabilen ve grafik olarak temsil edilebilen dijital illüstrasyonlardır. Bunlar iki boyutlu olabileceği gibi üç boyutlu da olabilir, hatta CAD dosyası da olabilir¹⁰⁴. Bu dijital veya sanal tasarımlar ne ölçüde tescil edilebilecektir? Gerek grafik kullanıcı arayüzlerinin (GUI), gerek ikonların, anime tasarımların, hologramların tescili uzun zamandır tartışılmaktadır. Bu tartışmaların altında yatan temel neden "ürün" tanımından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda ürün kavramı sadece maddi varlığı olan, fiziki ürünleri mi kapsamaktadır? Fiziki ürünlere uygulanmayan grafik kullanıcı ara yüzleri, ikonlar yahut sanal tasarımlar korunabilir mi?

WIPO nezdinde yürütülen çalışma sonrasında grafik kullanıcı ara yüzlerinin ve ikonların üye devletlerde bir şekilde korunduğu görülmektedir¹⁰⁵. Ancak bu korumanın kapsamı yahut tescil koşullarına ilişkin farklı uygulamalar bulunmaktadır. Dijital tasarımlar bakımından durum ne olacaktır?

¹⁰² Murray, "Trademarks, NFTs, and the Law of the Metaverse," 10.

¹⁰³ Özbek ve Ünsal, "Metaverse'ün Fikri ve Sınai Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi: Metaverse, Marka Ve Telif Hakları," 68.

¹⁰⁴ Mikko Antikainen, "Differences in Immaterial Details: Dimensional Conversion and Its Implications for Protecting Digital Designs Under EU Design Law," *IIC* 52 (2021), 141.

¹⁰⁵ "Compilation of the Returns to the Second Questionnaire on Graphical User Interface (GUI), Icon and Typeface/Type font Designs," WIPO, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024 https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=533140.

USPTO, 21 Aralık 2020 tarihinde dijital tasarımların korunmasına ilişkin revizyon gerekip gerekmediği konusunda kamuoyu görüşüne başvurmuştur. USPTO'nun hologramlar ve sanal gerçeklik görüntüleri gibi bilgisayar tarafından oluşturulan görüntülerin korunmasına yönelik yaklaşımını genişletmesi beklenirken, bunun yerine, 17 Kasım 2023 tarihinde kılavuza eklenen yeni bölüm bir ekran panelinde gösterilen bilgisayar ikonları ve GUI'ler için mevcut inceleme prosedürlerini daha netleştirmeye odaklanmıştır¹⁰⁶.

Topluluk Tasarım Tüzüğü md. 3(b)'de ürün tanımlanmıştır. Bu tanımda, bilgisayar programları hariç tutulmuş ancak grafik semboller dahil edilmiştir¹⁰⁷. Buradan yola çıkarak EUIPO, ekran görüntülerini, bilgisayar ikonlarını, GUI'leri ve bilgisayar programlarının diğer görünür unsurlarını Locarno Sınıfı 14-04 bağlamında tescil etmektedir¹⁰⁸. Statik veya dinamik ikonlar, anime karakterler, hologramlar, bilgisayar görüntüleri veya ekran görüntüleri, video oyunları, sanal ara yüzler, ses kullanıcı ara yüzleri, sanal alan tasarımları EUIPO nezdinde tasarım olarak tescil edilebilmektedir. Ancak yine de EUIPO uzmanları "elle veya endüstriyel yolla üretilen herhangi bir nesne" ifadesinin dijital tasarımlar ve sanal tasarımları kapsayıp kapsamadığı konusundaki endişelerini ifade etmektedir. Bu nedenle Tasarım reformunda tasarım ve ürün terimlerinin yeniden tanımlanması gerekliliğine işaret etmektedirler¹⁰⁹. Zira tasarım ve ürün tanımlarının ne ölçüde genişleyebileceği konusunda literatürde de tartışmalar bulunmaktadır. Örneğin dinamik tasarımların, "görünüm" teriminin kapsamı dışında kaldığına ilişkin görüşler bulunmaktadır¹¹⁰.

¹⁰⁶ John L. Hemmer ve Sandhal Olds, "USPTO Provides Guidance for Design Patent Applications Directed to Computer-Generated Electronic Images," Morgan Lewis, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.morganlewis.com/pubs/2023/12/uspto-provides-guidance-for-design-patent-applications-directed-to-computer-generated-electronic-images>.

¹⁰⁷ Antikainen, "Differences in Immaterial Details: Dimensional Conversion and Its Implications for Protecting Digital Designs Under EU Design Law," 141.

¹⁰⁸ "Design Guideline 20024 4.3.1.," EUIPO, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://guidelines.euipo.europa.eu/2213908/1926295/designs-guidelines/4-1-3-icongraphic-user-interfaces-and-the-like>.

¹⁰⁹ Kelly Bennet ve Tom Clark, "Trade marks and designs in the metaverse: legal aspects/EUIPO practice," EUIPO, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://euipo.europa.eu/knowledge/course/view.php?id=4763>.

¹¹⁰ Görüşler için bkz. Antikainen, "Differences in Immaterial Details: Dimensional Conversion and Its Implications for Protecting Digital Designs Under EU Design Law," 147.

18.11.2024 tarihli AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanan reform paketiyle hem yeni bir Tasarım Tüzüğü hem de yeni bir tasarım Direktifi kabul edilmiştir. Tasarım mevzuatında önemli değişiklikler yapan bu reform, metaverse bakımından da oldukça önemli sonuçlar doğurmaktadır. Reformun amaçlarından biri şüphesiz tasarım korumasını günümüz ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde modernize etmektir. Yukarıda da ifade edildiği üzere hali hazırda dijital tasarımlar 14-04 ekran görüntüleri ve ikonlar sınıfında tescil edilmektedir. Gelişen teknoloji ile birlikte tasarımların görüntülendiği ortamlar ve tasarımların meydana getiriliş biçimleri değişmiştir. Artık tasarımlar sanal veya artırılmış gerçeklik ortamlarında, mevcut olan yahut gözlüklerde veya duvarlarda görüntülenmektedir. Bu tasarımlar görünmez olabilmekte, dönüşebilmekte veya tasarımların animesi yapılabilmektedir. Aynı zamanda kullanıcıların eylemlerine karşı tepki de verebilmektedir. Bunlar herhangi bir yere, havaya, duvara, yüzeye yansıtılabilmektedir¹¹¹.

Tasarım reformunun ele alındığı webinarlarda verilen örnek durumu net bir şekilde ortaya koymaktadır. Ürünler sanal ortama taşındığı andan itibaren işler değişmektedir. Vogue Singapur NFT koleksiyonunda yer alan canlı vazoların bir tanesinin de tam olarak bunu karşılar niteliktedir. Gün doğumuyla birlikte vazonun biçimini veren çiçek tomurcukları büyümekte, vazonun biçimini almakta ve güneş batarken bu çiçekler yok olmaktadır. Artık sıradan bir vazoların görünümünden söz etmek mümkün değildir. Buradaki tasarım fiziki bir vazoların görünüm biçimi değildir. Bu tasarım tomurcukları büyüyen çiçekler ve güneşin batışı ile birlikte kapanan ve yok olan çiçeklerden oluşan bir döngüdür¹¹². Bu tasarımı iki açıdan değerlendirmek gerekir. Bu tasarım, Topluluk Tasarımı Mevzuatından tanımlanan tasarım ve ürün tanımlarını karşılamakta mıdır? Dijital ortamlardaki tasarımlar konusunda mevzuat sessiz kalmıştır. Hali hazırda dinamik tasarımların görseller kullanılarak tescil ettirilmesi mümkündür¹¹³. Ancak tasarımın kapsamının tamamının görseller ile yansıtılması hele ki 7 statik görsel ile yansıtılması çok olası

¹¹¹ Gailé Sakalaite, "EU Design Legislative Reform," *EUIPO*, Son Erişim Tarihi: 19 Kasım 2024, <https://euiipo.europa.eu/knowledge/course/view.php?id=5213>.

¹¹² "Living Vase 01," *Vogue Singapore NFT Collection*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://opensea.io/assets/ethereum/0xa88209d0f1d772f5bba488a2e4bbb13921056a8b/8>.

¹¹³ Joerg Sosna, "EU Design Law Reform: Modernizing for the Digital Age (Update 2024)," *Lexology* (21 Mayıs 2024), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=86a97f76-986b-4f66-bb69-2463361e6b15>.

gözükmemektedir. Bir örnek de sanal ortamlardan verilmiştir. Fiziki varlığı olmayan tamamen sanal tasarımlar korunabilir mi? Tescilleri yapılmakla birlikte, mevzuattaki tanımlara da uyum konusunda endişeler bulunmaktadır. Keza sanal alanlar bakımından da benzer sorunlar söz konusudur. EUIPO Metaverse'in marka hukuku ve tasarım hukukuna etkilerini ele aldığı ilk webinarında tüm bu tasarımların tescil edildiğini/edilebileceğini ifade etmiştir. EUIPO'nun bu tasarımları tescil ettiği belirtilmiştir. Ancak ürün tanımına uygunluk konusunda tereddütler de bulunmaktadır. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurularak AB Tasarım Tüzüğü ve Direktifi'nde yeni bir ürün tanımı benimsenmiştir. 2024/2822 sayılı Council Regulation (EC) No 200 Topluluk Tasarımı Konsey Tüzüğünü Değiştiren ve 2246/2002 sayılı Komisyon Tüzüğünü İlgâ eden Tüzük m.3/1 ve 2 ile 2024/72823 sayılı Tasarımların Hukuki Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Direktifi m.2 /3 ve 4 uyarınca;

“tasarım”; ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin “hareket, geçişlilik veya tasarımın özelliklerin herhangi bir animasyonu da” dahil olmak üzere çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümüdür.

“ürün” bilgisayar programı dışında fiziki bir objede teşekkül edip etmediğine veya fiziki olmayan bir formda somutlaşıp somutlaşmadığına bakılmaksızın

a) Ambalajları, ürün setlerini, içsel veya dışsal bir mekan oluşturmak için nesnelerin özel bir şekilde bir araya getirilmesini ve birleşik ürüne eklenmek amacı taşıyan parçalar

b) grafik eserler veya semboller, logolar, yüzey desenleri, tipografik karakterler ve grafik kullanıcı ara yüzlerini

içeren herhangi bir şekilde elle veya endüstriyel yolla üretilen nesne anlamına gelir”.

Buradaki değişiklikler tasarımın tanımına, hareketliliğin, geçişin ya da animasyonun dahil edilmesidir. Hareketten, geçişlilikten ve animasyondan kaynaklanan görünüm özelliklerinin korunması konusunda bir açıklık getirilmiştir. Bu tanım sayesinde artık ürünün fiziki bir formunun bulunması gerekip gerekmediği tartışmaları nihayete ermiştir. Ayrıca örnekler de genişletilmiştir.

AB hukukundaki tüm bu değişiklikler metaverse ortamındaki tasarımlar için oldukça avantajlıdır. Ancak uygulamada özellikle aynı veya benzer ürünleri statik ve dinamik tasarımı arasındaki ilişkinin özellikle yenilik ve ayırt edicilik unsurları bakımından nasıl değerlendirileceğinin açık olmadığı dile getirilmektedir¹¹⁴.

Türk hukukunun tüm bu gelişmeleri takip edip etmeyeceği hali hazırda bilinmemektedir. Ancak ürün ve tasarım tanımlarının Reform öncesi Topluluk Tasarım ve Tüzüğü tanımları ile uyumlu olduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır.

2. Görsel Anlatım ve Ürün Sınıfı

AB hukukunda tasarım kavramının genişlemesiyle birlikte görsel anlatım konusundaki kurallar da değişecektir. Zira EUIPO'nun mevcut kurallarına göre görsel anlatım; çizimler, fotoğraflar, bilgisayar aracılığıyla görsel anlatımlardan oluşmaktadır. Ancak bu görseller sadece statik olabilir ve en fazla 7 görsel kullanılmasına izin verilmektedir. 7 statik görsel ile hareketli bir tasarımın ya da metaverse ortamındaki bir tasarımın anlatılabilmesi oldukça güç gözükmektedir. Her ne kadar üç boyutlu anime tasarımların sunulmasına izin verilse de bunlar sadece referans amacıyla kullanılacak, tasarımın koruma kapsamını belirlemeyecektir. Benzer bir şekilde tarifname de koruma kapsamının genişletmemektedir. Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda, EUIPO görsel anlatım kurallarının değişmesine hazırlanmaktadır.

1 Ocak 2023 yılında yürürlüğe giren Locarno sınıflandırmasının 14. versiyonunda 14-04 sınıfına ekran görüntüleri için artırılmış gerçeklik grafik kullanıcı ara yüzünün eklendiği görülmektedir. (Locarno Sınıflandırması, 2023). Bunun dışında EUIPO Ağustos 2022'de bir not yayımlayarak üç boyutlu tasarım başvurularına ilişkin bir açıklamada bulunmuştur. Bu açıklamaya göre sadece metaverse'de yani sanal ortamda kullanılacak olsa bile üç boyutlu tasarımın ilişkili olduğu fiziki ürünün belirtilmesi gerekmektedir¹¹⁵. EUIPO tarafından verilen webinarlarda metaverse'de

¹¹⁴ Anna-Carina Salger, "Design law in transformation: The most important innovations of the EU reform and their implications," *Lexology*, Son Erişim Tarihi: 19 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=32957ceb-e4ca-47ea-850a-5a1c02354923>.

¹¹⁵ "Designs for virtual environments," *EUIPO*, Son Erişim Tarihi: 19 Kasım 2024, <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/web/guest/news-newsflash/>

kullanılacak bir 3D çanta yahut 3D ayakkabı tasarımı için 14-04 sınıfının uygun olmadığı ifade edilmiştir. Bu noktada sınıflandırma sisteminin asıl işlevinin tasarım araştırmasını kolaylaştırmak olduğu unutulmamalıdır. İşte bu nedenle EUIPO uzmanları sanal dünyada kullanılacak olan tasarımların hem fiziki dünyadaki karşılığı olan sınıflarda hem de söz konusu sanallığı ifade eden bir sınıfta tescil edilmeleri önerisinde bulunmaktadır. 3D çanta tasarımı örneğinden ilerleyecek olursak bu tasarımların hem el çantaları sınıfında hem de grafik sembol yahut 14-04 sınıfında tescil edilmesi önerilmektedir. Hem gerçek hem sanal ortamda kullanılacak tasarımlar bakımından aynı durum söz konusudur. Fiziki varlığı bulunan bir ürüne 3D tasarımın uygulanması halinde artık tasarımın sanallığının belirtilmesine gerek yoktur. Tasarımın uygulanacağı fiziki ürün sınıfının tercih edilmesi yeterlidir¹¹⁶.

3. Metaverse Ortamında Tasarım Hukukuna İlişkin Doğacak Sair Sorunlar

Korunmakta olan tasarımların metaverse’te kullanımları, CDR m.19 anlamında kullanım olarak kabul edilecek midir? Tasarım hakkı sahibine, üçüncü kişilerin onun tasarımını kullanmalarını engelleme hakkı tanınmaktadır. Fiziki varlığı bulunmayan dijital tasarımların metaverse ortamında kullanımını kullanımı kapsamakta mıdır? Bu konuda EUIPO, CDR m.19’da belirtilen kullanma biçimlerinin örnek kabilinden sayıldığını ifade etmektedir. Dolayısıyla kullanım biçimleri sadece madde hükmünde sayılan fiiller ile sınırlı değildir. Bir tasarımın metaverse ortamında kullanımı da kullanım olarak kabul edilecektir¹¹⁷. Tasarım Reformunda bu konu da dikkate alınmıştır. Tüzük m.19’a bir bent daha eklenmiş ve tasarım hakkı sahibinin,

/asset_publisher/JLOyNNwVxGDF/content/id/13511737?_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_JLOyNNwVxGDF_redirect=https%3A%2F%2Fuiipo.europa.eu%2Fohimportal%2Fen%2Fweb%2Fguest%2Fnews-newsflash%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_JLOyNNwVxGDF%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_JLOyNNwVxGDF_cur%3D0%26_r_p_resetCur%3Dfalse%26_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_JLOyNNwVxGDF_assetEntryId%3D13511737.

¹¹⁶ Bennet ve Clark, “Trade marks and designs in the metaverse: legal aspects/EUIPO practice”.

¹¹⁷ Bennet ve Clark, “Trade marks and designs in the metaverse: legal aspects/EUIPO practice”.

üçüncü kişilerin, tasarımın dahil edildiği yahut uygulandığı ürünü yapmak, satışını teklif etmek, piyasaya sunmak veya kullanmak amacıyla tasarımının yaratılmasını, indirilmesini, kopyalanmasını ve tasarımı kaydeden herhangi araç yahut yazılımın dağıtılmasını veya paylaşılmasını engelleyebileceği açık bir biçimde düzenlenmiştir.

Metaverse ortamında sunma, kamuya sunma olarak değerlendirilebilecek midir? Bu sorun özellikle tescilsiz tasarımları düzenleyen CDR m.11/2 bakımından gündeme getirilmiştir. M.11/2 uyarınca kamuya sunma; yayım, sergileme, ticaret sırasında kullanım veya diğer şekillerde açıklama olarak düzenlenmiştir. Kamuya açıklama tescilsiz tasarımlar bakımından önemlidir, zira tescilsiz tasarımların korunması kamuya açıklanmalarına bağlıdır. Peki, metaverse ortamında bir kullanım, kamuya açıklama sayılacak mıdır ve dolayısıyla tescilsiz tasarım koruması başlayacak mıdır? Bu noktada yine AB Tasarım Reformundan söz etmek gerekmektedir. Zira Topluluk Tüzük m.110 (5) uyarınca tescilsiz bir tasarım ilk önce AB Topluluğu topraklarında kamuya sunulmazsa, Topluluk tescilsiz tasarım korumasından yararlanamayacaktır. Aslında bu hükmün amacı bir tasarımın AB üyeliğinden önce bir ülkede kamuya sunulması ve bu ülkenin AB üyesi olması sonrasında tescilsiz koruma kapsamını düzenleyebilmektir. Ancak bu hüküm üye devletler arasında farklı uygulamalara yol açmıştır. Hem tescilsiz tasarım korumasına açıklık getirmek hem de Brexit sonrası AB tasarım korumasını düzenleyebilmek amacıyla söz konusu hükme AB Tüzüğü'nde yer verilmemiştir. Bu tercihte Brexit oldukça etkili olmuştur. Zira tasarımın önce İngiltere'de açıklanması durumunda, İngiltere artık AB üyesi olmadığından, bu tasarımlar tescilsiz tasarım korumasından yararlanmayacaktır. Bu da önce İngiltere'de kamuya açıklanan tescilsiz tasarımların AB korumasından yararlanmayacağı anlamına gelmektedir¹¹⁸. O halde kamuya açıklama açısından konu bakımından önem arz eden husus metaverse ortamındaki kamuya açıklamaların, ilgili çevrelerce biliniyor kabul edilip edilmeyeceği noktasında toplanacaktır.

¹¹⁸ Anastasia Kyrlylenko, "Design reform reaches its finale: it is now Regulation (EU) 2024/2822 and Directive (EU) 2024/2823," *IPKat*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, [https://ipkitten.blogspot.com/2024/11/design-reform-reaches-its-finale-it-is.html#:~:text=Regulation%20\(EU\)%202024%2F2822%20will%20be%20applicabl e%20from%201,\(EU\)%202024%2F2823](https://ipkitten.blogspot.com/2024/11/design-reform-reaches-its-finale-it-is.html#:~:text=Regulation%20(EU)%202024%2F2822%20will%20be%20applicabl e%20from%201,(EU)%202024%2F2823).

VII. Metaverse ve Telif Hakları

Telif hakları bakımından da konunun çok fazla boyutu bulunmaktadır. Bu anlamda özellikle NFT'leri telif hakları bakımından ele alan çok sayıda çalışma olduğu görülmektedir¹¹⁹. Ancak şunu da kabul etmek gerekir ki bu çalışmalar daha ziyade telif haklarına ilişkin genel soru ve sorunları tespit etmektedir. Alandaki ilk ve öncü çalışmalar olarak oldukça önem arz etmektedirler.

Metaverse özelinde telif hakların ilişkin sorunlardan biri hiç şüphesiz avatarlar üzerindeki hak sahipliğidir. Sanal evrende avatarların yaratımında kullanıcıların rolü de bulunmaktadır. Bu katkı kullanıcıların avatarlar üzerinde hak sahipliği iddia etmelerini sağlayacak mıdır? Kullanıcı katkısının niteliği avatar yaratma noktasında toplanabileceği gibi avatar geliştirme noktasında da toplanabilmektedir. Kısaca, avatarlar ve avatarların telif hakkı sahipliği literatürde ele alınan sorunlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁰.

Avatarın dışında da metaverse'deki içeriklerin birlikte geliştirilmesi söz konusu olacaktır. Bu noktada da eser sahibinin veya hak sahibinin kim olacağı sorusu gündeme gelecektir¹²¹. Hali hazırda online oyun sağlayıcılarının kullanım koşulları incelendiğinde, oyun sırasında geliştirilen ve telif haklarını korunabilecek tüm ifade biçimleri üzerindeki telif hakkı sahibinin bu platformlar olarak belirlendiği görülmektedir. Bu hükmün Türk hukuku bakımından geçerliği tartışmasını bir kenara bıraksak bile bu yaklaşımın metaverse'te aynen uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna yanıt aramak gerekmektedir. Farklı metaverse'ler arasında geçişlilik olabileceği göz önünde bulundurulduğunda bu yaklaşımın metaverse'ler bakımından uygulanabilirliğinde sıkıntılar olacaktır. Bazı web sitelerinin hali hazırda birden fazla uygulamada ve sitede kullanılacak platformlar arası geçişliliği olan avatarların yaratılmasına izin verdiği düşünüldüğünde bu soru daha da önem kazanacaktır. Tabii bu noktada unutulmaması gereken bir husus

¹¹⁹ Bu çalışmalar için bkz. Arzu Oğuz, Pınar Çağlayan Aksoy ve Zehra Özkan Üner, *NFT Fikri Haklar Çerçevesinde Bir Değerlendirmesi*, 120 vd.

¹²⁰ Merve Ayşegül Kulular İbrahim, "Metaverse Avatarlarının Telif Hakkı," *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, 2 (2022): 540 vd.

¹²¹ Nanobashvili, "If the Metaverse is built, will copyright challenges come?," 237-238; Chiara D'Onofrio ve Giulia Gialletti, "Copyright and the metaverse: What will become of copyright law?," içinde *Metaverse: business opportunities and legal challenges.*, ed. DLA Piper IPT Team – Italy (2022): 4.

bulunmaktadır: Platform geliştiricileri açık bir menfaat elde etmedikçe avatarların serbest dolaşımına yatırım yapmak istemeyecektir. Onların çabası ve girişimi olmadan da avatarların serbest dolaşımından söz etmek olası gözükmemektedir. Sıkıntı sadece avatarların metaverse'ler arasındaki geçişliliğinden kaynaklanmamaktadır. Metaverse'de kullanıcıların rolü ne olmalı sorusu bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Kullanıcılar yaşayacakları bu yeni dünyanın oluşturulmasında rol almak isteyeceklerdir. Rol aldıkları kendi içeriklerini oluşturdukları ölçüde de metaverse'le daha fazla ilişkiye girecektir. Kullanıcıların yeni objeler yaratmaları, değer katmaları, yaratım sürecine katılmalarına izin verilmesi durumunda da, ortaya çıkanların korunmaya değer bir fikri ürün olup olmadığı ve hak sahibinin kim olduğu sorularını doğuracaktır¹²².

Hali hazırda birden fazla metaverse olduğuna daha önce de yer verilmiştir. Ancak metaverse'e ilişkin beklentilerden biri bu metaverse'ler arasında bir geçişliliğin sağlanmasıdır. Metaverse gelişmekte olan bir teknolojidir. Bu kapsamda öncü davranan şirket, korumadan yararlanacaktır. Metaverse'e girmek isteyen ve bu öncü şirketin yazılımını kullanmak veya bu yazılımı geliştirmek isteyen şirketler telif bedeli ödeyeceklerdir. Bu zaten öngörülebilir bir gerçektir. Ama metaverse'ler arasında geçişliliğin sağlanabilmesi için mevcut metaverseler arasında bilgi ve süreç akışının sağlanması gerekmektedir. Bu teknolojiyi geliştirmek için diğer metaverse yazılım bileşenlerini ne ölçüde izinsiz kullanabilecekleri konusunun netleştirilmesi alana ilişkin öncelikli meselelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır¹²³. Bu sorunu ortadan kaldırmaya yönelik çabalardan biri metaverse standartları oluşturma ve açıklıktır. Bu noktada Metaverse Standartları Forumu'na değinmek gerekmektedir. Her ne kadar bu forumun amacı standartları oluşturmak değilse de, metaverse'ün oluşturulmasında gerekli standartların oluşturulması ve geliştirilmesi için raporlar, kullanım senaryoları, iyi uygulamalar vb. bilgi üretmektir¹²⁴. Ikea'dan, Huawei'ye, Samsung'dan Google'a binlerce üyesi olan bu forum aktif bir şekilde çalışmaya devam etmektedir¹²⁵.

¹²² Nanobashvili, "If the Metaverse is built, will copyright challenges come?," 237-238;

¹²³ D'Onofrio ve Giulia Gialletti, "Copyright and the metaverse: What will become of copyright law," 5;

¹²⁴ "Join the Forum," Metaverse Standards Forum, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://metaverse-standards.org/members/list/>.

¹²⁵ "Principal & Participant Members," Metaverse Standards Forum, Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2024, <https://metaverse-standards.org/members/list/>.

Telif hakları bakımından gündeme gelecek bir başka sorun ise şüphesiz gerçek dünyanın replikası olan metaverse'lerin ne ölçüde panorama serbestisinden yararlanacağıdır¹²⁶. Panorama serbestisi ulusal hukuklarda çok farklı şekillerde düzenlenmiştir. Türk hukuku gibi bazı ulusal hukuk düzenleri bu serbestiyi benimsemiş, Fransız hukuku gibi bazı hukuk düzenleri yakın zamanda böyle bir serbesti kabul etmiş, bazı hukuk düzenleri eserler arasında ayırım yapmış, bazıları serbestiden yararlanabilmeyi ticari olmayan kullanımlar ile sınırlı tutmuştur¹²⁷. Sonuç itibarıyla hali hazırda parçalanmış bir görünüm arz eden panorama serbestisinden metaverse'de yararlanılabilecek midir sorusuna yanıt aramak gerekmektedir. Serbesti yaygın bir serbesti haline dönüştürülmeli midir? Yoksa tam aksine metaverse kullanımı karşısında serbesti yeniden gözden mi geçirilmelidir?

Literatürde panorama serbestisi dile getirilmiş olsa da, bu anlamda gündeme gelecek tek serbesti bu olmayacaktır. Örneğin metaverse'ün etkili olacağı sektörlerden birinin eğitim sektörü olacağı daha önce belirtilmiştir. Çevrimiçi eğitime geçilmesiyle birlikte sadece yüzyüze eğitimi kapsayan temsil serbestisinin gözden geçirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Zira bu serbesti hali hazırda, günün koşullarını sağlamaktan uzaktır. Bu serbestinin çevrimiçi ortamlar bakımından geçerli olacak şekilde gözden geçirilmesi gerektiği gündeme gelmiş, ancak bu çabalar başarı ile sonuçlanamamıştır¹²⁸. Peki temsil serbestisinin çevrimiçi ortamda geçerli olması gerektiği düşüncesi¹²⁹, metaverse için de savunulabilir mi? Başka bir ifadeyle, telif haklarının korunmakta olan bir eserden eğitim amacıyla metaverse ortamında yararlanılması durumunda hak ve menfaat dengesi, sahibinden izin alınmaksızın eserden yararlanılmasını meşru kılmakta mıdır sorusunun da

¹²⁶ Kaulartz ve Schmid, "Legal advice in the metaverse".

¹²⁷ Zehra Özkan, "Karşılaştırmalı Hukukta Panorama Serbestisi Tebliğ Özeti." *Asos Kongress Uluslararası Hukuk Sempozyumu*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, http://kayit.asoscongress.com/files/Hukuk_Ozet_kitapçigi.pdf.

¹²⁸ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı 10uncu maddeyle FSEK m.33'te düzenlenen temsil serbestisine uzaktan eğitim eklenmiş ancak Tasarı kanunlaşmamıştır. "5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı," Egeli Law Office, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.egelilawoffice.com/wp-content/uploads/2017/07/5846-SAYILI-FIKIR-VE-SANAT-ESERLERI-KANUNUNDA-DEGISIKLIK-YAPILMASINA-ILISKIN-KANUN-TASARISI.pdf>.

¹²⁹ Bu görüş literatürde Kaya tarafından savunulmaktadır. Yazara göre hüküm geniş yorumlanmalı ve uzaktan eğitime kapsar şekilde yorumlanmalıdır. Arslan Kaya, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Dersleri -1-* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024): 245.

yanıtlanması gerekecektir. Temsil serbestisi sadece örnek olarak verilmiştir. Metaverse ortamı sadece telif hakkına konu eserler için yeni dağıtım kanalları ortaya koymamaktadır, mevcut eserlerden yararlanma biçimini de değiştirmektedir. Hal böyle olunca bu yararlanma biçimleri karşısında hak ve menfaat dengesinin tesis edilip edilmediği konusunun yeniden gözden geçirilmesi gerekecektir.

Metaverse'ün kullanım alanlarından birinin eğlence sektörü olduğunu ve bu kapsamda metaverse'de konserlerin ve diğer etkinliklerin düzenlendiğini ifade etmiştik. Dolayısıyla metaverse aslında telif hakkı korumasından yararlanan eserler için yeni bir dağıtım kanalı oluşturmuştur. Fiziki bir ortamda veya çevrimiçi düzenlenen bir konser ile metaverse'de düzenlenen bir konseri eş tutmak mümkün değildir. Metaverse'ün her iki ortamdan da farklılıkları bulunmaktadır. Bu platform kapalı bir platform olacaktır. İçeriği önceden onaylanmış eserleri, sadece yetkili kişiler izleyebilecektir. Kısacası, metaverse konserleri ne fiziki konserlerle ne de çevrimiçi bir konserle karşılaştırılmalıdır. Metaverse ortamının özellikleri tespit edilerek, değerlendirilerek lisans sözleşmelerinin koşulları gözden geçirilmelidir¹³⁰. Bu noktada Roblox ve Ulusal Müzik Yayıncıları Birliği arasındaki uyuşmazlığa da değinilmesi gerekmektedir. Her ne kadar bu uyuşmazlık sulh ile sonuçlanmış olsa da, müzik eserlerinin metaverse'de kullanımı ve dolayısıyla yeni bir dağıtım aracı olarak kabulü bakımından önem arz etmektedir¹³¹

Telif hakkı ihlalleri ve ihlallerinden kimlerin sorumlu olacağı konusu tüm teknolojilerde olduğu gibi metaverse bakımından da gündeme gelmiştir. Web 2.0'da, kullanıcı tarafından içerik yaratılıp paylaşılabilmesi karşısında özellikle çevrimiçi içerik paylaşım hizmeti sağlayıcılarının (ÇİPHS) sorumluluğu konusu tamamen çözülememiştir. AB Dijital Tek Pazar Direktifinde ÇİPHS'lerin sorumluluğunu düzenleyen m.17 ve bu maddenin ulusal hukuklara aktarılışındaki farklılıklar üzerindeki tartışmalar hala devam etmektedir. Avrupa'da bu tartışmalar devam ederken, internet servis sağlayıcılarının sorumluluğu bakımından öngörülen güvenli liman ve

¹³⁰ D'Onofrio ve Giulia Gialletti, "Copyright and the metaverse: What will become of copyright law," 5; Beckett Cantley ve Geoffrey Dietrich, "The Metaverse: A Virtual World with Real World Legal Consequences," *Rutgers computer & technology law journal* 49 (2022): 8-9; Özbek ve Ünsal, "Metaverse'ün Fikri ve Sınai Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi: Metaverse, Marka Ve Telif Hakları," 72-74.

¹³¹ Cantley ve Geoffrey Dietrich, "The Metaverse: A Virtual World with Real World Legal Consequences," 8.

uyar/kaldır sisteminin ne ölçüde etkili olduğu sorusu gündemi meşgul etmektedir. Sonuç itibarıyla telif hakkı ihlalini önlemek için metaverse platformlarının çeşitli mekanizmalar kullanmaları zorunlu kılınmalı mıdır? Avrupa hukuku bakımından ele aldığımızda ise metaverse platformları ÇİPHS olarak değerlendirilip m.17 kapsamına girecek mi sorusuna yanıt aranmalıdır. Bu sorumluluğun metaverse platformları bakımından da uygulanması gerekliliğinin savunulduğu görülmektedir¹³².

VIII. Sonuç

Metaverse'ün fikri ürünlerin kullanım alanlarını değiştirdiği/değiştireceği aşikardır. Fikri ürün tüketicilerine şimdiye kadar yaşanmayan farklı bir deneyim yaşatacağı da kesindir. Yeni iş modelleri ve yeni dağıtım kanallarını da doğuracaktır. Tüm bunlar karşısında hukuk nasıl bir yol izlemelidir? Kanunların yapıldığı dönemde tüm bu gelişmelerin yaşanacağını öngörülmesi mümkün değildi. Hatta bunu biraz daha geriye götürürsek Paris Sözleşmesi'nin yapıldığı 1883, Bern Sözleşmesi'nin yapıldığı 1886 yıllarındaki koşullar ile günümüzün karşılaştırılması mümkün değildir. Ancak günümüze de birdenbire gelinmemiştir. Günümüze kadar geçen bu süreçte, her bir teknoloji karşısında, mevcut kuralların gözden geçirilmesi gerekmiştir. Nasıl önce radyo, ardından televizyon, ardından web 1.0 ve web 2.0'da bu gözden geçirme yapılarak, fikri mülkiyet haklarının etkin bir şekilde korunmasına ilişkin çeşitli soru ve sorunlara cevap arandıysa, web 3.0, blokzinciri, NFT'ler ve metaverse gelişmelerinde de bu gözden geçirme yapılacaktır.

Önceleri sadece fiziki varlığı olan mal veya hizmetler söz konusu iken bu teknolojilerle birlikte sanal mallar, hizmetler ve tasarımlar gündeme gelmiştir. Bunların fiziki dünyada karşılığı olmak zorunda değildir ancak karşılığı da olabilir. Günümüzde artık fiziksel dünya ile dijital/sanal evren çok daha fazla etkileşim içerisindedir. Hatta Türkçe'ye fijital olarak da tercüme edilen phygital kelimesi doğmuştur. Tüm bu hususlar özellikle marka ve tasarım hukukunda ele alınması gereken sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında avatarlar, sınırsızlık, kullanıcılar tarafından yaratılan içerikler ve elbette NFT'ler telif hakları bakımından yeniden değerlendirilmesi gereken sorunlardır. Tüm bunların yanı sıra fiziki dünyada öngörülen sınırlamaların metaverse ortamında hangi kapsamda uygulanacağı da bir

¹³² D'Onofrio ve Giulia Gialletti, "Copyright and the metaverse: What will become of copyright law," 5.

başka sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmayla gelişmekte olan teknolojilerden metaverse'ün fikri mülkiyet hukukuna yansımaları ele alınmış, fikri mülkiyet hukuku bakımından doğurduğu/doğurabileceği sorunlar tespit edilmiş, yargı kararlarına yer verilerek özellikle AB hukukunda bu sorunlar kapsamında alınan aksiyonlar incelenmiştir.

Kaynakça

- Alfieri, Annamaria ve Tamara D'Angeli, "Meta-trademarks for a meta-world: The balance between old and new trademark applications" içinde *Metaverse: business opportunities and legal challenges*, ed. DLA Piper IPT Team – Italy (2022):7-10.
- Antikainen, Mikko. "Differences in Immaterial Details: Dimensional Conversion and Its Implications for Protecting Digital Designs Under EU Design Law," *IIC* 52, (2021), 137–168.
- Arguijo, Verónica Rodríguez. "EUIPO on trade marks and designs in the metaverse," *IPKat* (26 Eylül 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://ipkitten.blogspot.com/2022/09/euipo-on-trade-marks-and-designs-in.html>.
- Aydın, Emre. "Tekstil Sektörü de Metaverse'e Dahil Oldu! Türk Tekstildcilerden Önemli Hamle," *Cointürk*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://cointurk.com/tekstil-sektoru-de-metaversee-dahil-oldu-turk-tekstildcilerden-onemli-hamle>.
- Ball, Matthew. *The Metaverse*, (New York: Liveright Publishing Corporation, 2022).
- Bennet, Kelly ve Tom Clark, "Trade marks and designs in the metaverse: legal aspects/EUIPO practice," EUIPO, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://euipo.europa.eu/knowledge/course/view.php?id=4763>.
- Biby, Gina. "The Second Circuit's Metabirkin Dilemma: Constitutionally Protected Artistic Expression or Trademark Misappropriation?," *IPwatchdog* (18 Kasım 2024), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://ipwatchdog.com/2024/11/18/second-circuits-metabirkin-dilemma-constitutionally-protected-artistic-expression-trademark-misappropriation/id=183288/>.
- Cantley, Beckett ve Geoffrey Dietrich, "The Metaverse: A Virtual World with Real World Legal Consequences," *Rutgers computer & technology law journal* 49 (2022):1-25.
- "Compilation of the Returns to the Second Questionnaire on Graphical User Interface (GUI), Icon and Typeface/Type font Designs," *WIPO*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024 https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=533140.

- Cottriss, David. "The Metaverse Economy: Which Industries and Sectors of the Economy Will the Metaverse Disrupt?," *Nasdaq*, Son erişim Tarihi: 24 Kasım 2024.
- Çağlayan Aksoy, Pınar. "Neden metaverse? Neden şimdi? Neden hukuk? Neden fikri mülkiyet?," Ankara Üniversitesi Metaverse Fikri Mülkiyet Hukuku Analizi, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://fmhmetaverseproject.ankara.edu.tr/2024/11/19/neden-metaverse-neden-simdi-neden-hukuk-neden-fikri-mulkiyet/>.
- Çağlayan Aksoy Pınar ve Zehra Özkan Üner, "NFTs and copyright: challenges and opportunities," *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 16, 10 (2021): 1115–1126.
- Çelik, Gizem. "A New Field In Music Production: Metaverse Concerts," *Egemia* 12, (2023):4-24.
- Deloitte, "Metaverse'ün Türkiye için Potansiyel Değeri," *Deloitte*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www2.deloitte.com/tr/tr/pages/consulting/articles/The-Metaverse-and-its-Potential-for-Turkiye.html>.
- Demir, Mehtap. "Metaverse'de Moda Yarışı," *Fast Company*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://fastcompany.com.tr/dergi/metaversede-moda-yarisi/>.
- "Designs for virtual environments," EUIPO, Son Erişim Tarihi: 19 Kasım 2024. https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/web/guest/news-newsflash/-/asset_publisher/JLOyNNwVxGDF/content/id/13511737?_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_JLOyNNwVxGDF_redirect=https%3A%2F%2Feuipo.europa.eu%2Fohimportal%2Fen%2Fweb%2Fguest%2Fnews-newsflash%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_JLOyNNwVxGDF%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_JLOyNNwVxGDF_cur%3D0%26_r_p_resetCur%3Dfalse%26_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_JLOyNNwVxGDF_assetEntryId%3D13511737.
- D'Onofrio, Chiara ve Giulia Gialletti, "Copyright and the metaverse: What will become of copyright law?" içinde *Metaverse: business opportunities and legal challenges* ed.DLA Piper IPT Team – Italy (2022):4-6.
- Draheim, Yvonne ve Hendrik Shulze, "Trademark infringement through NFTs - Intellectual property enforcement in the virtual world," *Lexology* (11 Haziran 2023), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=792d6a82-8450-4c27-891c-931065adda35>.
- European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, *The Virtual and Augmented Reality Industrial Coalition-*

Strategic Paper, (Luxemburg: Publications Office of the European Union, 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9aaef6fd-28db-11ed-8fa0-01aa75ed71a1>.

European Innovation Council and SMEs Executive Agency, “Intellectual Property in the Metaverse. Episode 1,” *IP Help Desk* (25 Şubat 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, https://intellectual-property-helpdesk.ec.europa.eu/news-events/news/intellectual-property-metaverse-episode-1-2022-02-25_en.

European Innovation Council and SMEs Executive Agency, “Intellectual Property in the Metaverse. Episode 2,” *IP Help Desk* (29 Mart 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, https://intellectual-property-helpdesk.ec.europa.eu/news-events/news/intellectual-property-metaverse-episode-ii-trade-marks-2022-03-29_en.

European Union Intellectual Property Office, *Impact of Technology Deep Dive Report II, Impact of the metaverse on infringement and enforcement of intellectual property*, (Ekim 2024), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.euipo.europa.eu/en/publications/impact-of-the-metaverse-on-infringement-and-enforcement-of-intellectual-property>.

Ersoy Pınar ve Deniz Merve, “NFT’lerin Metaverse’teki Yeri ve Fikri Mülkiyet” içinde *Yapay Zeka Çağında Hukuk*, ed.Mete Tevetoğlu vd. (İstanbul:2022):79-100, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/metaverse.pdf?trk=organization_guest_main-feed-card_feed-article-content.

Geller, Michael ve Jessica Ward, “Trademark Filings and Best Practices” içinde *The INTA White Paper on Non-Fungible Tokens*, (4 Nisan 2023): 29-34, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.inta.org/perspectives/inta-research/trademarks-in-the-metaverse-white-paper/>.

Friedmann, Danny. “Digital Single Market, First Stop to The Metaverse: Counterlife of Copyright Protection Wanted” içinde *Law and Economics of the Digital Transformation*, Ed. Klaus Mathis ve Avishalom Tor (Cham: Springer, 2023):137-189.

Gailé, Sakalaite. “EU Design Legislative Reform,” EUIPO, Son Erişim Tarihi: 19 Kasım 2024. <https://euipo.europa.eu/knowledge/course/view.php?id=5213>.

Golecha, Aanchal K. “Design Protection Laws? What is the future?,” *Fashion&Law Journal*. <https://fashionlawjournal.com/design-protection-in-the-metaverse-how-is-it-going-to-be/>. Son erişim Tarihi: 24 Kasım 2024.

Güven, Koray. “Metaverse ve Patent Hukuku,” *Metaverse: Fikri Mülkiyet Hukuku Analizi Projesi*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://fmhmetaverseproject.ankara.edu.tr/2024/11/20/metaverse-ve-patent-hukuku-giris/>.

- Hemmer, John L. ve Sandhal Olds, "USPTO Provides Guidance for Design Patent Applications Directed to Computer-Generated Electronic Images," Morgan Lewis, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.morganlewis.com/pubs/2023/12/uspto-provides-guidance-for-design-patent-applications-directed-to-computer-generated-electronic-images>.
- "Join the Forum," Metaverse Standards Forum, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://metaverse-standards.org/members/list/>.
- Joksovic, Zorana. "NFT Non-Fungible Token: Necessity of Filing a Trademark," *Lexology* (3 Ekim 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0ffe6190-b4b1-45b8-a494-eba823174ebf>.
- Kaya, Mehmet Bedii. *İnternet Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021)
- Kaulartz, Markus ve Alexander Schmid, "Legal advice in the metaverse," CMS-Law-Now (04 Ocak 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2022/01/legal-advice-in-the-metaverse>.
- Kalsi, Angela ve Rini Roy, "Trademark Law and NFTs: The IP Implications of Emerging Technology," *Lexology* (16 Mart 2023), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=85b4907c-0fb6-4514-9003-75f119595760>.
- Karasu, Rauf. "Marka" içinde *Fikri Mülkiyet Hukuku*, ed. Cahit Suluk, Rauf Karasu, Temel Nal, (Ankara: Seçkin 2023):183-255.
- Kaya, Arslan. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Dersleri -1-* (İstanbul: Filiz Kitabevi 2024).
- Knežević, Ivana. "Trademark Protection in Metaverse," *Lexology*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=69e22f1a-ed71-4aed-bc8d-89dca19ec48e>.
- Kulular İbrahim ve Merve Ayşegül, "Metaverse Avatarlarının Telif Hakkı," Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, 2(2022): 540-580.
- Künüçen, Hidayet Hale ve Serpil Samur, "Dijital Çağın Gerçeklikleri: Sanal, Artırılmış, Karma ve Genişletilmiş Gerçeklikler Üzerine Bir Değerlendirme," Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi 11, (2021):38-62.
- Kyrylenko, Anastasia. "Design reform reaches its finale: it is now Regulation (EU) 2024/2822 and Directive (EU) 2024/2823," *IPKat*, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, [https://ipkitten.blogspot.com/2024/11/design-reform-reaches-its-finale-it-is.html#:~:text=Regulation%20\(EU\)%202024%2F2822%20will%20be%20applicable%20from%201,\(EU\)%202024%2F2823](https://ipkitten.blogspot.com/2024/11/design-reform-reaches-its-finale-it-is.html#:~:text=Regulation%20(EU)%202024%2F2822%20will%20be%20applicable%20from%201,(EU)%202024%2F2823).

- Lapatoura, Ioanna. "Fashion beyond physical space: NFTs & intellectual property challenges in the metaverse," *Entertainment Law Review* 33, 6(2022):197-202.
- "Living Vase 01," Vogue Singapore NFT Collection, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://opensea.io/assets/ethereum/0xa88209d0f1d772f5bba488a2e4bbb13921056a8b/8>.
- McDowell, Maghan, "Why the metaverse is moving into physical retail," *Vogue Business* (5 Kasım 2024), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.voguebusiness.com/story/technology/why-the-metaverse-is-moving-into-physical-retail>.
- Maghan McDowell ve Madeleine Schulz, "The Vogue Business NFT Tracker: Tokens for IRL arts fairs from Mmerch," *Vogue Business* (3 Aralık 2024), Son Erişim Tarihi: 5 Aralık 2024, <https://www.voguebusiness.com/technology/the-vogue-business-nft-tracker>.
- "Metaverse Report," EU Blockchain Observatory and Forum, 14 Ekim 2022, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, https://blockchain-observatory.ec.europa.eu/publications/metaverse-report_en.
- Murray, Michael, D. "Murray, Michael D., Trademarks, NFTs, and the Law of the Metaverse," *Arizona Law Journal of Emerging Technology* 6, 3(2023):1-15.
- Nanobashvili, Levan. "If the Metaverse is built, will copyright challenges come?," *UIC Review of Intellectual Property* 21, 3(2023): 215-251.
- "Navigating the Industrial Metaverse: A Blueprint for Future Innovations (12 Mart 2024)," World Economic Forum, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.weforum.org/publications/navigating-the-industrial-metaverse-a-blueprint-for-future-innovations/>.
- "Nitelikli Fikrî Tapu (NFT)," Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Blokzincir Sözlüğü, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://cbddo.gov.tr/sss/blokzincir-sozlugu/>.
- "Non-Fungible Tokens and Intellectual Property: A Report to Congress," USPTO (Mart 2024), 48-49, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Joint-USPTO-USCO-Report-on-NFTs-and-Intellectual-Property.pdf>.
- Oğuz, Arzu. "Marka Hukuku" içinde *Fikri Mülkiyet Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, ed. Arzu Oğuz, Hasan Kadir Yılmaztekin ve Ezel Üner (Ankara: Adalet Bakanlığı 2020):167-234.
- Oğuz, Arzu, Pınar Çağlayan Aksoy ve Zehra Özkan Üner, *NFT Fikri Haklar Çerçevesinde Bir Değerlendirme* (Ankara:Kültür Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü, 2023).

- Oğuz, Orkun Doma. “Sanal Gerçeklik: Sanal ve Gerçek Dünyaların Sınır Bölgesi,” *İTÜ Vakfı Dergisi*, 85(2020): 24-30.
- Özbek, Betül ve Önder Erol Ünsal, “Metaverse’ün Fikri ve Sınai Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi: Metaverse, Marka Ve Telif Hakları” içinde *Yapay Zeka Çağında Hukuk*, ed. Mete Tevetoğlu vd. (İstanbul:2022):60-78, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyongar/yzcg/metaverse.pdf?trk=organization_guest_main-feed-card_feed-article-content.
- Özkan, Zehra. “Karşılaştırmalı Hukukta Panorama Serbestisi Tebliğ Özeti,” Asos Kongress Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024. http://kayit.asoscongress.com/files/Hukuk_Ozet_kitapcigi.pdf.
- Park, Sam-Ming ve Young-Gan Kim, “Metaverse beyond the hype: Multidisciplinary perspectives on emerging challenges, opportunities, and agenda for research, practice and policy,” *International Journal of Information Management* 66 (October 2022): 1-55.
- “Principal & Participant Members,” Metaverse Standards Forum, Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2024, <https://metaverse-standards.org/members/list/>.
- Salger, Anna-Carina. “Design law in transformation: The most important innovations of the EU reform and their implications,” *Lexology*, Son Erişim Tarihi: 19 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=32957ceb-e4ca-47ea-850a-5a1c02354923>.
- Schäffler, Andrea ve Peter Schramm, “NFTs and Trademarks - What You Need to Know,” *Lexology* (8 Nisan 2022), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=11bf60c2-9820-470f-b3ed-3de80e30901e>.
- Schubham, “Nike Kills Its Digital Sneaker Dream: RTFKT Bids Farewell,” *Medium*, (4 Aralık 2024), Son Erişim Tarihi: 05 Aralık 2024, https://medium.com/@shubham_developingnow/nike-shuts-down-rtfkt-the-end-of-digital-sneaker-dreams-09efccf04862.
- Sosna, Joerg. “EU Design Law Reform: Modernizing for the Digital Age (Update 2024),” *Lexology* (21 Mayıs 2024), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=86a97f76-986b-4f66-bb69-2463361e6b15>.
- Tamm, Felix. “Markenrechtlicher Schutz im Metaverse. Warenähnlichkeit von virtuellen Gütern (insbesondere NFT) zu analogen Gütern und Softwareprodukten,” *GRUR* 22: 1644-1649.
- “White Paper Trademarks In The Metaverse,” INTA (4 Nisan 2023), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://www.inta.org/perspectives/inta-research/trademarks-in-the-metaverse-white-paper/>.

Yıldırım Köse, Mutlu ve Su Yücel, “TÜRKPATENT'in Emsal Niteliğindeki Kararında Sanal ve Fiziksel Mal ve Hizmetler Benzer Bulundu,” Gün+Partners Avukatlık Bürosu (28 Temmuz 2023), Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2023, https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/turkpatentin-emsal-niteliğindeki-kararında-sanal-ve-fiziksel-mal-ve-hizmetler-benzer-bulundu#_ftn2.

“4.4.2 Services in virtual environments,” EUIPO Trademark Guideline Edition 2024, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://guidelines.euipo.europa.eu/2214311/2215367/trade-mark-guidelines/4-4-2-services-in-virtual-environments>.

“4.4.3 Non-fungible tokens (NFTs),” EUIPO Trademark Guideline Edition 2024, Son Erişim Tarihi: 24 Kasım 2024, <https://guidelines.euipo.europa.eu/2214311/2215372/trade-mark-guidelines/4-4-3-non-fungible-tokens--nfts->.

**TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YETKİSİNE İLİŞKİN
YASAL DÜZENLEMELERİN GÖZDEN
GEÇİRİLMESİ GEREKLİLİĞİ: ANAYASA
MAHKEMESİ'NİN 15.02.2024 TARİHLİ NAKLİYAT-
İŞ SENDİKASI KARARININ* OLASI ETKİLERİ
ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**

*The Need to Review the Legal Regulations on Collective
Bargaining Authorization: An Evaluation on the Possible Impacts
of the Transport Workers Union Decision of the Constitutional
Court Dated 15.02.2024*

Berna ÖZTÜRK YILMAZ**

ÖZ

Toplu iş sözleşmesi, çalışanların hem çalışma koşullarını belirlemekte hem de sosyal taraflar arasındaki güç dengesizliğini biçimlendirerek bir dengeye sokma amacı ve iddiası taşımaktadır. Toplu sözleşme hakkının etkin bir şekilde kullanılması, bu hakkın kapsamına giren işçi sayısı ile doğrudan ilintilidir. Buna karşılık, ülkemizde sendikalaşma oranı düşük olduğu gibi toplu sözleşmenin kapsamına giren işçi sayısı da oldukça azdır. Bunun temel nedeni olarak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda öngörülen toplu iş sözleşmesi yetki sistemi gösterilmektedir. İlave olarak, yetkili işçi sendikasının tespiti de çözümü uzun yıllar süren çeşitli hukuki

Makalenin Geliş Tarihi: 14.12.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 02.01.2025.

* AYM, *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolları Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu*, Başvuru No: 2020/34550, 15.02.2024, RG, 13.06.2024, S.32575. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yoluyla önüne gelen uyuşmazlıkta, Mahkeme kararın içeriğinde "Nakliyat-İş Sendikası" ibaresini kullandığı için, bu çalışmada söz konusu karar, Nakliyat-İş Sendikası kararı olarak kısaltılmak suretiyle anılmaktadır.

** Dr. Öğr. Üyesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: bozturk@baskent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1513-0129.

uyuşmazlıkların gündeme gelmesi ihtimalini barındırmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak en son 2024 tarihinde Anayasa Mahkemesi toplu iş sözleşmesi yetki sisteminin içine düştüğü döngüye gözler önüne seren oldukça önemli bir karar vermiştir. İşte bu makalede amaçlanan, mevcut sistemin yarattığı sorunların yargı kararlarından da örnekler sunularak irdelenmesi ve Anayasa Mahkemesi kararı sonrası toplu sözleşme hakkının etkin şekilde kullanılabilmesi için ne gibi yeni düzenlemelerin yapılabileceğinin tartışılmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Toplu sözleşme hakkı, yetki tespiti, istatistiğe itiraz, işkolu toplu iş sözleşmesi, yapısal sorun.

ABSTRACT

Collective bargaining, which is a fundamental human right, determines both the working conditions of employees and the balance of power between social partners. The effective exercise of the right to collective bargaining is directly related to the number of workers falling within the scope of this right. On the other hand, the unionization rate in our country is low and the number of workers covered by collective bargaining agreements is also quite low. The main reason for this is the collective bargaining authorization system stipulated in the Law No. 6356 on Trade Unions and Collective Bargaining Agreements. In addition, the determination of the authorized trade union also involves the possibility of various legal disputes that may take many years to resolve. Most recently, in 2024, the Constitutional Court rendered a very important decision on this issue, which reveals the cycle into which the collective bargaining authorization system has fallen. The aim of this article is to examine the problems created by the current system by presenting examples from judicial decisions and to discuss what new regulations may be made for the effective exercise of the right to collective bargaining after the Constitutional Court decision.

Keywords: The right to collective bargaining, determination of authorization, objection to statistics, sectoral collective agreement, systemic problem.

GİRİŞ

Temel bir ilke ve hak olan toplu sözleşme, çalışanların işveren karşısındaki yapısal zayıflıklarını ortadan kaldırarak adil bir uzlaşma içinde ücret ve çalışma koşullarının belirlenmesini sağlayan en temel enstrümandır. Çalışma hayatında bir denge işlevi de gören toplu sözleşme hakkının etkin bir şekilde hayata geçebilmesi için ise, çok sayıda işçinin toplu sözleşme kapsamında yer alması gerekmektedir. Bununla birlikte, ekonomik ve politik gelişmeler toplu pazarlığın değişim gidişatı üzerinde olumsuz etkiler göstermiştir. Bu gelişmeler arasında öne çıkan, esnekliğin ekonomik büyümeyi sürdürmenin anahtarı olarak nitelendirildiği özellikle 2000’li yıllardan itibaren, sendikaların ve toplu pazarlığın işgücü piyasasında katılık kaynağı olarak görüldüğü neoliberal bir politika gündeminin açıkça takip edilmesidir¹. Çok sayıda ülkede sendikalaşma oranı azalmakta ve buna paralel şekilde toplu sözleşmenin kapsamına giren işçi sayısında azalma yaşanmaktadır. Oysa toplu pazarlık ve esasen toplu sözleşme, çalışanların ekonomik ve sosyal durumlarını düzenlemek, adil gelir dağılımının ve iş barışının teminini sağlamak açısından kilit bir role sahiptir. Bu nedenle de sendikalaşmanın ve özellikle toplu sözleşmenin kapsamının genişletilmesi büyük bir önem arz etmektedir. Bu açıdan son yıllarda konunun ciddiyeti fark edilmiş ve yeni politikalar üretilmesi için çeşitli adımlar atılmaya başlanmıştır. Örneğin, Avrupa Birliği de 2022 yılında 2022/2041 sayılı “Yeterli Asgari Ücret” Yönergesi’ni yayımlamıştır². Yönergede üye devletlerin toplu pazarlığı teşvik etmek için düzenlemeler yapması ve toplu sözleşme kapsamındaki işçi oranının %80’nin altında olduğu ülkelerde toplu sözleşmenin kapsamının genişletilmesi için gerekli koşulların oluşturulması gerektiğini belirtmektedir.

Türkiye de ne yazık ki sendikalaşma oranının ve toplu iş sözleşmenin kapsamına giren işçinin sayısının çok düşük olduğu ülkeler arasında yer almaktadır. Gerçekten de, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından

¹ Jeremy Waddington, Torsten Müller ve Kurt Vandaele, “Setting the Scene: Collective Bargaining Under Neoliberalism” içinde *Collective Bargaining In Europe: Towards and Endgame*, Ed. Torsten Müller, Kurt Vandaele ve Jeremy Waddington (Brussels: ETUI, 2019), 1-2.

² Directive (EU) 2022/2041 Of The European Parliament And Of The Council Of 19 October 2022 on Adequate Minimum Wages In The European Union, Official Journal of The European Union L 275/33, 25.10.2022, https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nkv6yhcbpeywk_j9vvik7m1c3gyxp/vlxhf3sjr3zd.

2024 yılının Temmuz ayında yayımlanan İşkollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin Tebliğ'de³ yaklaşık 150 adet işçi sendikasının üye sayıları ve oranları yer almaktadır. Buna göre, toplam işçi sayısı 16.973.613 olup; toplam sendikalı işçi sayısı ise 2.512.332'dir. Tebliğ'de yer alan işçi sendikalarından sadece 62 tanesi kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az %1'ni üye kaydedip işkolu barajını aşabilmiştir. Örneğin, toplam 1.779.093 işçinin çalıştığı 13 nolu inşaat işkolunda sadece tek bir sendika %2.91 oranıyla; toplam 1.351.230 işçinin çalıştığı 18 nolu konaklama ve eğlence işleri işkolunda da sadece tek bir sendika %3.39 oranıyla işkolu barajını aşabilmiştir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu⁴ toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikaları için çeşitli yeterlilik koşulları aramaktadır. Kanun'un öngördüğü şartları yerine getirebilen işçi sendikaları işveren karşısında toplu pazarlık masasına oturabilme imkanına sahip olmakta ve toplu sözleşme akdedebilmektedir. Buna göre, işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi bağtlayabilmek için öncelikle ülke çapındaki %1 işkolu barajını geçmesi ve ardında da toplu sözleşme yapmak istediği üitedeki çoğunluğu sağlaması gerekmektedir. Güçlü sendikacılık ilkesinin benimsendiği sistemimizde, bu ilke, geline nokta çok sayıda sendikanın baraj altında kalarak toplu sözleşme imzalayamamasına ve işçilerin toplu sözleşme hakkından mahrum kalmasına yol açmaktadır. İlaveten, yetki tespiti aşaması çeşitli hukuki uyuşmazlıkların gündeme gelmesi ihtimalini de barındırmaktadır. Bu uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması ise yıllarca süren yargılamalara neden olmaktadır. Uzun süre devam eden davalar ise sendikaların güç kaybetmesi ve işçilerin toplu sözleşme hakkından mahrum kalması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumun sebepleri arasında hiç şüphesiz ki 6356 sayılı Kanun'un öngördüğü toplu sözleşme yetki sistemi temel bir etken olarak görülmektedir. Herkesin bildiği bir sır olan bu durum en son Anayasa Mahkemesi'nin 2024 yılında verdiği Nakliyat-İş Sendikası kararıyla da apaçık gözler önüne serilmiştir.

İşte bu makalede amaçlanan, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun öngördüğü toplu iş sözleşmesi yetkisine ilişkin yasal düzenlemelerin yarattığı sorunların irdelenmesi ve toplu sözleşme hakkının etkin bir şekilde kullanılması için ne gibi adımlar atılması gerektiğinin

³ RG, 24.07.2024, S.32611.

⁴ RG, 07.11.2012, S.28460.

sorgulanmasıdır. Bu minvalde hazırlanan ve dört ana bölümden oluşan çalışmada ilk olarak toplu sözleşme hakkı konusunda okuyucuya genel bilgiler verilmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde, toplu sözleşme hakkının etkin şekilde kullanılması sorunu başlığı altında esasen 6356 sayılı Kanun'un öngördüğü toplu iş sözleşmesi yetki sistemi ve sistemin yarattığı hukuki uyumsuzluklar, -bazı çözüm önerileri de sunularak- güncel yargı kararlarından örnekler verilerek incelenmektedir. Çalışmanın üçüncü bölümünde, Anayasa Mahkemesi'nin 2024 yılında verdiği ve gelinen noktayı *yapısal sorun* olarak nitelendirdiği Nakliyat-İş Sendikası kararı mercek altına alınmaktadır. Çalışmanın son bölümünde ise, Türk toplu iş sözleşmesi yetki sisteminin - Anayasa Mahkemesi kararı sonrası- nasıl yeniden şekillendirilmesi gerektiği meselesi irdelenmektedir.

Nihayet bu sayede, toplu sözleşme hakkının etkin bir şekilde kullanılmasının önündeki yasal engeller ve geleceğe yönelik neler yapılması gerektiği sorgulanmaktadır.

I. GENEL OLARAK TOPLU SÖZLEŞME HAKKI

Toplu iş sözleşmesi, endüstriyel demokrasinin ve işyerindeki çok sesliliğin köşe taşlarından birini oluşturmaktadır. Gerçekten de, işçi ve işveren tarafının serbest iradelerine dayanan toplu pazarlık süreci sonucu meydana getirdikleri toplu iş sözleşmesi, sadece çalışma koşullarını belirlemekte aynı zamanda, sosyal taraflar arasındaki güç dengesizliğini de yeniden biçimlendirerek bir dengeye sokma amacı ve iddiası taşımaktadır⁵.

Özellikle işçiler açısından büyük bir öneme sahip olan toplu iş sözleşmesi, gerek uluslararası sözleşmelerde gerek ulusal hukukumuzda temel bir insan hakkı olarak düzenlenmektedir.

İnsan hakları, ortaya çıktıkları tarihsel dönemler gözetilerek, medeni ve siyasi haklar ile sosyal ve ekonomik haklar olarak klasik bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Birinci kuşak haklar olarak da anılan medeni ve siyasi haklar, devletle birey arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Burada amaç, devletin,

⁵ Bu konuda kapsamlı bilgi için bkz. Ali Güzel, "Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştirel Bir Yaklaşım", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı (2016): 887-890; Gülsevil Alpagut, "Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi", içinde *10. Yılında 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi (İstanbul, 4-5 Kasım 2022)*, Ed. Gülsevil Alpagut ve Özge Yıldız Hakkakul (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024), 159-161.

kişilerin özel alanlarına keyfi müdahalesini önlemektir. İkinci kuşak haklar olarak nitelendirilen sosyal ve ekonomik haklar ise esasen “*sosyal bir sorun*”un ortaya çıkmasıyla oluşmuştur⁶. Zira sanayi devrimi ve modern işçi sınıfının doğumuyla birlikte, zayıf konumdaki işçi kesiminin sosyal tepkisi artık, sosyal eşitsizliklere karşı güçlü bir muhalefet niteliği kazanmıştır⁷. Esasen, tarihsel süreç içerisinde siyasi haklar ile sosyal ve ekonomik haklar uğruna verilen mücadelenin özünde, ekonomik açıdan güçsüz grupların siyasi ve sosyal eşitsizliklere karşı tepkisini ortaya koyması yatmaktadır. Ancak, işçi kesiminin sosyal ve ekonomik taleplerini gerçekleştirmesi, sendikal hakların elde edilmesini gerektirmektedir⁸. İşte başta işçi sınıfı olmak üzere toplumda oluşan itirazlar “*bir sosyal bunalımı, giderek bir hukuk bunalımı*” haline getirmiştir⁹. Bunun sonucunda ise, toplumda yaşanan mücadeleler, bir hukuk reformuyla sonuçlanarak, sosyal hakların anayasalarda ve yasalarda tanınmasını sağlamıştır¹⁰.

Toplu sözleşme hakkı, sendika hakkı ve grev hakkı, kolektif sosyal haklar arasında yer almaktadır. Toplu sözleşme hakkı, sendika hakkı ve grev hakkı, biri olmadan diğerinin gerçek anlamını kaybedeceği bir üçlü görüntüsü de taşımaktadır¹¹. Kolektif sosyal hakları özellikli kılan hususların başında

⁶ Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* (İstanbul: May Yayınları, 1978), 13; Andrea Iossa, *Collective Autonomy in the European Union: Theoretical, Comparative and Cross-border perspectives on the Legal Regulation of Collective Bargaining* (Lund: Lund University, 2017), 108, https://lucris.lub.lu.se/ws/portalfiles/portal/29998330/Andrea_Iossa_Collective_Autonomy_in_the_European_Union.pdf.

⁷ Tanör, 65.

⁸ Tanör, 66.

⁹ Tanör, 64.

¹⁰ E. Murat Engin, *Toplu İş Sözleşmesi Sistemi* (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1999), 6-7.

¹¹ Tanör, 291; Ali Güzel, “Toplu İş Sözleşmesinin Etkinliği/Etkisi”, içinde *10. Yılında 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi (İstanbul, 4-5 Kasım 2022)*, Ed. Gülsevil Alpagut ve Özge Yıldız Hakkakul (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024), 103; Ali Güzel, “Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinde Denge ve Süreklilik”, içinde *Prof. Dr. Turhan Esener I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, ed. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Ender Demir (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 93-94; Talat Canbolat, “Toplu İş Sözleşmesi Hakkı ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, içinde *Türk Hukukunda Sendikal Haklar Sempozyumu* (Ankara: Türk-İş Yayınları, 2019), 144, <https://www.turkis.org.tr/storage/2021/10/1zno1vff34rg-pdf.pdf>.

ise, bu hakların esasen kişilere bahşedilmesine rağmen, toplu olarak kullanılmaları gelmektedir¹².

Sosyal eşitlik amacına yönelmiş olan kolektif sosyal hakların güvence altına alınması amacıyla ise uluslararası sözleşmelerle çeşitli düzenlemeler öngörülmüştür. Biz bu düzenlemelerden çalışma konumuz bağlamında “toplu sözleşme hakkı”nı ilgilendirenleri incelemeye çalışacağız.

İlk olarak üzerinde durulması gereken uluslararası belge, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) 1998 tarihli Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi’dir¹³. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün anılan bildirgesi “*kalıcı öneme sahip ilkelerin dile getirildiği nadir durumlar için uygun*” olan resmi ve hayati bir belge olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Bildirge’nin 2. maddesine göre, üye devletlerin tamamı, söz konusu sözleşmeleri onaylamamış olsalar dahi, sendika özgürlüğü ve toplu sözleşme hakkının etkin bir şekilde tanınması; zorla veya zorunlu çalışmanın tüm biçimleriyle ortadan kaldırılması; çocuk işçiliğine kesin bir şekilde son verilmesi ile iş ilişkilerinde ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin temel haklara yönelik ilkelere iyi niyetle saygı göstermek, bu ilkeleri gerçekleştirmek ve geliştirmekle yükümlüdürler¹⁵.

Toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkı açısından büyük önem arz eden, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunmasına Dair Sözleşmesi¹⁶; 98 sayılı

¹² Engin, *Toplu İş Sözleşmesi*, 7; Iossa, 109.

¹³ Bu konuda bkz. ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and Its Follow-Up, <https://www.ilo.org/publications/ilo-declaration-fundamental-principles-and-rights-work>.

¹⁴ Kari Tapiola, *The Teeth of the ILO- The Impact of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* (Geneva: International Labour Organization, 2018), 1, <https://www.ilo.org/publications/teeth-ilo-impact-1998-ilo-declaration-fundamentals-principles-and-rights>.

¹⁵ ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and Its Follow-Up, 7, <https://www.ilo.org/publications/ilo-declaration-fundamental-principles-and-rights-work>.

¹⁶ 87 Sayılı Sözleşme için bkz. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087. Anılan Sözleşme, Türkiye’de 25.02.1993 tarih ve 21507 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış; 12.07.1993 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir.

Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi¹⁷ ve 154 sayılı Toplu Pazarlık Sözleşmesidir¹⁸. 87 sayılı Sözleşme'ye göre, tüm çalışanlar herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın örgütlenme hakkına sahiptirler. Nitekim Sözleşme'nin 2. maddesine göre, “Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler.” Sözleşme'nin 11. maddesine göre ise, “Bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür.”

98 sayılı sayılı Sözleşme ise, sendika üyeliği nedeniyle işçilere ayrımcılık yapılmasını yasaklamakta ve sosyal tarafların serbest ve özgür şekilde toplu pazarlık yapmalarının teşvik edilmesini sağlama amacı taşımaktadır. Sözleşme'nin 4. maddesine göre, “Çalışma şartlarını toplu sözleşmelerle düzenlemek üzere işverenler veya işveren örgütleriyle işçi örgütleri arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için ulusal koşullara uygun tedbirler alınacaktır.”

154 sayılı Sözleşme ise, ulusal düzeyde alınacak tedbirlerle toplu pazarlığın teşvik edilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Sözleşme'nin 5. maddesine göre, toplu pazarlık mümkün olduğu ölçüde tüm işçi ve işveren gruplarına açık olmalı; toplu pazarlık konuları, Sözleşme kapsamındaki (çalışma koşullarının belirlenmesi, işçi-işveren ilişkilerinin düzenlenmesi ve işveren veya işveren örgütleri ile işçi örgütlerinin ilişkilerinin düzenlenmesi) tüm konuları ele alacak şekilde kademeli olarak genişletilmelidir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün toplu pazarlık hakkının teşvik edilmesine yönelik tavsiye kararları da bulunmaktadır. Bunlardan özellikle 163 sayılı Toplu Pazarlığa İlişkin Tavsiye Kararı¹⁹ ile 91 sayılı Toplu

¹⁷ 98 Sayılı Sözleşme için bkz. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C098. Anılan Sözleşme, Türkiye'de 14.08.1951 tarih ve 7884 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış; 23.01.1952 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir.

¹⁸ 154 sayılı Sözleşme için bkz. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312299. Anılan Sözleşme, Türkiye tarafından imzalanmamıştır.

¹⁹ Bkz. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R163#.

Sözleşmelere İlişkin Tavsiye Kararı²⁰ oldukça önemlidir²¹. 163 sayılı Tavsiye Kararı'nda ulusal makamların, serbest, bağımsız ve gönüllülük esasına dayalı toplu pazarlığı teşvik etmek için gerekli önlemleri alması gerektiği ayrıntılı şekilde belirtilmektedir. Tavsiye Kararı'nın 3. maddesine göre, toplu pazarlık hakkının bir örgüte verilebilmesi için tanıma prosedürünün kabul edildiği sistemlerde, yetkili örgütün temsil edebilmesi için aranan koşullar, önceden belirlenmeli, objektif olmalı ve işçi ile işveren örgütlerinin görüşleri alınarak hazırlanmalıdır. Yine, Tavsiye Kararı'nın 4. maddesine göre, toplu pazarlığın kuruluş, işkolu, sektör veya bölgesel ya da ulusal düzeyler de dahil olmak üzere yapılabilmesini sağlamak amacıyla ulusal koşullar da gözetilerek gerekli önlemler alınmalıdır.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmeleri dışında, toplu sözleşme hakkı, başkaca önemli uluslararası düzenlemelerde de yer almaktadır. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin²² 11. maddesi incelenmelidir²³. Sözleşmenin anılan maddesinin birinci fıkrasına göre, “Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sendika özgürlüğü ile toplu sözleşme hakkı arasındaki bağlantıya ilişkin 2008 yılına kadar farklı yaklaşımlar sergilemiş²⁴; ancak 2008 yılında verdiği ve Mahkeme'nin önemli kararları

²⁰ Bkz. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R091.

²¹ Bu konuda ayrıca bkz. Alpagut, *Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi*, 165-167; Bernard Gernigon, Alberto Otero ve Horacio Guido, “ILO Principles Concerning Collective Bargaining”, *International Labour Review* 139, No.1 (2000): 37-38, 41-42.

²² Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış; Sözleşme, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²³ Bu konuda kapsamlı bir inceleme için bkz. Evra Çetin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları* (İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015), 489 vd.

²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sendika hakkı ile toplu sözleşme hakkı arasındaki bağlantıya ilişkin yaklaşımının tarihsel süreç içerisindeki değişimi konusunda bkz. Kalina Arabadjieva, “Worker Employment, Collective Labour Rights and Article 11 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review* 22, (August 2021): 4-7; Mesut Gülmez, “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?”, *Çalışma ve Toplum Dergisi* 3 (2008): 146-151; Çetin, 578-588.

arasında nitelendirilen “*Demir ve Baykara v. Türkiye*” kararıyla, toplu sözleşme hakkının sendika hakkının bir uzantısı olduğuna hükmetmiştir²⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yanı sıra, Avrupa Sosyal Şartı’nın 5. maddesinde “Örgütlenme Hakkı”; 6. maddesinde ise “Toplu Pazarlık Hakkı” düzenlenmektedir²⁶. Şartın 6. maddesine göre, “*Akit Taraflar, toplu pazarlık hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; Çalışanlar ve işverenler arasındaki ortak görüşmeleri teşvik etmeyi; Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme yoluyla ücretlerin ve iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla işverenlerin ya da işveren örgütlerinin çalışanların örgütleriyle isteğe bağlı görüşmelerini sağlayacak yolları teşvik etmeyi; İş uyuşmazlıklarının çözümü için uygun uzlaştırma ve isteğe bağlı hakemlik sisteminin kurulmasını ve işletilmesini teşvik etmeyi; taahhüt eder ve Menfaat uyuşmazlığı durumunda çalışanların ve işverenlerin, daha önce yapılan toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülüklerle bağlı olmak koşuluyla grev hakkı dahil, toplu eylem hakkını tanır.*”

Uluslararası düzenlemelerin yanı sıra, toplu sözleşme hakkı, Anayasamızda da düzenlenmektedir. Öyle ki Anayasa’nın 53. maddesinin kenar başlığı “Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu Sözleşme Hakkı”dır. Anılan düzenlemenin birinci fıkrasına göre, “*İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla*

²⁵ AİHM, *Demir ve Baykara v. Türkiye*, Başvuru No:34503/97, 12.11.2008, § 154, <https://hudoc.echr.coe.int>. Kararın değerlendirilmesi için bkz. Keith D. Ewing ve John Hendy, “The Dramatic Implications of Demir and Baykara”, *Industrial Law Journal* 39, No.1 (March 2010): 2-51; Gülsevil Alpagut, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11.Maddesi ve Türk İş Hukuku’nun Değerlendirilmesi”, içinde *Prof. Dr. Turhan Esener I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, ed. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Ender Demir (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 210-212; Süleyman Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti* (İstanbul: Beta Yayınları, 2016), 135-139; Berna Öztürk, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Grev (Toplu Eylem) Hakkının Değerlendirilmesi: Üç Farklı Yargıtay Kararı Işığında Toplu Eylem Hakkı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4 (2016): 1805-1807.

²⁶ Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı’nın 5. ve 6. maddelerine çekince koyarak Şartı imzalamıştır. Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı’nı 18 Ekim 1961 tarihinde imzalamış; Şart, 4 Temmuz 1989 tarih ve 20215 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Avrupa Sosyal Şartı 1996 yılında Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı olarak yeniden düzenlenmiş ve imzaya açılmıştır. Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nı 6 Ekim 2004 tarihinde imzalamış; Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Ekim 2006 tarih ve 26308 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir.” Yine söz konusu hükmün son fıkrasına göre, “*Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.”* Anayasa, toplu sözleşme hakkının varlığını tanımakla beraber, bu hakkın nasıl kullanılacağına dair usul ve esasları kanuna bırakmıştır. Anayasa’nın 54. maddesinde ise toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması durumunda işçilerin grev hakkına sahip olduğu, bu hakkın kullanılmasıyla işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartlarının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Ancak, bu noktada atlanmaması gereken nokta, Anayasa’nın 90. maddesidir. Zira anılan maddenin son fıkrası uyarınca, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*

II. TOPLU SÖZLEŞME HAKKININ ETKİN BİR ŞEKİLDE KULLANILMASI SORUNU

A. Genel Olarak

Toplu sözleşme hakkı, işçi ve işverenlere, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını düzenlemeleri amacıyla öngörülmüştür. Öyle ki toplu sözleşme hakkı, yukarıda da belirttiğimiz üzere sendika hakkı ve grev hakkıyla birlikte sosyal devlet ilkesinin bir yansıması olarak yorumlanmalıdır²⁷. Öncelikle toplu iş sözleşmesi aracılığıyla, bireysel olarak işveren karşısında güçsüz konumda olan işçinin, işverene karşı korunması sağlanmaktadır. Toplu iş sözleşmeleriyle işçiler de kendi çalışma koşullarını ilgilendiren konularda söz sahibi olarak karar alma mekanizmalarının parçası hale gelmektedir. İlaveten, toplu iş sözleşmeleri, gelir adaletsizliklerini çözerek işçilerin adil bir gelire ulaşmalarına, işyerinde barış ortamının

²⁷ Aziz Can Tuncay, Burcu Savaş Kutsal ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2023), 185; Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi* (İstanbul: Yılmaz Ajans Matbaacılık, 1996), 32.

sağlanmasına, sosyal taraflar arasındaki diyalogun gelişmesine katkı sunmaktadır²⁸.

Toplu sözleşme hakkının mevzuatımızda düzenlenmiş olması, bu hakkın gerçek manasıyla kullanıldığı anlamına ne yazık ki gelmemektedir. Zira toplu sözleşme hakkının etkin şekilde kullanılması, toplu sözleşme kapsamına giren işçi sayısı ile doğrudan ilintilidir. Ülkede çalışan ne kadar çok işçi toplu sözleşmeden yararlanıyorsa, o ülkede toplu sözleşme hakkının etkin kullanılmasından söz etmek mümkün olur²⁹. Bu noktada ise, sistemin işlevselliğini ya da yarattığı sorunları anlayabilmek için bir başlangıç noktası olarak istatistikî verilerden hareket etmek yerinde olacaktır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 2024 yılının Temmuz ayında yayımlanan İşkollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin Tebliğ’de toplam işçi sayısı 16.973.613; toplam sendikalı işçi sayısı 2.512.332; sendikalı işçi sayısı oranı ise %14.8 olarak belirtilmiştir. Bu işçilerin ne kadarının toplu iş sözleşmesi imzalanan bir işyeri kapsamında çalıştıklarına ilişkin istatistikî veri halihazırda yayımlanmadığı için; bir önceki yılın verilerini aktarmak durumundayız. Bu bağlamda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 2023 yılının Temmuz ayında yayımlanan İşkollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin Tebliğ’e³⁰ göre, toplam işçi sayısı 16.413.359; toplam sendikalı işçi sayısı 2.421.940; sendikalı işçi sayısı oranı ise %14.76’dır. 2023 yılında toplam 2999 toplu iş sözleşmesi (kamuda 1733; özel sektörde 1266) imzalanmıştır. Bağıtlanan toplu iş sözleşmelerinin kapsadığı işyeri sayısı kamuda 23.125, işçi sayısı ise 877.076 iken; özel sektörde 11.141, işçi sayısı ise 404.315’tir. Buna göre 2023 yılında toplam 34.266 işyerinde çalışan 1.281.391 işçi toplu iş sözleşmesinden yararlanmış³¹.

²⁸ OECD, *Negotiating Our Way Up: Collective Bargaining in a Changing World of Work* (Paris: OECD Publishing, 2019), 26-27, <https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2019/11/1fd2da34-en.pdf>; Ekmekçi, *Düzenleme Yetkisi*, 31-39.

²⁹ Güzel, “Toplu İş Sözleşmesinin Etkinliği”, 112. Doktrinde *Güzel* bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “... toplu sözleşme kapsamında yer alan işyerlerinde çalışan işçilerden sendika üyesi olmayanların tümünün dayanışma aidatı ödeyerek toplu sözleşmeden yararlandığı varsayımında, ülkemizde işçilerin sadece %2,13’ünün toplu sözleşmeden yararlandığı ortaya çıkmaktadır.” Bu yönde bkz. Güzel, “Toplu İş Sözleşmesinin Etkinliği”, 116.

³⁰ RG, 31.07.2023, S.32265.

³¹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Çalışma Hayatı İstatistikleri 2023, 12, <https://www.csgb.gov.tr/media/95434/2023-kitap.pdf>.

Kısaca sunmaya çalıştığımız verilerden yola çıkarak rahatça yapılabilecek ilk tespit, ülkedeki sendikalaşma oranının oldukça düşük olduğudur. Bunun yanı sıra, sendikalı işçilerin tamamının da toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunun temelinde ise, ne yazık ki toplu sözleşme yetkisi sistemimiz yatmaktadır. Oysa olması gereken, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ulaşmalarını ve bu haklarını etkin şekilde kullanmalarını sağlayacak bir yapının olmasıdır. Bu bağlamda öncelikle incelenmesi gereken husus, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda öngörülen düzenlemelerin neler olduğu ve bu düzenlemelerin uygulamada uzun yıllar süren uyuşmazlıklara nasıl yol açtığıdır.

Aşağıdaki bölümde, toplu sözleşme hakkının etkin kullanılmasının önündeki en büyük engellerden biri olan mevcut kanuni düzenlemeler mercek altına alınmaktadır.

B. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Öngördüğü Sistem

1. Sendikal Örgütlenme Düzeyi: İşkoluna Göre Sendikalaşma İlkesi

Sosyal bir fenomen olan “hukuk” belli bir toplumun kültürünün ve geleneklerinin içinden çıkmaktadır. Dolayısıyla diğer tüm hukuki kavram ve kurumlar gibi toplu iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi yapma sistemi de içinden çıktığı toplumun uzun ve karmaşık tarihsel, sosyo-ekonomik ve siyasi gelişmeleriyle şekillenmektedir³².

Bu gerçekten hareketle, toplu iş sözleşmesinin rolü ve hukuki niteliği de farklı hukuk sistemlerine göre değişkenlik göstermektedir. Her ne kadar, toplumların işgücü piyasaları farklı özellikler taşısa da, toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi endüstriyel ilişkilerin vazgeçilmez ve temel unsurunu oluşturmaktadır³³.

Toplu iş sözleşmesinin akdedilmesinde önemli bir rol oynayan sendikaların da kuruluş düzeyi bakımından farklı sistemler söz konusu

³² Ulla Liukkunen, “The Role of Collective Bargaining in the Labour Law Regimes: A Global Approach”, içinde *General Reports of the XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law*, ed. Katharina Boele-Woelki, Diego P. Fernández Arroyo ve Alexandre Senegacnik (Switzerland: Springer, 2021), 373.

³³ Liukkunen, 373.

olabilir. Sendikaların örgütlenme biçimi denildiği zaman, genel olarak akla üç örgütlenme modeli gündeme gelebilir. Bunlar: meslek esasına göre sendikalaşma, işyerine esasına göre sendikalaşma ve işkolu esasına göre sendikalaşmadır³⁴.

Sendikal örgütlenmenin en eski düzeyi olarak nitelendirilen meslek sendikacılığında, sendikalar belirli bir meslekte çalışanlar tarafından çalışma koşullarını iyileştirmek amacıyla kurulmaktadır. Örneğin, avukatlar sendikası, mühendisler sendikası gibi. Meslek sendikalarına sadece bu mesleğin mensupları üye olarak katılabilirler. Dolayısıyla aynı mesleği yürütenlerin hangi işyerinde veya işkolunda çalıştığına bir önemi bulunmamaktadır³⁵.

Bir diğer sendikal örgütlenme modeli ise, işyeri sendikacılığıdır. İşyeri sendikacılığının özünde, bir işyerinde çalışan tüm işçiler yaptıkları işin niteliğine, mesleklerine veya vasıflarına bakılmaksızın işyeri sendikasına üye olabilirler³⁶. Türkiye sendikacılığında işyeri düzeyinde örgütlenme modeli, 274 sayılı Sendikalar Kanunu³⁷ döneminde öngörülmüştü. Anılan Kanun, sendikal örgütlenme düzeyi olarak işyeri ve işkolunu beraber kabul etmişti³⁸.

³⁴ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, 39-40; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2024), 84-85; Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023), 39-40; Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 35-36; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta Yayınları, 2023), 906-607; Ercan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku* (Ankara, Seçkin Yayınları, 2021), 81; Adnan Tuğ, *Sendikalar Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1992), 36; Talat Canbolat, *Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri* (İstanbul: Beta Yayınları, 2013), 67; Muhittin Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı* (Ankara: Lykeion Yayınları, 2019), 17-21; Kübra Doğan Yenisey, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4 (2013), 44-45; Ertuğrul Yuvalı ve Yusuf Güleşçi, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından İşkolu Kavramı", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 10, Sayı No.38 (2013), 61-63.

³⁵ Gaye Baycık, "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, Sayı No.2 (2014): 211-212.

³⁶ RG, 07.05.1983, S.18040.

³⁷ RG, 24.07.1963, S.11462.

³⁸ 274 sayılı Sendikalar Kanunu m.9/1: "İşçi sendikaları, aynı işyerinde veya aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan işçileri veyahut birbirleriyle ilgili işkollarında çalışan işçileri içine alır."

İşyeri sendikacılığı, bir işyerinde çalışan işçilerin ortak hak ve menfaatlerinin korunmasında fayda sağlasa da, işyeri sendikalarının işverene karşı bağımsızlığı noktasında sorunları gündeme getirme ihtimali bulunmaktadır. İlaveten, bu sendikaların üye sayıları işyerindeki işçilerle sınırlı olacağı için, mali açıdan işverene karşı güçsüz durumda kalabilecekleri ve bunun da sendikanın mücadele kapasitesini olumsuz yönde etkileyeceği belirtilmektedir³⁹.

İşkolu sendikacılığında ise, işyerindeki temel faaliyet esas alınmakta ve sendikanın kurulu olduğu işkolunda faaliyet gösteren işyerindeki tüm işçiler meslekleri veya unvanları fark etmeksizin tek bir sendikaya üye olmaktadır⁴⁰.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ise, mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu gibi işkolu düzeyinde örgütlenme modelini öngörmektedir. Nitekim Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasında sendika şu şekilde tanımlanmaktadır: “İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları ifade eder.” Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında ise, sendikaların kuruldukları işkolunda faaliyette bulunacakları belirtilmektedir⁴¹. Yine Kanun'un 8. maddesinde kuruluşların tüzüğünde bulunması gerekenler arasında sendikanın faaliyet göstereceği işkolu yer almalıdır.

³⁹ Toker Dereli, “Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Normları Açısından Türkiye’de Sendika Özgürlükleri ve Yeni Yasa Taslağının Değerlendirilmesi”, *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, Sayı No.54 (2008), 219-220.

⁴⁰ Fevzi Şahlanan, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014), 367; Seracettin Göktaş ve Gökhan Yılmaz, *6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2024), 47-48; Doğan Yenisey, “İşkolunun Belirlenmesi”, 44; Astarlı, 20; E. Murat Engin, “6356 Sayılı Yasa’da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4, Sayı No.39 (2013), 145.

⁴¹ Kanun’un gerekçesinde de işkolu düzeyinde örgütlenme ilkesinin benimsendiği şu şekilde ifade olunmaktadır: “Maddede, Türk hukukuna hâkim olan “serbest kuruluş ilkesi” belirtilmiştir. Maddede sendikaların ülkemiz endüstri ilişkileri sisteminin benimsediği ve uygulandığı biçimde işkolu esasına göre kurulacağı belirtilmiştir...” Bu yönde bkz. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu İlgili Yönetmelikler, ed. Ali Kemal Sayın ve Ebru Öztüm Tümer (Ankara, 2014), 63, <https://www.csgb.gov.tr/media/1330/sendikalar-ve-toplu-i-c5%9F-soezle-c5%9Fmesi-kanunu-ilgili-yoenetmelikler.pdf>.

Kanun'un sistematigiinden de anlaşılacağı üzere, sendikal örgütlenme düzeyi olarak "işkolu" tercih edilmiştir⁴². İşkolu düzeyinde örgütlenmeyi öngören kanuni düzenlemenin, işkolu dışında meslek veya işyeri sendikalarının kurulmasını engellediği, sendika kurma ve örgütlenme hak ve özgürlüklerine yönelik ağır, ölçsüz, demokratik toplum niteliklerine aykırı bir sınırlama getirdiği ve bu durumun Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerle bağdaşmadığı belirtilerek anılan düzenlemenin Anayasa'nın 13., 51. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan hareketle iptali talep edilmiştir⁴³. Ancak Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemenin güçlü sendikacılığın oluşmasını amaçladığını, diğer sendikal örgütlenme modellerini ise açıkça yasaklamadığını, diğer örgütlenme modellerinde kurulu sendikaların da mevcut olduğunu ve şartlar sağlanırsa toplu iş sözleşmesi yapma haklarının bulunduğunu belirterek, iptal talebinin reddine karar vermiştir.

Meslek esasına dayalı sendika kurulması 2821 sayılı Sendikalar Kanunu⁴⁴ m.3/3'te yer alan "*Meslek veya işyeri esasına göre işçi sendikası kurulamaz.*" hükmüyle açıkça yasaklanmıştı. Ancak, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda bu yönde açık bir yasak bulunmamaktadır. İlaveten, Kanun'un m.2/4 hükmüne göre, "*İş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılır.*" Anılan düzenleme uyarınca, bu kişiler iş sözleşmesine tabi olarak çalışmasalar da 6356 sayılı Kanun kapsamında işçi sayılacak ve işçi sendikası kurma ve işçi sendikasına üye olma hakkına sahip olacaklardır. O halde, bu kimselerin meslek esasına dayalı sendika kurabilecekleri kabul edilebilir⁴⁵. Bununla birlikte, iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı çalışan bu kişilerin toplu sözleşme ve grev hakları bulunmamaktadır⁴⁶. Doktrinde bu kimselerin

⁴² Öte yandan, kanun koyucu kamu işveren sendikaları açısından farklı bir düzenleme öngörmüştür. 6356 sayılı Kanun m.3/2'ye göre, "*Kamu işveren sendikalarının, aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve faaliyette bulunması şartı aranmaz.*" Anılan hüküm uyarınca, kamu işverenlerinin sendika kurarken aynı işkolunda yer alma zorunlulukları bulunmamaktadır.

⁴³ AYM, 22.10.2014, E.2013/1, K.2014/161, lexpera.com.tr.

⁴⁴ RG, 07.05.1983, S.18040.

⁴⁵ Astarlı, 26; Baycık, "İşkolunun Belirlenmesi", 212; Başterzi, 55; Doğan Yenisey, "İşkolunun Belirlenmesi", 47; Sur, 25.

⁴⁶ Doktrinde Şahlanan'a göre, anılan sendikaların toplu iş sözleşmesi akdedememesi, sendikacılık alanında önemli bir varlık gösterememelerine yol açmaktadır. Bu yönde bkz. Şahlanan, "Değerlendirme", 367.

kuracakları meslek sendikalarının hukuksal değil, “sosyal” kuruluşlar olarak kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir⁴⁷. 6356 sayılı Kanun açıkça meslek sendikacılığını yasaklamamakta; tersine Kanun’un m.2/4 hükmünde anılan kimselerin meslek sendikası kurabilmesinin de önünü açmasına rağmen, Kanun’un m.2/1-(ğ) bendinde yer alan “sendika” tanımı; m.3/1 ve m.8/1-(c) düzenlemesi, mevzuatımız açısından esasen meslek sendikacılığını mümkün kılmamaktadır⁴⁸.

Nitekim bu husus, Anayasa Mahkemesi’nin önüne 2023 yılında iki ayrı bireysel başvuru yoluyla da gelmiştir. Yapılan başvurulardan ilki, sendika kurucusu olabilme şartlarına sahip olduğuna dair gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu iddia edilen başvurucunun, idari para cezasıyla cezalandırılmasının suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiğine ilişkindir⁴⁹. Başvurucu, 2004 yılında Tüm Üretici Köylüleri Sendikası (TÜM KÖY SEN) isimli sendikal bir örgütlenmenin kurucuları arasında yer almaktadır. TÜM KÖY SEN’in sendika olarak resmi kuruluş işlemlerinin tamamlanması için Ankara Valiliği’ne başvuruda bulunulmuş; ancak Valilik, Anayasa’nın 51. maddesi ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nda üretici köylülerle ilgili işkolu bulunmadığını ve TÜM KÖY SEN’in sendikal faaliyette bulunamayacağını belirterek 2009 yılında TÜM KÖY SEN’in kapatılması talebiyle dava açmıştır. Ankara 15. İş Mahkemesi, sendika tüzüğünde sendikanın amacının, *"tarım orman ve hayvancılık ile ilgili işlerde bir fiil çalışan üretici köylünün yaşamını idame ettiği tüm alanlar faaliyet alanı olarak kabul edildiği ve sendikanın amaç ve ilkelerinin üyelerinin yaptığı işe harcadığı emeğe uygun insanlık onuruna yaraşır bir yaşam ve adaletli bir gelir sağlamak"* ve *"çiftçilerin de sendika kurma hakkı"* olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Daha sonra Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de⁵⁰, *"Türkiye’de yürürlükteki mevzuat gözden geçirilecek olursa; T.C. Anayasasının 51. maddesinin 1. fıkrasında çalışanlar ve işverenlerin önceden izin almaksızın sendika kurabilecekleri düzenlenmiştir. Yine Anayasanın*

⁴⁷ Fevzi Demir, “Sendikalar Kuruluşu ve İşleyişi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4 (2013): 24.

⁴⁸ Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku*, 44; Canbolat, 73-74; Doğan Yenisey, “İşkolunun Belirlenmesi”, 47. Yargıtay da verdiği kararlarında işkoluna göre sendikalaşma ilkesinin uluslararası sözleşmelere aykırı olmadığını belirtmektedir. Bu yönde bkz. Y22HD, 02.11.2015, E.2015/21519, K.2015/29700, www.lexpera.com.tr.

⁴⁹ AYM, *Zekayi Sağra Başvurusu*, Başvuru No:2018/9222, 12.07.2023, RG, 02.11.2023, S.32357.

⁵⁰ Y4HD, 27.11.2012, E.2011/12583, K.2012/18032, www.lexpera.com.tr.

90/son maddesine göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." hükmü çerçevesinde, Türkiye tarafından kabul edilip usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalardan, B.M. Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 8. maddesinde B.M. Medeni ve Siyasi Sözleşmesinin 11. maddesinde sendikal haklardan herkesin yararlanacağı hususu düzenlenmiştir. Bu sözleşmelerde belirtilen "Herkes" kapsamına çiftçiler de dahildir. Dosyadaki bilgilere göre adı geçen sendika çiftçilerin haklarını koruyacak ve geliştirecektir. Bu da tipik bir ekonomik çıkar savunması ve dolayısıyla sendika konusu olabilecek bir faaliyettir." gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Anayasa Mahkemesi, sendikanın hukuken kurulup kurulamayacağı tartışmasından ziyade, başvurucuya kesilen idari para cezasının kanunilik ilkesine uygun olup olmadığını araştırmıştır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, verdiği kararın gerekçesinde meslek esasına göre sendika kurulamayacağını şu şekilde ifade etmiştir: "Bu kapsamda Yargıtay da içtihatlarını yeni Kanun'a göre revize ederek sendika kurma şartlarında meslek sendikacılığının değil işkolu sendikacılığının esas alınacağını altını çizmiştir."⁵¹

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir diğer uyuşmazlıkta⁵² ise, başvurucu "Avukatlar Sendikası", e-Devlet sistemindeki sendika üyeliğinin "yalnızca işçilerin, ait oldukları işkolunda olmak kaydıyla işçi sendikasına üye olabilmeleri" şeklindeki düzenlemesinin, herkesin e-Devlet üzerinden sendika üyeliğine olanak sağlamak üzere yeniden yapılandırılması amacıyla idareye başvurmuş; ancak bu talebi zımnen reddedilmiştir. Daha sonra, Sendika zımnen reddedilen işlemin iptali ile sendika kurmak ve sendikaya üye olmak için çalışan olmanın yeterli olduğunu iddia ederek idare mahkemesinde dava açmıştır. Ankara 18. İdare Mahkemesi davanın reddine karar vermiş; Bölge İdare Mahkemesi de anılan kararı onamıştır. Anayasa Mahkemesi ise şu gerekçelerle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir: "Avukatlar işçi ve işveren olmalarına göre ancak ilgili işkolunda yer alan sendikaya üye olabileceklerdir. Dolayısıyla avukatların sendika

⁵¹ AYM, *Zekayi Sağra Başvurusu*, § 31.

⁵² AYM, *Avukatlar Sendikası Başvurusu*, Başvuru No:2018/27450, 12.07.2023, RG, 17.05.2023, S.32193.

çatısı altında örgütlenebildikleri görülmektedir. O halde derece mahkemelerinin Anayasa ve ilgili mevzuat hükümlerini yorumlayarak, işkolu sendikacılığı kapsamı dışında kalan meslek sendikacılığına yönelik sınırlamaları usul ve yasaya uygun bulmasında Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan sendika hakkına ilişkin güvenceleri gözetmediği söylenemeyecektir.”⁵³

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 6356 sayılı Kanun'un sistematigi incelendiğinde, işkolu sendikacılığının esas alındığı rahatlıkla gözlemlenmektedir. Gerçekten de Kanun, sendikaların tüzüğünde sendikanın faaliyet göstereceği işkolunun belirlenmesi gerektiğini; sendikaların işkolunda faaliyette bulunabileceklerini; işçilerin sadece işyerinin girdiği işkolunda örgütlenen sendikaya üye olabileceklerini düzenlemektedir. İlâveten, Kanun'un 17. maddesinin 4. fıkrası gereği bir işyerinde yardımcı işleri yürüten işçiler de, işyerinin girdiği işkolundaki sendikaya üye olabilirler. Sendika üyeliğinin sona ermesi de benzer şekilde işkolu temel alınarak belirlenmiştir. Kanun'un 19. maddesinin 7. fıkrasına göre, bir işçi işyerinden ayrılıp, başka bir işkolunda yer alan işyerinde çalışmaya başlarsa, sendika üyeliği kendiliğinden sona erecektir. İşkolu, sendikaların toplu iş sözleşmesi yetkisinin tespitinde de büyük önem taşımaktadır. Nitekim Kanun'un 41. maddesinin 1. fıkrasına göre, sendikaların toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin temelinde de işkolu yer almaktadır. Hatta sendikaların akdedeceği toplu iş sözleşmesi türü de (işyeri-işletme toplu iş sözleşmesi ya da grup toplu iş sözleşmesi) işkolunun ve işkolunun belirlenmesine dayanak teşkil eden işyeri-işletme ayırımının belirlenmesiyle tespit edilmektedir.⁵⁴

Görüleceği üzere, 6356 sayılı Kanun meslek veya işyeri esasına dayalı sendikal örgütlenmeyi açıkça yasaklamasa da, Kanun'un ruhuna sinmiş olan “işkolu” ilkesi, anılan bu tür sendikaların faaliyetini mümkün kılmamaktadır. Doktrinde yasağın şekli olarak kaldırılması ciddi şekilde eleştirilmekte, ilâveten, bu hususun Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87 sayılı Sözleşmesi'yle uyumlu olmadığı ve dolayısıyla Anayasa m.90/5 hükmüyle çeliştiği de belirtilmektedir⁵⁵. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87

⁵³ AYM, *Avukatlar Sendikası Başvurusu*, § 20.

⁵⁴ Baycık, “İşkolunun Belirlenmesi”, 226.

⁵⁵ Başterzi, 122, 154; Baycık, “İşkolunun Belirlenmesi”, 214-217; Gaye Baycık, “Sendikal Örgütlenme Hakkı ve Örgütlenme Modeli”, içinde *10. Yılında 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi (İstanbul, 4-5 Kasım 2022)*, Ed. Gülsevil Alpagut ve Özge Yıldız Hakkakul (İstanbul: On İki Levha

sayılı Sözleşmesi'nin 2. maddesinde, çalışanların ve işverenlerin herhangi bir ayırım yapılmaksızın istedikleri kuruluşları kurmak ve bu kuruluşlara üye olmak hakkına sahip oldukları düzenlenmektedir. Diğer bir anlatımla, 87 sayılı Sözleşme, işçilere kuracakları ve/veya üye olacakları sendikalar konusunda bir sınırlama getirmemektedir⁵⁶.

İşkolları, 6356 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasında⁵⁷ belirtildiği üzere kanunla kurulmaktadır. Kanun, işkollarının sayısını 2821 sayılı Kanun'dan farklı olarak 28'den 20'ye düşürmüştür. Yine Kanun'a göre, “*Bir işkoluna giren işler, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü alınarak ve uluslararası normlar göz önünde bulundurularak Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.*” İşkolları Yönetmeliği'nin⁵⁸ 2. maddesine göre ise, her bir işkoluna giren işlerin neler olduğu, ekonomik faaliyetlerin sınıflandırılmasına ilişkin uluslararası norm ve standartlar göz önünde bulundurularak yapılmış ve bu amaçla da sınıflandırmada *NACE Rev 2-Altılı Ekonomik Faaliyet Sınıflaması* esas alınmıştır. *NACE Rev 2-Altılı Ekonomik Faaliyet Sınıflaması*, 2012 yılından itibaren esnaf ve ticaret sicil kayıtlarının tutulmasında, işyeri vergi numarasının, Sosyal Güvenlik Kurumu işyeri sicil numarasının belirlenmesinde ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre

Yayımları, 2024), 39-41; Astarlı, 27. Buna karşılık, doktrinde *Alpagut* tarafından belirtildiği üzere, bu tür sendikaların kurulmalarına engel bulunmadığı yönündeki görüş, bu yapıları bir dernek işlevi atfetmekten başka bir işe yaramayacaktır. Bu konuda bkz. Gülsevil Alpagut, “6356 Sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi”, içinde *İş Hukukunda Güncel Sorunlar*: 3, Ed. Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya (Ankara: Seçkin Yayınları, 2013), 122.

⁵⁶ Uluslararası Çalışma Örgütü de örgütlenme türüne sosyal tarafların karar vermesi gerektiğini belirtmektedir. Yine Uluslararası Çalışma Örgütü, ülkelerin tercih ettiği sendikal örgütlenme modeliyle sendika tekelinin mi yoksa sendika çokluğunun mu oluştuğunu sorgulamaktadır. Örgüte göre, burada önemli husus, tarafların özgür iradeleriyle bir seçim yapmalarıdır, daha açık bir anlatımla, yasanın doğrudan veya dolaylı dayatmasıyla değil, tarafların kendi seçimiyle sendika tekeli oluşturulabilir. Dolayısıyla, taraflar işkolu/işyeri/meslek esasına göre sendika kurulmasına kendileri karar vermeli; bu konuda bir sınırlama getirilmesi hali ise, sözleşmelere aykırılık oluşturmaktadır. Bu yönde bkz. ILO, International Labour Conference 81st Session, Freedom of Association and Collective Bargaining, 1994, p.91, 97, [https://webapps.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1994-81-4B\).pdf](https://webapps.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1994-81-4B).pdf). Ayrıca bkz. Şebnem Kılıç, *Türk Hukukunda Grup Toplu İş Sözleşmeleri ve Çerçeve Sözleşmeler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2019), 41.

⁵⁷ 6356 sayılı Kanun m. 4/1: “*İşkolları bu Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilmiştir.*”

⁵⁸ RG, 19.12.2012, S.28502.

işyerinin tehlike sınıflarının tespitinde kullanılmaktadır⁵⁹. 6356 sayılı Kanun'un 41. maddesinin 7. fıkrasında sendika üyeliği, yetki tespiti, istatistiklerin düzenlemesi gibi oldukça önemli konularda Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarının esas alınacağı hüküm altına alınmıştır. Sosyal güvenlik sistemindeki kayıtlardan hareket edilmesi ise, sistemde kayıtlı bilgileri sendikal örgütlenme için de önemli hale getirmiştir⁶⁰. Bununla birlikte, İşkolları Yönetmeliği, işyeri tehlike sınıfları ve sosyal güvenlik sistemindeki işyeri kodları *NACE Rev 2-Altılı Ekonomik Faaliyet Sınıflaması*'na göre hazırlanmış olsa da, bu listelerin birebir aynı olmaması, uygulamada ciddi pek çok sorunun doğmasına yol açmaktadır⁶¹.

2. Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi

Toplu iş sözleşmesi yapabilmek için toplu iş sözleşmesi ehliyetine ve yetkisine sahip olmak gereklidir. Toplu iş sözleşmesi ehliyeti, hukuken geçerli bir toplu iş sözleşmesine kimin taraf olabileceğini ifade etmektedir⁶². Bu bağlamda, toplu iş sözleşmesi ehliyeti, toplu iş sözleşmesi yetkisinden önce gelmektedir. Toplu iş sözleşmesi ehliyeti, doktrinde hak ehliyetinin toplu iş hukukundaki görünümü olarak nitelendirilse de, hak ehliyeti ile toplu iş sözleşmesi ehliyeti özdeş değildir. Nitekim hak ehliyetine herkes doğuştan sahip iken, toplu iş sözleşmesi ehliyeti Türk hukukunda sadece işçi sendikasına, işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene tanınmıştır⁶³. Toplu iş sözleşmesi ehliyetinin, toplu iş sözleşmesinin geçerliliği üzerinde doğrudan etkisi bulunmaktadır. Zira ehliyetsizlik, toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktadır.

Toplu iş sözleşmesi ehliyeti, işçi tarafı açısından sadece işçi sendikalarına tanınmıştır. Bununla birlikte, toplu iş sözleşmesi ehliyeti, işkoluyla sınırlandırılmıştır. 6356 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sendikaların kurulu

⁵⁹ Astarlı, 10; İrem Çelik, *Sendikal Örgütlenmede İşkolunun Belirlenmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 19 vd.

⁶⁰ Doğan Yenisey, "İşkolunun Belirlenmesi", 59.

⁶¹ Bu konu hakkında kapsamlı bir inceleme ve eleştiri için bkz. Doğan Yenisey, "İşkolunun Belirlenmesi", 59; Astarlı, 11-16; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, 45, dn.149; Başterzi, 67-71; Aydın Başbuğ, "Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisindeki Temel Sorunlar ve Sendikal Haklara Olumsuz Etkisi", *İş ve Hayat Dergisi*, Sayı No.4 (2016), 66-67.

⁶² Manfred Löwisch ve Volker Rieble, *Tarifvertragsgesetz* (München: Verlag Franz Vahlen, 2017), TVG § 2 Rn. 8; Engin, *Toplu İş Sözleşmesi*, 100.

⁶³ Başterzi, 67-71; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, 45.

buldukları işkolunda faaliyette bulunabilecekleri düzenlenmektedir. Bu hüküm, sendikaların sadece işkolu esasına göre kurulmasını değil aynı zamanda toplu iş sözleşmesi ehliyetlerini de işkoluyla sınırlandırıldığını düzenlemektedir.

Sendika çokluğu ilkesinin benimsendiği Türk toplu iş hukukunda, aynı işkolunda birden fazla sendikanın kurulması mümkündür. 6356 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 3. fıkrasına göre, “İşçi veya işverenler aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamaz. Ancak aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabilir. İşçi ve işverenlerin bu hükme aykırı şekilde birden çok sendikaya üye olmaları hâlinde sonraki üyelikler geçersizdir.” Anılan hüküm uyarınca, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler dışında aynı işkolunda ve aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olunması yasaktır. Dolayısıyla, aynı işkolundaki sendikaların daha çok üye kaydetmek için bir yarışa girmeleri kaçınılmazdır. Bu durum, özellikle bir toplu iş sözleşmesi ünitesinde yer alan işçi topluluğunu kimin temsil edeceği noktasında büyük önem taşımaktadır. Zira toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından tek bir sendikanın yetkili olabileceği esası benimsenmiştir. İşte bu aşamada toplu iş sözleşmesini hangi işçi sendikasının bağtlayacağı, yani yetki tespiti sorunu doğmaktadır.

Yetkili işçi sendikasının tespiti sadece toplu sözleşme görüşmelerinde işçileri kimin temsil edeceğini değil, aynı zamanda toplu iş sözleşmesinin yapılmasını, toplu görüşmelerin sonuçsuz kalması durumunda grev kararının kim tarafından alınacağını da belirlemektedir.

Türk toplu iş hukukunda toplu iş sözleşmesine taraf olacak işçi sendikasının birtakım özel koşulları taşıması gerekmektedir. Bunun temel nedeni ise, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin gereklerinin tam anlamıyla yerine getirilebilmesi için işçi topluluğunun kolektif yararını kolektif iradeye dönüştürebilecek temsil gücünün aranmasıdır⁶⁴. Diğer bir anlatımla, toplu iş sözleşmesinin akdedilmesinde işçi topluluğunu işverene karşı temsil edecek güçlü bir yapının olması amaçlanmaktadır.

Bu bağlamda 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası için iki şartın varlığını aramaktadır. Bunlardan ilki, sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışan

⁶⁴ Engin, *Toplu İş Sözleşmesi*, 103; Başterzi, 15.

işçilerin en az %1'nin bu sendikanın üyesi olmasıdır (işkolu barajı)⁶⁵. Toplu iş sözleşmesi akdedebilmek için işçi sendikasının sahip olması gereken ikinci koşul ise, işyerinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının bu sendikanın üyesi olmasıdır. İşletmede ise çalışan işçi sayısının %40'nın bu sendikanın üyesi olması gerekmektedir (m.41/1). İşletme toplu iş sözleşmesinde işverenin aynı işkolunda yer alan işyerleri bütün olarak göz önüne alınıp %40 çoğunluk buna göre araştırılmaktadır⁶⁶. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken husus, Türk toplu iş hukukunda toplu iş sözleşmesi düzeyinin işyeri olduğudur. Kanun'un 34. maddesinin 2. fıkrasında, “*Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir.*” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Anılan madde metninde her ne kadar “işletme düzeyi” ifadesi kullanılmış olsa da, burada aslında kastedilen toplu sözleşmenin türünün işletme toplu iş sözleşmesi olduğudur. Diğer bir ifadeyle, işletme toplu iş sözleşmeleri de işyeri düzeyinde yapılmaktadır⁶⁷.

O halde bir işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi bağtlayabilmek için öncelikle ülke çapındaki %1 işkolu barajını geçmesi ve ardında da toplu sözleşme yapmak istediği ünitadaki çoğunluğu sağlaması gerekmektedir. Ancak, bu aşamaların her biri kendi içinde çeşitli uyumsuzlukları barındırmaktadır.

Öncelikle, yetki koşullarını taşıdığını düşünen işçi sendikası, toplu sözleşme yapmaya yetkili olduğunun tespiti amacıyla Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na her zaman başvurabilir. Ancak, toplu iş sözleşmesi

⁶⁵ 2822 sayılı Kanun'da işkolu barajı %10 olarak belirlenmişti; ancak barajın yüksekliği işçi sendikalarının büyük tepkisiyle karşılaşınca bu oran 6356 sayılı Kanun döneminde ilk olarak %3'e düşürülmüştü. Daha sonra 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı Torba Yasayla %3 barajı 11.09.2014 tarihinden itibaren %1 olarak belirlenmiştir. Ancak, Kanun'un ek 1.maddesinde yüzde bir barajı, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikaları için %3 olarak uygulanır, hükmü yer almaktaydı. Buna karşın, Anayasa Mahkemesi, 14.05.2015 tarihli kararıyla anılan düzenlemeyi iptal etmiştir. Bkz. AYM, 14.05.2015, E.2014/177, K.2015/49, RG, 11.06.2015, S.29383. Dolayısıyla, işkolu barajı artık tüm işçi sendikaları için %1 olarak uygulanmaktadır.

⁶⁶ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, 1005.

⁶⁷ Canbolat, 104; Levent Akın, “İşkolu Tespitinde İşyeri ve İşletme”, *Çimento İşveren Sendikası Dergisi* 27, Sayı No.1 (Ocak 2013), 48; Öner Eyrenci, “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2014), 119-146.

süresinin bitmesinden önceki yüz yirmi gün içinde, yeni sözleşme için yetki başvurusunda bulunulabilir (m.35/4). Toplu iş sözleşmesinde teklik ilkesi gereğince, yapılacak toplu iş sözleşmesi önceki sözleşme sona ermedikçe yürürlüğe giremez. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yetki şartlarını başvuru tarihindeki duruma göre tespit etmektedir⁶⁸. Bakanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan işçi bildirimlerini esas almaktadır. Öyle ki sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılmayanlar, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmaz (m.42/4).

Kanun'un 43. maddesinde ise, Bakanlığın yaptığı yetki tespitine karşı itiraz hakkı düzenlenmektedir. Buna göre, Bakanlığın tespitine karşı itirazın tespit yazısının alınmasından itibaren altı işgünlük hak düşürücü süre içinde yapılması gerekmektedir. Öte yandan, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinden daha az üyesi bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunamaz (m.43/2). İlâveten, yetki itirazı için açılan dava kesinleşinceye kadar yetki işlemleri durmaktadır (m.43/5).

Yetki tespitine itiraz davası, toplu iş sözleşmesi görüşmelerine başlamak için aşılması gereken bir engeldir. Bu sürecin uzaması, işçilerin toplu sözleşme hakkını gereği ve etkin şekilde kullanamamaları sonucunu doğurmaktadır. Bu amaçla Kanun'da bu davanın ne kadar sürmesi gerektiği düzenlenmektedir. Gerçekten de Kanun'un m.43/3 hükmüne göre, "*... bu karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde bölge adliye mahkemesi bir ay içinde kararını verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.*" Kanun'da istinaf ve temyiz aşamalarının ne kadar süre devam edeceğine yönelik bir düzenleme yer alsa da, yetki itirazı davasının iş mahkemesinde ne kadar zamanda bitirilmesi gerektiği yönünde bir hüküm yer almamaktadır⁶⁹. Bununla beraber, Kanun'da öngörülen süreler temenni edici mahiyette olup, bu sürelerin uygulamada aşıldığı⁷⁰ ve yetki itirazı davalarının yıllarca sürdüğü bilinmektedir.

Toplu iş sözleşmesinin bağitlanması sürecini uzatmaya yönelik kötü niyetli itirazların önlenmesi amacıyla Kanun'un 43. maddesinin 3. fıkrasında, "*İtiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması halinde itiraz incelenmeksizin reddedilir.*" hükmü yer almaktadır. Yargılamayı sürüncemede

⁶⁸ Bu yönde bkz. Y9HD, 05.06.2023, E.2023/9992, K.2023/8529, www.lexpera.com.tr.

⁶⁹ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, 288.

⁷⁰ Göktaş ve Yılmaz, 909.

bırakmaya yönelik somut delillere dayanmayan itirazların mahkemece reddedilmesi gerekmektedir. Ancak, doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, soyut gerekçelerle yapılan ve esasen yargılamayı uzatmayı amaçlayan itirazlarda bile, bu tür bir saikin varlığını tespit etmek için yargılama yapılmalıdır⁷¹. İlaveten, anılan düzenlemede geçen “*itiraz incelenmeksizin reddedilir*” ibaresi “*itiraz, esasa girilmeksizin reddedilir*” şeklinde anlaşılmalıdır⁷². Yine aynı maddede, “*İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar.*” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, işçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye yönelik itirazlarda ilk derece mahkemesi duruşma yapmadan karar vereceği gibi, duruşmasız olarak verilen karara karşı da istinaf ve temyiz yolu kapalıdır. Doktrinde hak arama özgürlüğü ve hukuki dinlenilme hakkı bakımından bu düzenlemenin oldukça dar yorumlanması gerektiği belirtilmekle birlikte, uygulamada anılan hükmün uygulanabilir nitelikte olmadığı, zira her uyuşmazlıkta itiraz sebepleri bakımından mutlaka tek tek inceleme yapılması gerektiği isabetli şekilde ifade edilmektedir⁷³.

Yetki itirazı davalarında, 6356 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, sendikanın söz konusu işkolunda olmadığına dair itirazlar da yer almaktaydı. Yapılan işkolu itirazları yetki tespiti davalarında bekletici mesele yapıldığı için bu husus, davaların çok uzun sürmesine yol açmaktaydı⁷⁴. 6356 sayılı Kanun’un

⁷¹ Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku*, 371-372. Bu konuda ayrıca bkz. Y22HD, 26.06.2013, E.2013/16422, K.2013/15619, Gökteş ve Yılmaz, 907.

⁷² Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, 285; Gökteş ve Yılmaz, 908; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku*, 372; Gülsevil Alpagut, “6356 Sayılı Yasa’nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 9, Sayı No.35 (2012), 40; Ercüment Özkaraca, “Toplu İş İlişkileri”, içinde *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014*, ed. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 307; Mustafa Alp ve Betül Erkanlı, “İşletme Toplu İş Sözleşmelerinde Yetki”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı No. Özel Sayı-Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan (2016), 81.

⁷³ Gökteş ve Yılmaz, 908; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku*, 371.

⁷⁴ Bu konuda bkz. Gaye Burcu Yıldız, “Yetki Tespitine İtiraz Davalarında Bekletici Mesele”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Sayı No.1-1 (Ocak-Şubat 2016), 518-519; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Sayı No.1-1 (Ocak-Şubat 2016), 575-576.

5. maddesinde bu durumun önüne geçmek için yeni bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, “*Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz.*” (m.5/2). Yine Kanun’a göre, işkolu değişikliği yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemez⁷⁵. Yetki tespiti başvurusundan önce işkolu tespit talebinde bulunulması durumunda da, bu husus yetki tespitinde bekletici mesele sayılmayacaktır⁷⁶.

Öte yandan, yetki tespitine ilişkin itirazlar, Kanun’un aradığı gerekli sayısal çoğunluğun sağlanamadığı veya yanlış olduğu yönünde olabileceği⁷⁷ gibi işletme niteliğine, istatistiğe, muvazaalı işçi alımı/nakline⁷⁸, alt işverenlik

⁷⁵ Doktrinde *Başterzi*’ye göre, bu durum esasen ehliyetle ilgili bir meseledir. Kanun’un anılan hükmü, sendika çoğunluğunu sağlayıp yetki alan bir sendikanın, toplu iş sözleşmesi ehliyeti olmadığı halde toplu sözleşme bağtlayabilmesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla yazara göre, Kanun’un m.5/2 hükmü Anayasa’nın sendika özgürlüğünü düzenleyen 51. maddesi ile toplu iş sözleşmesi özerkliğinin temelini oluşturan 53. maddesine aykırıdır. Yine yazara göre, işkolu tespit talebi yetki başvurusundan önce yapılmışsa, m.5/2 hükmünün dar yorumlanması ve bu tür işkolu uyumsuzluklarının bekletici mesele sayılması gerekmektedir. Bu yönde bkz. *Başterzi*, 182-183.

⁷⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin bir kararına göre de, “... kanun koyucu herhangi bir istisna öngörmeksizin mutlak emredici bir şekilde işkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz.” Bu yönde bkz. Y9HD, 18.05.2022, E.2022/5139, K.2022/6281, www.lexpera.com.tr.

⁷⁷ Y9HD, 11.05.2022, E.2022/5259, K.2022/5837, www.lexpera.com.tr.

⁷⁸ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin bir kararına göre, “*Dosya içeriğinden, başvuru tarihinden kısa süre önce olmak üzere, 2014 yılı Temmuz ayında 330 yeni işçi alımı yapıldığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren, işe yeni alınan işçilerin gerçek ihtiyaca dayalı olduğunu ve işletmesel karar doğrultusunda alımların yapıldığını savunmaktadır... Ayrıntılı şekilde açıklanan bütün bu maddi ve hukuki olgular karşısında, yetki başvuru tarihinden kısa süre önce işe alınan 330 işçinin, işveren tarafından gerçek ihtiyaca dayanmayan şekilde işe alındığı açıktır. Bu durumda, işverenin, davacı sendikanın çoğunluğunu engellemek için iş sözleşmesi yapma hakkını kötüye kullandığı ve bu itibarla söz konusu 330 işçinin toplam işçi sayısının hesabında nazara alınmayacağı tartışmasızdır. Hal böyle olunca, davacı sendikanın, ve ... A.Ş. işyerinde 03.09.2014 başvuru tarihi itibarıyla toplu iş sözleşmesi yapmak için gerekli çoğunluğa sahip olduğu anlaşılmakla...*” Bu yönde bkz. Y22HD, 05.06.2017, E.2017/34731, K.2017/13394, Göktaş ve Yılmaz, 892-893. Ayrıca bkz. Y9HD, 12.01.2022, E.2021/12369, K.2022/232, www.lexpera.com.tr.

uygulamalarına⁷⁹, işe iade davasının bekletici mesele sayılması gerektiğine⁸⁰ veya davanın yetkisiz mahkemede açıldığına vb. ilişkin itirazlar şeklinde de gündeme gelebilir⁸¹. Uygulamada en sık karşılaşılan itirazların başında ise, işletme toplu iş sözleşmesine yönelik itirazlar gelmektedir. Öncelikle üzerinde durulması gereken mesele, işletme toplu iş sözleşmesi yapılması sürecinde işkolu itirazının ileri sürülmesi durumunda, bu itirazın bekletici neden yapıлып yapılmayacağıdır. 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir.*” Anılan düzenleme uyarınca, işverene ait aynı işkolunda birden fazla işyeri olması durumunda, yapılacak toplu iş sözleşmesinin türünün işletme toplu iş sözleşmesi olması gerekmektedir⁸². Ancak, bu husus uygulamada işverenlerin yetki tespitine karşı açılan davalarda sıklıkla ileri sürdükleri bir itiraz nedeni olarak gözlemlenmektedir. Burada tartışma yaratan temel sorunlarından biri (işkolu itirazı niteliği taşımaksızın) işletme niteliğine yapılan itiraz⁸³, bir diğeri ise Kanun'un 5.

⁷⁹ Örneğin bkz. Y9HD, 18.09.2023, E.2023/14428, K.2023/12247; Y22HD, 22.05.2013, E.2013/7795, K.2013/11969, www.lexpera.com.tr.

⁸⁰ Yargıtay işyerinde yetki tespit başvurusundan önce işten çıkarılan işçilerin açtıkları işe iade davalarının sonucunun beklenmesi gerektiğine karar vermektedir. Ancak, yüksek mahkeme güncel kararlarında işe iade davalarının sonucunun bekletici mesele yapılması yönündeki talebin sadece işçi sendikası tarafından ileri sürülebileceğine karar vermektedir. Gerçekten de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararına göre, “... işçi sendikasının işe iade davası açan işçilerin yetki tespitinde dikkate alınması itirazını ileri sürmesi durumunda söz konusu işçilerin yetki tespitinde dikkate alınması gerektiğinin...” Bu yönde bkz. Y9HD, 18.05.2023, E.2023/9535, K.2023/7451, Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, 1007, dn.151.

⁸¹ Yukarıda anılan itiraz konuları dışında, davanın ihbar zorunluluğuna dair itirazlar da gündeme gelebilir. Bu konuda bkz. Alpagut, “Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi”, 188-190; Sur, 308-318; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, 1021-1022; Şahlanan, 389-395; İpek Kocagil Ersoy, *Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 284-301.

⁸² Göktaş ve Yılmaz, 897; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku*, 298; Astarlı, 156; Canbolat, 127.

⁸³ Örneğin Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bir kararına göre, “*Davacı vekili tarafından, yetki tespitine, müvekkiline ait tek bir işyeri olduğu ve üç farklı birimin farklı işyerleri sayılarak işletme niteliği kabulünün hatalı olduğu gerekçesiyle itiraz edilmiştir. Mahkemece, somut olayda davacıya ait birimler işletme kabul edilerek dava reddedilmiş ise de, yapılan araştırma eksik ve hüküm kurmaya yeterli bulunmamaktadır. İnceleme konusu davada, davacı işverene ait farklı yerde bulunan birimlerin, tek bir işyeri niteliğinde olup olmadığının duraksamaya yer vermeyecek*

maddesinin 2. fıkrasında yer alan işkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davaların, yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmayacağı kuralının işletme toplu iş sözleşmesi için de geçerli olup olmadığıdır. Doktrinde bu sorunun kaynağı olarak Kanununun 5. maddesinin 2. fıkrası ile 34. maddesi arasında bağlantının kurulmaması gösterilmektedir⁸⁴. Kanununun 34. maddesinin 4. fıkrasına göre, işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede tarafından görülür. Bununla birlikte, yapılacak toplu iş sözleşmesinin işletme toplu iş sözleşmesi olması halinde yetki tespitine itiraz davasında görevli mahkeme, Kanun'un 79. maddesine göre belirlenmektedir. Buna göre işletme toplu iş sözleşmesi yetkisine itirazda yetkili mahkeme, görevli makamın bulunduğu yer mahkemesidir. Doktrindeki bir görüşe göre, işletme niteliğinin ileri sürüldüğü itirazlarda, yetki tespitine itirazı inceleyen mahkeme aynı zamanda işletme niteliğini de belirlemeye yetkiliyse, işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlığın “ön mesele” olarak incelemesi; işletme niteliğini incelemeye yetkili olmaması durumunda ise bu hususu “bekletici mesele” yapması gerekmektedir. Yine bu görüşe göre, Kanun'un m.5/2 hükmünün işyeri düzeyinde yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlaması haliyle sınırlı olarak değerlendirmek gerekir⁸⁵. Diğer bir anlatımla, işletme toplu iş sözleşmelerinin kamu düzeninden olduğu dikkate alınarak, işkolu itirazı bekletici mesele yapılmalıdır⁸⁶.

Buna karşılık doktrinde işkolu itirazlarının yetki tespitinde bekletici mesele yapılmaması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarların

*şekilde belirlenmesi gerekmektedir.” Bu yönde bkz. Y22HD, 18.04.2016, E.2016/8542, K.2016/11125, www.lexpera.com.tr. Bu konuda bkz. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Toplu İş İlişkileri”, içinde *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021*, ed. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022), 436-441. Ayrıca bkz. Y9HD, 15.04.2021, E.2021/2462, K.2021/8167, Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Değerlendirme”, 436, dn.289.*

⁸⁴ Astarlı, 164; Canbolat, 141-142; Şahlanan, 392; Alpagut, “6356 Sayılı Yasa”, 31.

⁸⁵ Başterzi, 190; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 392.

⁸⁶ Bozkurt Gümrükçüoğlu, “İşletme Toplu İş Sözleşmesi”, 583; Baycık, “İşkolunun Belirlenmesi”, 227; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, 249; Ali Güzel, “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, içinde *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013*, ed. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (İstanbul: Elma Basım Yayın ve İletişim Hizmetleri, 2015), 382-383.

temel çıkış noktası, işkolu itirazlarıyla toplu iş sözleşmesi yetki sürecinin gereksiz ve kötü niyetli şekilde uzamasının önüne geçmektir. Zira bu görüşe göre, işyerinin girdiği işkolu, Kanun'un 5. maddesindeki prosedür işletilmediği sürece sosyal güvenlik kayıtlarından hareketle belirlenmektedir. Yine Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, işyerinin girdiği işkolunun değişmesi yetki başvurusunda dikkat alınmamalı, işkolu değişmemişçesine yetki süreci tamamlanmalıdır. Nitekim Kanun'un m.5/2 hükmünde toplu iş sözleşmesinin türüne göre de bir ayırım veya sınırlandırma yapılmamıştır. Dolayısıyla işkolu değişikliği yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilememektedir⁸⁷. Ayrıca, yetki işlemlerinde Kanun gereği Bakanlığa başvurulduğu tarihteki kayıtlar temel alınarak belirleme yapılmaktadır. Dolayısıyla Kanun'un m.5/2 hükmünü sadece işyeri toplu iş sözleşmesiyle sınırlandırmak yerinde değildir⁸⁸. Kanımızca, işkolu tespit talebi veya buna ilişkin itirazların, işletme toplu iş sözleşmesi yetkisinde bekletici mesele olarak değerlendirilmemesi, kanun sistematığı açısından çeşitli sorunları içinde barındırır da, daha isabetli bir çözüm olarak gözükmektedir. Bu noktada toplu iş sözleşmesi yetki sürecinin kötü niyetli şekilde uzamasının ve işçilerin toplu sözleşme hakkından etkin şekilde yararlanamamasının önüne geçilmesi saikinden hareket edilmelidir⁸⁹. Ayrıca, işçilerin uzun yıllar toplu sözleşme bağlanmaması için yetki itirazının sonuçlanmasını beklememeleri başlangıç noktası kabul edilerek, Kanun'un birbiriyle ilintili hükümleri

⁸⁷ Doğan Yenisey, "İşkolunun Belirlenmesi", 62-63; Canbolat, 142-143; Yıldız, 524-525; Göktaş ve Yılmaz, 899; Seracettin Göktaş ve Gökhan Yılmaz, "Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyeri ve İşletme Kavramları ile İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10.Yıl Anısına Teşekkür Armağanı* 7, Sayı No: 2 (2022), 1184.

⁸⁸ Astarlı, 162-163; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, 1023;ERCÜMENT ÖZKARACA, "Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesi", *Tekstil İşveren Dergisi-Hukuk*, Sayı No:144 (Ağustos 2022), 7; Özkaraca, "Değerlendirme", 275; Haluk Hadi Sümer, "Toplu İş İlişkileri", içinde *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016*, ed. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018), 676-677; Fatma Burcu Savaş Kutsal, "Toplu İş İlişkileri", içinde *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020*, ed. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022), 465-466.

⁸⁹ Doktrinde Kanun'un m.34/4 hükmünün çıkarılmasının daha isabetli olacağı yönünde görüş için bkz. Alpagut, "6356 Sayılı Yasa", 31.

arasında bağlantı kurulması ve geçmiş tecrübelerden hareketle yeni bir düzenleme yapılması uygun bir çözüm olarak görünmektedir.

Yargıtay da son yıllarda verdiği kararlarda, işletme niteliğine ilişkin itirazlarda, işkoluna dair itirazları bekletici neden olarak saymamaktadır⁹⁰. Gerçekten de yüksek mahkemeye göre, “*İnceleme konusu davada, işverenin, farklı işkolunda yer alan işyerinin de yetki tespitinde nazara alınması gerektiği iddiası, esas itibarıyla itiraz konusu işyeri bakımından işkolu itirazı niteliğindedir. Yukarıda belirtilen açık düzenleme gereği, bu itiraz mevcut yetki uyumsuzluğunda ileri sürülemez ve bu konuda bir işkolu tespit kararı verilse dahi ancak bir sonraki dönem için geçerli olabilir. Diğer taraftan, hukuk devleti kavramı çerçevesinde hukuki belirlilik ve hukuki öngörülebilirlik ilkeleri nazara alındığında, uyumsuzluğun yetki tespiti için başvuru tarihindeki hukuki duruma göre değerlendirilmesi gerektiği de tartışmasız olup bu anlamda olmak üzere başvuru tarihi itibarıyla farklı işkollarında yer alan birim yahut işyerlerinin ... bir işyeri yahut işletme niteliğinde kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim işçi sendikasının, Bakanlık kayıtlarına güvenerek örgütlenme faaliyetini yürüttüğü ve çoğunluk tespitine dair talepte bulunduğu gözetildiğinde, yetki tespit başvuru tarihinden sonra ileri sürülen işkolu itirazının dikkate alınması yukarıda belirtilen ilkelere aykırılık teşkil edecektir. Bu itibarla davacı işverenin farklı işkolunda yer alan (...) sicil numaralı işyerinin de yetki tespitinin kapsamına dâhil edilmesi gerektiğine dair itirazı dikkate alınamayacaktır.*”⁹¹

⁹⁰ Bu noktada dikkat çekmek istediğimiz bir başka husus, yüksek mahkemenin, işyeri-bağlı yer veya işletme ilişkisi bağlamındaki itirazlarda, bu itirazların dinlenmesini uyumsuzluk konusu yerlerin aynı işkolunda olması gerektiğine bağlamasıdır. Daha açık bir anlatımla, Yargıtay, işyeri-bağlı yer hususuna dair itirazlarda, itiraz konusu birimler farklı işkolundaysa, bu itirazların dinlenmeyeceğine karar vermektedir. Buna karşılık, bu birimler aynı işkolundaysa, işyeri ve işyerine bağlı yer meselesi incelenmektedir. Bu yönde bkz. Y9HD, 21.10.2021, E.2021/10449, K.2021/14734, Gökteş ve Yılmaz, 902. Kararın değerlendirilmesi ve bu yaklaşımın isabetli olmadığı yönündeki görüş için bkz. Özkaraca, “Bağlı Yer”, 5-7. Yazar, isabetli bir biçimde bağlı yerler açısından Kanun’un m.5/2 hükmünü uygulanabilir bulmamaktadır. Yine yazara göre, bağlı yerin işkolu söz konusu olmayıp sadece bir işyerinin girdiği işkolundan söz edilebilir. Yüksek mahkemenin, amaçta birlik, yönetimde birlik, coğrafi yakınlık dışında, kayıtlarda aynı işkolunda örgütlenme unsurunu aramasının yasal dayanağı bulunmamaktadır.

⁹¹ Y9HD, 21.09.2023, E.2023/14246, K.2023/12535, Gökteş ve Yılmaz, 899. Bu yönde ayrıca bkz. Y9HD, 14.01.2021, E.2020/8682, K.2021/907, www.lexpera.com.tr.

Yine yetki itirazı davalarında sıklıkla karşılaşılan ve yargılamanın uzun yıllar sürüncemede kalmasına yol açan bir itiraz ise, davanın yetkisiz mahkemede açıldığına yönelik yetkisizlik itirazlarıdır. Uygulamada bu tür itirazların işverenler ve hatta diğer rakip sendikalar tarafından ileri sürüldüğü görülmektedir. Olumlu ve olumsuz yetki tespitine itiraz davalarında yetkili mahkeme 6356 sayılı Kanun'un 79. maddesine göre belirlenmektedir. Buna göre, işyeri toplu iş sözleşmesi için işyerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün olduğu yerdeki iş mahkemesi; işletme toplu iş sözleşmeleri için işletme merkezinin bulunduğu yerdeki Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün olduğu yerdeki iş mahkemesi yetkilidir. Aynı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün yetki alanına giren işyerleri için yapılacak grup toplu iş sözleşmelerinde bu işyerlerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün bulunduğu ildeki; birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün yetki alanına giren işyerlerini kapsayacak grup toplu iş sözleşmesi için Ankara iş mahkemesi yetkilidir. Yetki tespitine itiraz davasında yetki kuralı kamu düzenine ilişkin sayılmakta olup, kesin niteliktedir⁹².

Yetki tespitine itiraz davalarının özellikle kötü niyetli bir şekilde yetkisiz mahkemede açılarak sonrasında yetkiye yapılan itirazların önüne geçmek için duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yetkisizlik kararı verilip verilemeyeceği tartışılmaktadır⁹³. Öncelikle belirtelim ki, Yargıtay duruşma açılmaksızın dosya üzerinden yetkisizlik kararı verilemeyeceğine, bu

⁹² Şahlanan, Toplu İş Hukuku, 386-387. Bu yönde bkz. Y22HD, 06.02.2017, E.2017/1045, K.2017/1097, www.lexpera.com.tr.

⁹³ Bu konuda kapsamlı bir tartışma için bkz. *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021 Toplantısı*'nda yer alan Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu tarafından sunulan "Toplu İş İlişkileri" Tebliği'nin Tartışma Bölümü, 490-496. Bu kısımda, Av. İbrahim Tavan tarafından yöneltilen soruya, ilk olarak Prof. Dr. Ercüment Özkaraca, Yargıtay içtihadının bu duruma cevaz vermediğini belirterek cevap vermektedir. Buna karşılık, Ankara 7. İş Mahkemesi Hakimi Mehmet Güven, tensiple yetkisizlik kararı verilebilmesinin HMK'ya uygun olduğunu dile getirmektedir. Ardından Av. İrfan Taşkın, Bakanlığın 2021 yılından itibaren işverenlere gönderdiği yetki belgelerinde görevli makamın neresini olduğunu belirttiğini; buna rağmen işverenlerin yetkisiz mahkemede dava açması durumunda dosya üzerinden yetkisizlik kararı verilmesinin yerinde olacağını ifade etmektedir. Daha sonra tebliği sahibi Bozkurt Gümrükçüoğlu, ön inceleme duruşmasında kesin yetkinin değerlendirilmesi gerektiğini; bununla birlikte görevli makamın yazılı olarak bildirildiği durumlarda dosya üzerinden de karar verilmesinin mümkün olabileceğini - çekincelerini de açıklayarak- ileri sürmektedir.

durumun hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edeceğine hükmetmektedir⁹⁴. Mutlaka icra edilmesi gereken ön inceleme aşaması 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹⁵ m.137 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. HMK m.138'e göre, "*Mahkeme, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir; gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebilir.*" Yine HMK m.140/1'e göre, "*Hakim, ön inceleme duruşmasında, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verebilmek için gerekli görürse tarafları dinler...*" Ön inceleme evresinde, mahkeme hakimi tarafından ilk olarak dava şartlarının yerine getirilip getirilmediği incelenmekte; bu aşamada herhangi bir eksiklik mevcut değilse, ileri sürülen ilk itirazların incelenmesine geçilmektedir⁹⁶. Hakimin ihtiyaç duyması/gerekli görmesi hali dışında, dava şartları ve ilk itirazlara yönelik inceleme, dosya üzerinden yapılmaktadır⁹⁷. Dolayısıyla, ön incelemenin mutlaka duruşmalı yapılmasına gerek yoktur. Ön inceleme kurumunun getirilmesinin amacı, Kanun'un genel gerekçesinde tam hazırlık yapılmadan tahkikat aşamasına geçilmemesi olarak ifade edilmektedir⁹⁸.

Buradan hareketle, kanımızca yetkiye ilişkin itirazları, uzmanlaşmış bir iş mahkemesi hakimi mutlaka ön inceleme aşamasında karara bağlanmalıdır. Burada haklı olarak ileri sürülen endişe, toplu iş sözleşmesinin türünün işyeri veya işletme olduğuna yönelik itirazlarda, yargılamanın hemen başında bu

⁹⁴ Gökteş ve Yılmaz, 891. Bu konuda bkz. Y9HD, 01.12.2015, E.2015/32899, K.2015/33997. Anılan karara göre, "*Toplu iş uyuşmazlıklarında yetki kamu düzenine aittir. Özellikle yetki tespitine itiraz davalarında, yetkinin işyeri veya işletme düzeyinde olup olmayacağı tartışma konusu olacağı ve buna göre de görevli makamın belirlenmesi de gerekip, yetkili mahkeme buna göre belirleneceğinden, araştırma yapılmadan, taraflar dinlenmeden dosya üzerine karar verilmesi mümkün görülmemektedir. 6100 sayılı HMK. 138. maddesi ile dosya üzerine dava şartı olan yetki için karar verilmesini olanaklı kılarsa da, madde devamında gerektiği takdirde bu konuda tarafların dinlenebileceği açıkça belirtilmiştir. Yetki tespitine itiraz davalarında yukarıda açıklandığı üzere gereklilik vardır. Bu gereklilik, yasal düzenlemenin gereği olduğu gibi açıklama ve ispat hakkını da ilgilendirdiğinden hukuki dinlenilme hakkının da ihlaline neden olacaktır.*" Bu konuda bkz. Gökteş ve Yılmaz, 891, dn.955.

⁹⁵ RG, 04.02.2011, S.27836.

⁹⁶ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), 774.

⁹⁷ Tanrıver, *Cilt I*, 774.

⁹⁸ Bu konuda bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c089/tbmm23089050ss0393.pdf>.

hususun tespiti kolay olamayacağıdır⁹⁹. Dolayısıyla, ön incelemenin duruşmalı olarak yapılması ve tarafların dinlenmesi isabetli olacaktır. Hakim, ön inceleme aşamasını duruşmalı olarak yaptığında mutlaka bir ön inceleme tutanağı hazırlamalı ve yapılan tüm işlem ve beyanları tutanağa özenle geçmelidir. Tahkikat daha sonra bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülmektedir¹⁰⁰. Hakim, ön inceleme duruşmasında tarafları dinleyerek yetki itirazlarını kesin olarak karar bağlamalıdır. Her ne kadar buradaki yetki bir dava şartı olsa da, kanımızca yargılamaların uzamaması adına, ön inceleme aşamasında kesin olarak karara bağlanan yetki itirazları, daha sonra ileri sürülemezdir. Ancak bu noktada en isabetli çözüm, yapılacak bir kanun değişikliğiyle karmaşık ve farklılıklar içeren yetki kurallarının sadeleştirilmesidir.

Toplu iş sözleşmesi yetkisine ilişkin itirazlarda en sık karşılaşılan uyuşmazlıklardan bir diğerini ise istatistiğe itiraz oluşturmaktadır. İlk olarak, işkolu barajına ilişkin düzenlemeleri yakından inceleyecek olursak. Kanun'un 41. maddesinin 5. fıkrasına göre, sendikanın bir işkolunda çalışan işçilerin en az %1'ni üye kaydedip kaydetmediği Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca her yıl Ocak ve Temmuz aylarında Resmi Gazete'de yayımlanan istatistiklerde belirlenmektedir. Bakanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan işçi bildirimlerini esas almaktadır¹⁰¹. Bu istatistiklerde her bir işkolundaki toplam işçi sayısı ile işkollarındaki sendikaların üye sayıları yer almaktadır. Yayımlanan istatistik, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanıncaya kadar geçerlidir. Yetki belgesi almak üzere başvuran veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilememektedir. Diğer bir deyişle, yetki başvurusunda bulunduğu tarihteki istatistik, yetki tespiti için esas alınmaktadır.

Kanun'da istatistiğe itiraz hususu da düzenlenmektedir. Buna göre, yayımından itibaren on beş gün içinde itiraz edilmeyen istatistik kesinleşir. Diğer bir anlatımla, yayımlanan istatistiğe itiraz edilmesi durumunda, itiraz sonuçlanana kadar istatistiğin kesinleşmediği kabul edilmektedir. Ancak bu noktada belirlenmesi gereken husus, istatistiğin kesinleşmemesinin sadece

⁹⁹ Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Değerlendirme", 496.

¹⁰⁰ Adem Albayrak, "Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı No.41 (2021), 525.

¹⁰¹ Bkz. Y9HD, 23.11.2023, E.2023/17357, K.2023/17840, Göktaş ve Yılmaz, 761-762.

itiraz eden sendika bakımından mı yoksa o işkolunda kurulu tüm sendikalar açısından da mı söz konusu olacağıdır. Uygulamada Bakanlığın sadece itiraz eden sendika açısından istatistiği uygulamadığı ve fakat diğer sendikalara itiraz edilen istatistiğe göre işlem yapıldığının gözlemlendiği belirtilmektedir¹⁰². Buna karşılık, istatistiğe itiraz edilmesi, o işkolundaki işçi sayılarına doğrudan etki edeceği ve hatta işkolu barajını dahi bazı sendikalar açısından değiştirebileceği için o işkolunda kurulu tüm sendikalar açısından istatistiğin kesinleşmediği kabul edilmelidir¹⁰³. Yeni istatistiğin yayımlanmasıyla birlikte, bu istatistiğe dava açılmış olsa bile, bir önceki istatistik kendiliğinden dikkate alınmayıp, mutlaka itiraz prosedürünün sonuçlanması beklenmelidir¹⁰⁴. Öyle ki yüksek mahkeme, dava konusu istatistikten daha önce yayımlanan istatistiğe de dava açılmış olması durumunda önceki istatistiğe ilişkin davanın bekletici mesele yapılması gerektiğine karar vermiştir. Gerçekten de anılan karara göre, “*Somut uyumsuzlukta, 29.07.2015 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 6356 sayılı Kanun gereğince işkollarındaki işçi sayıları ve sendikaların üye sayılarına ilişkin 2015 Temmuz ayı istatistiklerine göre, davacı sendikanın üye sayısının 2.523 ve üye yüzdesinin ise %0,25 olduğu anlaşılmaktadır. Davacı vekili, yayımlanan daha önceki istatistiklere de itiraz edildiğini ve buna ilişkin davaların derdest olduğunu da ifade etmiştir. Dosya içeriğine göre de, daha önceki istatistiklere de itiraz edildiği ve henüz buna ilişkin davaların kesin hükümle karara bağlanmadığı anlaşılmaktadır. Dava konusu istatistiğe karşı itirazların değerlendirilebilmesi için, önceki istatistiklerin kesinleşmesi gerekir. Mahkemece, kesinleşen istatistikler esas alınarak sonraki dönemde davacı sendikanın üye sayısındaki değişiklikler tespit edilmeli ve bu suretle üye sayısı, toplam işçi sayısı ve buna bağlı olarak yüzdeler oranlar*

¹⁰² Gülsevil Alpagut ve Mert Namlı, “İşkolu Barajının Toplu Sözleşme Hakkı Karşısında Değerlendirilmesi ve İstatistiklere İtirazın Yetki Başvurusuna Etkisi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi* 1 (2022), 80-81.

¹⁰³ Alpagut ve Namlı, 80-81.

¹⁰⁴ Özkaraca, “Değerlendirme”, 269. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin bir kararına göre de, “*Bu açıklamalara göre somut olayda yetki başvuru tarihi itibarıyla yayımlanan son istatistik olan 30.07.2021 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 2021 Temmuz ayı istatistiklerinin esas alınması gerekmekte ise de yüzde bir işkolu barajını aşamayan davacı Sendika tarafından anılan istatistiklere karşı itiraz edildiği ve yargılamanın hâlen derdest olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla istatistiklere itiraz istemine ilişkin dava bekletici mesele yapılmalı, kararın kesinleşmesi beklenmeli ve oluşacak sonuca göre değerlendirme yapılmalıdır.*” Bu yönde bkz. Y9HD, 22.12.2022, E.2022/16919, K.2022/17791, www.lexpera.com.tr.

*belirlenmelidir. Bu itibarla, mahkemece önceki istatistiklere itiraz davalarının neticesi beklenilmeli ve kesinleşen istatistikler esas alınmak suretiyle sonuca gidilmeli...*¹⁰⁵

İstatistiğin gerçeğe uymadığı gerekçesiyle bu süre içinde dava sadece Ankara İş Mahkemesi'nde açılabilir. İşkolu istatistiklerine itiraz davasının kim tarafından açılabileceği Kanun'da düzenlenmemektedir. Bununla birlikte, bu davanın hukuki menfaati etkilenen işçi sendikaları, işveren sendikaları ve sendika üyesi olmayan işverenlerin açabileceği belirtilmektedir. Bu dava Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına karşı açılmaktadır. İlâveten, dava açan sendika, kendi üye sayısına ve işkolundaki toplam işçi sayısına itiraz ediyorsa, davanın itiraza konu işkolundaki tüm sendikalara da ihbar edilmesi gerekmektedir¹⁰⁶. Mahkeme bu itirazı on beş gün içinde sonuçlandırmalıdır. Mahkemece verilen karar hakkında, ilgililerce veya Bakanlıkça istinaf yoluna başvurulması halinde bölge adliye mahkemesi bir ay içinde kararını verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde Yargıtay, temyiz talebini bir ay içinde kesin olarak karara bağlar (m.41/6).

6356 sayılı Kanun'da her ne kadar istatistiğe itiraz davasının kısa bir süre içinde sonuçlandırılması gerektiği belirtilse de, bu süre temenni edici niteliktedir. Gerçekten de, uygulamada bu sürelerle riayet edilmediği ve yargılamaların çok uzun sürdüğü bilinmektedir. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir olayda, 15 No'lu taşımacılık işkolunda örgütlü bir sendikanın 2013 yılının Ocak ayında yayımlanan istatistiklere itiraz ettiği bir davanın 2022 yılında hala derdest olduğu gözlemlenmektedir¹⁰⁷. İstatistiğin kesinleşmemiş olması, sendikanın yetki almasını yıllarca geciktirmekte ve dolayısıyla bu durum işçilerin toplu sözleşme hakkından mahrum kalmasına yol açmaktadır. Bu sorunun ilk etapta çözümü olarak yargılamalar sırasında tarafların ihtiyati tedbir talep ettiği görülmektedir. İlâveten, doktrinde de istatistiğe itiraz davalarında “*uyuşmazlığın esasını çözecek şekilde ihtiyati tedbir*” verilebileceği hususu üzerinde durulmaktadır¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Y22HD, 08.03.2018, E.2018/1924, K.2018/6268, www.lexpera.com.tr.

¹⁰⁶ Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Değerlendirme”, 421; Gökaş ve Yılmaz, 735.

¹⁰⁷ Y9HD, 22.12.2022, E.2022/16919, K.2022/17791, www.lexpera.com.tr. Benzer yönde bkz. Y9HD, 25.02.2021, E.2021/614, K.2021/4941 ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Alpagut ve Namlı, 82; Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Değerlendirme”, 412-419. Başkaca örnekler için bkz. Alpagut, “Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi”, 184.

¹⁰⁸ Alpagut ve Namlı, 85-89.

Geçici hukuki koruma tedbirlerinden biri olan “ihtiyati tedbir”, dava açılmadan önce veya dava sırasında, mahkeme tarafından kesin hükme ulaşılmaya kadar geçen sürede çekişmeli hak veya şeyin korunmasını ya da olası bir tehlike veya zararın bertaraf edilmesini amaçlayan geçici nitelikteki acil bir hukuki korumadır¹⁰⁹. İhtiyati tedbirin hangi şartlar altında verilebileceği HMK m.389/1’de düzenlenmektedir. Buna göre, “*Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.*” İhtiyati tedbire karar verilmesi için mutlaka bir zararın veya tehlikenin doğmuş olması aranmaz. Dava konusu hak veya şey bakımından zararın veya tehlikenin gerçekleşme olasılığının varlığı yeterlidir¹¹⁰. İhtiyati tedbir yargılamasının temel özelliklerinden birini de, ihtiyati tedbir talep eden tarafın ihtiyati tedbir sebebini ve davanın esası yönünden haklılığını tam ispat yöntemiyle değil, yaklaşık ispatla kanıtlaması oluşturmaktadır (m.390/3). Burada ispat ölçüsü düşürülmekle birlikte, ihtiyati tedbir talep eden yan, hala iddiasını ispat etmelidir. İhtiyati tedbir talep taraf, ihtiyati tedbir talebini ve davanın esasına ilişkin haklılığını kuvvetle muhtemel gösterebiliyorsa, hakim ihtiyati tedbire karar vermelidir¹¹¹. İlâveten, ihtiyati tedbir talebi delil sisteminde bir değişikliğe yol açmaz; diğer bir anlatımla, kesin delille ispatlanması gereken hususlar kesin delille; takdiri delille ispatı gereken hususlar ise takdiri delille kanıtlanmalıdır¹¹².

¹⁰⁹ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt II* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 205; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023), 586; Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Himayenin Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013), 7-8; Yasemin Mıstaçoğlu, *Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir Yargılaması* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 15; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 620; Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (İstanbul: Beta Yayınları, 2009), 405; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 685.

¹¹⁰ Tanrıver, *Cilt II*, 208; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 590.

¹¹¹ Erişir, 148; Ahmet Başözen, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde ‘Yaklaşık İspat’ ve ‘İhtimal’ Kavramı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, Sayı No. Özel Sayı-Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan (2015), 656-667.

¹¹² Tanrıver, *Cilt II*, 211.

İhtiyati tedbir, gerçekleştirmeye yöneldiği amaç bakımından, teminat amaçlı ihtiyati tedbir; eda amaçlı ihtiyati tedbir ve düzenleme amaçlı ihtiyati tedbir olmak üzere üçe ayrılarak incelenmektedir. Teminat amaçlı ihtiyati tedbir, tartışma konusu yapılan hakkın ortadan kaldırılmasının önlenerek, aynen korunmasını sağlamaya yöneliktir. Eda amaçlı ihtiyati tedbir, ihtilaf konusu yapılan hakkın geçici olarak ifa edilmesini mümkün kılmaktadır. Burada hakim, bir şeyin verilmesine, yapılmasına veya yapılmamasına karar verir. Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirde ise, uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin geçici olarak düzenlenmesi amaçlanmaktadır¹¹³.

İhtiyati tedbir konusunda tartışma yaratan konuların başında “*uyuşmazlığın esasını çözecek nitelikte ihtiyati tedbir kararı*” verilip verilmeyeceği gelmektedir. Bu sorun bilhassa, asıl dava sonucunun geçici dahi olsa eda tedbiri yoluyla öne çekildiği eda amaçlı ihtiyati tedbir kararlarında kendini göstermektedir. Zira eda tedbirine başvurulmakla, asıl davada verilecek karar, alacaklının zaruret halini giderdiği ölçüde öne alınmaktadır¹¹⁴. Bu durumdan hareketle, yargı kararlarında ve doktrinde bazı yazarlar tarafından benimsenen bir görüşe göre, uyuşmazlığın esasını çözecek nitelikte ihtiyati tedbir kararı verilemez¹¹⁵. Ancak bu görüş doktrinde eleştirilmekte ve “klişe” olarak nitelendirilmektedir¹¹⁶. Bizim de katıldığımız bu yaklaşıma göre, ihtiyati tedbirin şartları Kanun’da düzenlenmiş olup, bu

¹¹³ Mustafa Özbek, “İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4, Sayı No.35 (2012), 25-30; Alpagut ve Namlı, 84-85; Mıstaçoğlu, 28-35; Erişir, 376; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 587.

¹¹⁴ Muhammet Özkes ve Evrim Erişir, “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 2, Sayı No.5 (2006), 1248.

¹¹⁵ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, 624; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 687. Ayrıca bkz. Ankara BAM 11. HD, 03.03.2020, E.2020/468, K.2020/375; İstanbul BAM 14. HD, 19.09.2024, E.2024/1339, K.2024/1248, www.lexpera.com.tr. Aksi yönde bkz. Y3HD, 23.11.2021, E.2021/6159, K.2021/11839, www.lexpera.com.tr.

¹¹⁶ Yavuz Alangoya, “Davanın Esasını Çözümleyecek Veya Böyle Bir Sonuç Doğuracak Biçimde İhtiyati Tedbir Kararları Hakkında”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, Sayı No.2 (Aralık 2007), 325-326; Vildan Peksöz, “Kanser İlaçlarının Karşılama Konulu İhtiyati Tedbirler (Uyuşmazlığın Esasını Çözer Nitelikte İhtiyati Tedbir Örneği)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, Sayı No.72 (2023), 1763-1764; Alpagut ve Namlı, 87. Özellikle kanser ilaçlarının temini konusunda Sosyal Güvenlik Kurumu’na karşı açılan davalarda, ihtiyati tedbir kararı verilmesinin gerekliliği ve zaruret halinin oluştuğu konusunda isabetli görüş için bkz. Peksöz, 1768-1773.

koşullar arasında “uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte ihtiyati tedbir kararı verilemez” şeklinde genel bir kural yer almamaktadır. Tersine, şartların mevcut olması durumunda mahkemenin her türlü tedbire karar verebileceği belirtilmektedir.

Nihayet konumuz açısından tartışmaya değer mesele, istatistiğe itiraz davalarında, kesinleşmiş son (bir önceki) istatistik esas alınmak suretiyle ihtiyati tedbir yoluyla sendikaya yetki belgesi verilmesinin mümkün olup olmadığıdır¹¹⁷. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, eda amaçlı ihtiyati tedbir kararı verilmesi için de Kanun’un aradığı şartların uyumsuzluk konusu olayda bulunması gerekmektedir. Bunlar, mevcut durumda oluşabilecek bir değişme nedeniyle bir hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması veya imkansız hale gelmesi ya da gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğmasından endişe edilmesidir. İhtiyati tedbirin özünde, kesin hukuki koruma sağlanana kadar, kişinin zorunlu ihtiyaçlarının giderilmesi düşüncesi yatmaktadır¹¹⁸. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, her iki taraf arasındaki menfaatler dengelemesinin kurulmasıdır. Menfaatler dengelemesi, Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesinin bir yansımasıdır¹¹⁹. Menfaatler dengelemesinden kasıt, her iki tarafın da yararının korunmasıdır. Menfaat dengelemesiyle, esasen her iki tarafın da zararı ve yararı tartılarak, durumun gereklerine göre ağır basan menfaate öncelik verilmektedir. Zira burada tam bir yargılama yapılmadığı için kararın haksız olma ihtimali de mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır¹²⁰. Ayrıca, verilecek tedbir kararının mahkemeyi asıl davada bağlamayacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla, mahkeme tedbir kararı vererek kendisini asıl dava bakımından bağlamamaktadır¹²¹. Bununla birlikte, özellikle eda tedbirlerinde asıl davada karşı tarafın haklı çıkması durumunda eski halin iadesi oldukça zordur. Bu nedenle doktrinde isabetle belirtildiği üzere, en az zarar ile en büyük fayda arasındaki denge aranmalıdır¹²².

İşkolu istatistiğine itiraz davaları, gerek kanun sistematigi gerek yargılama sırasında yaşanan aksaklıklar ve kötü niyetli itirazlar nedeniyle sekiz-on sene gibi uzun yıllar sürmektedir. Bu davalar, sendika üyesi olan çok

¹¹⁷ Alpogut ve Namli, 89.

¹¹⁸ Tanrıver, *Cilt II*, 202.

¹¹⁹ Erişir, 215; Pekacanitez, Atalay ve Özekes, 584; Tanrıver, *Cilt II*, 203.

¹²⁰ Erişir, 67; Alangoya, 340

¹²¹ Alangoya, 334.

¹²² Pekacanitez, Atalay ve Özekes, 584.

sayıda işçinin temel haklarından biri olan toplu sözleşme hakkından mahrum kalmalarına yol açmaktadır. İlâveten, bu süreçte sendikaların üye kaybettiği ve işveren karşısında güçsüz bir konuma düştükleri de bilinmektedir. Uzun yıllar süren yargılamalardan sonra toplu sözleşme akdedilse bile, toplu sözleşmenin ruhunda olan işçilerin çalışma koşullarının işveren karşısında korunması düşüncesi etkin şekilde hayata geçememektedir. Kanımızca burada gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğması kaçınılmazdır. Zira toplu sözleşme hakkının etkisizleştirilmesi, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesi gündeme gelmektedir. Ayrıca, ihtiyati tedbir kararı da bunu talep eden tarafın iddiasını daha düşük bir ispat ölçüsüyle de olsa kanıtlamasına bağlıdır. Yani, ihtiyati tedbir talep eden tarafın soyut iddiaları, temelsiz beyanları yargılamada dinlenmemektedir. Yine HMK m.392/1'e göre, ihtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek de zorundadır. Dolayısıyla, -her ne kadar ciddi tereddütlerimiz olsa da- mevcut sistem sürdüğü sürece bu tür davalarda "kısır döngünün" sonlandırılması için "uyuşmazlığın esasını çözecek şekilde ihtiyati tedbir kararı" verilebilmelidir. Ancak, biraz önce belirttiğimiz üzere, ciddi tereddütlerimizin hasıl olma sebebi, tedbiren verilen yetki belgesine dayanarak yapılacak toplu sözleşmesinin akıbetidir¹²³. Zira verilecek ihtiyati tedbir kararıyla geri dönüşü olmayan sonuçların ortaya çıkmaması gerekir. Daha açık bir anlatımla, asıl davada, tedbir kararının kaldırılmasından sonra önceki hukuki duruma dönmek mümkün olmalıdır¹²⁴. Bu bağlamda akla gelen olasılık 6356 sayılı Kanun'un 45. maddesindeki düzenlemedir.

III. MALUMUN İLANI: ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 15.02.2024 TARİHLİ NAKLİYAT-İŞ SENDİKASI KARARI

Yukarıda örnekler üzerinden de açıklamaya çalıştığımız üzere, toplu iş sözleşmesi yetki sistemimizde, bir işçi sendikasının yetki başvurusunda bulunup yetki belgesi alarak toplu iş sözleşmesi imzalayabilmesi çoğu zaman uzun yıllar sürmektedir. Bunun temel nedeni 6356 sayılı Kanun'da getirilen düzenlemelerin yanı sıra, kötü niyetli itirazlar ve yargılama sırasında (bilirkişi incelemelerinin uzun sürmesi, itirazlar, yargıda iş yükünün çok fazla olması, uzmanlaşmamış mahkemeler vb.) yaşanan aksaklıklardır. On yıldan fazla süredir yürürlükte olan 6356 sayılı Kanun, esasen toplu sözleşme

¹²³ Benzer yönde Alpagut ve Namlı, 89.

¹²⁴ Peksöz, 1171.

sistemimizdeki sorunları çözmeye yetişemediği gibi geçmiş yılların yorgunluğunu da bugüne taşıyarak sorunların girdaba dönmesine yol açmıştır. Bu durumun mağdurları ise hiç şüphesiz ki toplu sözleşme hakkından mahrum kalan işçilerdir. Sendikalaşma oranının zaten çok düşük olduğu ülkemizde, toplu sözleşmeden yararlanma da yargılamaların yıllarca sürmesi nedeniyle sekteye uğramaktadır. Oysa, toplu sözleşme yetkisine yönelik itirazların en hızlı ve kısa sürede çözümlenerek sonuca kavuşturulması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bir kararında bu hususu şu şekilde vurgulamaktadır: “Belirtmek gerekir ki, yetki tespiti ve toplu görüşme sürecine dair 6356 sayılı Kanun’da yer alan hükümlerin birçoğunda kesin ve düzenleyici süreler öngörülmüştür. Kanun koyucunun amacının, toplu iş sözleşmesinin en kısa sürede imzalanması ve işçilerin toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılacak haklarına kavuşmaları olduğu gözetildiğinde, kesin ve düzenleyici süreler aracılığı ile toplu iş sözleşmesinin ivedi şekilde imzalanmasının amaçlandığı ifade edilebilir. Ayrıca yetki tespitine itirazın somut deliller veya olgulara istinaden yapılması gerektiğine dair hükmün de, aynı amacın gerçekleşmesi için düzenlendiği şüphesizdir. Diğer taraftan, 6356 sayılı Kanun’un 43. maddesinin son fıkrasında yer alan ‘İtiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur.’ düzenlemesi sebebiyle de, yetki tespitine itirazın ivedi şekilde sonuçlandırılmasının öneminin açık olduğu da belirtilmelidir.”¹²⁵

Yetki tespitine itiraz süreçlerinin makul sürede sonuçlandırılmaması, toplu sözleşme hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını engellediği gibi adil yargılanma hakkının da ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır. İşçi sendikaları, davaların çok uzun yılları sürmesi yani makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle toplu sözleşme hakkının/sendika hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi esasen bu konuya ilişkin geçmişte iki önemli karar vermesine karşın, Nakliyat-İş Sendikası’nın başvurusu üzerine, bu kez durumun vahametini gözler önüne sermek amacıyla meselenin *yapısal bir soruna* ulaştığını vurgulayarak 2024 tarihinde oldukça önemli ve vurucu bir karar vermiştir.

¹²⁵ Y9HD, 10.06.2021, E.2021/5739, K.2021/10088, Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, 289- 290, dn.565.

Aşağıda öncelikle Anayasa Mahkemesi kararına konu olan uyuşmazlığı ve yüksek mahkemenin kararını özetleyeceğiz, sonrasında ise kararın neden önemli olduğunu açıklamaya çalışacağız.

A. Kararın Özeti

Başvurucu Türkiye Devrimci Kara, Hava, Demiryolu İşçileri Sendikası (Nakliyat-İş Sendikası) dava konusu işyerinde yeterli çoğunluğuna sahip olduğunu belirterek, 20.06.2016 tarihinde toplu iş sözleşmesi akdetmek için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına yetki başvurusunda bulunmuştur. Bakanlık ise, 24.06.2016 tarihli yazısında başvurucu Sendika'nın kurulu olduğu işkolunda gerekli çoğunluğu sağlayamadığından hareketle, olumsuz yetki tespitinde bulunmuş ve bu durumu Sendika'ya bildirmiştir.

Başvurucu Sendika, 11.07.2016 tarihinde İstanbul 9. İş Mahkemesi'nde olumsuz yetki tespitine itiraz etmiştir. İstanbul 9. İş Mahkemesi, Sendika'nın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yayımlanan 2016 yılı Ocak ayı istatistiklerine göre işkolu barajının %0,66 olduğunu; başvuru tarihi itibarıyla işyerindeki üye yüzdesinin %60 olsa da toplu iş sözleşmesi akdetmek için gerekli olan %1 işkolu barajını aşamadığını değerlendirmiştir.

Kararın istinaf edilmesi üzerine, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 28. Hukuk Dairesi 06.12.2018 tarihinde istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararının temyiz edilmesi üzerine ise, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 29.05.2019 tarihli kararıyla, Nakliyat-İş Sendikası'nın %1 işkolu barajını aşamadığını ancak 2016 yılı Ocak ayı istatistiklerine karşı süresinde itiraz ettiğini ve bu itiraza ilişkin yargılamanın Ankara 40. İş Mahkemesi'nde görüldüğünü ve bekletici mesele yapılması gerektiğini belirterek bozma kararı vermiştir¹²⁶.

¹²⁶ Gerçekten de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararına göre, “*Kanun metninden açık bir şekilde anlaşılacağı üzere, yetki tespiti taleplerinde başvuru tarihi itibarıyla, en son yayımlanan istatistik esas alınacaktır. Bu durumda yayımlanan istatistiklere itiraz edilmesi halinde ise, itiraza ilişkin dava bekletici mesele yapılarak, ilgili mahkeme kararının ve dolayısıyla istatistiğin kesinleşmesi beklenmelidir (...)* Dosya içeriğine göre başvuru tarihi itibarıyla yayımlanan son istatistik olan 2016 yılı Ocak ayı istatistiğinin esas alınması yerinde ise de; temyiz safhasında celbedilen bilgi ve belgelerden %1 işkolu barajını aşamayan davacı Sendika'nın 2016 yılı Ocak ayı istatistiklerine karşı süresinde itiraz ettiği, yargılamanın Ankara 40. İş Mahkemesi'nin

Bunun üzerine, Nakliyat-İş Sendikası, 04.11.2020 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Bu sırada, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bozma kararı sonrasında, İstanbul 9. İş Mahkemesi, 26.07.2021 tarihinde, Yargıtay'ın belirttiği şekilde istatistiğe itiraz davasının bekletici mesele yapılmasının bir kısır döngüye yol açtığını, bu kısır döngünün bir noktada sonlandırılması için dosyaların akıbetinin beklenmesi yerine esastan karar verilmesi gerektiğini belirterek, davanın kabulüne karar vermiştir. Bu bağlamda da, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 24.06.2016 tarihli olumsuz yetki tespiti işleminin ihtiyati tedbirle durdurulmasına ve kesinleşen bir önceki istatistik olan 2009 istatistiklerinin göz önünde bulundurularak Sendika'nın yetkili olduğuna karar vermiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın söz konusu kararı temyiz etmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.01.2022 tarihinde yetki tespiti taleplerinde başvuru tarihi itibarıyla en son yayımlanan istatistiklerin esas alınacağını; yayımlanan istatistiklere itiraz edilmesi durumunda ise itiraza ilişkin davanın bekletici mesele yapılması gerektiğini belirterek kararın bozulmasına karar vermiştir¹²⁷.

2016/1156 esas sayılı dosyası ile görüldüğü ve halen derdest olduğu anlaşılmıştır. Bütün bu açıklamalar karşısında, Mahkemece, Ankara 40. İş Mahkemesi'nin 2016/1156 esas sayılı dosyasının bekletici mesele yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir. Bu yönde bkz. Y9HD, 29.05.2019, E.2019/4510, K.2019/12397, www.lexpera.com.tr.

¹²⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararına göre, "Yargıtay'ın vermiş olduğu bozma kararına uymuş olan yerel mahkeme, bozma kararı doğrultusunda inceleme yapmak ve hüküm kurmak zorundadır. Mahkeme uyma kararını kaldırarak direnme kararı veremeyeceği gibi, hükmünün bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmiş olan bölümleri hakkında da farklı bir karar vermeden yeniden hükümde karar vermek zorundadır. Bozmaya uyulmakla bozma lehine olan taraf yararına usulü kazanılmış hak doğmuş olur. Hükmün bir kısmının bozma kapsamı dışında bırakılmasının amacı bu kısımların doğru olduğunu belirlemek, bozmanın sınırlarını çizmek ve bu şekilde usulü kazanılmış hakları oluşturup, korumaktır. Yargıtay tarafından bozulan bir hükmün bozma kararının kapsamı dışında kalmış olan kısımları kesinleşir. Kesinleşmiş bu kısımlar, lehine olan taraf yararına usulü kazanılmış hak oluşturur. Mahkemece davanın reddine ve Bölge Adliye Mahkemesince istinaf başvurusunun esastan reddine dair verilen ilk karar, Dairemizin 17.09.2020 tarihli ilâmıyla özetle 'Dosya içeriğine göre başvuru tarihi itibarıyla yayımlanan son istatistik olan 2016 yılı Ocak ayı istatistiğinin esas alınması yerinde ise de; temyiz safhasında celbedilen bilgi ve belgelerden %1 işkolu barajını aşamayan davacı Sendika'nın 2016 yılı Ocak ayı

Nakliyat-İş Sendikası, yukarıda da belirtildiği üzere, uyuşmazlık sürerken, 04.11.2020 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne “*olumsuz yetki tespitine itiraz talebiyle açılan davanın makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle sendika hakkının ihlal edildiği*” iddiasıyla başvurmuştur. Ayrıca başvurucu, “*6356 sayılı Kanun'da öngörülen işkolu barajı uygulamasının sendikaların örgütlenmesini engellediğini; 2009 yılı sonrası istatistiklere itiraz edildiği için 2009 yılı istatistiklerinin esas alınması gerektiğini; 6356 sayılı Kanun'da kısa süreler öngörülmesine rağmen başvuruya konu davanın makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle üyeleri adına toplu iş sözleşmesi akdedemediğini, sendika üyesi binlerce işçinin mağdur olduğunu ve sendika hakkının etkisizleştirildiğini*”¹²⁸ iddia etmektedir.

Anayasa Mahkemesi öncelikle, yürürlükte olan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun ilgili hükümlerini inceleyerek, toplu iş sözleşme akdetme yetkisi üzerine çeşitli tespitlerde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre sekiz yıllık bir zaman dilimi içinde, başvurucu Sendika'nın uyuşmazlık konusu işyerinde, yargılamalar devam ettiği için toplu iş sözleşmesi imzalamaması, hem sendikal haklarının kullanılmasının engellendiğinin hem de davanın makul sürede sonuçlandırılmadığının göstergesidir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Ancak, anılan kararı bu denli özellikli yapan husus, Anayasa Mahkemesi'nin sadece ihlal kararı vermekle yetinmeyerek, ihlalin ve

istatistiklerine karşı süresinde itiraz ettiği, yargılamanın ... 40. İş Mahkemesi'nin 2016/1156 esas sayılı dosyası ile görüldüğü ve halen derdest olduğu anlaşılmıştır. Bütün bu açıklamalar karşısında, Mahkemece, ... 40. İş Mahkemesi'nin 2016/1156 esas sayılı dosyasının bekletici mesele yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.' gerekçesiyle bozulmuştur. Mahkemece bozma kararına uyulmasına karşın, istatistiğe itiraz davasının bekletici mesele yapılmasına dair ara karardan dönülerek yargılamanın sonuçlandırılması doğru olmamıştır. Bozma ilâmında da belirtildiği üzere, kanun metninden açık bir şekilde anlaşılacağı üzere, yetki tespiti taleplerinde başvuru tarihi itibarıyla en son yayımlanan istatistik esas alınacaktır. Yayımlanan istatistiklere itiraz edilmesi halinde ise itiraza ilişkin dava bekletici mesele yapılarak, ilgili mahkeme kararının ve dolayısıyla istatistiğin kesinleşmesi beklenmelidir. Bu itibarla, mahkemece ... 40. İş Mahkemesinin 2016/1156 esas sayılı dosyası bekletici mesele yapılmalı, kararın ve istatistiğin kesinleşmesi beklenmeli ve oluşacak sonuca göre karar verilmelidir.” Bu yönde bkz. Y9HD, 27.01.2022, E.2021/11274, K.2022/1336, www.lexpera.com.tr.

¹²⁸ AYM, Nakliyat-İş Sendikası Başvurusu, § 30.

sonuçlarının ortadan kaldırılması için giderimin nasıl yapılacağı konusunda yol göstermesidir. Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası*¹²⁹ ve *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası*¹³⁰ kararlarında da yetki tespiti başvurularının makul sürede sonuçlandırılmamasına ilişkin ilkeleri ortaya koyarak, ihlal kararları vermiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, verdiği bu kararlar sonrasında benzer bir uyumsuzluğun önüne yeniden gelmesi üzerine, ortada bir “yapısal sorun” olduğuna işaret etmiş ve bu yapısal sorunun kaynağının belirlenmesi ve çözüme kavuşturulması için harekete geçilmesi gerektiğini vurgulamıştır¹³¹.

B. Kararın Önemi: Kararın Anayasa Mahkemesi “Genel Kurul”u Tarafından Alınması ve “Pilot Karar Usulü”ne Başvurulmadan “Yapısal Sorun”un Tespiti

Anayasa Mahkemesi, Nakliyat-İş Sendikası kararından önce, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine ilişkin davaların çok uzun sürmesi nedeniyle, işçilerin toplu sözleşme hakkından etkin şekilde yararlanamadıklarını belirten iki önemli karar vermiştir. Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası* ve *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası* başvurularında da sendika yetki tespitine itiraz talebiyle açılan davaların makul sürede sonuçlanmaması nedeniyle sendika hakkının ihlal edildiğini ortaya koymuştur. Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası başvurusuna ilişkin karar, Anayasa Mahkemesi’nin *İkinci Bölümü* tarafından alınmıştır. Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası başvurularına ilişkin karar ise, Anayasa Mahkemesi’nin *Birinci Bölümü*nce verilmiştir. Her iki kararın da gerekçelerinde ortak şu ifadelere rastlanmaktadır: “Dolayısıyla başvuruya konu yargılamayla ilgili olarak davanın makul sürede sonuçlandırılmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda başvuru Sendikanın yetki tespiti ile ilgili sürece dair yargılama sürüncemede bırakılarak başvurusunun davacı işyerinde sendikalaşabilmesi hususundaki hukuki belirsizlik hızlı bir yargısal süreç yürütülerek giderilmemiştir. Başka bir ifade ile başvuru Sendikanın üyeleri adına söyleyeceklerini dinlemesi için işvereni ikna etmeye çalışmak ve ilke olarak

¹²⁹ AYM, *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası Başvurusu*, Başvuru No: 2016/13328, 19.11.2020, RG, 19.11.2020, S.31398.

¹³⁰ AYM, *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası Başvurusu*, Başvuru No: 2016/135311, 15.12.2020, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/13531>.

¹³¹ AYM, *Nakliyat-İş Sendikası Başvurusu*, § 56.

işverenle toplu sözleşme yapma hakkından etkin bir şekilde yararlanmasını sağlamak konusundaki yükümlülüklerin yerine getirilmediği anlaşılmıştır.”¹³²

Anayasa Mahkemesi, 2020 yılında verdiği bu iki karardan sonra, benzer bir uyuşmazlığın Nakliyat-İş Sendikası başvurusuyla da yeniden önüne gelmesi üzerine, işçilerin toplu sözleşme hakkından etkin şekilde yararlanamamalarının sistematik bir sorundan kaynaklandığını bu sefer yüksek sesle dile getirmiştir. Nitekim Mahkeme, Nakliyat-İş Sendikası başvurusuna ilişkin kararı, Genel Kurul’u tarafından almıştır.

Anılan kararın, Mahkeme’nin Genel Kurul’u tarafından alınması diğer kararlara nazaran farklılık teşkil etmektedir. Öncelikle, Anayasa’nın 149. maddesi, Anayasa Mahkemesi’nin “*Çalışma ve Yargılama Usulü*”nü düzenlemektedir. Buna göre, “*Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul, Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az on üye ile toplanır. Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır. Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir. / Siyasi partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurulca bakılır, bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır*¹³³. / *Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.*”

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un¹³⁴ 22. maddesine göre, “*Mahkemede, bireysel başvuruları karara bağlamak üzere bir başkanvekili başkanlığında altışar üyesi olan iki bölüm bulunur. Bölümler, bir başkanvekilinin başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü ile ilgili hususlar İçtüzükle düzenlenir.*”

Anayasa’nın ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un gönderme yaptığı, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün¹³⁵ 25. maddesinde, “*Genel Kurulun Görev ve Yetkileri*” düzenlenmektedir. Söz

¹³² AYM, *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası Başvurusu*, § 47; AYM, *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası Başvurusu* § 47.

¹³³ Söz konusu ibarenin altı, makalenin yazarı tarafından çizilmiştir.

¹³⁴ RG, 03.04.2011, S.27894.

¹³⁵ RG, 12.07.2012, S.28351.

konusu maddenin birinci fıkrasının (d) bendine göre, Genel Kurul'un görev ve yetkilerinden biri şudur: “*Bireysel başvurulara ilişkin olarak Bölümlerin kararları arasında oluşmuş veya oluşabilecek farklılıkları gidermek; Bölümlerce Genel Kurula sevk edilen konuları karara bağlamak.*” Yine İçtüzüğü'nün 27. maddesinde, “*Bölümlerin Oluşumu*” yer almaktadır. Buna göre, “*Mahkemede bireysel başvuruları incelemek üzere Başkan haricindeki üyelerden iki Bölüm kurulur. Her Bölüm bir Başkanvekili ile altı üyeden oluşur. Bölümler, Birinci Bölüm ve İkinci Bölüm olarak adlandırılır.*” İçtüzüğü'nün 28. maddesinde ise, “*Bölümlerin Görev ve Yetkileri*” düzenlenmektedir. Anılan hükmün üçüncü fıkrasına göre, “*Bölümlerden birinin görülmekte olan bir başvuruya ilişkin olarak vereceği karar, Bölümlerin önceden vermiş olduğu bir kararla çelişecekse ya da konunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülürse ilgili Bölüm dosyadan el çekebilir. Bölüm Başkanı başvuruyu Genel Kurul önüne götürmek üzere Başkana iletir.*”

Nakliyat-İş Sendikası başvurusu ilk önce Anayasa Mahkemesi'nin İkinci Bölümü'nün önüne gelmiş olsa da, İkinci Bölüm, başvurunun Genel Kurul tarafından incelenmesine karar vermiştir¹³⁶. Anayasa'nın açık düzenlemesi karşısında, bireysel başvuruların Genel Kurul tarafından incelenmesini düzenleyen İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırı olup olmadığı tartışmalarını bir kenara bırakacak olursak, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, önemli kararların *ilkesel* bir biçimde karara bağlanmasını gerekli gördüğü durumlarda, ilgili bölümlerin dosyadan el çekmesi ve konunun Genel Kurul önüne taşınmasına imkan vermektedir. Bu bağlamda, kanımızca, toplu iş sözleşmesi yetkisine itirazlara ilişkin derece mahkemelerinde çok sayıda uyuşmazlıkların olması, bu uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunun yargılamasının uzun yıllar sürmesi ve hatta Anayasa Mahkemesi'nin önüne çeşitli kereler benzer şekilde gelmesi, Mahkeme'yi sendikal hakların ve özellikle toplu iş sözleşmesi hakkının etkin biçimde kullanılması noktasında ilkesel bir karar almaya yönlendirmiştir.

Bizce, kararı özellikli kılan ve tartışmaya değer bir başka nokta, Anayasa Mahkemesi'nin uyuşmazlık hakkında “*yapısal bir sorun*” tespit etmesi; buna karşılık “*pilot karar*” usulünü işletmemesidir. Bu doğrultuda, öncelikle kararda belirtilen yapısal sorunu inceleyeceğiz, sonrasında ise pilot karar usulüne neden başvurulmamış olabileceğine yönelik akıl yürütmeye çalışacağız.

¹³⁶ AYM, *Nakliyat-İş Sendikası Başvurusu*, § 7.

Anayasa Mahkemesi, Nakliyat-İş Sendikası kararında, yetkili sendikanın tespitinin yıllar süren yargılamalar sonucu belirlendiğini ortaya koymuştur. Mahkeme, burada, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki hükümlerden hareket ederek, sorunun kaynağını araştırmaktadır. Öncelikle, Mahkeme, 6356 sayılı Kanun m.35/4'te düzenlenen "*Toplu iş sözleşmesi süresinin bitmesinden önceki yüz yirmi gün içinde, yeni sözleşme için yetki başvurusunda bulunulabilir.*" hükmü üzerinden bir analiz gerçekleştirmektedir. Ancak, yetkili sendikanın tespitine karşı itirazda bulunulması halinde, bu süreye uyulması mümkün görünmemektedir. Nitekim, Kanun'un m. 43/5'e göre usulüne uygun yetki itirazı üzerine, yetki işlemleri, karar kesinleşinceye kadar durmaktadır. Yine Kanun'da istinaf ve temyiz aşamalarının ne kadar süreceği belirtilmişse de, bu süreler temenni edici süreler olarak görülmekte ve yargılama safhası çok daha uzun sürmektedir. Yetki tespitine itiraz davalarında, eğer daha önce işkolu istatistiklerine de itiraz edilmişse, bu davaların sonucunun bekletici mesele yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla, yetki tespitine itiraz davası her ihtimalde çok uzun yıllar sürmektedir.

Anayasa Mahkemesi, Nakliyat-İş Sendikası kararında, yetki tespitine itiraz edilmesi halinde çeşitli ihtimalleri de göz önüne alarak yargılamanın ne kadar sürebileceğini analiz etmiştir¹³⁷. Ancak her olasılıkta, bu davalar, bir sonraki toplu iş sözleşmesinin, mevcut toplu iş sözleşmesinin bitiminden önceki yüz yirmi gün içinde tamamlanmasını mümkün kılmamaktadır. Gerçekten de Mahkeme'ye göre, "*Sonuç olarak Kanun'da öngörülen yetki tespiti itiraz sürecinin ister istatistiğe itiraz edilsin ister edilmesin mevcut toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden önce başlayacak yüz yirmi gün içinde tamamlanması mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla uygulamadaki sorunlar bir tarafa Anayasa'nın 53. maddesinde işçiler ve işverenler için bir temel hak olarak tanınan toplu iş sözleşmesi akdedebilme hakkının etkili şekilde kullanılabilmesi için bir toplu iş sözleşmesinin bitmesinden sonra yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesini sağlama imkânı verecek bir yasal sistem bulunmadığı anlaşılmıştır.*"¹³⁸

Anayasa Mahkemesi, yetki tespitine itiraz davalarının çok uzun yıllar sürmesinin toplu iş sözleşmesi hakkının etkin şekilde kullanılamaması sonucu doğurduğunu belirterek, ortada bir *yapısal sorun* olduğuna dikkat

¹³⁷ AYM, *Nakliyat-İş Sendikası Başvurusu*, § 64-80.

¹³⁸ AYM, *Nakliyat-İş Sendikası Başvurusu*, § 81.

çekmektedir. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin *yapısal sorun* nitelemesinden kast ettiği şeyin ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

“*Yapısal sorun*” kavramının İngilizce karşılığı “sistemik sorun (*systemic problem*)” olarak geçmektedir. Sistemik kelimesi, “tek seferlik, ara sıra olan, kazara olan” kelimelerinin karşıtıdır¹³⁹. Yapısal bir sorundan söz edebilmek için, bir grubu ya da yapıyı bütün olarak etkileyen, her yere yayılmış, geniş kapsamlı bir meselenin var olması gerekmektedir¹⁴⁰. Yapısal sorun, idari, yargısal veya yasal düzeyde, belli bir önem derecesine ulaşmış kökleşmiş sorunu ifade etmektedir¹⁴¹. Yapısal sorunun varlığına işaret etmek, ortada insan hakları ihlallerinin önlenmesi ve düzeltilmesinde yapısal bir başarısızlık olduğunu da ortaya koymaktır¹⁴². Artık burada bireysel hak ihlallerini ilgilendiren bir meseleden çok daha büyük ve önemli bir sorun vardır. Nitekim ortada artık sürekli tekrarlayan ve kronikleşmiş bir mesele bulunmaktadır.

Yapısal sorun kavramı, mevzuatımız açısından, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün “*Pilot karar usulü*”nün yer aldığı 75. maddesindeki düzenlemede karşımıza çıkmaktadır¹⁴³. Anılan hükme göre, “*Bölmeler, bir*

¹³⁹ Koen Lemmens ve Sébastien Von Drooghenbroeck, “How ‘Systematic’ is the European Court of Human Rights’ Approach to ‘Systemic’ Violations of the Convention?”, *German Law Journal* 24, (2023): 1045.

¹⁴⁰ Lemmens ve Drooghenbroeck, 1045.

¹⁴¹ İsmail Köküarı, “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, No:3-4 (2019): 224. Yapısal sorunun incelenmesi konusunda kapsamlı bir analiz için bkz. Afra Nur Dere, *Anayasa Yargısında Pilot Karar Usulü* (Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 2024), 126 vd.

¹⁴² Lemmens ve Drooghenbroeck, 1045.

¹⁴³ Örneğin, Anayasa Mahkemesi, *Nevriye Kuruç* Başvurusunda bu durumu şu şekilde açıklamıştır: “6216 sayılı Kanun’un 50. maddesi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını temin eden yollardan biri de İçtüzük’ün 75. maddesinde öngörülen pilot karar usulünün işletilmesidir. İhlalin yapısal bir sorundan kaynaklandığının tespiti ile bu sorunun başka başvurulara, bir diğer ifadeyle yeni ihlallere sebebiyet verdiğinin anlaşılması veya bu durumun yeni başvurulara sebebiyet verebileceğinin öngörülmesi hâlinde sadece somut olay bakımından alınan bir ihlal kararı temel hak ve özgürlüklere yönelik gerçek bir koruma sağlamaktan uzak olacaktır. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi, resen veya Bakanlığın ya da başvuruçunun istemi üzerine pilot karar usulünü başlatabilecektir.” Bu yönde bkz. AYM, *Nevriye Kuruç* Başvurusu, Başvuru No: 2021/58970, 05.07.2022, RG, 22.07.2022, S.31900, § 106-107.

başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler. Bu usulde, konuya ilişkin Bölüm tarafından pilot bir karar verilir. Benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce bu ilkeler çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır. / Bölüm, pilot karar usulünü resen, Adalet Bakanlığının ya da başvuru sahibinin istemi üzerine başlatabilir. / Pilot karar uygulaması için seçilen başvuru, gündemin öncelikli işleri arasında sayılır. / Bölüm pilot kararında, tespit ettiği yapısal sorunu ve bunun çözümü için alınması gereken tedbirleri belirtir. / Bölüm pilot kararlarla birlikte, bu karara konu yapısal soruna ilişkin benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilir. İlgililer erteleme kararı hakkında bilgilendirilirler. Bölüm, gerekli gördüğü takdirde ertelediği başvuruları gündeme alarak karara bağlayabilir.”

O halde, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'ne göre pilot karar usulüne başvurmanın ilk yolu, yapısal sorunun varlığını teşhis etmektir. Bu bağlamda, pilot karar usulüyle kastedilen yargılama yönteminin ne olduğu da belirlenmelidir. Pilot karar usulü esasen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulaması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nün 61. maddesiyle gündeme gelmiştir¹⁴⁴. Pilot karar yönteminin altında yatan unsur, çok sayıda benzer uyuşmazlıkların iş yükünü arttırmasının önüne geçmek ve hakkı zarar görenlerin çok uzun süre beklemeden haklarını elde etmesini sağlamaktır¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Bu konuda bkz. Köküarı, 183-187; Dere, 7-54; Kerem Altıparmak, “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik”, içinde *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?*, ed. Kerem Altıparmak (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009), 60-109; Janneke Gerards, “The Pilot Judgment Procedure Before the European Court of Human Rights As An Instrument For Dialogue”, *Constitutional Conversations*, (2012), 2-25, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1924806. Ayrıca bkz. European Court of Human Rights, Rule 61 of the Rules of Court, https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/pilot_judgment_procedure_eng.

¹⁴⁵ Lize R. Glas, “The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court Of Human Rights in Practice”, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 34, Issue 1 (2016): 1-3, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2748540; Servet Alyanak ve Burcu Bozkurt Cengiz, “Anayasa Mahkemesinin Pilot Karar Uygulaması ve Kararların Yasama Organına Bildirilmesi”, *Yasama Dergisi*, No.48 (Temmuz-Aralık 2023): 121-123.

Benzer bir yaklaşımla, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde düzenlenen pilot karar usulü, çok sayıdaki aynı veya benzer yapısal sorundan kaynaklanan mevcut veya doğması muhtemel uyuşmazlıkları tek tek çözmek yerine, bu uyuşmazlıklardan bir tanesini temel alarak, mevcut uyuşmazlık üzerinden yapısal sorunu tespit etmek ve sorunu gidermeye çalışarak gelecekteki olası hak ihlallerinin önüne geçmek için öngörülen bir müessesedir¹⁴⁶. Diğer bir anlatımla, burada ihlalin kaynağının ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Kanun değişikliği, idari ve/veya yargısal reform ihtiyacı, kanun değişikliği gerektirmeyen idari ve/veya yargısal uygulamalardan kaynaklanan ihlaller, yapısal sorun çeşitleri arasında sayılabilir¹⁴⁷. Örneğin, çok fazla sayıda benzer uyuşmazlığın Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi veya gelme ihtimali olması, yapısal sorunun varlığına işaret etmektedir.

Anayasa Mahkemesi pilot karar usulüne resen, Adalet Bakanlığı veya başvuruçunun istemine göre başvurabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi, pilot karar usulüne başvurup başvuramakta takdir yetkisine sahiptir¹⁴⁸. Diğer bir anlatımla, Anayasa Mahkemesi, yapısal sorunun varlığını tespit etse dahi, pilot karar usulüne yönelmeyebilir. Anayasa Mahkemesi, pilot karar usulüne yöneldiğinde, tespit ettiği yapısal sorunu ve bunun çözümü için alınması gereken tedbirleri kararında belirtmektedir¹⁴⁹. Anayasa Mahkemesi, yapısal sorunun “doğrudan kanundan kaynaklandığını” düşünüyorsa, yasama

¹⁴⁶ Pilot karar usulünün tanımına ve pilot karar usulünün hukuksal dayanağına ilişkin kapsamlı tartışma için bkz. Serdar Yılmaz, “Anayasa Mahkemesi'nin 'Pilot Karar' Usulünün Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu: 'Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün Hukuksal Niteliği ve Normatif Değeri Bağlamında Bir Analiz”, Ankara Barosu 13. Uluslararası Hukuk Kurultayı, 11-14 Ocak 2024 (2.Gün). Henüz yazılı metin yayımlanmadığından bildiriye ilişkin yayınlanan video kaydı için bkz. https://www.youtube.com/watch?v=WMo6Woah_7U&list=PL4jCA0s9Z5BCe4I4oD9VgedrK32Dxi6LV (özellikle 09:25-09:56).

¹⁴⁷ Köküarı, 225-226.

¹⁴⁸ Köküarı, 224-225.

¹⁴⁹ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.50/1: “Esas inceleme sonunda, başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.”; Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m.79/2: “Bölüm kararında, gerekli görüldüğü takdirde Kanunun 50. maddesinin birinci fıkrası doğrultusunda ihlalin ve sonuçlarının hangi şekilde ortadan kaldırılabileceği hususunda yapılması gerekenler belirtilir.”

organından kanun değişikliği yapılması talep edebilir¹⁵⁰. Anayasa Mahkemesi ilk kez 2019 yılında Y.T. başvurusunda¹⁵¹, “pilot karar usulü” bağlamında kararın gereğinin yapılması için kararın bir örneğinin Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne gönderilmesine karar vermiş ve bu uygulamasını sürdürmüştür¹⁵². Ancak Anayasa Mahkemesi, sadece pilot karar usulünü işlettiği durumlarda değil, bireysel başvurularda da kararın bir örneğini, gereğinin yapılması için Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne göndermektedir.

Örneğin, inceleme konumuz olan Nakliyat-İş Sendikası başvurusunda da, Mahkeme, pilot karar usulüne yönelmeden kanundan kaynaklanan bir yapısal sorunun varlığını tespit ederek, mevcut sistemde değişiklik yapılması ihtiyacını belirterek, yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne bildirilmesine ve kararın bir örneğinin birtakım gerekli önlemleri alması için Hakimler ve Savcılar Kurulu’na gönderilmesine karar vermiştir¹⁵³. Anayasa Mahkemesi’nin gerekli kanun değişikliklerinin

¹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, pilot karar usulüne başvurduğu *Y.T. Başvurusunda* bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: “İhlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa’ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıkmışsa ihlal kanununun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda söz konusu ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesi ancak ihlale yol açan kanun hükmünün ortadan kaldırılması veya ilgili hükmün yeni ihlallere yol açılmayacak bir şekilde değiştirilmesi ile mümkün olur. Bunun yanında bazı hâllerde sadece ilgili kanun hükmünün kaldırılması ihlalin tüm sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından yeterli olmayabilir. Bu durumda ise bireysel başvuru kapsamında mağdurların ihlalden kaynaklanan maddi ve manevi zararlarını telafi edici birtakım tedbirlerin alınması da gerekebilir.” Bu yönde bkz. AYM, *Y.T. Başvurusu*, Başvuru No: 2016/22418, 30.05.2019, RG, 09.07.2019, S.30826.

¹⁵¹ AYM, *Y.T. Başvurusu*, Başvuru No: 2016/22418, 30.05.2019, RG, 09.07.2019, S.30826.

¹⁵² Doktrinde *Göztepe Çelebi*, bu bildirim, Anayasa Mahkemesi’nin Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne “doğrudan çağrıda bulunması” olarak nitelendirmektedir. Bu konuda kapsamlı bir inceleme için bkz. Ece Göztepe Çelebi, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan veya Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme”, *Anayasa Yargısı Dergisi* 38, No.1 (2021): 45 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Abbas Kılıç, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi* 38, No.1 (2021): 97 vd.

¹⁵³ “*Toplu iş sözleşmesi yetki sürecinin ivedilikle tamamlanarak Anayasa’da yer alan sendikal hak ve güvencelerin etkili bir şekilde kullanılabilmesi yönüyle mevcut sistemde değişiklik yapılması ihtiyacı ortadadır. Bu nedenle Anayasa’da güvence*

yapılması için Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bildirimde bulunması, kanımızca, yasama yetkisine bir müdahale de teşkil etmemektedir¹⁵⁴. Anayasa Mahkemesi, yasama organına çağrı yapmakta ve yapısal sorunun varlığının ileride daha büyük zararlara yol açabileceğini, bu nedenle yeni bir kanuni düzenlemenin gerekli olduğunu, sadece hatırlatmaktadır. Burada, bizce, Anayasa Mahkemesi, yasama organına yönelik bir tür *temennide* bulunmaktadır. Ancak, bu temenninin hukuki karşılığı ne yazık ki bulunmamaktadır¹⁵⁵.

altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması çerçevesinde tespit edilen yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesi gerekir. Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde Hâkimler ve Savcılar Kurulunca (HSK) da bu süreçte birtakım uygulamalar yapılabileceği ve yargılama sürelerinin mümkün olduğunca kısaltılabileceği değerlendirilmiştir. Bu kapsamda; (-) 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un "Hukuk mahkemelerinin kuruluşu" kenar başlıklı 5. maddesinin beşinci fıkrasında iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir hükmü yer almaktadır. Anılan maddede özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak daireler arasındaki iş dağılımının HSK tarafından belirlenebileceği düzenlenmiştir. Eldeki başvuruda işaret edilen yapısal sorunun çözümünde HSK'nın bir ya da birden fazla iş mahkemesini münhasıran yetki tespitine itiraz davalarını bakmakla görevli kılmasının ve hâkimlerin bu konuda uzmanlaşmasının sağlanması davaların daha hızlı sonuçlandırılmasına imkân verebilecektir. (-) Anayasa Mahkemesinin önüne gelen önceki başvurularda (Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası, § 47; Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası) tespit edilen başka bir husus da 6356 sayılı Kanun'un aradığı yetki yoğunluğunun tespitinde mahkemelerce bilirkişilere başvurulmasıdır. Derece mahkemelerinin önündeki iş yoğunluğu nedeniyle bu davalarda çoğunlukla bilirkişi raporu istendiği görülmüştür. Bu raporların gelmesi ve raporlara itirazların değerlendirilmesi gibi nedenlerle yargılama süreleri daha da uzamaktadır. Bu sorunların aşılması için, tek bir yerde görevli ihtisas mahkemelerinin kurulmasının yanı sıra, bu konuda hakimlerin uzmanlaşmasının sağlanması için hakimlere verilecek seminer, eğitim vb. meslek içi uygulamalar ile dosyaların - karmaşık hesaplama gerektiren davalar hariç tutulmak kaydıyla- bilirkişilere verilmesinin önüne geçilmesi imkân dahilindedir. Dolayısıyla kararın bir örneğinin HSK'ya bilgi için bildirilmesine karar verilmesi gerekir." Bu yönde bkz. AYM, Nakliyat-İş Sendikası Başvurusu, § 83-85.

¹⁵⁴ Benzer yönde Kılıç, 104.

¹⁵⁵ Bu durumu yasama uzmanı Özge Karahan, makalesinde şu şekilde ifade etmektedir: "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına gönderilen bu kararlar TBMM Genel

Pilot kararlar ile ilgili olarak çok tartışmalı bir konu ise, Anayasa Mahkemesi'nin, pilot kararlar birlikte, karara konu yapısal soruna ilişkin benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilmesidir. O halde, pilot kararın en önemli sonuçlarından birisi, uyuşmazlığa ve benzer uyuşmazlıklara ilişkin değerlendirmenin geçici süreyle ertelenmesidir¹⁵⁶. Doktrinde isabetli bir biçimde, pilot karar usulünün adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz bazı sonuçlar doğurabileceği de belirtilmektedir¹⁵⁷. Ancak, Anayasa Mahkemesi, Nakliyat-İş Sendikası kararında yapısal sorunun varlığını tespit etmesine rağmen pilot karar usulüne yönelmemiştir.

Kanımızca, bu durumun altında yatan temel etken, Anayasa Mahkemesi'nin -yeni bir düzenleme yapılanaya kadar- bireysel başvuru yoluyla önüne gelen toplu iş sözleşmesi hakkının etkin şekilde kullanılmaması/yargılamaların çok uzun sürmesi nedeniyle sendika hakkının/toplu sözleşme hakkının ihlal edildiğine ilişkin uyuşmazlıkları

Sekreterliğince Anayasa Mahkemesine iade edilmektedir. İade yazılarında, kanun teklif etmenin münhasıran milletvekillerine ait bir yetki olduğu; Anayasa'da ve kanunlarda aksi yönde yorum yapılmasını mümkün kılan herhangi bir hüküm bulunmadığı; hiçbir makam, organ veya kişinin bu yetkinin kullanılmasına -herhangi bir şekilde- müdahale edebilmesine imkân bulunmadığı belirtilmektedir. İade yazılarında, yargı mercileri ile TBMM Başkanlığının belirli bir konuda kanun teklif etmeleri yahut teklif etmemeleri için milletvekillerine tavsiye veya telkinde bulunabilmesinin hukuken mümkün olmadığı da belirtilmektedir. Ayrıca Resmi Gazete'de yayımlanan bu kararların milletvekillerince hâlihazırda öğrenildiği ve herhangi bir yasama faaliyetinde bulunup bulunmamanın kendilerinin takdirinde olduğu ifade edilmektedir. Anılan gerekçelerle TBMM Başkanlığınca yapılabilecek herhangi bir işlem bulunmadığından söz konusu yazı ve kararlar iade edilmektedir.” Bu yönde bkz. Özge Karahan, “TBMM’ye Çağrı, Giderim Kararlarının İşlevsizliği ve Bu Kararlara İşlevsellik Kazandırılması Amacıyla Getirilen Önerilerin Değerlendirilmesi”, *Yasama Dergisi*, Sayı:46 (Temmuz-Aralık 2022): 53.

¹⁵⁶ Örneğin, Anayasa Mahkemesi, *Hamit Yakut* Başvurusunun “Hüküm” kısmını şu şekilde kurmuştur: “Aynı konuda yapılan ve karardan sonra yapılacak başvuruların incelenmesinin kararın Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren 1 YIL SÜREYLE ERTELENMESİNE ve ilgililerin bu hususta internet sitesi üzerinden başvuru numaraları ilan edilmek suretiyle BİLGİLENDİRİLMESİNE”. Kararın altında pilot karar uyarınca ertelenen benzer başvurular da yer almaktadır. Bu yönde bkz. AYM, *Hamit Yakut* Başvurusu, Başvuru No: 2024/6548, 10.06.2021, RG, 03.08.2021, S.31557.

¹⁵⁷ Bu konuda bkz. Yılmaz, Ankara Barosu 13. Uluslararası Hukuk Kurultayı’nda sunulan sözlü bildirisinin video kaydı için bkz. https://www.youtube.com/watch?v=WMo6Woah_7U&list=PL4jCA0s9Z5BCe4I4oD9VgedrK32Dxi6LV (özellikle 10:05-10:40).

incelemeye devam etmek ve ihlalin sonuçları hakkında tazmin edici yönde hüküm kurmaya devam etmek istemesi olabilir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin pilot karar usulü, sonraki benzer nitelikli başvurular hakkında, “*başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi*” nedeniyle düşme kararı verilmesine dahi yol açabilecek niteliktedir¹⁵⁸. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, sendikal hakların korunması için gerekli yeni düzenlemelerin yapılması için Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Hakimler ve Savcılar Kurulu'na bildirimde bulunmuş; ancak başvuru lehine de sendika hakkının ihlal edildiğine ve bunun gideriminin sağlanmasına karar vermiştir.

IV. TÜRK TOPLU İŞ HUKUKUNDA TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YETKİ SİSTEMİNİN YENİDEN DÜZENLENMESİ GEREKLİLİĞİ

A. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi, Nakliyat-İş Sendikası kararıyla birlikte toplu iş sözleşmesi yetki sisteminin toplu iş sözleşmesi hakkını etkisizleştirdiğini açıkça ortaya koymaktadır. Öyle ki, yüksek mahkeme, durumun geldiği noktayı artık “*yapısal sorun*” olarak nitelendirmektedir. Anayasa Mahkemesi, Nakliyat-İş Sendikası Başvurusu'na ilişkin verdiği kararın bir örneğini, mevcut sistemde değişiklik yapılması gerekliliğini açıklayarak yukarıda da belirttiğimiz üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ve bu süreçte bazı düzenlemeler yapması için Hakimler ve Savcılar Kurulu'na iletmiştir. Esasen Anayasa Mahkemesi'nin bu vurgusu, yıllardır iş hukuku doktrininde ifade edilmekte ve sistemin yarattığı sorunların çözüme kavuşturulması için eleştiriler ve öneriler sunulmaktadır¹⁵⁹. Biz de çalışmamızın bu kısmında Nakliyat-İş Sendikası kararının toplu iş sözleşmesi yetki sistemimiz üzerinde olası nasıl etkiler doğurabileceğini incelemeye çalışacağız.

¹⁵⁸ Örneğin, AYM, *Keser Altıntaş Başvurusu*, Başvuru No: 2023/18536, 25.07.2023, RG, 10.10.2023, S.32335.

¹⁵⁹ Güzel, “Toplu İş Sözleşmesinin Etkinliği”, 924-945; Engin, “Yetki”, 151-164; Alpagut ve Namlı, 69-80; Alpagut, “Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi”, 162-173; Kübra Doğan Yenisey, “Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Toplu Sözleşme Ünitesini Yeniden Düşünmek-Uluslararası Çalışma Örgütü Normları Bakış Açısıyla-”, içinde *10. Yılında 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi (İstanbul, 4-5 Kasım 2022)*, Ed. Gülsevil Alpagut ve Özge Yıldız Hakkakul (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024), 141-154; Gaye Baycık, *Sosyal Diyalog, Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Sözleşme Hakkına İlişkin ILO ve AB Standartlarına Uyum Değerlendirmesi ve Öneriler* (Ankara, 2019), 11 vd.

B. Çifte Baraj Sistemi Sorunu

Konuyu incelemeye öncelikle mevcut toplu iş sözleşmesi yetki sistemimizin uluslararası normlara uygunluğu meselesiyle başlamak istiyoruz¹⁶⁰. Bu noktada da karşımıza Türkiye'nin uzun yıllardır ciddi eleştirilere maruz kaldığı “çifte baraj” sistemi çıkmaktadır. Doktrinde çifte baraj sisteminin uluslararası sözleşmelerle -özellikle de Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 98 Sayılı Sözleşmesi'yle- uyumlu olup olmadığı tartışılmaktadır. Çifte baraj sisteminin uluslararası sözleşmelere açık bir aykırılık teşkil etmediğini savunan bir görüşe göre, çifte baraj esasen güçlü sendikacılığın oluşumuna katkı sunmakta, bu nedenle de mevcut sistem kaldırılmadan sadece esnekleştirilerek toplu sözleşme hakkının etkin bir şekilde kullanılması sağlanabilir. Bu görüşe göre, işkolu barajını aşan sendikanın olmadığı işkolları bakımından, işkolu barajının aranmaması yönünde yasal bir düzenleme yapılabilir¹⁶¹.

İşkolu barajının iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne de başvurulmuş; ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin Anayasanın 13, 51 ve 53. maddelerine aykırı olmadığı gerekçesiyle, iptal talebini reddetmiştir. Kararın gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “*İşkolu barajı, sendikaların sayısının makul seviyede kalmasını sağlayarak sendikalar arası yıkıcı rekabeti önlemek ve bu suretle işverenden bağımsız güçlü sendikaların toplu iş sözleşmesinin taraflı olabilmelerini temin etmek amacına dayanmaktadır. Bağımsız ve güçlü sendikaların toplu iş sözleşmesinin taraflı olabilmelerinin temin edilmesi, çalışanların sendikal haklardan daha etkin bir şekilde yararlanmaları sonucunu doğurmakta olup bunun, sendikal hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet edeceği açıktır. Dolayısıyla işkolu barajı öngörülmesinde, anayasal açıdan meşru bir amaca dayanıldığı anlaşılmaktadır... Sendikaların, sendikal faaliyetin asgari içeriğini oluşturan, üyelerin hak ve çıkarlarını dile getirme ve bireysel şikâyet ve başvurularda üyelerini temsilen hareket edebilme olanağına sahip oldukları dikkate alındığında, güçlü sendikaların toplu iş sözleşmesinin taraflı olabilmelerinin*

¹⁶⁰ 6356 sayılı Kanun sistematğine göre işçi sendikası ile işveren/işveren sendikası arasındaki bağlanacak toplu iş sözleşmesinin türü işkoluna ve bunun tespitinde esas alınan işyerine göre belirlenmektedir. Diğer bir anlatımla, işkoluna göre sendikalaşma ilkesi, sendikanın faaliyet göstereceği alandan, sendika üyeliğine ve toplu sözleşme bağlanmasına kadar her aşamada varlığını hissettirmektedir. İşkoluna göre sendikalaşma ilkesiyle ilgili olarak yukarıda kapsamlı açıklamalar (Bkz. II) yaptığımız için, tekrara düşmek adına, ilgili kısma gönderme yapmakla yetiniyoruz.

¹⁶¹ Kocagil Ersoy, 261.

temin edilmesi amacıyla öngörülen yüzde birlik işkolu barajının çalışanlara aşırı ve olağanüstü bir yük yüklediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, yüzde birlik işkolu barajının, sendika hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13., 51. ve 53. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”¹⁶²

Benzer şekilde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de önüne gelen bir uyuşmazlıkta, %1 oranında tutulan işkolu barajının tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı olmadığına hükmetmiştir. Gerçekten de anılan karara göre, “*Toplu iş hukukumuzda, toplu iş sözleşmesi yapabilme yetkisi için işkolu barajı öngörülmesinin gerekçesi de güçlü sendikacılığı temin gayesidir. Nitekim işkolu esasına göre çok sayıda işyerinde örgütlenen ayrıca işkolu barajını da aşmak suretiyle önemli bir üye sayısına ulaşan işçi sendikaları, temsil gücü ile doğru orantılı bir şekilde üyelerinin hak ve menfaatlerini koruma ve geliştirme amacına ulaşabileceklerdir. Bu açıklamalar ışığında belirtmek gerekir ki, yüzde bir olarak düşük bir düzeyde belirlenen işkolu barajı uygulaması, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşme hükümlerine aykırı değildir.*”¹⁶³

Buna karşılık, doktrinde savunulan diğer görüşe göre, çifte baraj sistemi, uluslararası normlara aykırı olduğu gibi toplu pazarlık için de bir engel oluşturmaktadır¹⁶⁴. Yine, Uluslararası Çalışma Örgütü Uzmanlar Komitesi de 2024 tarihli raporunda, ülkede uygulanan çifte barajla ilgili olarak kaygılarını dile getirdikten sonra şu hususların teşvik edilmesine dair öneriler sunmaktadır: “(i) daha fazla işçi örgütünün işverenlerle toplu pazarlık yapabilmesini sağlayacak şekilde 6356 Sayılı Kanun’un 41(1) maddesini düzenlemek ve (ii) hiçbir sendikanın yetki belgesi koşullarını sağlamadığı durumlarda, azınlık sendikalarının en azından kendi üyeleri adına toplu veya doğrudan sözleşme yapabilmesini sağlayacak şekilde mevzuatı düzenlenmek.”¹⁶⁵

¹⁶² Bu konuda bkz. AYM, 14.05.2015, E.2014/177, K.2015/49, RG, 11.06.2015, S.29383.

¹⁶³ Bu yönde bkz. Y9HD, 25.02.2021, E.2021/614, K.2021/4941, www.lexpera.com.tr. Bu konuda ayrıca bkz. Ekmekçi, *Toplu İş Sözleşmesi*, 310-311.

¹⁶⁴ Engin, “Yetki”, 151-153; Güzel, “Eleştirel Yaklaşım”, 906-913; Alpagut, “Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi”, 176-182; Melda Sur, “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4, Sayı No.39 (2013), 326-327; Doğan Yenisey, “Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi”, 133-141; Başterzi, 150; Baycık, *Öneriler*, 11-12.

¹⁶⁵ ILO, Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanması-2024, Uluslararası Çalışma Konferansı'nın 112. Oturumu, 2024, <https://www.ilo.org/sites/default/files/2024->

Uluslararası Çalışma Örgütü Uzmanlar Komitesi, ilaveten, 2024 yılında yayımlanan raporunda, ülkedeki yetki prosedürünün özellikle itirazlar neticesinde çok uzun yıllar sürdüğüne ve bu süreçte sendikaların çoğunluğu kaybettiğine dair kendisine yöneltilen şikayetlere, Hükümetin yorum yapmasını talep etmiştir¹⁶⁶.

Öte yandan, 2018 yılında (kapatılan) 22. Hukuk Dairesi'nin önüne, işkolu barajının uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu ve Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca bu barajın dikkate alınmaması gerektiğini iddia eden bir uyuşmazlık gelmiştir. Yüksek mahkeme, *“Belirtilen kanuni düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere, işkolu istatistiklerine itiraz, istatistiklerin gerçeği yansıtmadığı iddiası ile yapılabilmektedir. Bir başka ifadeyle, işkolu istatistiklerine itiraz, istatistiklerdeki hatalara ilişkin olup, istatistik ile hukuki dayanaklarının uluslararası mevzuata uygunluğuyla ilgili değildir.”* gerekçesiyle, işkolu istatistiğine itirazın, uluslararası normlara aykırılığının ileri sürülemeyeceğine karar vermiştir¹⁶⁷. Doktrinde de isabetle belirtildiği şekilde, uluslararası belgelerde toplu sözleşmenin yapılmasına ilişkin somut bir düzenleme yer almamakta ve bu nedenle de uluslararası sözleşmelerde yer

05/uluslararası%20calisma%20standartlarının%20uygulanmasi%202024.pdf. Benzer yöndeki endişe ve talepler için bkz. ILO, Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanması-2023, Uluslararası Çalışma Konferansı'nın 111. Oturumu, 2023, https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40europe/%40ro-geneva/%40ilo-ankara/documents/publication/wcms_871985.pdf. Benzer yöndeki kaygı ve talepler Avrupa Birliği'nin Türkiye hakkında verdiği İlerleme Raporları'nda da yer almaktadır. Bu konuda bkz. Avrupa Birliği Komisyonu AB Genişleme Politikasına İlişkin Türkiye Raporu 2022, https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2022_turkiye_report_tr_27.11.2022_22.05.pdf.

¹⁶⁶ ILO, Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanması-2024. ILO Uzmanlar Komitesi 2017 yılında yayımlanan raporunda ise şu çarpıcı ifadeleri kullanmıştır: *“Çifte barajın sürdürülmesine ilişkin olarak birkaç işçi örgütünün ifade ettiği kaygıları hatırlatan ve daha önce yetkilendirilmiş sendikalara tanınan muafiyetin geçici olduğunu kaydeden CEACR, Hükümet'ten sendikal hareket ve ulusal toplu pazarlık mekanizmasındaki işkolu baraj şartının sürdürülmesinin sosyal taraflarla tam istişare halinde bir bütün olarak değerlendirilmesini sürdürmesini ve yüzde 1'lik barajın sürdürülmesinin ulusal toplu pazarlık mekanizmasının kapsamı üzerinde olumsuz bir etkisi olduğunun teyit edilmesi halinde, kaldırılması amacıyla kanunun revize edilmesi için gerekli tedbirleri almasını talep etmiştir.”* Bu yönde bkz. ILO Türkiye Ofisi, *Türkiye'nin Sosyal Diyalog Alanındaki ILO Sözleşmelerine Uyumuna İlişkin ILO Denetim Organlarının Yorum ve Kararlarının Analizi* (Ankara, 2018), 26-27.

¹⁶⁷ Y22HD, 15.02.2018, E.2017/43088, K.2018/3744, Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Değerlendirme”, 413, dn.228.

alan soyut hükümler gerekçe gösterilerek somut bir kanun hükmünün görmezden gelinmesi mümkün değildir¹⁶⁸. İlaveten, 98 sayılı Sözleşme incelendiğinde de rahatlıkla görüleceği üzere, anılan belge herhangi bir somut düzenleme içermediği için doğrudan uygulanabilir nitelik taşımamaktadır¹⁶⁹. Dolayısıyla, Sözleşme'ye dayanılarak açık bir kanun hükmünün ihmal edilmesi olanaklı değildir.

Bu noktada işkolu barajının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesiyle çelişip çelişmediği sorusu da cevaplanmalıdır¹⁷⁰. Sözleşme'nin 11. maddesinde "*Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü*" düzenlenmektedir. Anılan hükmün 1. fıkrasına göre, "*Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.*" Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "*Demir-Baykara v. Türkiye*"¹⁷¹ kararından itibaren Sözleşme'nin 11. maddesinin 1. fıkrasının sendika kurma hakkının yanı sıra toplu sözleşme hakkını içerdiği de kabul edilmektedir. Sözleşme'nin 11. maddesi incelendiğinde, sendika özgürlüğünün temsilcileri konusunda güçlü sendikalar veya güçsüz sendikalar şeklinde bir ayırım yapılmamış; bu hak tüm sendikalara tanınmıştır¹⁷². Sözleşme'ye göre, sendika hakkına yönelik yapılacak müdahaleler 11. maddenin 2. fıkrasına uygun bir gerekçeye dayanmalıdır. O halde bu hakkın sınırlandırılması yasayla olmalı, meşru bir amaca dayanmalı ve demokratik toplumda gerekli olmalıdır.

Bununla birlikte Mahkeme, son olarak 2022 yılında "*Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Sendikası ve Diğerleri v. Almanya*"¹⁷³ davasında verdiği kararda, işçi ve işverenin ilgili menfaatleri arasında uygun bir dengenin sağlanmasında yer alan sosyal ve siyasi meselelerin hassasiyeti ve bu alanda ulusal sistemler arasındaki yüksek derecede farklılık, sendika

¹⁶⁸ Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku*, 309-310.

¹⁶⁹ Bu konuda kapsamlı bir inceleme için bkz. Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya, "Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuka Doğrudan (Self Executing) Etkisi ve Örnek Bir Yargıtay Kararı Üzerine", *Çalışma ve Toplum Dergisi* 2, Sayı No. 81 (2024), 430-431.

¹⁷⁰ Kyra Klocke, "Die Mächtigerrechtsprechung auf dem Prüfstand des Konventionsrechts", *RdA* 2024, Rn.221-222.

¹⁷¹ AİHM, *Demir ve Baykara v. Türkiye*, Başvuru No:34503/97, 12.11.2008, <https://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁷² Klocke, Rn.221-222.

¹⁷³ AİHM, *Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Sendikası ve Diğerleri v. Almanya*, Başvuru No. 815/18, 05.10.2022, <https://hudoc.echr.coe.int>.

özgürlüğünün ve sendika üyelerinin mesleki menfaatlerinin korunmasının nasıl güvence altına alınabileceği konusunda sözleşmecî devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir¹⁷⁴. Diğer bir anlatımla, Mahkeme, sosyal ve ekonomik alanlara ilişkin konularda devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu ifade etmektedir. Yine, Mahkeme, devletin takdir yetkisine tabi olarak, sendika özgürlüğünü güvence altına almak için alınan tedbirlerin bütününe gözeticeğini; ancak sendika özgürlüğünün temel unsurlarını etkileyen ve bu özgürlüğün özünden yoksun kalacağı kısıtlamaları kabul etmeyeceğini dile getirmiştir¹⁷⁵.

Bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işçileri toplu pazarlık sürecinde temsil edecek sendikanın belirlenmesi noktasında güçlü sendikalar ve güçsüz sendikalar arasında bir ayırım yapıp yapılamayacağını da irdelemiştir. Mahkeme, “*Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Sendikası ve Diğerleri v. Almanya*” kararında tıpkı “*Demir-Baykara v. Türkiye*”¹⁷⁶ kararında belirttiği şekilde, devletlerin sistemlerini, gerekli gördükleri takdirde temsilci sendikalara özel statü tanıyacak şekilde düzenlemekte serbest olduklarını belirtmiştir¹⁷⁷. Bu nedenle Mahkeme, toplu pazarlık sürecinde (resmi olarak) danışılan ve toplu sözleşmelerin imzalanacağı örgütlerin sayısının daha büyük sendikalarla veya bir kurumun tüm personelini daha iyi temsil eden sendikalarla sınırlandırılmasına yönelik genel bir politikayı, diğer sendikaların farklı bir şekilde dinlendiği durumlarda, sendika özgürlüğüyle uyumlu olarak değerlendirmiştir¹⁷⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, toplu pazarlığı hangi işçi sendikalarının yürütebileceğinin yasal olarak belirlenmesinde devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu ve güçlü sendikaların toplu pazarlık sürecinde tercih edilebileceğini kabul etmektedir. O halde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesiyle ülkemizdeki işkolu barajının çelişmediğini rahatlıkla söyleyebilir miyiz? Kanımızca, ülkemiz örneğinde bu

¹⁷⁴ AİHM, *Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Sendikası ve Diğerleri v. Almanya*, § 55.

¹⁷⁵ AİHM, *Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Sendikası ve Diğerleri v. Almanya*, § 56.

¹⁷⁶ AİHM, *Demir ve Baykara v. Türkiye*, § 154.

¹⁷⁷ AİHM, *Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Sendikası ve Diğerleri v. Almanya*, § 60.

¹⁷⁸ AİHM, *Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Sendikası ve Diğerleri v. Almanya*, § 60.

soruya olumlu yanıt vermek mümkün görünmemektedir. Bizce de, işveren karşısında toplu sözleşme özerkliğinin gerçek anlamda hayata geçirilebilmesi için güçlü sendikaların olması şarttır. Güçlü sendika ise hiç şüphesiz ki yüksek bir üye sayısını ve organizasyonel gücü gerektirmektedir. Bununla birlikte, azınlıkta kalan sendikaların seslerini duyuramadığı bir sistem, sendikal hakların etkin şekilde kullanılmasını engellemektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Sendikası ve Diğerleri v. Almanya*” kararında, belirlediği ilkeleri somut uyuşmazlığa uyarladığında, azınlıktaki sendikaların seslerini duyurma hakkı olup olmadığını tartışmıştır.¹⁷⁹ Oysa durum ülkemiz için aynı değildir. İşkolu barajını aşamayan işçi sendikasının işveren karşısında dinlenmesi için herhangi farklı bir mekanizma veya imkan mevzuatımızda öngörülmemiştir. Ayrıca ülkemiz örneğinde, işkolu barajı hakkın özünü ortadan kaldıran bir hale bürünmüştür.

Doktrinde de uzun bir süredir toplu iş sözleşmesi yetki süreci için ne gibi yeni düzenlemeler yapılması gerektiği tartışılmaktadır. Bu yaklaşımların öncelikle ortak noktasını bizce de isabetli olarak “ikili baraj” sisteminin terk edilmesi oluşturmaktadır. Bu noktada özellikle %1 olarak belirlenen işkolu barajının kaldırılması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir¹⁸⁰. İşkolu barajının sistemimizde öngörülmesinin temel nedeni, işveren karşısında pazarlık gücüne sahip güçlü sendikaların var olmasının sağlanmasıdır. Bununla birlikte, istenen amaç ne yazık ki sendikalaşma oranının çok düşük olduğu ülkemiz gerçekleriyle uyuşmamakta ve pek çok sendikanın baraj altında kalarak toplu sözleşme bağtlayamamasına yol açmaktadır. İşkolu barajı dışında işyeri/işletme barajı da sorunlara yol açmaktadır. Bu sorunun çözümü olarak ise doktrinde %50+1 olan işyeri barajı yerine %30 barajı¹⁸¹ belirlenmeli; %30'luk barajın sağlanamaması durumunda ise işyerinde örgütlü tüm sendikalara ortak veya her birine kendi üyeleri adına toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi tanınmalıdır¹⁸².

¹⁷⁹ AİHM, *Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Sendikası ve Diğerleri v. Almanya*, § 65-68.

¹⁸⁰ Baycık, *Öneriler*, 12; Güzel, “Eleştirel Yaklaşım”, 920-923; Alpagut ve Namlı, 69-72; Engin, “Yetki”, 159-161.

¹⁸¹ Baycık, *Öneriler*, 12.

¹⁸² Baycık, *Öneriler*, 12; Alpagut, “6356 Sayılı Yasa”, 39. Bu konuda ayrıca bkz. ILO, Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanması-2023; ILO, Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanması-2024.

Uluslararası Çalışma Örgütü de yukarıda da belirttiğimiz üzere, uzun yıllardır Türkiye hakkında verdiği raporlarda, daha fazla işçi sendikasının işverenlerle toplu pazarlık yapabilmesi için 6356 Sayılı Kanun'da değişiklik yapılması, bu bağlamda hiçbir sendikanın yetki belgesi alma koşullarını sağlayamaması halinde, sendikalarının en azından kendi üyeleri adına toplu sözleşme yapabilmesini sağlayacak şekilde düzenleme yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Bu noktada nasıl bir yasal düzenleme yapılacağına irdelenmesi gerekmektedir. İşveren karşısında güçlü işçi sendikalarının olması gerektiğini murat eden yasa koyucu için Alman hukukundaki düzenlemeler yol gösterici olabilecektir. Alman hukukunda, işçi sendikalarının toplu sözleşme akdedebilmek için hangi özelliklere sahip olması gerektiği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, konu yargı kararlarıyla şekillenmiştir¹⁸³.

Alman hukukunda işçi kuruluşlarının toplu sözleşme akdedebilmesi için serbestçe ve demokratik esaslara göre kurulmuş, karşı taraftan hukuken ve fiilen bağımsız ve sosyal açıdan güçlü (*soziale Mächtigkeit*) olmaları gerekmektedir¹⁸⁴. Bu kriterler arasında “sosyal açıdan güçlü” olma ölçütü üzerinde durulmalıdır. Alman Federal İş Mahkemesi'nin güncel içtihatlarına göre, işçi sendikasının toplu pazarlık yapabilmesi için belirli asgari gereklilikleri karşılaması gerekmektedir. Bu açıdan da, işçi sendikasının sosyal muhatabı karşısında belirli bir iddialılık derecesine sahip olması şarttır¹⁸⁵. Alman Federal İş Mahkemesi tarafından özellikle 2010 yılında verilen iki kararla etkili bir toplu iş sözleşmesi akdedilebilmesi için işçi kuruluşlarının belli bir yeterliliğe sahip olması gerektiği vurgulanmıştır¹⁸⁶. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin amacına ve ruhuna uygun olan bir toplu iş sözleşmesi sadece işçi sendikasının işverene karşı müzakere dengesi kurmasıyla yapılabilir. Eğer bu eksikse, işçi sendikası tarafından akdedilen toplu iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin amacına ulaşamamasına neden olacağı gibi bunun sonucu olarak da, işçilerin işveren

¹⁸³ Klocke, Rn.218.

¹⁸⁴ Wolfgang Hromadka ve Frank Maschmann, *Arbeitsrecht Band 2* (Berlin: Springer, 2020), 19-21.

¹⁸⁵ Klocke, Rn.219.

¹⁸⁶ BAG, 05.10.2010, 1 ABR 88/09, NZA 2011; BAG, 14.12.2010, 1 ABR 19/10, NZA 2011, www.https://beck-online.beck.de.

karşısındaki yapısal güçsüzlüğünün kollektif düzeyde de devam etmesi sonucunu doğurur¹⁸⁷.

Alman Federal İş Mahkemesi, işçi sendikasının, toplu iş sözleşmesi özerkliğini koruyabilmek için belli bir sosyal güce sahip olması gerektiğini aramaktadır. İşçi sendikasının “sosyal açıdan güçlü olması”, işveren tarafını toplu pazarlığa teşvik etme ve taleplerini kendisine kabul ettirme yeteneği veya bu uğurda işverene yeterli baskıyı uygulayabilme gücü olarak tanımlanabilir¹⁸⁸. İşçi sendikasının sosyal açıdan güçlü olması, işveren karşısında tam bir zafer elde edebileceği anlamına gelmese de, muhatabı tarafından ciddiye alınması ve yapılacak toplu iş sözleşmesinin sadece işverenin fikirlerinden ibaret olmaması manasına da gelmektedir¹⁸⁹.

Toplu iş sözleşmesi akdetmek için belli bir yeterliliğe sahip olmak, toplu sözleşme özerkliğini korumaya hizmet ettiği kadar, bir kuruluşun örgütlenme özgürlüğünü kısıtlama riskini de barındırdığı için kritik bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹⁰. Ancak şu husus unutulmamalıdır ki, belli bir güce sahip olmayan işçi sendikaları, işçilerin yapısal yetersizliklerini telafi edemezler¹⁹¹. Dolayısıyla bu iki zıt yönün tespit edilecek bir kriterle dengelenmesi zorunludur.

“Sosyal açıdan güçlü olma” belirsiz bir kavram olduğu için bu kavramın içi içtihat tarafından doldurulmuştur¹⁹². Bir işçi sendikasının “sosyal açıdan güçlü” olması için aranan kriterlerin başında mali kaynaklarını ve organizasyonel performansını belirleyen üye sayısı gelmektedir. Gerçekten de üye sayısı, “hayalet sendikaların” oluşmasının önlenmesine yardımcı olmaktadır¹⁹³. Yine üye sayısına paralel olarak üyelerin işyerlerindeki konumu ve organizasyonel kapasitesi de önem taşımaktadır¹⁹⁴.

¹⁸⁷ Daniel Ulber, “Neues zur Tariffähigkeit”, RdA 2011, Rn. 353.

¹⁸⁸ Hromadka ve Maschmann, 20.

¹⁸⁹ Hromadka ve Maschmann, 20.

¹⁹⁰ Ulber, Rn. 353.

¹⁹¹ Ulber, Rn. 353.

¹⁹² Hromadka ve Maschmann, 21.

¹⁹³ Ulber, Rn. 357. Örneğin doktrinde benzer yöndeki bir görüşe göre, işverenle müzakere eden hayali sendikaların esasen istismar potansiyeli olduğu ve bu nedenle de toplu sözleşmelerin etkinliğinin ön koşulunun, toplu pazarlık yapabilme yeteneği olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan, zayıf işçi kuruluşları toplu sözleşmeler imzalayarak toplu pazarlık yapabilecek hale gelmezler. Bu yönde bkz. Klocke, Rn. 221.

¹⁹⁴ Ulber, Rn. 357.

Bununla birlikte, Federal İş Mahkemesi tarafından belirlenen bu kriterlerin mutlak şekilde uygulanması özellikle yeni kurulan ve/veya küçük sendikalar açısından olumsuzluklar yaratabilecek niteliktedir¹⁹⁵. Nitekim bir sendika bir sektörde veya bölgede etkili olabiliyorken diğerinde aynı gücü gösteremeyebilir. Örneğin bu husus, ülkemiz için de geçerlidir. Gerçekten de, İşkolları Yönetmeliği incelendiğinde kara, hava ve demiryolu taşımacılığının 15 nolu taşımacılık işkolu altında güçlü sendikacılığın tesis edilmesi amacıyla birleştirildiği bilinmektedir. Bu işkolunda örgütlü sendikalardan Demiryolu-İş Sendikası'nın demiryolu çalışanları tarafından; Hava-İş Sendikası'nın ise hava taşıma işkolunda çalışan işçiler tarafından tercih edildiği bilinmektedir. Bu sendikalar yıllardır kurulu oldukları işkolunda ve kendi alanlarında toplu sözleşme imzalamakta ve işveren karşısında denge unsuru olarak varlık göstermektedirler. Ancak, işkollarının birleşmesi sonucunda 2024 Temmuz İstatistikleri incelendiğinde 15 nolu taşımacılık işkolunda toplam 1.002,912 işçinin çalıştığı; Demiryolu-İş Sendikası'nın ise %3.28; Hava-İş Sendikası'nın %2.43 oranıyla barajı geçtiği dikkat çekmektedir. Yine aynı işkolunda kurulu olan Nakliyat-İş Sendikası ise son yayımlanan istatistikte, barajı %1.13 oranıyla aşabilmiştir. Benzer bir sorun, 10 nolu Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar işkolunda da gözlemlenmektedir. Bu işkolunda çalışan toplam işçi sayısı 2024 Temmuz İstatistikleri'ne göre 4.276,941'dir. 1966 yılında kurulan ve sektörde uzun süredir varlık gösteren Sosyal-İş Sendikası %0,13 oranıyla baraj altında kalmaktadır. Yine 2011 yılında kurulan Öz Büro-İş Sendikası barajı %1,06 oranıyla geçebilmiştir¹⁹⁶.

Dolayısıyla “sosyal açıdan güçlü” olma kriteriyle toplu sözleşme akdetmek için soyut ve mutlak bir yeterlilik koşuluna mı yoksa sendikaların gösterdiği bireysel özellikler bakımından göreceleştirilmiş bir ölçüte mi ihtiyaç duyulduğu belirlenmelidir¹⁹⁷. Sendikaların işveren karşısında kararlılık gösterebilmesi için yeterli sayıda üyeye sahip olmaları önem taşımaktadır. Aksine bir yaklaşım, çok az üyeye sahip hayalet sendikaların işyerinde etkili yapıların oluşmasına engel olması ve üyelerine yeterli koruma sunamaması tehdidini barındırmaktadır¹⁹⁸. Bununla birlikte, üye sayısının yegane kriter olması sendika hakkının ihlal edilmesi gibi adil olmayan

¹⁹⁵ Löwisch ve Rieble, TVG §2 Rn.23-24; Martin Franzen, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (München: C.H. Beck, 2024), Rn.12.

¹⁹⁶ Örnekler için bkz. Alpagut ve Namlı, 78-79; Engin, “Yetki”, 148-149.

¹⁹⁷ Löwisch ve Rieble, TVG §2 Rn.24.

¹⁹⁸ Löwisch ve Rieble, TVG §2 Rn.28.

sonuçlar doğmasına da yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle, sendikaların üye sayısı her ne kadar sosyal açıdan güçlü olma bakımından önemli olsa da, sendika üyesi işçilerin işyerinde kritik/kilit pozisyonlarda görev yapıp yapmadığı (tren makinistleri, pilotlar, hava trafik kontrolörleri, vb.) sendikanın uzun süredir faaliyette bulunup bulunmadığı, daha önceki yıllarda önemli ölçüde toplu iş sözleşmesi akdedip akdetmediği, iş mücadelesi sürerken yeterli ölçüde malvarlığının olup olmadığı da önem taşımaktadır¹⁹⁹.

Öte yandan yeni kurulan sendikalar açısından durum daha çetrefillidir. Zira Alman iş mahkemeleri bu sendikalar açısından hala organizasyonel güç ve üye sayısının varlığını temel olarak aramaktadır. Örneğin, Hamburg Eyalet İş Mahkemesi 2012 yılında sağlık sektöründe faaliyet gösteren genç bir sendikanın, üye sayısının 7000 olması ve kendi sektöründe sadece %0.32 oranına ulaşmasının toplu sözleşme akdetmek için yeterli olmadığına karar vermiştir²⁰⁰. Yine Alman Federal İş Mahkemesi 2010 yılında verdiği bir kararında, genç bir sendikanın toplam 120 adet toplu iş sözleşmesi imzalamasının yeterli olmadığını, faaliyet göstermek için kendi seçtiği sektördeki üye sayısını ve dağılımını da mahkemeye sunması gerektiğine hükmetmiştir²⁰¹.

Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin gerçek anlamda hayata geçebilmesi için işveren karşısında güçlü sendikaların varlığı şarttır. Ancak güçlü sendikanın tespiti gerçekten de kolay değildir. Alman hukukunda “sosyal açıdan güçlü” sendikaların varlığı için çeşitli kriterler belirlenmiş olsa da, üye sayıları hala önemli bir ölçüttür. Konuya ilişkin oldukça güncel bir karar, Alman Federal İş Mahkemesi tarafından 2021 yılında verilmiştir. Ticaret alanında çalışan işçilerin üye olduğu Deutscher Handlungsgehilfen-Verband eV (DHV), 1950 yılından itibaren faaliyet göstermektedir. DHV'nin faaliyet alanında 6,3 milyon işçi çalışmaktadır. DHV, uyuşmazlık esnasında 66.826 üyeye sahiptir. Mahkeme, sendikanın sosyal gücünü değerlendirirken, üye sayısını temel unsur olarak ele almış ve 21 Nisan 2015 tarihinden itibaren sendikanın artık toplu pazarlık yapamayacağına hükmetmiştir²⁰². Mahkeme, bu kararında da toplu pazarlık özerkliğinin, ancak toplu sözleşmenin tarafları arasında yaklaşık bir güç dengesi olduğu sürece işlevsel olabileceğini ve bu nedenle

¹⁹⁹ Ulber, Rn.356; Löwisch ve Rieble, TVG §2 Rn.179.

²⁰⁰ LAG Hamburg, 21.03.20123 TaBV 7/11, BeckRS 2013, 72934, www. <https://beck-online.beck.de>.

²⁰¹ BAG, 05.10.2010, 1 ABR 88/09, NZA 2011, 300, www. <https://beck-online.beck.de>.

²⁰² BAG, 22.06.2021, 1 ABR 28/20, NZA 2022, 577, www. <https://beck-online.beck.de>.

üye sayısının önemli olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre, sadece somut baskı uygulayabilme yeteneği müzakerelerde yaklaşık bir denge yaratmaktadır.

Bununla birlikte, Türk toplu iş sözleşmesi yetki sistemi açısından bir inceleme yapacak olursak. Sistemimizde hala yegane kriter olarak işkolunda %1; işyerinde ve işletmede ise belirli bir orandaki çoğunluk aranmaktadır. İşveren karşısında toplu pazarlık gücü yüksek sendikaların varlığının aranması makul bir yaklaşımdır. Ancak bu husus, pek çok sendikaların oyun dışında kalmasına ve işçilerin sendika hakkında etkin şekilde yararlanamamasına neden olmaktadır. Bu nedenle kanımızca, ilk önce %1 oranındaki işkolu barajından vazgeçilmesi gerekmektedir. Gerçekten de, sendikalaşma oranının çok düşük olduğu ülkemizde bir de sendikalardan böyle bir yetkinlik sayısının aranması adil ve ölçülü değildir. Bununla birlikte, işyerlerinde hayalet sendikaların oluşmaması için sendikaların belli bir organizasyonel kapasiteye ulaşması, belli sayıda işçiyi üye kaydetmesi gerekmektedir. Bu açıdan Kanun'un işyerleri açısından aradığı mevcut şartlar devam edebileceği gibi yeni belirlemeler de yapılabilir. Bunun dışında, sendikaların belli bir mali güce ulaşmaları da -özellikle iş mücadelesi esnasında- gereklidir. Bu bağlamda, sendikaların arkalarında örgütlü bir gücü taşımaları noktasında bir konfederasyona bağlı olmaları ve işyerinde gerekli çoğunluğu sağlamaları koşuluyla toplu sözleşme yetkisine sahip olabilecekleri düşünülmektedir. Bir diğer ihtimal olarak ise, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün de belirttiği şekilde, işyerindeki sendikaların bir araya gelerek işverene karşı tek bir toplu sözleşmesi imzalamalarının önü açılabilir.

C. Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi Sorunu

Toplu iş sözleşmesi yetki sistemimiz açısından sorun teşkil eden bir diğer nokta ise, toplu iş sözleşmesinin düzeyidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, toplu iş sözleşmesinin düzeyi, toplu iş sözleşmesine esas olan birimi ifade etmektedir²⁰³. Bu konuda işyeri ve işkolu olarak iki temel düzeyden söz edilebilir. 275 sayılı Kanun döneminde toplu iş sözleşmesi düzeyi olarak işyeri ve işkolu kabul edilmişken²⁰⁴, 6356 sayılı Kanun'da sadece işyeri

²⁰³ Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku*, 296.

²⁰⁴ 275 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre, işkolu toplu iş sözleşmesi; bir işkolunda çalışan işçilerin çoğunluğunu teşkil eden işçi federasyonu veya işkolu esasına göre kurulmuş işçi sendikası ile bir işkolunda çalışan işçilerin çoğunluğunu çalıştıran işverenlerin üyesi olduğu işveren federasyonu veya sendikası arasında yapılmaktadır.

düzeyinde üç farklı türde (işyeri-işletme-grup) toplu sözleşme yapılabileceği belirlenmiştir²⁰⁵.

Toplu iş sözleşmesi düzeyinin yasa koyucu tarafından işyeri olarak sınırlandırılması uluslararası normlar açısından çeşitli sorunları barındırmaktadır. Gerçekten de, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 98 sayılı Sözleşmesi'nde toplu sözleşme düzeyinin tarafların serbestçe belirleyebileceği şekilde oluşturulması gerektiği ifade edilmektedir. Yine Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 163 sayılı Tavsiye Kararı uyarınca da, toplu

Kanun'un 9.maddesine göre, yetkili işçi teşekkülü, o işkolundaki bütün işveren teşekküllerini ve işverenleri toplu sözleşme yapmaya çağırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, işveren kendisine yapılan çağrıya uymak zorundadır. Buradaki mesele, bir işverenin işyeri toplu iş sözleşmesiyle bağlıyken, bu defa da işkolu toplu iş sözleşmesine çağırılması durumudur. Bu konuda bkz. Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967), 118-126. 275 sayılı Kanun döneminde bir işkolu toplu iş sözleşmesi yapıldıktan sonra bu sözleşmenin kapsamına giren işyerlerinden birinde işçilerin çoğunluğunu temsil eden sendika tarafından da işyeri toplu iş sözleşmesi yapılmasına engel bir durum bulunmamaktaydı. Bu duruma “*toplu iş sözleşmelerinin birleşmesi (telahuku)*” denilmektedir. Doktrinde, işyeri ve işkolu toplu iş sözleşmelerinin birbirinin tamamlayıcısı olmadığı; bunların bağımsız birer toplu iş sözleşmesi oldukları kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Turhan Esener, “Türk İş Hukuku Yönünden Toplu İş Sözleşmelerinin Birleşimi (Telahuku)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, Sayı No. 1 (1964), 567. Bu bağlamda, bir işyerinde bir toplu iş sözleşmesi yürürlükteyken, işkolu toplu iş sözleşmesi yapılması halinde, toplu sözleşme hükümlerinin ahenginin nasıl sağlanacağı, diğer bir anlatımla çatışmanın nasıl çözümleneceği sorgulanmalıdır. Doktrinde bu sorunun çözümü için çeşitli öneriler sunulmuştur. Bu görüşlerden birine göre, toplu iş sözleşmelerinin çatışması halinde, işyerini kapsamına almış bulunan sözleşmelerden sadece bir tanesi “tüm olarak uygulanır.” Bunlardan hangisinin uygulanacağı ise “genellik prensibi” ne veya “özellik prensibi”ne göre belirlenmelidir. “Genellik prensibi”ne göre, işyerini kapsamına almış sözleşmelerden diğerine nazaran daha genel olan tercih edilmelidir. “Özellik prensibi”ne göre ise, işyerinin özellik ve ihtiyaçlarını en iyi karşılayan toplu iş sözleşmesi tercihen uygulanmalıdır. Diğer bir görüşe göre ise, çatışma halinde, sözleşmelerden birisi tüm olarak değil, ama bunların birbirine aykırı hükümlerinden işçi yararına olanın uygulanması gerekir. Bu yönde bkz. Turhan Esener, *İş Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), 524-526. Bununla birlikte, Yargıtay bit işkolunda toplu iş sözleşmesi var iken, aynı işkolunda aynı konuda ikinci bir işkolu toplu iş sözleşmesinin yapılamayacağını karara bağlamaktaydı. Bu yönde bkz. Reisoğlu, 127.

²⁰⁵ Reisoğlu, 114-115; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku*, 296-297; Doğan Yenisey, “Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi”, 121-122; Kılıç, 45.

sözleşmenin çeşitli düzeylerde yapılabilmesi için gerekli düzenlemeler yapılmalı ve bu birden çok düzey söz konusuysa bu düzeyler arasındaki koordinasyonun nasıl sağlanacağı taraflarca belirlenmeli; eğer bu husus taraflara bırakılmadıysa, bu belirlemenin bağımsız bir kurul tarafından yapılması sağlanmalıdır. Bu bağlamda Uluslararası Çalışma Örgütü Uzmanlar Komitesi de 2024 tarihli raporunda, toplu iş sözleşmesi taraflarının her düzeyde pazarlık yapabilmeleri için gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiğini; zira en uygun pazarlık düzeyine karar verme konusunda en iyi konumda olanın toplu iş sözleşmesi tarafları olduğunu hatırlatmaktadır²⁰⁶.

Doktrinde, toplu sözleşme modelimizin Uluslararası Çalışma Örgütü normlarıyla uyumlu hale gelebilmesi için işyeri seviyesinin üzerinde de toplu sözleşmeler yapılabilmesinin önünün açılması gerektiği ifade edilmektedir²⁰⁷. Bu husus sadece uluslararası sözleşmelere uyum açısından değil, aynı zamanda daha fazla işçinin toplu iş sözleşmesi kapsamına girmesi açısından da önemlidir. Bu bağlamda merkezileşmiş/merkezi toplu pazarlık (*centralised collective bargaining*) modellerine ademi merkezi toplu pazarlık (*decentralised collective bargaining*) modellerine kıyasla daha fazla öncelik verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır²⁰⁸. Ademi merkezi toplu iş sözleşmesi modeli, toplu pazarlığın odağının işkolu veya sektör düzeyinden işyeri seviyesine kayması süreci olarak tanımlanabilir²⁰⁹. Çok uzun yıllar ademi merkezi toplu pazarlık sisteminin mikro-ekonomik açıdan yaklaşıldığında, işletmelerin rekabet kapasitesinin artırılmasında daha etkili olduğu, ücret politikası ve çalışma koşullarının işyeri düzeyine uyarlanmasına yardımcı

²⁰⁶ ILO, Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanması-2024, Uluslararası Çalışma Konferansı'nın 112. Oturumu, 2024, <https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-05/uluslararası%20calisma%20standartlarinin%20uygulanmasi%202024.pdf>.

²⁰⁷ Doğan Yenisey, "Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi", 146.

²⁰⁸ Doğan Yenisey, "Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi", 146-147; Ronald Janssen, "Decentralised Collective Bargaining: Oversold", *Social Europe*, 2018, <https://www.socialeurope.eu/decentralised-collective-bargaining-oversold>; Anke Hassel, "Round Table. Mission Impossible? How To Increase Collective Bargaining Coverage In Germany And The EU", *EU Policy Debate* 28, Vol.4 (2022), 494-495; OECD, *OECD Employment Outlook 2018* (Paris: OECD Publishing, 2018), 81-83, https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/empl_outlook-2018-en.pdf?expires=1730812275&id=id&accname=guest&checksum=FE201993801D55444CD314B2AC06DD2C.

²⁰⁹ Antti Kauhanen, Terhi Maczulskij ve Kriuta Riukula, "Heterogeneous Impacts Of The Decentralization Of Collective Bargaining", *IZA Institute of Labor Economics Paper No. 13867*, 2020, 2-3, <https://docs.iza.org/dp13867.pdf>.

olduğu ve işyerlerinin etkinliğini arttırdığı belirtilmekteydi. Buna karşılık, son yıllarda -özellikle 2018 sonrası- konuya makro-ekonomik açıdan yaklaşılmakta ve merkezileşmiş toplu pazarlık modellerinin istihdam oranı, ücret eşitsizliği ve toplu sözleşmenin kapsamına giren işçi sayısındaki artış konularında daha etkili sonuçlar doğurduğu belirtilmektedir. Gerçekten de, işkolu veya ulusal düzeyde toplu sözleşmelerin yapıldığı sistemlerde, toplu sözleşme kapsamına giren işçilerin sayısının daha fazla olduğu bilinmektedir²¹⁰. Hatta öyle ki, buradaki esasen önemli olan husus, tamamen bir merkezileşmeden ziyade toplu sözleşme düzeyleri arasındaki organize edilmiş koordinasyonun zayıf dahi olsa sağlanmasıdır²¹¹.

2018 yılında yayımlanan OECD İstihdam Raporu'nda, 1980 ila 2016 yılları arasında 35 OECD ülkesi için işgücü piyasasına dair ülke verileri analiz edilmiştir. Bu analiz sonucunda, toplu pazarlık düzeyi açısından koordineli sistemlerin daha yüksek istihdam, daha düşük işsizlik, kırılğan grupların istihdama entegrasyonunun daha fazla olması ve çalışanlar arasındaki ücret eşitsizliğinin azalması gibi hususlarda ademi merkezi toplu pazarlık modellerine göre etkili ve olumlu sonuçlar doğurduğu ortaya çıkmıştır. Koordinasyonu zayıf olan merkezi toplu pazarlık modelleri ise her iki model arasında ara kategoride yer almaktadır²¹².

Bu konuda son olarak Avrupa Birliği de 2022 yılında 2022/2041 sayılı "Yeterli Asgari Ücret" Yönergesi'ni yayımlamıştır²¹³. Yönerge, bir yandan Avrupa Birliği üyesi ülkelerdeki asgari ücret seviyesinin tespit edilmesi açısından önemli ilkeler getirirken bir yandan da üye devletlerin toplu pazarlığı teşvik etmek için düzenlemeler yapması ve toplu sözleşme kapsamındaki işçi oranının %80'nin altında olduğu ülkelerde toplu sözleşmenin kapsamının genişletilmesi için gerekli koşulların oluşturulması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda da toplu sözleşme kapsamındaki işçi oranının %80'nin altında olduğu ülkelere, somut önlemlerin ve ayrıntılı zaman çizelgesinin yer aldığı ulusal eylem planlarını oluşturmaya, bunları kamuoyu ve Komisyonla paylaşmaya zorlamaktadır.

²¹⁰ OECD, *Negotiating Our Way Up: Collective Bargaining in a Changing World of Work*, 44-45.

²¹¹ OECD, *OECD Employment Outlook 2018*, 83.

²¹² OECD, *OECD Employment Outlook 2018*, 83.

²¹³ Directive (EU) 2022/2041 Of The European Parliament And Of The Council Of 19 October 2022 on Adequate Minimum Wages In The European Union, Official Journal of The European Union L 275/33, 25.10.2022, https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvk6yhcbpeywk_j9vvik7m1c3gyxp/vlxhf3sjr3zd.

Toplu sözleşmenin kapsamına giren işçi sayısının çok düşük olduğu ülkemiz, ademi merkezi toplu sözleşme modelleri arasında yer almaktadır. Toplu iş sözleşmesinin sadece işyeri düzeyinde yapılması çok sayıda işçinin toplu pazarlık sistemi dışında kalmasına yol açmaktadır. İlâveten, doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, toplu sözleşme sistemimizde sendikal örgütlenme açısından işkolu; toplu pazarlık düzeyi olarak da işyeri esas alınmıştır. Bu durum, toplu sözleşme süreçlerinin işkolu ve işyeri gibi hala belirsizliğini koruyan ve sınırlarının çizilmesi zor olan kavramlarla imtihanına yol açmaktadır²¹⁴.

Tüm bu nedenlerle, ülkemiz açısından da farklı düzeylerde toplu sözleşme yapılmasının önünün açılması gerekmektedir²¹⁵. Bu bağlamda, toplu pazarlığın işkolu ve işyeri toplu iş sözleşmeleri gibi iki düzeyde yapılması düşünülebilir²¹⁶. Örneğin, Finlandiya, Danimarka, İsveç gibi Kuzey Avrupa ülkelerinde toplu sözleşmenin kapsamına giren işçi sayısının oranı %80'in üzerindedir. Bu ülkelerde toplu sözleşmeler olabildiğince merkezileşmiş ve işkolu düzeyinde yapılmaktadır. Bununla birlikte, işyeri/işletme düzeyindeki toplu sözleşmelere de hareket alanı bırakılmıştır. Ayrıca, bu ülkelerde farklı düzeylerde toplu sözleşmeler arasında koordinasyon da sağlanmıştır²¹⁷. Almanya, Avusturya, Hollanda gibi Batı Avrupa ülkelerinde ise toplu sözleşmenin kapsamına giren işçi sayısının oranı %60'ın üzerindedir. Bu ülkelerde de asıl olan işkolu toplu iş sözleşmeleri olup, işyeri/işletme toplu sözleşmelerinin de yapılmasına imkan tanınmaktadır. Esasen bu ülkelerde belirli koşullarda üst düzeydeki toplu sözleşmelerden sapmaya imkan veren açılım hükümleriyle organize ademi merkezi toplu sözleşmeler de akdedilmektedir²¹⁸. İşyeri düzeyinde toplu sözleşmelerin baskın olduğu Yunanistan, İrlanda, Birleşik Krallık gibi ülkelerde ise toplu sözleşmenin kapsamı oldukça dardır²¹⁹.

²¹⁴ Güzel, "Eleştirel Yaklaşım", 912.

²¹⁵ Güzel, "Eleştirel Yaklaşım", 912 vd.; Doğan Yenisey, "Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi", 146-148.

²¹⁶ Doğan Yenisey, "Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi", 146-148.

²¹⁷ Torsten Müller, "Collective Bargaining Systems in Europe-Some Stylised Facts", *Europa Global Union*, 3-4, <https://www.uni-europa.org/old-uploads/2021/04/CB-Systems-in-Europe-EN.pdf>.

²¹⁸ Müller, 4-5.

²¹⁹ Müller, 5-7.

Doktrinde *Doğan Yenisey*, toplu iş sözleşmesi sistemimiz açısından da iki seviyeli bir toplu pazarlık modeli oluşturulabileceğini ve bu modelde işkolu toplu iş sözleşmeleriyle işyeri/işletme toplu iş sözleşmeleri arasındaki ilişkilerin farklı şekillerde düzenlenebileceğini belirtmektedir²²⁰. Yazara göre, işkolu toplu iş sözleşmeleriyle ücret ve asgari çalışma koşulları belirlenip, işyeri/işletme toplu sözleşmelerle de sadece işçi lehine düzenlemeler yapılabileceği gibi işkolu toplu sözleşmeleri koridor anlaşmalar olarak kullanılıp işletme toplu iş sözleşmelerinin hareket alanı olarak belirlenebilecek asgari ve azami sınırlar tespit edilebilir. Toplu sözleşmenin bulunmadığı işyerleri ve işletmelerde ise işkolu toplu sözleşmeleri uygulanabilir²²¹.

Kanımızca da, ülkemiz açısından ikili modele geçilmesi toplu sözleşme hakkının etkin şekilde kullanılması açısından faydalı olacaktır. Bu modelde işkolu düzeyindeki toplu sözleşmelerle işyeri düzeyindeki toplu sözleşmeler arasında koordinasyonun sağlanması koşuluyla çok sayıda işçinin toplu sözleşme kapsamında olabileceği düşünülmektedir. Bu noktada da ise, işkolu düzeyinde akdedilecek toplu sözleşmelerle asgari bir sınır çizilerek, bu belirlemenin altında kalmamak şartıyla toplu iş sözleşmesi taraflarına işyeri düzeyindeki toplu sözleşmelerle geniş bir hareket alanı sağlanabilir. Toplu sözleşmenin yapılmadığı işyerlerinde ise sendika üyesi olmak koşuluyla doktrinde de belirttiği şekilde, işkolu toplu sözleşmelerdeki ücret ve asgari çalışma koşullarına ilişkin hükümler uygulanabilir. Bu noktada da esasen 6356 sayılı Kanun'da düzenlenen ve toplu iş sözleşmesi niteliğinde olmayan "çerçeve sözleşme"lerin yeniden gözden geçirilerek daha etkin ve asgari seviyede ücret ve çalışma koşullarını düzenleyen gerçek bir işkolu toplu iş sözleşmesine dönüştürülmesi ve işyeri/işletme toplu iş sözleşmeleriyle koordinasyonun sağlanması ilk adım olarak düşünülebilir.

SONUÇ

Anayasa'nın "toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı" kenar başlıklı 53. maddesine göre, işçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Toplu iş sözleşmesi, sosyal taraflara çalışma koşulları ve ücret gibi ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerine ilişkin

²²⁰ Doğan Yenisey, "Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi", 147.

²²¹ Doğan Yenisey, "Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi", 147. Ayrıca bkz. Güzel, "Toplu İş Sözleşmesinin Etkinliği", 110-111.

konuları müzakere ederek, karşılıklı pazarlık yoluyla belirleme hakkı sunmaktadır. Yine bu bağlamda, işveren karşısında güçsüz konumda bulunan işçiler, toplu pazarlık sayesinde taleplerini işverene dinletme ve bu isteklerini elde etme imkanına erişmektedirler. Gerçekten de, tarihsel süreç içerisinde bakıldığında toplu sözleşme, işçilerin korunmasında, adil gelir dağılımının sağlanmasında, çalışma koşullarının iyileştirilmesinde, işyeri içi demokrasinin hayata geçirilmesinde kritik bir öneme sahiptir. Toplu iş sözleşmesinin üstlendiği misyonları tam anlamıyla yerine getirebilmesi, diğer bir anlatımla, toplu iş sözleşmesinin etkinliğinden söz edilebilmesi ancak toplu iş sözleşmesinin kapsamına çok sayıda işçinin girmesiyle mümkün olabilmektedir. Ne var ki, ülkemizde sendikalaşma oranı oldukça düşük olduğu gibi toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işçi sayısı da yeterli düzeyde değildir. Bu durumun temel nedeni olarak da mevcut toplu iş sözleşmesi yetki sistemi gösterilmektedir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikaları için çeşitli yeterlilik koşulları aramaktadır. Kanun'un aradığı koşulları yerine getirebilen işçi sendikaları toplu sözleşme akdedebilmektedir. Bu koşullardan ilki, ülke çapındaki %1 işkolu barajının geçilmesi; diğeri ise toplu sözleşme yapılmak istenen üniteadaki çoğunluğun sağlanması zorunluluğudur. Kanun'un aradığı sayısal yeterlilik koşulları, işveren karşısında, taleplerini dinletebilen güçlü işçi sendikalarının olması arzusuyla ilintilidir. Buna karşılık, gelinen nokta, pek çok sendikaların işkolu barajının altında kalarak, işçileri işverene karşı temsil edememe sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, ilk olarak güçlü sendikacılık kriterinin baştan gözden geçirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Öte yandan, işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi görüşmelerine başlayabilmek için yetki tespiti talebini yapması ve olumlu yetki tespitini alması gerekmektedir. Ancak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın yetki tespiti işlemine karşı ilgililerin iş mahkemesinde itiraz hakkı bulunmaktadır. 6356 sayılı Kanun'un m.43/5 uyarınca yetki işlemleri karar kesinleşinceye kadar durmaktadır. Dolayısıyla, yetki tespitine itiraz, yıllarca süren uyuşmazlıkların doğmasına yol açmaktadır. Bu süre zarfında sendikalar güç kaybettiği gibi işçiler uzun zaman boyunca toplu sözleşme hakkında mahrum kalmaktadır.

Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin 15.02.2024 tarihli Nakliyat-İş Sendikası kararıyla gözler önüne bir kez daha serilmiştir. Anayasa Mahkemesi, kararında, Türk toplu iş sözleşmesi sisteminin içine düştüğü

girdabı yapısal sorun olarak değerlendirmiş ve gereğinin yapılması için kararın bir örneğini Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ve yeni yasal düzenlemeler yapılana kadar çeşitli önlemler alması için Hakimler ve Savcılar Kurulu'na göndermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu bildirim her ne kadar temenni edici nitelikte olsa da, acil bir düzenleme yapılması açısından büyük öneme sahiptir.

Türk toplu iş sözleşmesi sistemimizde toplu pazarlık düzeyi olarak sadece işyeri esasının benimsenmesi, toplu iş sözleşmelerinin sadece işyeri düzeyinde yapılmasına ve bunun sonucu olarak da çok sayıda işçinin toplu pazarlık sistemi dışında kalmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla, ülkemiz açısından da farklı düzeylerde toplu sözleşme yapılmasının önünün açılması gerekmektedir; bu bağlamda işkolu ve işyeri toplu iş sözleşmeleri olarak ikili bir sisteme geçilmesi düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

-Yararlanılan Kitaplar ve Makaleler

- Akın, Levent. “İşkolu Tespitinde İşyeri ve İşletme”. *Çimento İşveren Sendikası Dergisi* 27, Sayı No.1 (Ocak 2013): 42-48.
- Akyiğit, Ercan. *Toplu İş Hukuku*. Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.
- Alangoya, Yavuz, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım. *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta Yayınları, 2009.
- Alangoya, Yavuz. “Davanın Esasını Çözümleyecek Veya Böyle Bir Sonuç Doğuracak Biçimde İhtiyati Tedbir Kararları Hakkında”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, Sayı No.2 (Aralık 2007): 325-344.
- Albayrak, Adem. “Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı No.41 (2021): 511-542.
- Alp, Mustafa ve Betül Erkanlı. “İşletme Toplu İş Sözleşmelerinde Yetki”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı No. Özel Sayı-Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan (2016): 69-101.
- Alpagut, Gülsevil ve Mert Namlı. “İşkolu Barajının Toplu Sözleşme Hakkı Karşısında Değerlendirilmesi ve İstatistiklere İtirazın Yetki Başvurusuna Etkisi”. *Çalışma ve Toplum Dergisi* 1 (2022): 65-92.
- Alpagut, Gülsevil. “6356 Sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi”. *İçinde İş Hukukunda Güncel Sorunlar: 3, Ed. Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya*, 113-149. Ankara: Seçkin Yayınları, 2013. (Uyum)

- Alpagut, Gülsevil. “6356 Sayılı Yasa’nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 9, Sayı No.35 (2012): 25-57. (6356 sayılı Yasa)
- Alpagut, Gülsevil. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. Maddesi ve Türk İş Hukuku’nun Değerlendirilmesi”. İçinde *Prof. Dr. Turhan Esener I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, Ed. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Ender Demir, 203-222. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Alpagut, Gülsevil. “Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi”. İçinde *10. Yılında 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Değerlendirilmesi (İstanbul, 4-5 Kasım 2022)*, Ed. Gülsevil Alpagut ve Özge Yıldız Hakkakul, 159-203. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024. (Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi)
- Altıparmak, Kerem. “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik”. İçinde *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?*, Ed. Kerem Altıparmak, 60-109. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009.
- Alyanak, Servet ve Burcu Bozkurt Cengiz. “Anayasa Mahkemesinin Pilot Karar Uygulaması ve Kararların Yasama Organına Bildirilmesi”. *Yasama Dergisi*, No.48 (Temmuz-Aralık 2023): 117-153.
- Arabadjieva, Kalina. “Worker Employment, Collective Labour Rights and Article 11 of the European Convention on Human Rights”. *Human Rights Law Review* 22, (August 2021): 1-30.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Astarlı, Muhittin. *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*. Ankara: Lykeion Yayınları, 2019.
- Başbuğ, Aydın. “Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisindeki Temel Sorunlar ve Sendikal Haklara Olumsuz Etkisi”. *İş ve Hayat Dergisi*, Sayı No.4 (2016): 59-76.
- Başözen, Ahmet. “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde ‘Yaklaşık İspat’ ve ‘İhtimal’ Kavramı”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, Sayı No. Özel Sayı-Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan (2015): 653-694.
- Başterzi, Süleyman. *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*. İstanbul: Beta Yayınları, 2016.
- Baycık, Gaye. “6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, Sayı No.2 (2014): 209-258. (İşkolunun Belirlenmesi)

- Baycık, Gaye. *Sosyal Diyalog, Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Sözleşme Hakkına İlişkin ILO ve AB Standartlarına Uyum Değerlendirmesi ve Öneriler*. Ankara, 2019. (Öneriler)
- Baycık, Gaye. “Sendikal Örgütlenme Hakkı ve Örgütlenme Modeli”. İçinde *10. Yılında 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi (İstanbul, 4-5 Kasım 2022)*, Ed. Gülsevil Alpogut ve Özge Yıldız Hakkakul, 29-45. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024. (Örgütlenme Hakkı)
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. “6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İşletme Toplu İş Sözleşmesi”. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Sayı No.1-1 (Ocak-Şubat 2016): 553-592. (İşletme Toplu İş Sözleşmesi)
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. “Toplu İş İlişkileri”. İçinde *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021*, Ed. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 291-485. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023. (Değerlendirme)
- Canbolat, Talat. “Toplu İş Sözleşmesi Hakkı ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”. İçinde *Türk Hukukunda Sendikal Haklar Sempozyumu*, 140-165. Ankara: Türk-İş Yayınları, 2019, <https://www.turkis.org.tr/storage/2021/10/1zno1vff34rg-pdf.pdf>.
- Canbolat, Talat. *Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Çalışma Hayatı İstatistikleri 2023, <https://www.csgeb.gov.tr/media/95434/2023-kitap.pdf>.
- Çelik, İrem. *Sendikal Örgütlenmede İşkolunun Belirlenmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Çelik, Nuri, Nurşen Canıklıoğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2023.
- Çetin, Evra. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*. İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015.
- Demir, Fevzi. “Sendikalar Kuruluşu ve İşleyişi”. *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4 (2013): 17-42.
- Dere, Afra Nur. *Anayasa Yargısında Pilot Karar Usulü*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 2024.

- Dereli, Toker. "Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Normları Açısından Türkiye'de Sendika Özgürlükleri ve Yeni Yasa Taslağının Değerlendirilmesi". *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, Sayı No.54 (2008): 215-235.
- Doğan Yenisey, Kübra. "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi". *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4 (2013): 43-68. (İşkolunun Belirlenmesi)
- Doğan Yenisey, Kübra. "Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Toplu Sözleşme Ünitesini Yeniden Düşünmek-Uluslararası Çalışma Örgütü Normları Bakış Açısıyla-". İçinde *10. Yılında 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi (İstanbul, 4-5 Kasım 2022)*, Ed. Gülsevil Alpagut ve Özge Yıldız Hakkakul,121-159. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024. (Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi)
- Ekmekçi, Ömer. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları. 2023. (Toplu İş Hukuku)
- Ekmekçi, Ömer. *Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi*. İstanbul: Yılmaz Ajans Matbaacılık,1996. (Düzenleme Yetkisi)
- Engin, E. Murat. *Toplu İş Sözleşmesi Sistemi*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1999. (Toplu İş Sözleşmesi)
- Engin, E. Murat. "6356 Sayılı Yasa'da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi". *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4, Sayı No.39 (2013): 143-164. (Yetki)
- Erişir, Evrim. *Geçici Hukuki Himayenin Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013.
- Esener, Turhan. "Türk İş Hukuku Yönünden Toplu İş Sözleşmelerinin Birleşimi (Telahuku)". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, Sayı No. 1 (1964): 557-577.
- Esener, Turhan. *İş Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- European Court of Human Rights, Rule 61 of the Rules of Court, https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/pilot_judgment_procedure_eng.
- Eyrenci, Öner. "6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2014): 119-146.
- Ewing, Keith D. ve John Hendy. "The Dramatic Implications of Demir and Baykara". *Industrial Law Journal* 39, No.1 (March 2010): 2-51.
- Franzen, Martin. *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*. München: C.H. Beck, 2024.

- Gerards, Janneke. “The Pilot Judgment Procedure Before the European Court of Human Rights As An Instrument For Dialogue”, *Constitutional Conversations*. (2012), 2-25, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1924806.
- Gernigon, Bernard, Alberto Odero ve Horacio Guido. “ILO Principles Concerning Collective Bargaining”. *International Labour Review* 139, No.1 (2000): 33-55.
- Glas, Lize R. “The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court Of Human Rights in Practice”. *Netherlands Quarterly of Human Rights* 34, Issue 1 (2016): 1-22 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2748540.
- Göktaş, Seracettin ve Gökhan Yılmaz. “Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyeri ve İşletme Kavramları ile İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme”. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10.Yıl Anısına Teşekkür Armağanı* 7, Sayı No: 2 (2022): 1161-1198. (Yetki Tespiti)
- Göktaş, Seracettin ve Gökhan Yılmaz. *6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2024.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Göztepe Çelebi, Ece. “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan veya Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme”. *Anayasa Yargısı Dergisi* 38, No.1 (2021): 43-83.
- Gülmez, Mesut. “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?”. *Çalışma ve Toplum Dergisi* 3 (2008): 137-169.
- Güzel, Ali. “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. *İçinde Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013*, Ed. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 301-425. İstanbul: Elma Basım Yayın ve İletişim Hizmetleri, 2015.
- Güzel, Ali. “Toplu İş Sözleşmesinin Etkinliği/Etkisi”. *İçinde 10. Yılında 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Değerlendirilmesi (İstanbul, 4-5 Kasım 2022)*, Ed. Gülsevil Alpagut ve Özge Yıldız Hakkakul, 99-121. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024. (Toplu İş Sözleşmesinin Etkinliği)
- Güzel, Ali. “Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştirel Bir Yaklaşım”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı (2016): 887-945. (Eleştirel Yaklaşım)
- Güzel, Ali. “Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinde Denge ve Süreklilik”. *İçinde Prof. Dr. Turhan Esener I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, Ed. Yeliz Bozkurt

- Gümrükçüoğlu ve Ender Demir, 91-127. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016. (Denge ve Süreklilik)
- Güzel, Ali ve Deniz Ugan Çatalkaya. "Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuka Doğrudan (Self Executing) Etkisi ve Örnek Bir Yargıtay Kararı Üzerine". *Çalışma ve Toplum Dergisi* 2, Sayı No. 81 (2024): 423-458.
- Hassel, Anke. "Round Table. Mission Impossible? How To Increase Collective Bargaining Coverage In Germany And The EU". *EU Policy Debate* 28, Vol.4 (2022): 491-497.
- Hromadka, Wolfgang ve Frank Maschmann. *Arbeitsrecht Band 2*. Berlin: Springer, 2020.
- ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and Its Follow-Up, <https://www.ilo.org/publications/ilo-declaration-fundamental-principles-and-rights-work>.
- Iossa, Andrea. *Collective Autonomy in the European Union: Theoretical, Comparative and Cross-border perspectives on the Legal Regulation of Collective Bargaining*. Lund: Lund University, 2017), https://lucris.lub.lu.se/ws/portalfiles/portal/29998330/Andrea_Iossa_Collective_Autonomy_in_the_European_Union.pdf.
- ILO, International Labour Conference 81st Session, Freedom of Association and Collective Bargaining, 1994, [https://webapps.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1994-81-4B\).pdf](https://webapps.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1994-81-4B).pdf).
- ILO Türkiye Ofisi. *Türkiye'nin Sosyal Diyalog Alanındaki ILO Sözleşmelerine Uyumuna İlişkin ILO Denetim Organlarının Yorum ve Kararlarının Analizi*. Ankara, 2018.
- ILO, Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanması-2024, Uluslararası Çalışma Konferansı'nın 112. Oturumu, 2024, <https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-05/uluslararasi%20calisma%20standartlarinin%20uygulanmasi%202024.pdf>.
- ILO, Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanması-2023, Uluslararası Çalışma Konferansı'nın 111. Oturumu, 2023, https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40europe/%40ro-geneva/%40ilo-ankara/documents/publication/wcms_871985.pdf.
- Janssen, Ronald. "Decentralised Collective Bargaining: Oversold". *Social Europe*, 2018, <https://www.socialeurope.eu/decentralised-collective-bargaining-oversold>.
- Karahan, Özge. "TBMM'ye Çağrı, Giderim Kararlarının İşlevsizliği ve Bu Kararlara İşlevsellik Kazandırılması Amacıyla Getirilen Önerilerin Değerlendirilmesi". *Yasama Dergisi*, Sayı:46 (Temmuz-Aralık 2022): 37-71.

- Kauhanen, Antti, Terhi Maczulskij ve Kriuta Riukula. "Heterogeneous Impacts Of The Decentralization Of Collective Bargaining". *IZA Institute of Labor Economics Paper No. 13867*, 2020, <https://docs.iza.org/dp13867.pdf>.
- Kılıç, Abbas. "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi". *Anayasa Yargısı Dergisi* 38, No.1 (2021): 85-126.
- Kılıç, Şebnem. *Türk Hukukunda Grup Toplu İş Sözleşmeleri ve Çerçeve Sözleşmeler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2019.
- Klocke, Kyra. "Die Mächtigerrechtsprechung auf dem Prüfstand des Konventionsrechts". *RdA* 2024, Rn.218-227.
- Kocagil Ersoy, İpek. *Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*. İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2019.
- Köküsarı, İsmail. "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması". *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, No:3-4 (2019): 181-243.
- Lemmens, Koen ve Sébastien Von Drooghenbroeck. "How 'Systematic' is the European Court of Human Rights' Approach to 'Systemic' Violations of the Convention?". *German Law Journal* 24, (2023): 1044-1061.
- Liukkunen, Ulla. "The Role of Collective Bargaining in the Labour Law Regimes: A Global Approach". İçinde *General Reports of the XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law*, Ed. Katharina Boele-Woelki, Diego P. Fernández Arroyo ve Alexandre Senegacnik, 373-409. Switzerland: Springer, 2021.
- Löwisch, Manfred ve Volker Rieble. *Tarifvertragsgesetz*. München: Verlag Franz Vahlen, 2017.
- Mıstaçoğlu, Yasemin. *Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir Yargılaması*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Müller, Torsten. "Collective Bargaining Systems in Europe-Some Stylised Facts", *Europa Global Union*, 1-9 ://www.uni-europa.org/old-uploads/2021/04/CB-Systems-in-Europe-EN.pdf.
- OECD, *Negotiating Our Way Up: Collective Bargaining in a Changing World of Work* (Paris: OECD Publishing, 2019), 26-27, <https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2019/11/1fd2da34-en.pdf>.
- OECD, *OECD Employment Outlook 2018* (Paris: OECD Publishing, 2018), https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/empl_outlook-2018-en.pdf?expires=1730812275&id=id&accname=guest&checksum=FE201993801D55444CD314B2AC06DD2C.

- Özbek, Mustafa. “İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi”. *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4, Sayı No.35 (2012): 11-39.
- Özekes, Muhammet ve Evrim Erişir, “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 2, Sayı No.5 (2006): 1235-1275.
- Özkaraca, Ercüment. “Toplu İş İlişkileri”. İçinde *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014*, Ed. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 225-411. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016. (Değerlendirme)
- Özkaraca, Ercüment. “Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesi”. *Tekstil İşveren Dergisi-Hukuk*, Sayı No:144 (Ağustos 2022): 2-9. (Bağlı Yer)
- Öztürk, Berna. “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Grev (Toplu Eylem) Hakkının Değerlendirilmesi: Üç Farklı Yargıtay Kararı Işığında Toplu Eylem Hakkı”. *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4 (2016): 1793-1836.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023.
- Peksöz, Vildan. “Kanser İlaçlarının Karşılama Konulu İhtiyati Tedbirler (Uyuşmazlığın Esasını Çözer Nitelikte İhtiyati Tedbir Örneği)”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, Sayı No.72 (2023): 1759-1784.
- Reisoğlu, Seza. *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967.
- Savaş Kutsal, Fatma Burcu. “Toplu İş İlişkileri”. İçinde *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020*, Ed. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 405-511. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022.
- Sur, Melda. “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”. *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4, Sayı No.39 (2013): 317-356. (Uluslararası Normlar)
- Sur, Melda. *İş Hukuku Toplu İlişkiler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.
- Sümer, Haluk Hadi. “Toplu İş İlişkileri”. İçinde *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016*, Ed. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 585-721. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.
- Şahlanan, Fevzi. “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, 366-404. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014. (Değerlendirme)

- Şahlanan, Fevzi. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020. (Toplu İş Hukuku)
- Tanör, Bülent. *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*. İstanbul: May Yayınları, 1978.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku Cilt I*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024. (Cilt I)
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku Cilt II*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021. (Cilt II)
- Tapiola, Kari. *The Teeth of the ILO- The Impact of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*. Geneva: International Labour Organization, 2018, <https://www.ilo.org/publications/teeth-ilo-impact-1998-ilo-declaration-fundamentals-principles-and-rights>.
- Tuğ, Adnan. *Sendikalar Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1992.
- Tuncay, A. Can, Burcu Savaş Kutsal ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2023.
- Ulber, Daniel . “Neues zur Tariffähigkeit”. RdA 2011, Rn. 353-362.
- Waddington, Jeremy, Torsten Müller ve Kurt Vandaele. “Setting the Scene: Collective Bargaining Under Neoliberalism”. İçinde *Collective Bargaining In Europe: Towards and Endgame*, Ed. Torsten Müller, Kurt Vandaele ve Jeremy Waddington, 1-33. Brussels: ETUI, 2019.
- Yıldız, Gaye Burcu. “Yetki Tespitine İtiraz Davalarında Bekletici Mesele”. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Sayı No.1-1 (Ocak-Şubat 2016): 515-527.
- Yılmaz, Serdar. “Anayasa Mahkemesi'nin 'Pilot Karar' Usulünün Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu: 'Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün Hukuksal Niteliği ve Normatif Değeri Bağlamında Bir Analiz”. Ankara Barosu 13. Uluslararası Hukuk Kurultayı, 11-14 Ocak 2024 (2.Gün). Henüz yazılı metin yayımlanmadığından bildiriye ilişkin yayımlanan video kaydı için bkz. https://www.youtube.com/watch?v=WMo6Woah_7U&list=PL4jCA0s9Z5BCe4I4oD9VgedrK32Dxi6LV (05:51-34:00)
- Yuvalı, Ertuğrul ve Yusuf Güleşçi. “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından İşkolu Kavramı”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 10, Sayı No.38 (2013): 59-83.

-Yararlanılan Yargı Kararları

- AİHM, *Demir ve Baykara v. Türkiye*, Başvuru No:34503/97, 12.11.2008, <https://hudoc.echr.coe.int>.
- AİHM, *Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Sendikası ve Diğerleri v. Almanya*, Başvuru No. 815/18, 05.10.2022, <https://hudoc.echr.coe.int>.

AYM, 14.05.2015, E.2014/177, K.2015/49, RG, 11.06.2015, S.29383.

AYM, *Avukatlar Sendikası Başvurusu*, Başvuru No:2018/27450, 12.07.2023, RG, 17.05.2023, S.32193.

AYM, *Hamit Yakut Başvurusu*, Başvuru No: 2024/6548, 10.06.2021, RG, 03.08.2021, S.31557.

AYM, *Keser Altıntaş Başvurusu*, Başvuru No: 2023/18536, 25.07.2023, RG, 10.10.2023, S.32335.

AYM, *Nevriye Kuruç Başvurusu*, Başvuru No: 2021/58970, 05.07.2022, RG, 22.07.2022, S.31900.

AYM, *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolları Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu*, Başvuru No: 2020/34550, 15.02.2024, RG, 13.06.2024, S.32575.

AYM, *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası Başvurusu*, Başvuru No: 2016/13328, 19.11.2020, RG, 19.11.2020, S.31398.

AYM, *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası Başvurusu*, Başvuru No: 2016/135311, 15.12.2020.

AYM, *Y.T. Başvurusu*, Başvuru No: 2016/22418, 30.05.2019, RG, 09.07.2019, S.30826.

AYM, *Zekayi Sağra Başvurusu*, Başvuru No:2018/9222, 12.07.2023, RG, 02.11.2023, S.32357.

Ankara BAM 11. HD, 03.03.2020, E.2020/468, K.2020/375, www.lexpera.com.tr.

BAG, 05.10.2010, 1 ABR 88/09, NZA 2011, www. https://beck-online.beck.de.

BAG, 05.10.2010, 1 ABR 88/09, NZA 2011, 300, www.https://beck-online.beck.de.

BAG, 14.12.2010, 1 ABR 19/10, NZA 2011, www. https://beck-online.beck.de.

BAG, 22.06.2021, 1 ABR 28/20, NZA 2022, 577, www.https://beck-online.beck.de.

İstanbul BAM 14. HD, 19.09.2024, E.2024/1339,K.2024/1248, www.lexpera.com.tr.

LAG Hamburg, 21.03.20123 TaBV 7/11, BeckRS 2013, 72934, www. https://beck-online.beck.de.

Y3HD, 23.11.2021, E.2021/6159, K.2021/11839, www.lexpera.com.tr.

Y4HD, 27.11.2012, E.2011/12583, K.2012/18032, www.lexpera.com.tr.

Y9HD, 01.12.2015, E.2015/32899, K.2015/33997, Göктаş ve Yılmaz, 891, dn.955.

Y9HD, 29.05.2019, E.2019/4510, K.2019/12397, www.lexpera.com.tr.

- Y9HD, 10.06.2021, E.2021/5739, K.2021/10088, Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, 289- 290, dn.565.
- Y9HD, 14.01.2021, E.2020/8682, K.2021/907, www.lexpera.com.tr.
- Y9HD, 15.04.2021, E.2021/2462, K.2021/8167, Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Değerlendirme”, 436, dn.289.
- Y9HD, 21.10.2021, E.2021/10449, K.2021/14734, Göktaş ve Yılmaz, 902.
- Y9HD, 25.02.2021, E.2021/614, K.2021/4941, Alpagut ve Namlı, 82.
- Y9HD, 11.05.2022, E.2022/5259, K.2022/5837, www.lexpera.com.tr.
- Y9HD, 12.01.2022, E.2021/12369, K.2022/232, www.lexpera.com.tr.
- Y9HD, 18.05.2022, E.2022/5139, K.2022/6281, www.lexpera.com.tr.
- Y9HD, 22.12.2022, E.2022/16919, K.2022/17791, www.lexpera.com.tr.
- Y9HD, 27.01.2022, E.2021/11274, K.2022/1336, www.lexpera.com.tr.
- Y9HD, 05.06.2023, E.2023/9992, K.2023/8529, www.lexpera.com.tr.
- Y9HD, 18.05.2023, E.2023/9535, K.2023/7451, Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, 1007, dn.151.
- Y9HD, 18.09.2023, E.2023/14428, K.2023/12247, www.lexpera.com.tr.
- Y9HD, 21.09.2023, E.2023/14246, K.2023/12535, Göktaş ve Yılmaz, 899.
- Y9HD, 23.11.2023, E.2023/17357, K.2023/17840, Göktaş ve Yılmaz, 761-762.
- Y22HD, 22.05.2013, E.2013/7795, K.2013/11969, www.lexpera.com.tr.
- Y22HD, 26.06.2013, E.2013/16422, K.2013/15619, Göktaş ve Yılmaz, 907.
- Y22HD, 02.11.2015, E.2015/21519, K.2015/29700, www.lexpera.com.tr.
- Y22HD, 18.04.2016, E.2016/8542, K.2016/11125, www.lexpera.com.tr.
- Y22HD, 05.06.2017, E.2017/34731, K.2017/13394, Göktaş ve Yılmaz, 892-893.
- Y22HD, 06.02.2017, E.2017/1045, K.2017/1097, www.lexpera.com.tr.
- Y22HD, 08.03.2018, E.2018/1924, K.2018/6268, www.lexpera.com.tr.
- Y22HD, 15.02.2018, E.2017/43088, K.2018/3744, Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Değerlendirme”, 413, dn.228.

UYGULAMADAN ÖRNEKLERLE ESKİ VE YENİ VAKIFLARDA AMAÇ DEĞİŞİKLİĞİ

*Change of Purpose in Old and New Foundations Through Cases
from Turkish Practice*

Meryem SOLMAZ*

Öz

Vakıflarda amaç unsuru önem arz eder. Zira amaç, yerleşik Yargıtay uygulamasında da ifade edildiği üzere, vakfın tanımında yer alan ve vakfın faaliyet alanını ve sınırlarını belirleyen en temel unsurdur. Amaç unsurunun önemi, vakfın kurulmasından sonra amaçta yapılacak değişikliklerin de belirli ve sıkı bir prosedüre tabi olması sonucunu doğurmaktadır. Her ne kadar bu prensip hem eski hem yeni vakıflar için söz konusu olsa da mevzuatta öngörülen amaç değişikliği prosedürü iki vakıf türü için farklılık arz etmektedir. Yeni vakıflar açısından amaç değişikliği TMK md. 113 hükmüne uygun olarak gerçekleştirilebilirken eski vakıflar açısından Vakıflar Kanunu md. 14 uygulanır. Buna göre eski vakıflarda amaç değişikliği Vakıflar Meclisi kararı ile yapılırken yeni vakıflar açısından vakıf yönetiminin veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün tek başına amacı değiştirebilmesi mümkün değildir. Zira amaç değişikliğinin mahkemece tescili zorunludur. Şekli prosedürün yanı sıra vakıflarda amaç değişikliği için objektif ve subjektif kriterlerin sağlanması da aranmaktadır, aksi takdirde değişiklik talebi mahkemece reddedilmektedir. Bu çalışmada; amaç değişikliği için mevzuatta ve literatürde aranan şekle ve esasa ilişkin şartlar, Yargıtay'ın örnek kararları üzerinden incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vakıfta amaç, Eski vakıf, Yeni vakıf, Amaç değişikliği, Tescil talebi.

Makalenin Geliş Tarihi: 11.07.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 01.11.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, İbn Haldun Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: meryem.bilici@ihu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7546-7957.

Abstract

The purpose of foundation is the most fundamental element that determines the field of activity and the boundaries of the foundation, as stated in the established practice of the Court of Appeals. Importance of the purpose requires a certain and strict procedure for any changes to be made after the establishment of the foundation. Although this principle applies to both old and new foundations, the procedure for the change of purpose differs for each. Purpose of a new foundation can be changed in accordance with article 113 of the Turkish Civil Code while article 14 of the Code of Foundations applies for old foundations. It is not possible for the foundation management or the General Directorate of Foundations to change the purpose on its own, as the change of purpose must be registered by the court. However, Council of Foundations can change the purpose of old foundations. In addition to the formal procedures, objective and subjective criteria are also required for the change of purpose of foundations, otherwise the request for change of purpose is rejected by the court. This study analyses the formal and substantive requirements for the change of purpose through the decisions of the Court of Appeals.

Keywords: Purpose of foundation/trust, Old foundation, New foundation, Change of purpose, Registration request.

GİRİŞ

Mevzuatımızda vakıflar temel olarak eski vakıf - yeni vakıf şeklinde bir ayrımına tabi tutulmaktadır¹. Bu iki vakıf türü, uzun bir süre farklı kanunlarda düzenlenmiş ve muhtelif hükümlere tabi olmuştur. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nu² ile birlikte her iki vakıf türü aynı kanunda düzenlenmiş olmakla birlikte³, pek çok konuda farklı düzenlemelere tabi oldukları görülmektedir.

¹ Ayrımına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Adalet Yayınevi, 2023), 271; Ömer Aykul, *Yeni Vakıflar Hukuku* (İstanbul: Seçkin Yayınları, 2019), 33.

² RG, 27.02.2008, S. 26800.

³ Öznur Dağcı Çoşğun, "Evkaf-ı Hümayun Nezaretinden Vakıflar Genel Müdürlüğüne: Vakıflarda Denetim" (Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), 103.

Eski ve yeni vakıflar arasında çeşitli farklılıklar olmakla birlikte amaç unsurunun her iki vakıf türü açısından da büyük önem arz ettiği görülmektedir. Zira amaç, vakfın tanımında yer alan ve vakfın faaliyet alanını ve sınırlarını belirleyen en temel unsurdur. Yargıtay'ın⁴ yerleşik kararına göre vakıflar, kurucu metinleri olan vakfiye veya vakıf senetlerinde yer alan amaçlara göre yönetilmek zorundadır⁵. Bu durum, vakıftaki amaç unsurunun temel bir unsur olduğunu göstermektedir.

Vakıf senedinde veya vakfiyede belirlenen amacın bu denli önemli olmasına rağmen kimi durumlarda belirlenen amaç uygulanamaz olabilir veya zamanla uygulanamaz/ımkânsız hale gelebilir. Bu hususu göz önünde bulunduran Kanun Koyucu, TMK md. 112 ve 113'te vakfın amacına müdahale edilebilecek durumları düzenlemektedir. Anılan maddeler, vakıf kurulduktan sonra amacın değiştirilmesi hususuna ilişkindir. Şayet vakfın amacı daha kuruluş aşamasında kanuni şartları sağlamıyor ise, mahkeme tarafından vakfın tesciline karar verilmeden önce bu eksikliğin giderilmesi talep edilebilecektir⁶. Ancak çalışmamızda bu durum incelenmeyecek, özel olarak tescil edilen bir vakfın amacının sonradan değiştirilmesi konusu irdelenecek ve TMK md. 113/1'deki düzenleme esas alınacaktır.

⁴ Çalışmamızda muhtelif veri tabanları üzerinden ulaşılan yargı kararlarına atıf yapılmış olup söz konusu internet sitelerine ve veri tabanlarına erişim tarihi 12 Kasım 2024'dür.

⁵ Y. HGK, E. 2002/16-159, K. 2002/355, 08.05.2002, (www.lexpera.com.tr). Ayrıca bkz. İrem Karakoç, *Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 471. Vakıfların amaçları doğrultusunda faaliyet göstermeleri gerektiği, bununla birlikte vakfın kuruluşunda amaç belirlense de vakıf faaliyetlerinin bu amaç çerçevesinde vakıf yönetimi tarafından takdir edildiğine yönelik anglo sakson hukuk sistemi değerlendirmesi için bkz. Adam Parachin, "Regulating Charitable Activities through the Requirement for Charitable Purposes: Square Peg Meets Round Hole," içinde *Debates in Charity Law*, eds. John Picton ve Jennifer Sigafos (Birleşik Krallık: Hart Publishing, 2020), 131.

⁶ Hasan Özkan, *Türk Medeni Yasası ve Uygulaması* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017), 557. Nitekim TMK md. 107 hükmüne göre vakfın kuruluşu aşamasında tespit edilen noksanlıklar tescil öncesinde (kuruluş aşamasında) giderilir ve dolayısıyla bu aşamada yapılan değişiklikler TMK md. 112 ve 113'te düzenleme bulan senet değişikliğinden farklıdır. Bkz. Metin İkizler, "Vakıf Senedinde Değişikliğe Gidilmesi (TMK m. 107, 112 ve 113'ün Kapsamı ve Birbiriyle İlişkisi)," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 1-2 (2007): 202. Ayrıca bkz. Tufan Ögüz, *Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları* (İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007), 31-32.

Vakıflarda amaç değişikliği konusunu ele alırken eski vakıfları ve yeni vakıfları ayrı ayrı ele almak gerekir. Zira amaç değişikliği konusunda her iki vakıf türüne ilişkin kurallar farklılık arz etmektedir. Şöyle ki TMK md. 112 ve 113'te düzenleme bulan amaç değişikliği hükümleri, Medeni Kanuna göre kurulan yeni vakıflara ilişkindir⁷. Bununla birlikte yeni vakıf türleri de (çalışanlara yardım vakfı, aile vakfı gibi) belirli özel amaçlar çerçevesinde kurulan ve amaç değişikliği açısından özel nitelikleri göz önünde bulundurulması gereken vakıflardır. Ancak çalışmamızın kapsamını aşacak olması dolayısıyla TMK'da veya sair mevzuatta düzenleme bulan özel amaçlı vakıflardaki amaç değişikliği hususları detaylı ele alınmayacak, sadece bağlamın gerektirdiği durumlarda atıf yapmakla yetinilecektir.

Zikredilen hususlar çerçevesinde çalışmamızda vakıf senedindeki (vakfiye) amaç değişikliği ve irtibatlı konular, eski ve yeni vakıflarda uygulanan hükümlere göre mukayeseli şekilde ele alınacak, uygulamadan örnekler verilerek konunun daha iyi anlaşılması sağlanacaktır.

I. VAKIFTA AMAÇ UNSURU

A. Genel Olarak

Amaç, “*vakıf mallarının uğruna harcanacağı gaye*” olarak tanımlanmaktadır⁸. Aslında tüzel kişiliğin her türünde amaç unsuru olsa da vakıftaki amaç ile malvarlığı arasındaki “özgülüme” ilişkisi/bağı, vakıftaki amaç unsurunu merkezi bir konuma getirmektedir⁹. Bu yönüyle amaç, vakıf

⁷ Murat Sarıkaya, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S. 2 (2021): 603.

⁸ Ferhat Erçin, “Vakıf Hukukunda Vakfedenin Amacının Önemi,” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 25, S. 1-2 (2005): 180. Ayrıca bkz. Öğüz, *Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, 32; Murat Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000), 78.

⁹ Dağcı Çoşğun, “Evkaf,” 21. İsviçre hukukundaki benzer değerlendirme için bkz. Dominique Jacob, *Schutz der Stiftung: Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006), 49.

açısından esaslı bir unsurdur¹⁰. Bu durum Kanun metninden¹¹ anlaşılacağı gibi Yargıtay kararlarında da vurgulanmaktadır¹².

Vakıf kuran tarafından belirlenen amaç, vakfa ilişkin tüm faaliyetlerde esas alınır. Bu sebeple vakıfta amacın, sadece kuruluş aşamasında değil, tüm aşamalarda belirleyici ve temel unsur olduğunu söylemek mümkündür¹³. Vakfın yönetimi, malvarlığının harcanması hatta vakfın sona ermesi durumları dahi vakıf kuran tarafından belirlenen amaç veya amaçlar göz önünde bulundurularak değerlendirilir¹⁴. Bir diğer ifadeyle vakıf kuranın iradesi vakfın idaresi ve malvarlığı yönetimi gibi tüm alanlarda etkili ve önemlidir¹⁵. Bu sebeple daha ilk aşamada vakfın amacının doğru ve mevzuata uygun bir şekilde belirlenmesi gerekir.

Vakıf kurma özgürlüğü, belirlenen sınırlar çerçevesinde anayasal güvence altındadır. Bu özgürlük, vakfedene vakıf amacını belirleme özgürlüğünü de sağlar¹⁶. Bu bağlamda Kanun'da yazılı yasak amaçlar dışında

¹⁰ Meryem Solmaz Bilici, *Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Mazbut Vakıflar (Örnek Mazbut Vakıf İncelemeli)* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 9; Pakize Ezgi Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması ve Değiştirilmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022), 71; Safa Koçoğlu, *Türk Medeni Kanuna Göre Vakıfların Kuruluşu, İşleyişi ve Sona Ermesi* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022), 6.

¹¹ Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler* (İstanbul: 1982), 361. Nitekim TMK'nın 101/1. maddesi şu şekildedir: "Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır." Vakıfların mal topluluğu statüsü dolayısıyla kişi toplulukları olan derneklerden farklı olmasına rağmen mevcut sistemimizde vakıfların dernekleşme eğilimi problemine ilişkin olarak bkz. Ali Akyıldız, "Vakfın Kuruluşunda Amaç ve Malvarlığı Denetimi ile Vakıflarda Dernekleşme Eğilimi Problemi," *Vakıflar Dergisi*, S. 26 (1997): 421.

¹² Y. 6. HD, E. 1974/3559, K. 1974/3753, 16.09.1974, (www.legalbank.com.tr).

¹³ Hamdi Çilingir, "Hanefi Vakıf Hukukunda Gaye Unsuru" (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), 5; Erçin, "Vakfedenin Amacının Önemi," 182; Akyıldız, "Vakfın Kuruluşunda Amaç," 412.

¹⁴ Vakıf amacının vakfın tüm aşamalarını kapsamaması hususu Yargıtay'ın bir kararında; "gaye ise, vakfın gelecek bütün zamanlara şamil olmak üzere düşünülen hukuki faaliyetini gösterir" şeklinde ifade edilmiştir: Yargıtay 6. HD, E. 3559, K. 3753, 16.09.1974, (www.legalbank.com.tr).

¹⁵ Serhat Yener, *Eski-Yeni Vakıflar Kanununa Göre Mazbut Vakıf Taşınmazların Gayrimenkul Hukuku Meseleleri* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2015), 65; Erçin, "Vakfedenin Amacının Önemi," 186.

¹⁶ Akyıldız, "Vakfın Kuruluşunda Amaç," 411; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 64; Erçin, "Vakfedenin Amacının Önemi," 180; Jale Akipek, Turgut

vakfeden, vakıf amacını veya amaçlarını belirlemede serbesttir¹⁷. Çoğunlukla eğitim, sağlık, hayvanların korunması gibi kamu yararı ağır basan amaçlar belirlense de bu zorunlu değildir. Bir diğer ifadeyle vakfın amacı kamu yararını gözetmek zorunda değildir¹⁸. Fakat her halükârda vakfın amacı ticari olamaz¹⁹. Bununla birlikte vakfın, vakıf senedinde bu yönde bir düzenleme olmasa dahi, kendi amacını gerçekleştirmek için ticari işletme işletebilmesi mümkündür²⁰. Bir diğer ifadeyle vakıf “ticari bir amaç” ile kurulmasa da vakıf senedinde belirlenen amacı gerçekleştirebilmek için gelir elde etmek amacıyla ticari işletme kurabilir ve işletebilir²¹.

Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022), 673.

- ¹⁷ Ahmet İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf (Tesis)* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1968), 18; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 387; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 250; Karakoç, *Vakıf Müessesesi*, 470; Dominique Jacob ve Goran Studen, “Foundation Law in Switzerland: Overview and Current Developments in Civil and Tax Law,” içinde *Developments in Foundation Law in Europe*, ed. Chiara Prele (Springer, 2014), 288; Goran Studen, “Rights and Duties: The Founder’s Position under Swiss Foundation Law,” *Trusts and Trustees* 20, S. 6 (Temmuz 2014): 626.
- ¹⁸ Nazif Öztürk, “Yeni Vakıfların Amaç Kavramları Üzerine Bazı Düşünceler,” *Vakıflar Dergisi*, S. 25 (1995): 293; İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 19; Fatma Şeyda Polat, “Türk Medeni Kanununa Göre Kurulan Yeni Vakıfların Kuruluşu ve İşleyişi” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015), 42; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 389. Osmanlı hukukundaki aksi uygulama için bkz. Ahmet Akgündüz, *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2013), 238.
- ¹⁹ Ögüz, *Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, 37. Vakfın ticari amaç taşıyamayacağına ilişkin detaylı ve mukayeseli tartışma için bkz. Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 84-92. Akbulut’a göre de doğrudan veya dolaylı olarak ticari kazanç elde etme ve paylaşmaya yönelik vakıf faaliyetleri, tarihi ve kültürel olarak vakfa atfedilen anlam ile bağdaşmaz. Bkz. s. 92. Aksi görüş için bkz. Süleyman Yılmaz ve Abdülkerim Yıldırım, *Temel Hukuk Dizisi Medeni Hukuk – I* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 165; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 673.
- ²⁰ Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku - Cilt II: Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 367; Kemal Çevik, “Mazbut Vakıfların Tüzel Kişiliği ve Vakıf Üniversitelerine Kurucu Üye Olma Ehliyetleri,” *Vakıf Haftası Dergisi*, S. 7 (1990): 111; Başak Baysal ve Sadife Karataş Kural, *Yeni Vakıflar İçin Yasal Mevzuat Rehberi* (İstanbul: Tüsev Yayınları, 2020), 67.
- ²¹ Rona Serozan, Baki İlkey Engin ve Yeşim Atamer, *Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 521; Hüseyin Hatemi, “Önceki Hukukumuzda ve Türk Medeni Hukukunda Vakıf Kurumuna İlişkin

Vakıf senedinde birden fazla amacın öngörülebilmesi mümkündür²². Şayet vakıf senedinde öngörülen amaçlar terditli ise; bir diğer ifadeyle birbirlerinin yerine geçecek (örneğin biri imkânsızlaşırsa veya amaç gerçekleşirse diğer amaca yönelme) şekilde ise “art arda amaçlı vakıf” söz konusu olur²³. Söz gelimi bir hastalığın tedavisinin bulunması ve tedavi bulunduktan sonra bu hastalığa yakalanan muhtaç kimselere yardım edilmesi şeklindeki bir amaç, art arda amaçlı vakfa vücut verir²⁴. Bu durumda ilk amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsızlaşması, ardından gelen amaç çerçevesinde faaliyet yapılmasına olanak sağlar ve bu halde vakıf senedinde amaç değişikliği yapılması gerekmez²⁵.

Vakıftaki amaç unsurunun önemi, özellikle vakfedilen malvarlığının amacı gerçekleştirmeye yetip yetmeyeceği açısından değerlendirme yapmayı zorunlu kılmakta²⁶, amacı gerçekleştirmeyi mümkün kılmayacak derecede yetersiz malvarlığı halinde vakfın kurulması mümkün olmamaktadır. Bu çerçevede, vakfa daha sonradan yapılacak bağışlar, vakıf kurmaya yetecek malvarlığı hesaplamasında dikkate alınmaz²⁷. Özellikle birden fazla amacı olan vakıflarda, vakfa özgülenen malvarlığının vakıf senedinde gösterilen bütün amaçları karşılayabilecek yeterlikte olması aranır²⁸.

Bazı Sorunlar ve Düşünceler,” *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 11, S. 14 (Kasım 2011): 85; Erçin, “Vakfedenin Amacının Önemi,” 182; Ömer Ergün, “Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu” (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009), 97; Ögüz, *Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, 37; Hüseyin Hatemi, *Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1969), 299.

²² İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 37; Suat Ballar, *Yeni Vakıf Hukuku I* (İstanbul: Der Yayınları, 2020), 550; Ögüz, *Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, 34; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 678; Yılmaz ve Yıldırım, *Medeni Hukuk*, 166; Akyıldız, “Vakfın Kuruluşunda Amaç,” 415; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 388. Birden fazla amacı olan vakıflar “karma vakıf” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Erçin, “Vakfedenin Amacının Önemi,” 181.

²³ Erçin, “Vakfedenin Amacının Önemi,” 181.

²⁴ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 77.

²⁵ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 192.

²⁶ Koçoğlu, *Türk Medeni Kanuna Göre Vakıfların Kuruluşu, İşleyişi ve Sona Ermesi*, 25; Erçin, “Vakfedenin Amacının Önemi,” 172.

²⁷ Erçin, “Vakfedenin Amacının Önemi,” 174.

²⁸ Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 364; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 395; Özkan, *Türk Medeni Yasası*, 515-16; Aykul, *Yeni Vakıflar*, 31; Baysal ve Karataş Kural, *Yeni Vakıflar*, 16; Jacob ve Studen, “Foundation Law,” 288; Ballar, *Yeni Vakıf*

Amacın hem eski hem yeni vakıflar açısından arz ettiği önem, vakfın amacını doğru şekilde tespit etmeyi zorunlu kılmaktadır. Bir diğer ifadeyle hem yeni vakıflarda hem eski vakıflarda amacın tespiti ve vakfedenin gerçek iradesinin ortaya çıkarılması önem arz eder. Vakfın amacı; vakıf senedinde veya vakfiyede yer alan ibarelerin bütüncül bir şekilde değerlendirilmesi ile elde edilir. *Özyakışır*'ın da ifade ettiği üzere; “amaç, vâkıfın gerçek iradesine ulaşmaktır. Bunun için, vakfiyenin bütüncül yorumu şarttır. Ayrıca teamül de göz önünde bulundurulur”²⁹. Bu çerçevede vakıf senedinde veya vakfiyede belirlenen amaçların, vakıf kurulurken vakfedenin sahip olduğu gerçek iradeye paralel anlaşılması, yorumlanması ve uygulanması gereklidir.

B. Geçerli Amaç İçin Aranılan Kriterler

Her ne kadar vakfedenin vakıf kurarken amaç belirleme özgürlüğü olduğu ifade edilmişse de amaç belirlenirken bazı hususlara dikkat edilmesi gerekir. Bunlar; vakfın amacının belirli ve sürekli olması, imkânsız ve hukuka/ahlaka aykırı olmamasıdır³⁰. Vakfeden, vakıf için amaç belirlerken bu kriterlere uygun bir amaç gözetmek zorundadır. Vakfın amacında aranan ve aşağıda kısaca izah edilen bu temel özelliklerin sağlanmaması halinde mahkeme tarafından vakfın tescili talebi reddedilir. Ancak bir şekilde vakfın tesciline karar verilmiş olması ihtimalinde dahi vakıf tüzel kişilik kazanamayacaktır, meğerki vakıf senedinin yorumu yoluyla amaç, sayılan kriterlere uygun hale getirilebilir olsun.

1. Amacın Belirli Olması

Öncelikle Kanun'da ifade edildiği üzere vakfın amacı belirli olmalı, anlamsız ve mantıksız olmamalıdır³¹. Amaçta belirlilik ise, vakfa özgülenen malvarlığının kullanılacağı amaç veya amaçların açık, anlaşılabilir ve belirgin

Hukuku, 550; Hatemi, *Vakıf Kurma Muamelesi*, 323; Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı*, 74-75.

²⁹ Özkan Özyakışır, “Galleye Müstehiklik (Hak Kazanma),” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, S. 2 (2019): 393.

³⁰ Şaban Kayıhan, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 141; Polat, *Vakıfların Kuruluşu*, 35-41; Baysal ve Karataş Kural, *Yeni Vakıflar*, 16; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 672.

³¹ Ögüz, *Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, 33. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024), 439; Serozan, Engin ve Atamer, *Kişiler Hukuku*, 520.

olmasını gerektirir³². Örneğin vakıf senedinde oldukça genel nitelikli amaçlara yer verilmişse, söz gelimi “hayır işlerinde kullanılsın”, “kamu yararına işler yapılsın” gibi amaçlar düzenlenmişse, amaç belirli olmadığı için vakfın kurulabilmesi mümkün değildir³³. Dolayısıyla vakıf senedinde vakfedenin amacını ortaya koyan temel kıstaslara yer verilmesi ve vakfın amacının vakıf senedinden ve yorumundan anlaşılabilir olması gerekir³⁴. Bu bağlamda vakfın amacının belirli olup olmadığı her somut olayda ayrı değerlendirilir³⁵. Öte yandan vakfın amacının belirliliğini sağlamak üzere vakıf amaçlarının çok detaylı bir şekilde senette yazılması, vakfın kuruluşundan sonra vakfa yeterli hareket alanı bırakmama riskini taşımaktadır³⁶.

2. Amacın Sürekli Olması

İkinci olarak vakfın amacının sürekli olması gerekir³⁷. Ancak Osmanlı vakıf hukukundan³⁸ farklı olarak Medeni Kanun’a ve Yargı kararlarına göre süreklilik, “ebedilik” olarak kabul edilmemelidir³⁹. Ancak tamamen geçici

³² Hatemi, *Vakıf Kurma Muamelesi*, 296; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 678; Erçin, “Vakfedenin Amacının Önemi,” 183; Ögüz, *Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, 4; Ballar, *Yeni Vakıf Hukuku*, 549; Sena Başpınar, *Mülhak Vakıflar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 58; Teoman Akünel, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988), 161; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 387; Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 366.

³³ İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 35; Akyıldız, “Vakfın Kuruluşunda Amaç,” 413; Hatemi, *Vakıf Kurma Muamelesi*, 296; Erçin, “Vakfedenin Amacının Önemi,” 183.

³⁴ Yılmaz ve Yıldırım, *Medeni Hukuk*, 165-66; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 74.

³⁵ Akyıldız, “Vakfın Kuruluşunda Amaç,” 414.

³⁶ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 76.

³⁷ Karlheinz Muscheler, *Stiftungsrecht* (Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019), 19; Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 367; Ali Himmet Berki, *Vakıflar – İkinci Kitap (Medeni Kanunda “Te’sis” ve Vakıflar Kanunu Hükümleri)* (Ankara: Nur Matbaası, 1950), 12; Hatemi, *Vakıf Kurma Muamelesi*, 301; Ballar, *Yeni Vakıf Hukuku*, 550; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler*, 441. “Sürekliliği bulunmayan ve bunu sağlayacak herhangi bir hukukî alt yapıya sahip olmayan yardım veya hayır kuruluşunu vakıf saymak imkânsızdır...”: Y. 18. HD, E. 2009/5562, K. 2009/6100, 8.6.2009, (www.lexpera.com.tr).

³⁸ Akgündüz, *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, 144; Hatemi, *Vakıf Kurma Muamelesi*, 53. İslam hukuku çerçevesinde gelişen Osmanlı hukukuna göre vakıf ebedi olduğu için amacının gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi dahi vakfi sona erdirmez, bu durumda vakıf ihtiyaç sahiplerinin yararlandığı bir hayri vakfa dönüşür. Bkz. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 254.

³⁹ Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 389.

amaçlar için de vakıf kurulabilmesi mümkün değildir⁴⁰. Amacın sürekli olması, vakfin amacına ulaşılması için gerçekleştirilecek faaliyetlerin süreklilik arz etmesidir⁴¹. Doğal olarak belirli bir süre içinde süreklilik arz eden bir amaç için vakıf kurulabilmesi mümkündür.

3. Amacın İmkânsız Olmaması

Vakfin amacı imkânsız olmamalıdır. Bir diğer ifadeyle mevcut hukuk sistemimizde gerçekleştirilmesi mümkün bir amacın belirlenmesi zorunludur⁴². Eğer amaç, vakfin kuruluşunda imkânsız ise bu imkânsızlık vakfin kurulmasını engeller⁴³. Bu kapsamda vakfa özgülünen malvarlığının amacı gerçekleştirmeye yetmeyecek olması halinde başlangıçta imkânsızlık olduğu savunulmaktadır⁴⁴. Özgülünen malvarlığının yeterli olup olmadığı değerlendirmesi tescil aşamasında mahkeme tarafından yapılacak ve yetersiz bulunursa eksikliklerin giderilmesi talebiyle vakfin tescilinden kaçınılacaktır⁴⁵. Ancak bu aşamada fark edilemeyen ve dolayısıyla tescil edilen vakfin malvarlığının sonradan yetersiz olduğu tespit edilirse, vakfin amacının sonradan imkânsızlaştığı kabulüyle değerlendirme yapmak gerekir⁴⁶.

Vakfin amacı sonradan imkânsızlaşırsa bu durum amacın değiştirilmesi yoluyla da giderilemiyorsa vakıf sona erer⁴⁷. Bir diğer ifadeyle amaç

⁴⁰ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 678; Akyıldız, “Vakfin Kuruluşunda Amaç,” 415; Erçin, “Vakfedenin Amacının Önemi,” 183.

⁴¹ Hasan Güneri, *Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1976), 42; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 78; Ögüz, *Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, 3; Berki, *Vakıflar*, 22; Akünal, *Tüzel Kişiler*, 162.

⁴² Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler*, 436; Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 367; İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 48; Erçin, “Vakfedenin Amacının Önemi,” 184; Akyıldız, “Vakfin Kuruluşunda Amaç,” 415.

⁴³ Akünal, *Tüzel Kişiler*, 161; Hatemi, “Vakıf Kurumu,” 82; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 29.

⁴⁴ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 81; Hatemi, *Vakıf Kurma Muamelesi*, 311.

⁴⁵ Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı*, 74-75; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 395; Akyıldız, “Vakfin Kuruluşunda Amaç,” 418. Yargıtay da yeterli malvarlığı özgülünen vakıf tescili talebinin reddi gerektiğine hükmetmektedir. Bkz. Y. 6. HD, E. 2609, K. 3018, 18.07.1978, (Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı*, 75).

⁴⁶ Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı*, 84.

⁴⁷ Erçin, “Vakfedenin Amacının Önemi,” 193; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 83. Hatemi, vakfin amacında düzeltme imkânı araştırılmadan amaçta gerçekleşen

değişikliği ile giderilebilecek bir imkânsızlık varken vakfın sona erdiğini kabul etmek doğru değildir. Vakfın sona ermesinden önce amaç değişikliğinin mümkün olup olmadığının değerlendirmesi şarttır⁴⁸. Örneğin vakfın malvarlığının zamanla amacı gerçekleştiremeyecek duruma gelmesi halinde; amaç değişikliğine gidilerek kapsamın daraltılması veya birden fazla amaç varsa bunlardan sadece birinin veya birkaçının korunması yoluyla vakfın faaliyetlerine devam etmesi sağlanabilir. Yargıtay'ın bazı kararlarında da önce amaç değiştirme imkânının sorgulanması gerektiği, bu mümkün değilse vakfın sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁹.

Şayet vakfın amacının bir kısmı imkânsız ise TBK md. 27/2 kapsamında ilgili kısmın geçersizliği kalan kısmın bir vakıf olarak teşekkülüne engel olmuyorsa, vakfedenin vakıf kurma iradesine öncelik tanımak gerekir⁵⁰.

4. Amacın Kanuna, Ahlaka ve Ulusal Menfaatlere Aykırı Olmaması

TMK md. 101/4'e göre vakfın amacı; Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını destekleme amacını güdemez. Vakıflara ilişkin bu düzenlemenin yanı sıra aslında TMK md. 47 kapsamında amacı ahlaka ve hukuka aykırı kişi ve mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağı düzenlenmektedir. Yine TBK md. 27'de hukuka ve ahlaka aykırı işlemlerin kesin hükümsüz olduğu düzenlenmektedir. Genel düzenlemelere rağmen vakıfların amaçlarına ilişkin özel olarak bu şartın belirtilmesi, tarihsel arka planının yanı sıra vakıfların sahip olduğu ekonomik kapasitenin hukuka ve ahlaka aykırı şekilde kullanımının önüne geçme amacı taşımaktadır. Bu şarta göre özel veya kamu hukuku fark etmeksizin mevcut emredici düzenlemelere aykırı bir amaçla vakıf kurulamaz ve şayet bir şekilde kurulmuşsa tüzel kişilik kazanamaz⁵¹.

imkânsızlık veya sonradan kanuna aykırı olma hallerinin vakfın sona erme gerekçesi olarak görülmesini eleştirmektedir: Hatemi, "Vakıf Kurumu," 91.

⁴⁸ Oğuz Sadık Aydos, "Vakfın Sona Ermesi," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, S. 1 (2016): 134.

⁴⁹ Y. 18. HD, E. 551, K. 2003/1315, 25.02.2003 (www.legalbank.com.tr).

⁵⁰ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 82.

⁵¹ Jacob ve Studen, "Foundation Law," 288; Rona Serozan, *Tüzel Kişiler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994), 99; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 79; Muscheler, *Stiftungsrecht*, 22; Akyıldız, "Vakfın Kuruluşunda Amaç," 416; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 678-679; Öğüz, *Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, 35; İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 37; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel*

Aynı durum ortalama toplum ahlakına aykırı amaçlar durumunda da söz konusu olur⁵².

Bu düzenleme kapsamında vurgulanan en temel kural, eski 743 sayılı Medeni Kanunu'nun 74/II düzenlemesi gereğince belli bir ırk ve cemaat mensupları yararına olacak şekilde vakıf kurulamamasıdır. Bu şekilde belirli bir ırk veya cemaate hizmet etmek amacını taşıyan vakıfların tescil talebi reddedilir. Nitekim Yargıtay, "Bahai Vakfı"nın tescil talebini bu gerekçeyle reddetmiştir⁵³.

II. VAKFIN AMACININ DEĞİŞTİRİLMESİ

İzah edildiği üzere amaç, vakıflar açısından esaslı bir unsur olup yukarıda zikredilen şartları sağlaması kaydıyla vakfeden dilediği şekilde vakfın amacını belirleyebilir. Ancak zamanın geçmesi, toplumsal yapı, kanun ve kuralların değişmesi gibi çeşitli sebeplerle vakfın kurulduğu dönemde tespit edilen amaçların işlevini yitirebilmesi söz konusu olabilir. Zira toplumsal ihtiyaçlar değiştikçe, buna göre belirlenen vakıf amaçları da değişebilir⁵⁴.

Medeni hukuk sistemimizde kural olarak vakıf amacının değiştirilemezliği esas alınmış ise de⁵⁵, belirli sıkı şartların sağlandığı durumlarda amaç değişikliğine izin verilmektedir. Belirtmek gerekir ki vakıf senedindeki amaca sıkı bir şekilde bağlı kalınmakla birlikte kimi durumlarda

Kişiler, 392; Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1979), 656.

⁵² Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı*, 104; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 80; Hatemi, *Vakıf Kurma Muamelesi*, 296.

⁵³ Hatemi, "Vakıf Kurumu," 88.

⁵⁴ Öztürk, "Yeni Vakıflar," 291; Jacob ve Studen, "Foundation Law," 292; Ballar, *Yeni Vakıf Hukuku*, 912; Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 375.

⁵⁵ Ballar, *Yeni Vakıf Hukuku*, 913; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 697; Sarıkaya, "Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi," 605; Erçin, "Vakfedenin Amacının Önemi," 191. Nitekim konuya ilişkin bir kararında Yargıtay; "4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 101. Maddesi hükmüne göre vakıf, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluğudur. Kurulmuş olan bir vakfın özgülendiği amaç doğrultusunda varlığını sürdürmesi ve yönetim organlarınca da bu amacın gerçekleştirilmesi esastır. Vakfeden tarafından kuruluş senedinde belirlenen vakfın amaç ve örgütlenme biçimi, zorunluluk doğmadıkça kural olarak vakıf organlarınca değiştirilip genişletilemez" şeklinde içtihat etmiştir. Bkz. Y. 18. HD, E. 2004/7793, K. 2005/409, 07.02.2005, (www.lexpera.com.tr).

amaç değişikliğine müsaade edilmesi, aslında gelişen teknoloji ve değişen toplum yapısı gibi durumlarda vakfın tamamen âtil ve işlevsiz kalmasını engelleme amacını taşımaktadır. Bu durum, TMK md. 113'teki “*durum ve koşullardaki değişmeler*” ibaresinden kolaylıkla anlaşılabilir⁵⁶. Gerçekten de hem eski hukukumuzda hem de yeni hukukumuzda, vakfın korunması ve sürekliliğinin sağlanması için vakıf şartlarında değişikliklerin yapılabilmesine imkân verilmiştir⁵⁷.

Vakıflarda amaç değişikliği TMK md. 113/1'de düzenleme bulmaktadır. Anılan düzenlemeye göre; “*Durum ve koşullardaki değişmeler yüzünden vakıf senedinde yazılı amaca bağlı kalınması vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak hâle gelmiş ise mahkeme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının başvurusu üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın amacını değiştirebilir.*” Bu düzenleme çerçevesinde vakıfta amaç değişikliği hem maddi hem usuli bazı şartların sağlanmasını gerektirmektedir. TMK md. 113/1'de aranan şartların sağlanmaması halinde ise değişiklik tescili talebi mahkemece reddedilir⁵⁸.

Amaç değişikliğine gidilebilmesi için hem maddi hem usuli şartların sağlanması zaruridir. Buna paralel olarak vakfın faaliyet alanının genişletilmesi gibi bir gayeyle amaç değişikliği yoluna gidilemez⁵⁹. Nitekim hukukumuzda, vakıflarda amaç değişikliği yapılmasına oldukça ihtiyatlı yaklaşıldığı gözlemlenmektedir⁶⁰. Yüksek Mahkeme kararları da bu yöndedir⁶¹. Bununla birlikte maddi şartlar sağlandıktan sonra salt amaç değişikliği sonucu vakfın faaliyet alanının genişleyecek olması gerekçesiyle değişiklik talebinin reddi doğrudur⁶².

A. Amaç Değişikliğinde Usulî Şartlar

Vakıflarda amaç değişikliğinin usulüne ilişkin sıkı şartlar bulunmakta olup bu şartlar sağlanmadan amaç değişikliği yapılabilmesi mümkün değildir. Öncelikle yeni vakıflarda amaç değişimi, vakfın yönetim organı veya denetim

⁵⁶ Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 605.

⁵⁷ Ahmet Akman, “Ali Haydar Efendi’de Vâkıfın Şartları (Şart-ı Vâkıf),” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, S. 3 (2018): 79.

⁵⁸ Y. 18. HD, E. 2010/1823, K. 2010/8938, 14.6.2010, (www.kazanci.com.tr).

⁵⁹ Ballar, *Yeni Vakıf Hukuku*, 914; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 209.

⁶⁰ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 76.

⁶¹ Y. 18. HD, E. 2009/4979, K. 2009/5700, 01.06.2009; Y. 18. HD, E. 2010/2605, K. 2010/4770, 29.03.2010, (www.lexpera.com.tr).

⁶² Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 210.

makamının talebi üzerine ve bir diğerinin görüşü alınmak şartıyla ancak mahkeme kararıyla yapılabilmektedir⁶³. Kanun gereği aranan bu şart dolayısıyla; vakıf senedindeki değişiklik yapma yetkisi vakfın yönetim veya başka bir organına yahut vakfedene verilmemiş, senet değişikliğinin ancak mahkeme kararı ile yapılabilmesi öngörülmüştür⁶⁴. Görevli ve yetkili mahkeme ise, vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesidir.

Her ne kadar amaç değişikliği vakfın yönetim organı tarafından talep edilebilecekse de vakıf senedinde amaç değişikliği için vakfın yönetim organı dışında bir organ belirlenmişse, amaç değişikliği ilgili organ tarafından belirlendikten sonra yine yönetim organı tarafından davanın açılması gerekmektedir⁶⁵. Özellikle vakıf bünyesinde vakıf yönetim kurulu ve mütevellî heyeti gibi farklı organlar oluşturulmuş ve vakfın amacını değiştirme yetkisi bu organlardan birine verilmiş ise değişiklik kararının ilgili organ tarafından alınması gereklidir⁶⁶. Yine vakıf senedinde amaç değişikliği için belirli bir yeter sayı / çoğunluk aranıyor ise, vakıf senedi değişikliğine yönelik kararı verenlerin bu çoğunluğu sağlaması gerekir⁶⁷.

Vakfın amaç değişikliğine ilişkin doğrudan vakıf yönetim kurulu kararına dayalı olarak mahkemeye başvurmak mümkün değildir. Vakıf senedinin tescili gibi vakıf senedinde yapılması istenilen değişikliklerin noterde re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerekir⁶⁸. Söz gelimi mütevellî heyeti toplantısında vakıf senedi değişikliğine dair olarak alınan kararın noterde onaylanması resmi düzenleme sayılamaz⁶⁹. Bir diğer ifadeyle amaç

⁶³ İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 207; Ögüz, *Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, 105; Ballar, *Yeni Vakıf Hukuku*, 913. Vakıf yönetimi tarafından açılan vakıf senedindeki amacın değişikliğine ilişkin davada Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün görüşünün alınmaması kararın bozulmasına gerekçe olarak gösterilmiştir. Y. 8. HD, E. 2019/94, K. 2019/2125, 28.2.2019, (www.kazanci.com.tr).

⁶⁴ Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 375; Metin İkizler ve Yasin Kurban, *Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 223.

⁶⁵ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 198.

⁶⁶ Y. 8. HD, E. 2017/198, K. 2017/497, 19.1.2017; Y. 18. HD, E. 2011/7361, K. 2011/9427, 29.9.2011; Y. 18. HD, E. 2005/5368, K. 2005/6471, 20.6.2005, (www.kazanci.com.tr). Ancak bu durumda dahi tescil talebiyle mahkeme nezdinde vakfı temsile yetkili olan organ başvurur.

⁶⁷ Y. 18. HD, E. 2007/2719, K. 2007/3180, 09.04.2007, (www.lexpera.com.tr).

⁶⁸ Baysal ve Karataş Kural, *Yeni Vakıflar*, 16.

⁶⁹ Y. 8. HD, E. 2017/8958, K. 2017/4764, 30.3.2017, (www.kazanci.com.tr). Yargıtay'ın bir başka kararında ise şu şekilde içtihat edilmiştir; “*Vakıf senedinde değişiklik yapılabilmesi için öncelikle senedine göre vakfın yetkili organında karar alınması*

değişikliği için öncelikle noterde düzenleme şeklinde değişiklik senedi düzenlenmesi ve daha sonra bu senedin tescili için dava açılması gerekir. Senette yapılan değişiklik, mahkeme tarafından tescil kararı verilmesiyle hüküm ve sonuç doğurduğundan değişiklik düzenlemesi yapılırken kural olarak noterin kanunilik denetimi yapma veya isteği geri çevirme imkânı yoktur.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise; vakıf amaç değişikliği yapılırken sadece değişiklik senedinin düzenlenmesinin yeterliliğidir. Bir diğer ifadeyle amaç değişikliği kapsamında tüm vakıf senedinin tekrar düzenlenmesi mümkün değildir⁷⁰. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında, “*vakfın yetkili kurulunda, senet değişikliğinin hangi maddeleri kapsadığı ve ne gibi değişiklikleri içerdiği yolunda açıkça bir karar alınmadan uygulamada duraksama ve karışıklığa sebep olacak biçimde -ihtiyaç duyulan değişiklikler için genel kurula bilgi verilerek değişikliklerin yapılması- şeklinde alınan karar doğrultusunda bu hususta yetki verilen kişinin noterde düzenlediği değişiklik senedinin tesciline karar verilmesi doğru görülmemiştir*”⁷¹.

Son olarak TMK md. 113/1'de herhangi bir süre veya sayı sınırı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir kere amaç değişikliği yapıldıktan sonra tekrar amaç değişikliği yapılmak istenirse, Kanun maddesinde belirtilen maddi şartların sağlanmasıyla ikinci veya üçüncü kez amaç değişikliği yapılmasına bir engel yoktur⁷².

B. Amaç Değişikliğinin Maddi Şartları

TMK md. 113/1 düzenlemesinde yer alan maddi şartlar, biri objektif diğeri sübjektif olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Vakfın kurulduğu başlangıçtaki amaçtan esaslı şekilde farklı bir anlam veya sonuç taşınması şeklindeki ilk şart objektif şartı oluşturmaktadır⁷³. Sübjektif şart ise;

sonra da noterde resmi düzenleme yapılması gerekirken, bu hususa uyulmadan hazırlanan değişiklik senetlerinin tesciline karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Bkz. Y. 18. HD, E. 2007/574, K. 2007/945, 12.2.2007, (www.kazanci.com.tr).

⁷⁰ Y. 18. HD, E. 2015/5977, K. 2016/471, 14.1.2016, (www.kazanci.com.tr). Nitekim Yargıtay benzer bir başka kararında “*vakfın sadece değiştirilmesi istenilen maddeler dışında gerekli olmadığı halde vakıf senedinin tamamının yeniden düzenleme şeklinde noterden düzenlenmiş olmasını*” doğru bulmamıştır. Bkz. Y. 18. HD, E. 2014/4325, K. 2014/14005, 13.10.2014, (www.lexpera.com.tr).

⁷¹ Y. 18. HD, E. 2006/10594, K. 2007/9, 22.01.2007, (www.lexpera.com.tr).

⁷² Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 210.

⁷³ Ballar, *Yeni Vakıf Hukuku*, 913; Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 605.

vakfın mevcut objektif değişim dolayısıyla vakfedenin iradesinden açıkça uzaklaşmasıdır. Bir diğer ifadeyle objektif şart, vakfın başlangıçtaki amacının büsbütün (esaslı şekilde) farklı bir anlam veya netice taşıy hâle gelmesi; sübjektif şart ise söz konusu objektif değişime istinaden vakfın, vakfedenin iradesine (arzusuna) açıkça yabancılaşmasıdır⁷⁴.

1. Amaç Değişikliği İçin Aranılan Objektif Şart

Objektif koşul, Kanun'da geçen “*durum ve koşullardaki değişmeler yüzünden*” ibaresine tekabül etmektedir. Buna göre objektif şart, vakfın kurulduğu başlangıçtaki amaçtan esaslı şekilde farklı bir anlam veya sonuç taşınması durumunda var kabul edilir. Objektif kriterin sağlanması için vakfın, kuruluşunda belirlenen amaç doğrultusunda anlamlı bir faaliyetinin kalmaması şart olmayıp bu yönde faaliyette bulunma imkânının önemli ölçüde azalması yeterli kabul edilmektedir⁷⁵. Bir diğer ifadeyle vakfeden tarafından belirlenen amacın anlam ve içeriğini yitirmesi hali aranmaktadır⁷⁶.

Vakfın amacının yaşanan teknolojik, ekonomik ve hukuki gelişmeler sonucunda anlamını yitirmesi ve işlevsiz kalmasının yanı sıra amacın sonradan yasak hale gelmesi durumu da vakfın amacının değiştirilebilmesine imkân sağlar⁷⁷. O halde vakfın amacının önemli ölçüde anlamını yitirmesi, uygulanmasının imkânsız olması veya amacın yasaklı hale gelmesi gibi durumlar amaç değişikliği için aranılan objektif şarttır. Örneğin yeni kanuni düzenlemeler sonrası vakfın gayesi manasız hale gelmişse ya da teknolojik gelişmelere paralel olarak vakfın amacı anlamsızlaşmışsa, amaç değişikliği için aranılan objektif şartın sağlandığı kabul edilebilecektir⁷⁸. Söz gelimi nükleer santralin kurulu olduğu bir bölgede, bölge halkını santralin zararlarından korumak amacıyla kurulmuş bir vakfın amacı, nükleer santralin kapatılması ile birlikte anlamını yitirmiş olmaktadır⁷⁹. Bu durumda amaç

⁷⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler*, 465; Ballar, *Yeni Vakıf Hukuku*, 913; Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 605. İsviçre hukukundaki benzer düzenleme için bkz. Jacob ve Studen, “Foundation Law,” 292.

⁷⁵ Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 606.

⁷⁶ İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 200; Ögüz, *Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, 103; İkizler, “Vakıf Senedi,” 193; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 453.

⁷⁷ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 698; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 194.

⁷⁸ Erçin, “Vakfedenin Amacının Önemi,” 191.

⁷⁹ İkizler, “Vakıf Senedi,” 193. Ancak nükleer santralin kapatılmasına rağmen o şehirdeki insanlar üzerinde etkilerinin hala devam ediyor olması halinde vakfın amacı

değişikliği için aranan objektif koşul sağlanmış olur. Objektif koşulun sağlanıp sağlanmadığı, vakfın kurulduğu zaman ile amaç değişikliğinin talep edildiği zamanın durum ve koşulları göz önünde bulundurularak bu iki zaman dilimi arasında yaşanan gelişme ve değişimler dolayısıyla vakıf amacının anlamını tamamen veya büyük oranda yitirip yitirmediği ve kendisinden beklenen yararı sağlayıp sağlamadığı çerçevesinde değerlendirilir⁸⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında objektif şart şu şekilde izah edilmiştir: “*Objektif koşullar, vakfın kurulmasından sonra dış olaylarda meydana gelen değişikliklerdir. Vakfın amacının, objektif olarak, özel amaç, mahiyet ve kapsamı bakımından anlamı ve içeriğini kaybetmiş olması gerekir. Bu koşul; sosyal, ekonomik, bilim ve teknik sahalardaki değişikliklerin sonucu olarak ortaya çıkar. Böylece vakfın amacı, değişmiş olan bu hâl ve koşullar karşısında anlamını ve içeriğini kaybetmiş olmalıdır. Zamanla meydana gelen bu değişiklikler sonunda, vakıf; artık amacını gerçekleştiremez bir duruma gelmiş olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, Vâkıfın; vakfın kuruluş anındaki iradesi, maksadına aykırı bir hâl almış olmalıdır. Objektif koşul, vakfın dışında, ancak vakıfla ilgili dış dünyaya ait hususlardır*”⁸¹.

Geçici bir durum dolayısıyla vakfın amacının belirli bir süre uygulanamaz hale gelmesi durumunda, bu geçici dönem süresince geçerli olacak şekilde, bir diğer ifadeyle süreyle sınırlı şekilde amaç değişikliği yoluna gidilebilmesi mümkündür. Bu halde amaç değişikliğini gerektiren geçici durum ortadan kalktığında vakıf da ilk kurulduğu amacına göre faaliyetine devam edecektir⁸².

2. Amaç Değişikliği İçin Aranan Sübjektif Şart

Sadece objektif şartın varlığı amaç değişikliği için yeterli değildir. Objektif şartın yanı sıra vakıf senedinde öngörülen amaç veya amaçlara bağlı kalmanın vakıf kuranın iradesine açıkça aykırı hale gelmesi aranır. Sübjektif şart dediğimiz bu durumda, vakfeden mevcut durumu ve gelişmeleri öngörebilseydi vakfın amacını bu şekilde belirlemeyecek olmalıdır⁸³. Bir

tamamen işlevsiz ve anlamsız hale gelmediğinden vakıf senedi değişikliği için aranan objektif kriter sağlanmamış olur: bkz. Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 197.

⁸⁰ Berki, *Vakıflar*, 45; İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 201; Yener, *Mazbut Vakıf Taşınmazlar*, 51; İkizler, “Vakıf Senedi,” 193.

⁸¹ Y. HGK, E. 2022/8-371, K. 2022/1163, 27.9.2022, (www.kazanci.com.tr).

⁸² Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 211.

⁸³ Erçin, “Vakfedenin Amacının Önemi,” 191; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 196.

diğer ifadeyle objektif şartın gerçekleşmesi sonucu vakfın artık belirlenen amaca bağlı kalmasının, vakfedenin irade ve arzusuna açıkça aykırı bir duruma gelmesi gerekir⁸⁴. Bununla birlikte vakfın amacının mevcut haliyle gerçekleştirilebildiği durumlarda, ortaya çıkan yeni şartlara istinaden vakfedenin iradesinin başka yönde olacağı gerekçesi ileri sürülemez⁸⁵.

Bununla birlikte vakıf kurulurken göz önünde bulundurulmuş durum ve şartlar, yaşanan değişimlere rağmen vakfın amacının aynı şekilde yerine getirilebildiği müddetçe dikkate alınmaz. Bir diğer deyişle “*vakfedenin belirlediği amaç sahip olduğu anlam ve neticeyi koruyorsa*” amaç değişikliği için aranan sübjektif şart sağlanmış olmaz⁸⁶. Örneğin öğrencilere burs vermek ve onların eğitimini desteklemek üzere kurulan bir vakfın daha sonra “dershane, üniversite, özel eğitim kurumları açmak” şeklinde amacının değiştirilmesi talebi, Yargıtay tarafından kurucu iradeye aykırı bulunarak reddedilmiştir⁸⁷. Gerçekten de vakıf amacının aynen yerine getirilebilmesi mümkünken kurucu iradeye aykırı şekilde bunu genişletmek amaç değişikliği için aranan sübjektif şartın sağlanamamasına örnek teşkil eder. O halde ilk aşamada belirlenen amacın, vakfın geldiği durumda vakfedenin vakıf kurmadaki amacından saptığı ve onu karşılamadığı tespit edilirse sübjektif şart sağlanmış olur⁸⁸.

Sübjektif şartta vakfedenin iradesi göz önünde bulundurulduğu için vakıf senedindeki diğer hükümlerden ve genel olarak vakfedenin iradesinden, koşulların değişmesi dolayısıyla vakfın geldiği durumu görseydi vakfı bu amaçla kurmayacağı söylenebilecek olmalıdır⁸⁹. Şayet yapılan değerlendirme sonucu vakfedenin mevcut durumu öngörebilseydi vakfın amacını farklı belirleyeceği söylenebiliyorsa artık sübjektif şart sağlandığından vakıf amacında değişikliğe gidilebilmesi mümkün olacaktır. Bununla birlikte eğer vakfedenin vakıf senedindeki amaçlarda ısrarlı olduğu doğal olarak amaç değişikliği için aranan sübjektif şartın sağlanmadığı anlaşılıyorsa bu durumda amaç değişikliğine gidilebilmesi mümkün değildir⁹⁰. O halde yararı ne kadar

⁸⁴ İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 201; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 453; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 699; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 195.

⁸⁵ Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 607.

⁸⁶ Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 607.

⁸⁷ Y. 18. HD, E. 2014/12132, K. 2015/2676, 24.02.2015, (www.kazanci.com.tr).

⁸⁸ İkizler, “Vakıf Senedi,” 193.

⁸⁹ İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 202; İkizler, “Vakıf Senedi,” 193.

⁹⁰ Berki, *Vakıflar*, 77; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 697.

azalır azalsın, vakıf aynı amaç doğrultusunda faaliyet gösterebilecekse vakfın bu şekilde faaliyetine devam etmesi gerekir. Eğer amacın yerine getirilmesi artık olanaksız hale gelmişse, vakfın TMK md. 116 hükmü çerçevesinde sona erdiği kabul edilecektir⁹¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında sübjektif kriter şu şekilde açıklanmıştır; “*Sübjektif koşul ise; zamanla değişmiş olan amacın, vakfi kuranın iradesiyle mevcut uygunluğunu açıktan açığa kaybetmiş olması hâlidir. O suretle ki, vakfi yapan bu durumu görmüş olsaydı veya kendisine sorabilmek olanağı bulunsaydı o dahi amacın değiştirilmesi gerektiğini kabul edecekti, denilebilir* (Altaş H., *Uluslararası Vakıf Sempozyumu Kitabı*, Ankara 2004, s. 97). Gerçekten de objektif ve sübjektif şartların birlikte gerçekleşmesi hâlinde, “amaca” yeni hâl ve koşullara uyacak şekilde bir anlam ve içerik verilmek üzere vakıf yönetim organının veya denetim makamının başvurusu üzerine mahkemece, diğerinin yazılı görüşü de alındıktan sonra vakfın amacı değiştirilebilir”⁹².

Tam bu noktada şunu ifade etmek gerekir ki belirli kişisel düşünce ve bağlılıklar dolayısıyla kurulan vakıf için (mesela vakfedenin belirli bir spor takımını tuttuğu için o takım oyuncularını yararına vakıf kurması) daha sonra vakfedenin görüşü veya değerleri değiştiği için sübjektif koşulun sağlandığı şeklinde bir değerlendirme yapılamaz⁹³. Bu durum, vakfın kurulmakla birlikte aslında vakfedenen bağımsız bir kişiliğe bürünmesinin sonucudur⁹⁴. Bir diğer ifadeyle her ne kadar amaç değişikliğinde vakfedenin iradesi göz önünde bulundurulsa da aslında burada çoğu zaman bir farazi irade söz konusudur ve vakfedenin değişen sübjektif ve kültürel değerleri dikkate alınmaz. Bu sebeple sübjektif şartın tespitinde vakfın ana statüsü teşkil eden vakıf senedinin yorumlanması özel bir önem taşır ve vakfın amacının değiştirilmesi ve yeni amacın belirlenmesi sürecinde, vakıf senedine yansıyan vakfedenin iradesi esas alınır⁹⁵. Vakfedenin farazi iradesi, vakıf senedinde yazan genel düzenlemeler ve özel olarak amaç düzenlemesi incelenerek ortaya çıkarılır.

⁹¹ İkizler, “Vakıf Senedi,” 194.

⁹² Y. HGK, E. 2022/8-371, K. 2022/1163, 27.9.2022, (www.kazanci.com.tr).

⁹³ İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 203; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 208.

⁹⁴ Akyıldız, “Vakfın Kuruluşunda Amaç” ve Malvarlığı Denetimi ile Vakıflarda Dernekleşme Eğilimi Problemi,” *Vakıflar Dergisi*, S. 26 (1997): 423. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 231; Serozan, *Tüzel Kişiler*, 8.

⁹⁵ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 65.

C. Vakfedenin Vakıf Amacına Müdahalesi

Kurulması ile birlikte vakıf, vakfedenen bağımsız bir tüzel kişilik olarak varlığını devam ettirir⁹⁶. Bu aşamadan sonra vakfedenin vakıf senedine müdahalesi de mümkün olmaz. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında; “*amaç, vakfın esaslı unsurlarından olması nedeniyle; vâkıfın, sonradan yapacağı bir açıklama ile vakfın gayesini değiştiremeyeceği gibi, onu genişletemez veya sınırlandıramaz. Buradaki kural “vakfi meydana getiren” vakfedenin sonraki değil, vakfi meydana getirdiği andaki iradesidir. O hâlde yorumda yapılması gereken ilk iş, vakfedenin “o zamanki iradesinin” ne olduğunu tespit etmektir. Vakfedenin amacı yorumlanırken, onun makul ve normal koşullar altında hareket ettiği kabul edilmelidir*” şeklinde içtihat etmiştir⁹⁷.

Ancak mehzaz İsviçre Medeni Kanunu, belirli şartların sağlanması halinde (vakıf senedinde amaç değiştirme yetkisinin saklı tutulması ve vakfın kurulması veya son amaç değişikliği üzerinden 10 yıl geçmesi) vakfeden tarafından vakfın amacında değişiklik yapılmasını mümkün kılmaktadır⁹⁸. Vakfedenin amaç değişikliği yetkisi, devredilemeyeceği gibi miras yoluyla da intikal etmez⁹⁹. Ayrıca ilk belirlenen amaç kamusal/hayri bir amaç ise, vakfeden tarafından yapılacak değişikliğin de bu kriteri sağlaması aranır¹⁰⁰. Bizim hukukumuzda vakfın bağımsızlığı ve sürekliliği prensipleri dolayısıyla isabetli şekilde vakfedene sonradan vakıf amacını değiştirme hakkı tanınmamaktadır¹⁰¹. Hatta vakıf amaç değişikliğinde kriter olarak vakfedenin farazi iradesi dikkate alınmış olup, bizzat vakfeden hayatta olsa dahi vakfın tüzel kişilik kazanmasından sonraki süreçte vakfedenin etkisi oldukça sınırlı hale getirilmiştir¹⁰².

⁹⁶ Serozan, Engin ve Atamer, *Kişiler Hukuku*, 517; Özkan, *Türk Medeni Yasası*, 515.

⁹⁷ Y. HGK, E. 2022/8-371, K. 2022/1163, 27.9.2022, (www.kazanci.com.tr).

⁹⁸ Jacob ve Studen, “Foundation Law,” 293; Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 613-614. Şayet vakıf kurucusu tüzel kişilik ise vakfın kuruluşundan veya son değişiklik tarihinden itibaren 20 yıl geçmesi gerekmektedir: Studen, “Rights and Duties,” 627.

⁹⁹ Studen, “Rights and Duties,” 627.

¹⁰⁰ Jacob ve Studen, “Foundation Law,” 293.

¹⁰¹ Benzer görüş için bkz. Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 614. İsviçre hukuk doktrininde de söz konusu düzenleme, vakfeden ve vakfın birbirinden ayrı ve bağımsız olması prensibine aykırı bulunduğu için eleştirilmektedir: Jacob ve Studen, “Foundation Law,” 293.

¹⁰² Bkz. Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 68-69. Nitekim mevcut vakıf hukuku sistemimiz açısından vakfedenin sübjektif amacının esas alınamayacağına ilişkin bkz.

Ç. Amaç Değişikliğine İlişkin Vakıf Senedi Hükümlerinin Geçerliliği

Vakıf senedinde yer alan ve Kanun'da öngörülen prosedür dışında vakfedenin veya vakıf organlarının vakıf senedi değişikliği yapabileceğine ilişkin senette yer alan düzenlemeler geçersizdir¹⁰³. Bir diğer ifadeyle vakıf amaç değişikliği için aranan mahkeme kararı, emredici bir düzenleme olduğundan bu halde vakıf senedindeki vakfeden iradesi önem taşımamaktadır. Öte yandan vakıf amacının mahkeme kararı ile değiştirilebileceğine yönelik hüküm emredici olmakla birlikte amaç değişikliğini yasaklayan veya belirli şartlara bağlayan vakıf senedi hükümleri geçerlidir. Bu düzenlemeler vakıf amacının değiştirilmesi aşamasında (özellikle vakfedenin iradesi tespit edilirken) dikkate alınması gerekir¹⁰⁴. Örneğin “vakıf amacının tamamen ve kesin bir şekilde imkânsız hale gelmediği müddetçe değiştirilemeyeceğini” öngören bir vakıf senedi hükmünün, vakıf amacının gerçekleştirilmesinin güç olduğu durumlarda dahi vakfın aynı amaç kapsamında faaliyetine devam etmesi gerektiği yönünde bir irade beyanı olarak kabul etmek mümkündür.

Ancak belirtmek gerekir ki vakıf senedinde öngörülen amaç değişikliğine ilişkin yer alan usuli hükümlerin değişiklik senedinin tescili için sağlanması zorunludur. Örneğin vakıf senedi değişikliği için belirli bir karar sayısı öngörüldüğü durumda, bu sayı sağlanmadan alınan değişiklik kararı tescil edilememelidir¹⁰⁵.

III. ESASLI OLMAYAN VAKIF SENEDİ DEĞİŞİKLİĞİ

Türk hukuku açısından esaslı olup olmamasına bakılmaksızın vakfın amacında bir değişiklik yapılması sıkı koşullara bağlanmıştır. Bu değişiklik vakıf yönetim organınca, hatta vakfedenin kendisi tarafından dahi yapılamaz, ancak Kanun'da öngörülen prosedür ve mahkeme kararıyla vakıfta amaç değişikliği mümkün olabilmektedir¹⁰⁶. Bir diğer ifadeyle vakıf sistemimizde esaslı - esaslı olmayan değişiklik şeklinde bir ayrıma gidilmiş değildir¹⁰⁷. Oysa

Hüseyin Hatemi, “Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 55, S. 4 (1997): 125; Ahmet Akman, *Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 289.

¹⁰³ İkizler, “Vakıf Senedi,” 190; İkizler ve Kurban, *Vakıflar Hukuku*, 224.

¹⁰⁴ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 190-191.

¹⁰⁵ Y. 18. HD, E. 2007/2719, K. 2007/3180, 09.04.2007, (www.kazanci.com.tr).

¹⁰⁶ İkizler, “Vakıf Senedi,” 189.

¹⁰⁷ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 225.

İsviçre Medeni Kanunu'na sonradan yapılan ekleme ile (Art 86b ZGB); esaslı olmayan değişikliklerin, vakfın en üst yönetim organının görüşü ve denetim makamının kararıyla değiştirilebilmesi mümkün kılınmıştır¹⁰⁸.

Esaslı olmayan değişiklikler açısından İsviçre'de yer alan ayırım ve düzenlemenin aksine Türk hukukunda herhangi bir ayırım yapılmış değildir. Bu durum ise çoğu zaman vakfın amacını etkilemeyen ve esaslı olmayan bir değişiklikte hangi hususlara dayanılacağı ve değişikliğin ne şekilde gerçekleştirileceği konusunda tereddüt yaratmaktadır. *Akbulut*'a göre esaslı olmayan değişiklik durumlarında hâkim, TMK md. 112 ve 113'te örtülü kanun boşluğu olduğunu kabul ederek anılan düzenlemelerde yer alan sıkı şartları sınırlayarak uygulamalıdır¹⁰⁹.

İfade etmek gerekir ki vakıf senedindeki amaç değişikliği kural olarak esaslı değişiklik kapsamındadır, zira vakfın tüm faaliyetlerinde belirleyici olan temel unsur amaçtır. Nitekim esaslı olmayan değişikliğe örnek olarak da genellikle vakıf adında yapılan değişiklikler gösterilmektedir. Zira bazı durumlarda vakıf adının güncelliğini yitirmesi, sonradan adı oluşturan kelimelerin anlamında meydana gelen değişiklikler yahut vakfın adının üçüncü kişilere ait tescilli marka haklarını ihlal ediyor olması gibi durumlar söz konusu olabilir. Bu şekilde vakıf senedinin esasına dokunmayan konularda yapılacak değişikliklerde; vakfın amacını gerçekleştirmesini engellememe veya zarar vermeme, objektif ve inandırıcı bir sebebe dayanma ve bu değişiklik ile üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmeme şeklinde üç kriterin aranmasının yeterli olduğu savunulmaktadır¹¹⁰. Ancak doktrinin aksine Yargıtay, vakfedenin iradesinin taşıdığı önem dolayısıyla vakıf adında yapılacak değişikliklerin dahi kurucu irade gözetilerek ve TMK md. 113'te öngörülen usul çerçevesinde yapılması gerektiğine hükmetmektedir¹¹¹.

¹⁰⁸ Jacob ve Studen, "Foundation Law," 293; Sarıkaya, "Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi," 615.

¹⁰⁹ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 230-231.

¹¹⁰ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 231.

¹¹¹ Kararda, "Ankara Üniversitesi Geliştirme Vakfı" isminin, "Ankara Üniversiteler Vakfı" şeklinde değiştirilmesinin kurucu iradeye aykırı olacağı gerekçesiyle tescil talebinin reddine karar verilmiştir: bkz. Y. 18. HD, E. 2004/8309, K. 2004/10091, 27.12.2004, (www.kazanci.com.tr).

IV. YENİ AMAÇ BELİRLENMESİ

Mevzuatımızda amaç değişikliği için gerekli kriterler düzenlenmiş ise de yeni amacın nasıl belirleneceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Uygulamada amaç değişikliği için başvuran yönetim organının beraberinde yeni bir amaç önerdiği de görülmektedir¹¹².

Yeni amacın nasıl belirleneceğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüşse de hepsinin ortak noktası, vakfın amacının mümkün oldukça kuruluşta belirlenen amaca benzer nitelikte olması gerekliliğidir. *Özsunay*'a göre, yeni amaç belirlenirken vakfedenin iradesi göz önünde bulundurulmalı, bununla birlikte vakıftan yararlananların da değişmemesine özen gösterilmelidir¹¹³. *Akbulut*'a göre yeni amaç belirlenirken vakfedenin vakfi kurarken sahip olduğu amacın yanı sıra durum ve şartların değiştiği dönemde vakıf kursaydı belirleyebileceği amaç da göz önünde bulundurulmalıdır¹¹⁴. *İkizler*'e göre ise vakfın yeni amacının belirlenmesinde iki aşamalı bir değerlendirme gerekmektedir: i) Vakfedenin vakıf kurmadaki amacı ile örtüşen diğer muhtemel amaçların tespiti ve ii) bu amaçlar içerisinde vakfedenin iradesine en uygun olanının belirlenmesi¹¹⁵. İlk aşamada vakfedenin vakıf kurmadaki muhtemel amaçları tespit edilirken genelden özele doğru bir amaç silsilesi oluşturulur. İkinci aşamanın belirlenmesinde, bir diğer ifadeyle vakfedenin iradesine en uygun yeni amacın belirlenmesinde ise, bu amaç silsilesi içerisinde özelden genele doğru uygun amaç seçilir.

Belirtmek gerekir ki vakfın yeni amacı belirlenirken vakfedenin hala hayatta olması ihtimalinde onun görüşü de mahkeme tarafından alınabilir¹¹⁶, ancak mahkeme vakfedenin görüşü ile bağlı değildir¹¹⁷. Benzer şekilde Kanun'da amaç değişikliği sürecinde vakfın yönetim organının ve denetim makamının (Vakıflar Genel Müdürlüğü) görüşlerinin alınması da düzenlenmiştir. Ancak mahkeme bu görüşlerle bağlı olmaksızın en uygun amacı tespit ederek kararını verir¹¹⁸.

¹¹² Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 203.

¹¹³ Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 455.

¹¹⁴ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 205.

¹¹⁵ İkizler, "Vakıf Senedi," 195.

¹¹⁶ Ballar, *Yeni Vakıf Hukuku*, 914; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 67.

¹¹⁷ İkizler, "Vakıf Senedi," 196.

¹¹⁸ Nitekim denetim makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden alınan görüşün bağlayıcı olmadığına ilişkin bkz. Y. HGK, E. 2009/348, K. 2009/398, 22.07.2009, (www.lexpera.com.tr).

Ayrıca yeni amaç belirlenirken vakıf senedinin yorumu ve yine vakıftan yararlananların çerçevesi de dikkate alınması gereken hususlardandır¹¹⁹. Vakıf senedinin yorumunda, vakfedenin vakfı kurarken isteğini ifade etme veya somutlaştırma tarzı değil, belirlediği amaç ve hedefe aykırılık olmaması gözetilir¹²⁰. Vakıf senedinin yorumu ve yeni amacın vakfın kurucu iradesine uygunluğu, vakıf ile vakfeden iradesi arasındaki bağlantıyı muhafaza etmek için zaruridir. Asıl hedef vakfedenin iradesini korumak olduğu için vakıf senedinde özelleşmiş bir menfaat sağlama arzusu söz konusu olduğu durumda daha genel amaçlara yönelmekten kaçınmak gerekir¹²¹. Bu çerçevede vakfın ilk amacının kamuya yararlı bir amaç olması, değişiklik sonrası kamuya yararlı herhangi bir amacın tercih edilebileceği anlamına gelmez¹²².

O halde yeni amacın belirlenmesinde vakfedenin iradesi, vakıf yönetiminin talebi, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün görüşü birlikte değerlendirilerek zamanın koşul ve ihtiyaçları göz önünde bulundurulur¹²³. Ayrıca vakfın kuruluşunda amaca ilişkin aranan şart ve unsurlar, senet değişikliği sonrası belirlenen amaçlar için de aranır. Söz gelimi vakıf senedinde yapılacak amaç değişikliklerinin muğlak ve genel bir şekilde yapılması mümkün değildir. Amacın belirliliğini zedeleyecek şekilde “*ihtiyaç duyulan değişikliklerin vakıf yönetim organınca yapılması*” şeklinde bir amaç değişikliği tescil edilemez¹²⁴.

¹¹⁹ İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 206; Ballar, *Yeni Vakıf Hukuku*, 914; Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 205.

¹²⁰ İkizler, “Vakıf Senedi,” 195-196.

¹²¹ İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 207; Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 609.

¹²² Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 610.

¹²³ Ballar, *Yeni Vakıf Hukuku*, 914.

¹²⁴ Nitekim Yargıtay bir kararında; “*Vakfın yetkili kurulunda, senet değişikliğinin hangi maddeleri kapsadığı ve ne gibi değişiklikleri içerdiği yolunda açıkça bir karar alınmadan uygulamada duraksama ve karışıklığa sebep olacak biçimde "ihtiyaç duyulan değişiklikler için genel kurula bilgi verilerek değişikliklerin yapılması" şeklinde alınan karar doğrultusunda bu hususta yetki verilen kişinin noterde düzenlediği değişiklik senedinin tesciline karar verilmesi doğru görülmemiştir.*” şeklinde içtihat etmiştir: Y. 18. HD, E. 2006/10594, K. 2007/9, 22.1.2007, (www.kazanci.com.tr).

V. AMAÇ DEĞİŞİKLİĞİ VE VAKFIN SONA ERMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Amaç değişikliği, vakfın tüzel kişiliğini ortadan kaldırmaz veya değiştirmez, vakıf aynı tüzel kişilik olarak faaliyetlerine devam eder. Dolayısıyla herhangi bir şekilde üçüncü kişilere karşı olan hak ve borçları, amaç değişikliğinden sonra da varlığını korur. Bununla birlikte amaç değişikliği dolayısıyla vakıftan yararlanan kişilerin hakları sınırlanabilir yahut tamamen ortadan kalkabilir.¹²⁵ Amaç değişikliğinin sonucu olarak vakıftan yararlananların artık yararlanamayacak olması, vakfın amacının değiştirilmesini engellemez.

Öte yandan vakfın, vakıf senedinde öngörülen amaç doğrultusunda faaliyet yerine getiremeyecek olmasının tek sonucu amaç değişikliği değildir.¹²⁶ Kimi durumlarda amacın imkânsızlaşması veya amaç çerçevesinde faaliyet göstermenin mümkün olmaması, vakfın sona ermesine sebebiyet verebilir.¹²⁷ Nitekim TMK md. 116'ya göre; “*amacın gerçekleşmesi olanaksız hâle geldiği ve değiştirilmesine de olanak bulunmadığı takdirde, vakıf kendiliğinden sona erer ve mahkeme kararıyla sicilden silinir. Yasak amaç güttüğü veya yasak faaliyetlerde bulunduğu sonradan anlaşılan veya amacı sonradan yasaklanan vakfın amacının değiştirilmesine olanak bulunmazsa; vakıf, denetim makamının ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine duruşma yapılarak dağıtılır.*” Maddede ifade edildiği üzere amacın imkânsızlığı veya yasaklı hale gelmesi, bu amacın değiştirilmesinin

¹²⁵ Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 610.

¹²⁶ Öte yandan eski vakıflar açısından amacın imkânsız hale gelmesinin tek sonucu amacın değiştirilmesidir. Bkz. Solmaz Bilici, *Mazbut Vakıflar*, 135.

¹²⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler*, 472; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 707; Yılmaz ve Yıldırım, *Medeni Hukuk*, 168; Akyıldız, “Vakfın Kuruluşunda Amaç,” 413; Akünel, *Tüzel Kişiler*, 193; Ali Himmet Berki, *Vakıflar – İkinci Kitap (Medeni Kanunda “Te’sis” ve Vakıflar Kanunu Hükümleri)* (Ankara: Nur Matbaası, 1950), 51; Serozan, Engin ve Atamer, *Kişiler Hukuku*, 521.

mümkün olmaması durumunda, vakfın kendiliğinden¹²⁸ sona ermesine sebebiyet verir¹²⁹.

Vakfın amacının değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı, vakfın amacına ve vakfedenin farazi iradesine göre değerlendirilir. Söz gelimi bir vakfın, vakfeden tarafından spesifik olarak ve sadece belirli bir amaç için kurulduğu vakıf senedinden anlaşılırsa, artık amacın imkânsızlaşması vakfın sona ermesine sebebiyet vermelidir¹³⁰. Öte yandan bir vakfın malvarlığı, vakıf senedinde belirlenen amacı gerçekleştiremeyecek ölçüde azalmışsa doğrudan vakfın sona erdirilmesi yoluna gidilmemeli, mevcut malvarlığı ile daha dar kapsamda vakfın varlığını devam ettirme imkânı araştırılmalıdır¹³¹. Şayet böyle bir daraltma mümkün olmayacaksa bu durumda vakfın sona erdirilmesi söz konusu olmalıdır. Bir diğer ifadeyle vakıf amaç değişikliği ile giderilebilecek bir durum var olduğu sürece vakfın sona erdirilmesi yoluna gidilmemelidir.

Amaç değişikliğinin mümkün olmaması sebebiyle vakfın sona ermesi ihtimalinde ise vakfın borçları ödendikten sonra kalan vakıf malları, vakıfla aynı veya benzer amaç taşıyan başka bir tüzel kişiliğe aktarılır¹³². Buna aykırı

¹²⁸ Yargıtay'ın eski kararlarında vakfın amacının imkânsız hale gelmesi durumunda kendiliğinden sona ermeyeceği, bunun mahkeme kararıyla tespit edilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmekteydi: “*Yasada vakfın dağılmış olması kendiliğinden gerçekleşecek bir olgu olarak gösterilmiş ise de uygulamada bu hususun mahkeme kararına bağlanması aranmaktadır...*” Bkz. Y. 18. HD, E. 2003/187, K. 2003/778, 17.2.2003, (www.hukukdaresi.com). Ancak daha sonra Yargıtay görüş değiştirerek vakfın kendiliğinden sona erdiğini, Kanun'da öngörülen mahkeme kararının ise salt sona ermeyi tespit amacı taşıdığını içtihat etmeye başlamıştır: “*Davanın 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 116. maddesine göre vakfın sona erdiğinin (dağıldığının) tespiti olarak açıldığı ve mahkemeye de bu şekilde değerlendirilip kabul edildiği hâlde, başka bir kavram ve hukukî sonuçları olan vakfın dağıtılmasına karar verilmesi doğru değil ise de, bu yanlışının düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hüküm fıkrasının, birinci paragrafının ikinci satırındaki “dağıtılmasına” sözcüğünün metinden çıkartılarak yerine “sona erdiğinin (dağıldığının) tespitine” ibaresinin eklenmek suretiyle hükmün düzeltilmesine...*”: Y. 18. HD, E. 2009/12678, K. 2010/2466, 22.2.2010. Yargıtay içtihadındaki bu değişim doktrin tarafından olumlu karşılanmaktadır. Bkz. Aydos, “Vakfın Sona Ermesi,” 136.

¹²⁹ Ögüz, *Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, 135; Solmaz Bilici, *Mazbut Vakıflar*, 85.

¹³⁰ Aydos, “Vakfın Sona Ermesi,” 129; Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 611.

¹³¹ İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf*, 199; Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 612.

¹³² Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 709; Kayıhan, *Kişiler Hukuku*, 146; Baysal ve Karataş Kural, *Yeni Vakıflar*, 98. Bu kural, vakfın kalan mallarının da vakfeden

düzenlemeler, örneğin vakfın sona ermesi halinde vakıf mallarının vakfedene veya mirasçılara döneceğine ilişkin vakıf senedi düzenlemelerinin geçerli olup olmadığı tartışmalıdır¹³³. Kanaatimizce bunu yasaklayan bir hükmün olmaması ve bu yönde bir şartın TMK md. 372/2'ye aykırılık teşkil etmemesi karşısında bu yöndeki vakıf senedi hükümlerinin geçerli kabul edilmesi gerekir¹³⁴.

VI. ESKİ VAKIFLARDA VAKFIYE DEĞİŞİKLİĞİ

Yukarıdaki bölümlerde temel olarak yeni vakıflarda amaç değişikliğine ilişkin düzenlemeler incelenmiştir. Öte yandan 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi öncesi kurulan vakıflar açısından da amaç değişikliği gerekebilir. Bu konuya ilişkin temel düzenleme 5737 sayılı Kanun'un 14. maddesidir¹³⁵. Anılan maddeye göre; “*vakıfların, vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması halinde; vakfedenin iradesine aykırı olmamak kaydıyla mazbut vakıflarda Genel Müdürlüğün; mühlak, cemaat ve esnaf vakıflarında, vakıf yöneticilerinin teklifi üzerine bu şartları değiştirmeye; hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine uyarlamaya Meclis yetkilidir.*” Görüldüğü üzere yeni vakıflarda amaç değişikliği ancak mahkeme kararı ile mümkün olabiliyorken eski vakıflarda amaç değişikliği Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün en üst karar mercii olan Vakıflar Meclisi kararı ile mümkün olabilmektedir. Bir diğer ifadeyle

tarafından belirlenen amaç doğrultusunda kullanılması prensibi ile uyumludur. İngiliz hukukuna ilişkin benzer değerlendirme için bkz. John Tribe, “Deploying Communitarianism Bankruptcy Theory to Rescue Insolvent Charities and Maintain Charitable Purposes,” İçinde *Debates in Charity Law*, eds. John Picton ve Jennifer Sigafos (Birleşik Krallık: Hart Publishing, 2020), 100.

¹³³ Ahmet İşeri, “Vakıflar ile İlgili Asliye Hukuk Mahkemeleri ve Yargıtay Kararları,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 28 (1971): 508. Geçersiz olduğuna ilişkin örnek karar için bkz. Y. 18. HD, E. 1993/12327, K. 1993/12953, 25.11.1993, (İlhan Demir, *Yeni Vakıfların Temel Kitabı*, (Ankara: 2005), 503).

¹³⁴ Benzer görüş için bkz. Cem Akbıyık, “Vakfın Kendiliğinden Sona Ermesi ve Tasfiyesi ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi,” İçinde *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt III - Dernekler ve Vakıflar*, ed. Baki İlkay Engin (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 163.

¹³⁵ Kanun maddesi, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 17. maddesi ile paralel olmakla birlikte karar makamı eski düzenlemede Vakıflar Genel Müdürlüğü olarak belirlenmişken mevcut düzenlemede Vakıflar Meclisi olarak değiştirilmiştir. Ayrıca yeni düzenlemede, her halükârda yapılacak amaç ve işlev değişikliğinin, vakfedenin iradesine aykırı olamayacağı şartı getirilmiştir.

yeni vakıflarda mahkeme kararı zorunlu iken eski vakıflarda amaç değişikliği idari bir karar ile gerçekleştirilmektedir¹³⁶.

Eski vakıflarda, o dönemin şartları çerçevesinde çeşitli amaçlarla vakıflar kurulduğu görülmektedir. Bu amaçların bazıları genel bir şekilde fakirlere yardım edilmesi, hastaların tedavi edilmesi gibi genel ve günümüzde uygulanması hala mümkün amaçlardır¹³⁷. Ancak bazı amaçların gerek değişen hukuk sistemi gerekse yaşanan teknolojik ve toplumsal gelişmeler dolayısıyla gerçekleştirilme imkânları ortadan kalkmış olabilir¹³⁸. Bu durum, yeni vakıflarda olduğu gibi eski vakıflarda da amaç değişikliğini zorunlu kılmaktadır. Ancak amaç değişikliği için sadece uzun bir sürenin geçmiş olması yeterli olmayıp¹³⁹ vakfiyede belirlenen amaçların fiilen veya hukuken

¹³⁶ Başpınar, *Mülhak Vakıflar*, 190.

¹³⁷ Özyakışır, “Galleye Müstehiklik,” 388. Ayrıca bkz. Solmaz Bilici, *Mazbut Vakıflar*, 96 ve devamı.

¹³⁸ Solmaz Bilici, *Mazbut Vakıflar*, 62; Başpınar, *Mülhak Vakıflar*, 186; Hatemi, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri*, 730-731. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin bir kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “*Vakfedenin iradesinin somutlaşmış biçimi olan vakıf şartının kural olarak, değişmeden devam etmesi, vakfedenin iradesinin korunması bakımından gereklidir. Ancak, vakfın, değişen ekonomik, sosyal ve hayat şartları ile bilim ve teknolojik gelişmelere paralel olarak faaliyetini sürdürebilmesi için varlığını koruması da bir zorunluluktur. Bu da vakıf senedine eklenmiş ağır mükellefiyetler ile günün koşullarına uymayan veya gerçekleşmesi olanaksız hale gelen şartların kaldırılması veya değiştirilmesiyle mümkün olabilir. Aksi halde, değişen koşullar ve gelişmeler karşısında bütün vakıflar zamanla etkisiz bir hale gelebilme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilirler. İptali istenen kural, böyle bir ihtiyaç veya zorunluluğun ortaya çıkması durumunda, vakfın hayatiyetini sürdürmesine yardımcı olmak amacıyla ve vakfedenin iradesine de aykırı olmamak koşuluyla, vakıflarda şart kavramının değiştirilmesine olanak sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle kural, belirli bir zorunluluktan kaynaklanan durumları bertaraf etmek için yasalaştırılmıştır. Bu düzenlemeyle, gerçekleşmesi imkansızlaşan vakıf şartları yüzünden fiilen sona eren bir vakfa, yeniden kuruluş amaçları doğrultusunda faaliyette bulunma fırsatı getirilmektedir. Böyle bir amaca hizmet eden düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir tarafının bulunmadığı açıktır. Kaldı ki iptali istenen kural, vakıf şartının Vakıflar Meclisince her halükârda değiştirilmesini emredici değil, aksine belli koşulların oluşması durumunda, buna olanak tanıyan tamamlayıcı bir düzenlemedir.” Bkz. AYM GK, E. 2008/22, K. 2010/82, 17.6.2010, (www.lexpera.com.tr).*

¹³⁹ Nitekim bir mülhak vakfın amaç veya mal değişikliğinde, vakıf senedi / vakfiye ne kadar eski olursa olsun vakfedenin iradesi gözetilmekte ve salt eski tarihli olması vakıf senedinde veya mallarında değişiklik yapılmasını haklı göstermemektedir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında, vakfa ait 1341 tarihli vakfiyede; “*bundan sonra vakfın satışı*,

yerine getirilemez olması ve vakfedenin iradesine aykırılığın da bulunmaması gerekir¹⁴⁰.

Gerçekten de yeni vakıflarda amaç değişikliği için aranan objektif ve sübjektif şartların eski vakıflardaki amaç değişikliği için de zorunlu olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim Vakıflar Kanunu md. 14'te yer alan “*vakıf amacının fiilen veya hukuken yerine getirilmesinin mümkün olmaması*” (objektif şart) ve “*vakfedenin iradesine aykırı olmamak*” (sübjektif şart) şartları sağlandığı takdirde amaç değişikliği yapılabilecektir. O halde yeni vakıflardaki amaç değişiminde aranan objektif ve sübjektif koşulların eski vakıflardaki amaç değişiminde de sağlanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Amaç değiştirme yetkisine sahip olan Vakıflar Meclisi, objektif ve sübjektif şartların sağlanması akabinde vakfiye ve vakfın hayri amaçlarını göz önünde bulundurarak bu yetkiyi kullanmalıdır¹⁴¹.

Eski vakıflarda amaç değişikliğinin idari kararlarla yapılması, eski vakıfların vakfiyelerinde yapılan amaç değişikliklerinin denetlenmesini ve incelenmesini zorlaştırmaktadır. Amaç değişikliğine ilişkin Vakıflar Meclisi kararları kamuya açık olmadığından eski vakıflarda hangi durum ve kriterler altında amaç değişikliğine gidildiği, ancak mahkemelere yansıdığı oranda veya arşivde erişime açılan kararlar açısından özel arşiv çalışması ile tespit edilebilmektedir.

Vakıflar Meclisi'nin amaç değişikliği kararına karşı mevzuatta özel bir itiraz veya iptal davası yöntemi öngörülmemiştir. Bu sebeple Vakıflar Meclisi kararına karşı ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun kapsamında ilgililerin idari işlemin iptalini talep ve dava etmeleri mümkün olacaktır¹⁴². Bu durum ise hâlihazırda “ilgilisi kalmayan” veya uzun süredir

değiştirilmesi ve vakıf olmaktan çıkarılması ve telef edilmesi kesinlikle caiz olmayıp, hiçbir kimse tarafından değiştirme, başka bir şeye dönüştürme ve vakıf olmaktan çıkarma hak ve yetkisi yoktur” hükmüne istinaden mal değişikliği talebi reddedilmiştir: Y. 18. HD, E. 2016/2801, K. 2016/4741, 22.3.2016, (www.lexpera.com.tr). Yüksek Mahkemenin bu içtihadı, vakfın üzerinden uzun bir zaman geçmesi halinin, amaç veya mal değişikliği için tek başına haklı sebep teşkil etmediğini göstermektedir.

¹⁴⁰ Berki, *Vakıflar*, 83; Yener, *Mazbut Vakıf Taşınmazlar*, 66; Başpınar, *Mülhak Vakıflar*, 187.

¹⁴¹ Oya Ercil, “Yargıtay Kararlarıyla Vakıflarda Kurucu İrade,” *Vakıflarda Kurucu İradesinin Korunması ve Sürdürülmesinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar*, (Ankara, 9 Aralık 2010); İkizler ve Kurban, *Vakıflar Hukuku*, 91; Yener, *Mazbut Vakıf Taşınmazlar*, 51. Ayrıca bkz. Başpınar, *Mülhak Vakıflar*, 188.

¹⁴² Başpınar, *Mülhak Vakıflar*, 191; Erçin, “Vakfedenin Amacının Önemi,” 186.

Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yönetiminde olan mazbut vakıflardaki amaç değişikliklerinin mahkeme denetimi olmaksızın idari bir kararla gerçekleştirilebileceğini göstermektedir.

Bununla birlikte eski vakıflarda Vakıflar Meclisi kararı ile yapılan amaç değişikliğinin yargı kararlarına yansıdığı olaylar olarak Bezmiâlem Vakıf Üniversitesi¹⁴³ ile Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi'nin¹⁴⁴ kurulması süreçleri ele alınabilir. Anayasa Mahkemesi'nin 26.01.2012 tarihli kararına¹⁴⁵ da konu olan bu süreçte; anılan üniversitelerin kurucu mazbut vakıflarının vakfiyelerinde üniversite kurulması şartı yer almadığı halde daha sonra Vakıflar Meclisi'nin kararı ile bu amaç eklenmiştir. Amacın eklenmesi sonrası söz konusu vakıflar adına Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından anılan üniversiteler kurulabilmiştir.

VII. YARGITAY UYGULAMASI ÇERÇEVESİNDE YENİ VAKIFLARDA AMAÇ DEĞİŞİKLİĞİ

Yukarıda eski ve yeni vakıflarda amaç değişikliğine ilişkin düzenlemeler ele alınmış, her iki vakıf türü için de objektif ve sübjektif şartların sağlanması gerektiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte uygulamada hangi durumların bu şartları sağladığını Yargıtay kararları üzerinden ele almak gerekir. Yargıtay kararları incelendiğinde, özellikle yakın tarihli kararlarda, vakfın amacının değiştirilebilmesi için doktrinde yer alan objektif ve sübjektif şartların arandığı görülmektedir. Yargıtay'ın eskiden beri gelen genel uygulaması, vakfedenin belirlediği amaca olabildiğince sadık kalınması ve objektif ve

¹⁴³ Bezmiâlem Vakfı vakfiyesinde mektep ve medreselere yardım şartı bulunmakla birlikte üniversite kurulmasına ilişkin bir amacın olmadığı gerekçesiyle daha önceden Bezmiâlem Vakıf Üniversitesi kurulmasına ilişkin YÖK kararı Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Bunun üzerine vakıf senedinde değişikliğe gidilerek üniversite kurma amacı da eklenmiştir. Detaylı tartışma için bkz. Solmaz Bilici, *Mazbut Vakıflar*, 123-25.

¹⁴⁴ Fatih Sultan Mehmet Han, Sinan Ağa Bin Abdurrahman, Nurbanu Valide Sultan, Hatice Sultan ve Hacı Abdülaziz Ağa Mazbut Vakıfları adına Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi kurulmuştur. Söz konusu dönemde "üniversite" kurumunun olmayışı dolayısıyla bu vakıfların vakfiyelerinde üniversite kurulması şartının olmamasının yanı sıra anılan vakıflara ilişkin vakfiyeler incelendiğinde, beş vakfa ait vakfiyede de üniversite kurulması amacının bulunmadığı görülmektedir. Fatih Sultan Mehmet Han ile Nurbanu Valide Sultan Vakıflarına ilişkin vakfiyelerde, kurulmuş medreselere yardımdan bahsedilmiş; Hatice Sultan Vakfına ilişkin senette ise, medreseden de bahsedilmemiş, sadece mekteplere yardım ifadesi kullanılmıştır.

¹⁴⁵ AYM, E. 2010/57, K. 2012/14, 26.01.2012, (RG, 26.06.2012, S. 28335).

sübjektif şartlar sağlanmadan vakfın amacının değiştirilmesinin mümkün olmadığı şeklindedir¹⁴⁶. Bazı kararlarında ise Yargıtay, talebin “makul ve inandırıcı bir gerekçeye” dayanmasını aramaktadır¹⁴⁷. Gerçekten de uygulamada vakıf senedinde yer alan amaçların, amaç değişikliği için gereken koşullara bakılmaksızın değiştirilmek üzere müracaat edildiği, ancak Yargıtay’ın önüne gelen uyuşmazlıklarda Yargıtay’ın nispeten sıkı bir denetim yaptığı görülmektedir¹⁴⁸.

Yargıtay uygulamasında özellikle; vakıf senedindeki amacın uygulanabilir olduğu durumlarda salt amacın genişletilmesine yönelik amaç değişikliği taleplerinin reddedildiği görülmektedir¹⁴⁹. Ancak doktrinde, amaç değişikliğini sadece amacın büyük ölçüde yerine getirilemez olması durumları ile sınırlamanın doğru olmadığı, bazı durumlarda vakfın amacının gerçekleştirilmesinden sonra fazla ödeneğin kalması dolayısıyla amacın genişletilmesi ihtiyacının kabul edilebilir olduğu belirtilmektedir¹⁵⁰. Kanaatimizce vakfın, vakfedenin ilk aşamada öngördüğünden çok fazla gelir elde etmesi, objektif olarak vakfın amacının değiştirilmesini/genişletilmesini gerektirebilecek bir durum olarak kabul edilmelidir. Bu durumda sübjektif koşulun da sağlanması halinde vakıf senedindeki amaç değişikliği taleplerinin kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Yargı uygulamasına ilişkin genel bir çerçeve çizmek adına Yargıtay’ın farklı tarihlerde verdiği bazı kararlara aşağıda yer verilmektedir.

¹⁴⁶ “Yargıtayın yerleşmiş uygulamalarına göre de Vakıf Hukukunda asıl olan; kurucu iradenin çok önemli bir sebep bulunmadığı takdirde olduğu gibi korunması diğer bir ifadeyle vakfedenin arzusuna ve iradesine aykırı düşecek şekilde değişiklik yapılmaması olup, ancak durum ve şartlardaki değişimler vakıf senedindeki değişikliği zorunlu hâle getiriyor ise, vakfedenin amacına ve iradesine açıkça ters düşmeyecek şekilde değişiklik yapılması kabul edilmiştir.” Y. HGK, E. 2022/8-371, K. 2022/1163, 27.09.2022, (www.kazanci.com.tr).

¹⁴⁷ Akbulut, *Vakıf Senedinin Tamamlanması*, 229. Örneğin bkz. Y. 18. HD, E. 2017/15536, K. 2018/10543, 03.04.2018, (www.lexpera.com.tr).

¹⁴⁸ Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 603. Örnek kararlar için bkz. Y. HGK, E. 2022/8-371, K. 2022/1163, 27.09.2022; Y. 18. HD, E. 2014/12132, K. 2015/2676, 24.02.2015; Y. 18. HD, E. 2010/2605, K. 2010/4770, 29.03.2010; Y. 18. HD, E. 2003/7274, K. 2003/10203, 22.12.2003, (www.kazanci.com.tr).

¹⁴⁹ Örnek kararlar için bkz. Y. 18. HD, E. 2010/2605, K. 2010/4770, 29.03.2010; Y. 18. HD, E. 2004/10957, K. 2005/138, 31.01.2005; Y. 18. HD, E. 2010/2605, K. 2010/4770, 29.03.2010, (www.kazanci.com.tr). Doktrindeki benzer değerlendirme için bkz. Öğüz, *Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, 105.

¹⁵⁰ Sarıkaya, “Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” 610.

- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen bir uyuşmazlıkta; amaç değişikliği talep edilen vakıf senedinde genel ve özel amaçlar şeklinde iki amaç grubuna yer verildiği, vakıf yönetimi tarafından "eğitim, kültür, sağlık, ilmi araştırma ve sosyal yardım" şeklindeki genel amacın "vakfın pediatrik hematoloji ve onkoloji alanında eğitim, kültür, sağlık, ilmi araştırma ve sosyal yardım" olarak daraltılmak, vakıf senedinde yer alan "İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Kliniği, pediatrik hematoloji-onkoloji dalının bu bölümde yatan hastaların her türlü ihtiyacı karşılamak ve gereğinde bünyesinde yer aldığı çocuk kliniğinin tüm ihtiyaçlarını karşılamak" şeklindeki özel amacın ise "Pediatrik hematoloji-onkoloji hasta ve ailelerinin her türlü ihtiyacını karşılamak ve gerektiğinde tedavi hizmeti aldıkları kliniklerin ihtiyaçlarını karşılamak" şeklinde genişletilmesi talep edilmiştir. Yargıtay tarafından bu şekildeki amaç değişikliği talebi kabul edilmeyerek bu değişikliğin yapılmasını gerektirecek objektif şartların gerçekleşmediğine hükmedilmiştir¹⁵¹. Gerçekten de vakfeden tarafından belirlenen genel ve özel amaçların, bunların gerçekleşmesini engelleyecek objektif bir durum olmadığı müddetçe değiştirilmesi, genişletilmesi veya daraltılması Kanun düzenlemesine aykırıdır.
- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta; "*ilk, orta ve yüksek tahsil kademelerinde imkanı olmayan gençleri bir taraftan asrın müspet ilimleriyle teçhiz, diğer taraftan milli kültür ve manevi değerlere sahip olarak yetiştirmek için her türlü yardımı yapmak ve bu konuda gerekenleri temin etmek hususunda her türlü teşebbüslerde bulunmak*" şeklindeki vakıf amacının, madde metninde belirtilen ifadeler tamamen çıkarılarak yerine "*...dershane, etüt merkezi, özel öğretim kurumları, üniversite açmak...*" gibi geniş kapsamlı bir düzenleme yapılmasının kurucu iradeye aykırı şekilde genişletme olduğu belirtilerek değişiklik talebinin reddine karar verilmiştir¹⁵². Her ne kadar kararda zikredilen amaçların birbirine yakın olduğu düşünülebilecek olsa da, objektif ve sübjektif koşulların sağlandığı ispatlanmadan vakfın amacının bu şekilde tamamen değiştirilmesi talebi, kurucu iradenin korunması prensibine de aykırıdır.

¹⁵¹ Y. HGK, E. 2022/8-371, K. 2022/1163, 27.09.2022, (www.kazanci.com.tr).

¹⁵² Y. 18. HD, E. 2014/12132, K. 2015/2676, 24.02.2015, (www.kazanci.com.tr).

- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta; Mahmut Sami Ramazanoğlu İlim ve Kültür Vakfı'nın "*hayırseverleri hayırlı hizmetlere teşvik etmek ve yapılan yardımları en iyi biçimde değerlendirmek, yetim, dul, kimsesiz ve fakirlere her hususta yardımcı olmak ve yanı sıra bunlar için aşhaneler ve yurtlar açmak ve işletmek, okuma imkanı olmayan kabiliyetli gençlere yardımcı olmak ve bunlar için yurt içi ve yurt dışında okuma imkanı sağlamak, özel öğrenci yurtları tesis edip işletmek, insanımızın ilim ve kültürünün gelişmesine yardımcı olmak, kitap, mecmua, gazete vb. bastırıp neşretmek ve gerektiğinde matbaa tesisleri kurmak, konferanslar, seminerler, paneller düzenlemek, yurt içi ve yurt dışında ilmi kültürel toplantılar tertip etmek, yapılan toplantılara katılmak, fakir ve muhtaç olanlara ölüm, doğum, evlenme ve buna benzer durumlarda maddi ve manevi her türlü yardım sağlamak, tabii afetlerden zarar görenlere imkan nispetinde yardımda bulunmak, bu işlerin yapımı ile ilgili araç ve gereçleri temin etmek, gelenek ve göreneklerimize uygun olarak nişan, nikah, düğün, sünnet merasimlerinin yapılmasına tesislerinde müsaade etmek, Kur'an kursları açmak, gerekli binaları kiralamak, yeni bina yaptırmak, öğretmenler bulmak, talep edenlere Kur'an okumasını öğretmek*" şeklindeki amaca, "*Vakfımızca çocuklar için 0-6 yaş grubu gündüz bakımevi ve kreş; 7-12 yaş grubu çocuk kulübü ile yaşlı ve özürülere bakımevi açmak*" ibaresinin eklenmesi talebi reddedilmiştir. Yargıtay'ın ret kararında; mevcut durum ve koşullarda vakıf senedindeki amacın ve faaliyetlerin genişletilmesi veya değiştirilmesi zorunluluğunu ortaya koyan herhangi bir gelişme ve buna bağlı olarak vakfedenin isteklerine açıkça uymayacak hallerin varlığı bulunmadığı belirtilerek vakfın amaç ve faaliyetlerinin genişletilip değiştirilmesi hukuka aykırı bulunmuştur¹⁵³. Vakfın amacının genişletilmesini gerektiren gelişmeye örnek olarak vakfın gelirlerinde büyük bir artış yaşanması gösterilebilir. Ancak bu durumda dahi söz konusu artışın mevcut amaçlar için kullanılması mümkün olduğu müddetçe amaç genişletmesine gitmek kurucu iradeye aykırı görülebilecektir.
- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta; Uludağ Kültür ve Eğitim Vakfı'nın "*çalışkan ve kabiliyetli himayeye muhtaç memleket evlatlarına orta, lise, yüksekokul ve teknik okullarda tahsillerini yaptırmak ve bu okulların bütün derece ve kademelerinde*

¹⁵³ Y. 18. HD, E. 2010/2605, K. 2010/4770, 29.03.2010, (www.kazanci.com.tr).

okuyan talebelerin pozitif ilimlerle mücehhez milli kültür örf ve adetlerimize bağlı, vatanperver bir duygu ile yetişmelerini temin etmek, bu amaçla ülkemizde ihtiyaç duyulan araştırmacı her türlü teknik eleman maddi manevi ilim ve fen adamlarını yetiştirmek, yetişmiş olanlara destek sağlamak ve yardım etmek, öğrencilerin veya öğretim üyelerinin memleket menfaatlerine uygun her türlü ilmi kültürel ve sosyal araştırma inceleme ve ilgili konularda eser ve yayın hazırlama, çalışmalarını desteklemek ve bu konularda ilgili yayınlar yapmak, kabiliyetli çalışkan öğrencilerden seçilenlerin yurt dışında lisansüstü çalışma masraflarını ilgili kanun ve yönetmeliklere uygun olarak karşılamak, karşılıksız burs vermek, öğrenci yurtları ve pansiyonlar açmak, vakfın gelecekteki inkişaf durumu ve gelişmeler ölçüsünde özel okullar açmak veya yardımcı olmak” şeklindeki amaca, “üniversiteler açmak, kültür değerlerinden olan çeşme, cami gibi tarihi eserlerin tamiri ile bakımını ve korunmalarını sağlamak ve inşa etmek, ihtiyaç sahibi ve felakete uğrayan kimselere ayni ve nakdi yardımda bulunmayı, memleketin yurt içinde ve dışında tanıtıcı her türlü kültürel faaliyette bulunmak” ibaresinin eklenmesi talebi reddedilmiştir. Yargıtay’ın ret kararında; mevcut durum ve koşullarda vakıf senedindeki amacın ve faaliyetlerin genişletilmesi veya değiştirilmesi zorunluluğunu ortaya koyan herhangi bir gelişme ve buna bağlı olarak vakfedenin isteklerine açıkça uymayacak hallerin varlığı bulunmadığı belirtilerek vakfın amaç ve faaliyetlerinin genişletilip değiştirilmesi hukuka aykırı bulunmuştur¹⁵⁴. Ayrıca Yargıtay dairesinin kararında, vakfın değiştirilen amacına uygun olarak gelirinde herhangi bir artış olup olmadığı hususunun araştırılması gerektiği vurgulanmıştır. Yargıtay’ın bu yöndeki değerlendirmesi; vakfın gelirlerinde meydana gelebilecek yüksek artışın amacın genişletilmesi için makul ve kabul edilebilir bir sebep olarak kabul edildiğini göstermektedir. Oysa bahse konu kararda bu şekilde bir gelir artışından bahsedilmediği için Yargıtay’ın kararı isabetlidir.

- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi’nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta; Çevre Eğitim Sağlık ve Sosyal Yardımlaşma Vakfı’nın “*çevreyi korumak, çevre bilincini geliştirmek, çevre ile ilgili projeler üretmek ve uygulamak sağlık hizmetleri vermek, sağlık tesisleri kurmak, geliştirmek, sağlık tesislerine sağlık cihazları ve malzemeleri temin*

¹⁵⁴ Y. 18. HD, E. 2004/10957, K. 2005/138, 31.01.2005, (www.kazanci.com.tr).

etmek, kadınlara ana çocuk sağlığı konusunda koruyucu ve tedavi edici tababet hizmetleri vermek, kadınlar arasında dayanışmayı güçlendirecek faaliyet ile bunu gerçekleştirmek üzere kaynak yaratacak projeler üretmek ve uygulamak, kimsesiz ve yardıma muhtaç olan kadınlara ve kimsesiz kızlara barınacak yer temin etmek, onları meslek sahibi yapmak ve işe yerleştirmek” şeklindeki amaca, “eğitim hizmetleri vermeyi, her türlü resmi ve özel eğitim kurumlarına maddi ve manevi destek sağlamayı eğitimlerine katkıda bulunmayı, ülkemizin tarihi ve kültürel varlıklarını korumayı ve bunları yurt içinde ve dışında tanıtmayı ülkemizin müzik edebiyat plastik sanatlar ve benzeri kültür değerlerinin geliştirilmesi ve bunların yurt içi ve dışında tanıtımlarının yapılması amacıyla projeler üretmek” ibaresinin eklenmesi talebi reddedilmiştir. Yargıtay’ın ret kararında; mevcut durum ve koşullarda vakıf senedindeki amacın ve faaliyetlerin genişletilmesi veya değiştirilmesi zorunluluğunu ortaya koyan herhangi bir gelişme ve buna bağlı olarak vakfedenin isteklerine açıkça uymayacak hallerin varlığı bulunmadığı gibi vakfın amacının değiştirilmesini haklı gösterecek büyük bir gelir artışının da olmadığı belirtilerek vakfın amaç ve faaliyetlerinin genişletilip değiştirilmesi hukuka aykırı bulunmuştur¹⁵⁵. Bu uyuşmazlık açısından objektif ve sübjektif koşulların sağlandığı ispat edilmeden amacın genişletilmesi talebi Kanun düzenlemelerine uygun değildir.

- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi’nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta; H. D. Eğitim Kültür Sağlık ve Sosyal Yardım Vakfı’nın “*eğitim, kültür ve sağlık hizmetlerine yardım etmek üzere gerekli her türlü tesisleri kurmak veya bu amaçları gerçekleştiren kuruluşlara iştirak etmek, kız öğrenci yurdu tesis etmek, köy okullarına yardım etmek, bakıma muhtaç kimselere aşevi, huzurevi ve ayni ve nakdi yardımlar sağlamak*” şeklindeki amaca, “*her seviyede (anaokulundan üniversiteye kadar) eğitim ve öğretim kurumları açmak, yoksul ve başarılı öğrencilerin yurt içinde ve dışında akademik eğitim yapmalarını sağlamak, fakir ve kimsesizlerin tedavisi için kar amacı gütmeyen sağlık tesislerinin kurulmasını temin etmek*” ibaresinin eklenmesi talebi reddedilmiştir. Yargıtay’ın ret kararında; mevcut durum ve koşullarda vakıf

¹⁵⁵ Y. 18. HD, E. 2003/7274, K. 2003/10203, 22.12.2003, (www.kazanci.com.tr). Benzer karar için bkz. Y. 8. HD, E. 2017/15536, K. 2018/10543, 3.4.2018, (www.lexpera.com.tr).

senedindeki amacın ve faaliyetlerin genişletilmesi veya değiştirilmesi zorunluluğunu ortaya koyan herhangi bir gelişme ve buna bağlı olarak vakfedenin isteklerine açıkça uymayacak hallerin varlığı bulunmadığı belirtilerek vakfın amaç ve faaliyetlerinin genişletilip değiştirilmesi hukuka aykırı bulunmuştur¹⁵⁶. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararı eklenmek istenen “*her seviyede (anaokulundan üniversiteye kadar) eğitim ve öğretim kurumları açmak, yoksul ve başarılı öğrencilerin yurt içinde ve dışında akademik eğitim yapmalarını sağlamak*” ibareleri açısından isabetli değildir, zira vakıf senedine sonradan eklenmek istenen bu ibareler aslında vakıf senedindeki mevcut amaçların kapsamına girmekte, bu amaçları daha somut bir şekilde ifade etmekten ibarettir. Öte yandan vakıf senedinin ilk halinde sağlık hizmetine ilişkin herhangi bir şart öngörülmemişken sonradan amaç değişikliği ile bu yönde bir amacın eklenmesi doğru olmayıp kanaatimizce sadece bu şart açısından Yargıtay kararı isabetlidir.

- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta; davacı vakfın “*İstanbul'da Edirnekapı'da kain Edirnekapı ve Sakızağacı Şehitlik yeri ile bu şehitlikler içinde bulunan hususi defin sahalarını mamur bir halde tutmak; imkanları ile sınırlı olmak kaydıyla yurtiçinde ve dışında yurdumuzu ve egemenliğimizi korumak uğrunda şehit olanların kabirlerini ulusun saygı duygularına uygun bir şekilde düzenlemek, imar etmek ve anularını yaşatacak anıtlar yapmak ve bunların bakımını sağlamak; bu ülkeye uygun yayın yapmak*” şeklindeki amacının, “*bu ülkeye uygun olmak kaydı ile yurdun herhangi bir yerinde yardıma muhtaç, okul ve özellikle şehit ve köy çocuklarına olmak üzere mali ve eğitim bakımlarından desteklemek ve yardıma muhtaç bu okul ve çocukların geliştirilmelerini sağlamak*” şeklinde tamamen değiştirilmesi talebi reddedilmiştir. Yargıtay'ın ret kararında; mevcut durum ve koşullarda vakıf senedindeki amacın ve faaliyetlerin genişletilmesi veya değiştirilmesi zorunluluğunu ortaya koyan herhangi bir gelişme ve buna bağlı olarak vakfedenin isteklerine açıkça uymayacak hallerin varlığı bulunmadığı belirtilerek vakfın amaç ve faaliyetlerinin genişletilip değiştirilmesi hukuka aykırı bulunmuştur¹⁵⁷. Bu kararda vakıf senedinin ilk halinde bulunmayan farklı bir amacın,

¹⁵⁶ Y. 18. HD, E. 2002/3669, K. 2002/6289, 03.06.2002, (www.kazanci.com.tr).

¹⁵⁷ Y. 18. HD, E. 2002/3481, K. 2002/6011, 27.05.2002, (www.kazanci.com.tr).

objektif ve sübjektif şartlar sağlamadan eklenmesi talebi doğru olmayıp Yargıtay'ın kararı isabetlidir.

- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta; davacı vakfın “*İstanbul Darülaceze Kurumunu yaşatmak, günün ihtiyaç ve koşullarına göre geliştirmek, uygun imkânlar sağlandığında gerek İstanbul'da gerek diğer illerde yeni Darülaceze Kurumları oluşturmak, devletimize ve milletimize yaraşır örnek bir kurum haline getirmek, ücretli ve ücretsiz huzurevleri, kreşler, sağlık tesisleri açmak, inşa etmek, ettirmek, işletmek veya işlettirmek, bu kurumun sahip olduğu ve bundan sonra sahip olacağı taşınmazların kira gelirlerini artırıcı önerileri ilgili kurullara iletmek, mevzuatın müsaadesi dâhilinde kuruma ait eski binaları onarmak*” şeklindeki amaca bazı ek düzenlemelerin getirilmesi talep edilmiştir. Yargıtay tarafından, Darülaceze'de bulunan ihtiyaç sahibi kişilerin maddi ve manevi ihtiyaçlarını karşılamayı hedefleyen (e) fıkrası ile Darülaceze Vakfı'na önemli ölçüde nakdi ve aynı katkıda bulunanların zamanla muhtaç duruma düşmeleri halinde kendilerine yardımda bulunmayı öngören (g) fıkrası vakfedenlerin iradelerini yansıtan vakıf senedinin 3. maddesindeki muhtaç ve düşkünlerin barındırılıp korunacakları darülacezeze yönelik amaçlar kapsamında faaliyetler olarak değerlendirilmiş ve bu bağlamda, uygulamada tereddütleri giderici nitelikte olması nedeniyle senede eklenmesinin amaç değişikliği oluşturmayacağı belirtilerek uygun bulunmuştur. Ancak vakfın amacında hedeflenen muhtaç ve düşkün statüsünde kabulü mümkün olmayan, Darülaceze Kurumunda çalışanlara giyim, ulaşım, eğitim, yakacak ve benzeri maddi yardımda bulunmayı öngören (d) ve (f) fıkralarının vakıf senedine eklenmesi talebi yukarıda yer verilen kararlarla benzer gerekçelere istinaden reddedilmiştir¹⁵⁸. TMK md. 113'te aranan objektif ve sübjektif koşullar göz önünde bulundurulduğunda değişiklik talebinin Yargıtay tarafından reddedilmesi isabetlidir, zira vakıf senedinde öngörülmeyen ve vakfın temel amacı doğrultusunda yoksul ve muhtaç statüsüne girmeyen kişilerin vakıftan yararlanmasına yönelik bir değişiklik kurucu iradeye aykırıdır. Öte yandan Yargıtay tarafından isabetli bir şekilde, vakıf senedinde yazılı bir amacın uygulamada tereddütleri giderici ve açıklayıcı nitelikte değiştirilmesi talebinin kurucu iradeye aykırı

¹⁵⁸ Y. 18. HD, E. 2002/793, K. 2002/3691, 08.04.2002, (www.kazanci.com.tr).

olmadığı gibi aslında amaç değişikliği kapsamında dahi görülmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

- Bir başka olayda İstanbul'daki "Z. H. Camii Şerifi" adında bir cami kurmak amacıyla kurulan vakfin daha sonra amacı, "Türkiye'nin herhangi bir yerinde camii inşa etmek" şeklinde tamamen değiştirilmesi talebi Yargıtay tarafından, TMK md. 113'te öngörülen şartların sağlanmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁵⁹. Yargıtay'ın kararında olayın detaylarına yer verilmemekle birlikte hâlihazırda vakıf tarafından "Z.H. Camii Şerifi" ismiyle bir cami kurulmadığı müddetçe amacın değiştirilmesi kurucu iradeye açıkça aykırılık teşkil edecektir. Bununla birlikte söz konusu cami inşa edildikten ve caminin bakım ve gider masrafları karşılandıktan sonra vakfin gelirleri ile yeni camiler kurulması da mümkün ise burada amacın değiştirilmesi/genişletilmesi kurucu iradeye daha uygun olacaktır.
- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta; davacı vakfın "*hayırseverleri hayırlı hizmetlere teşvik etmek ve yapılan yardımları en iyi şekilde değerlendirmek, yetim, dul, kimsesiz ve fakirlere her hususta yardımcı olmak ve yanı sıra bunlar için aşhaneler ve yurtlar açmak ve işletmek, okuma imkânı olmayan kabiliyetli gençlere yardımcı olmak ve bunlar için yurt içi ve yurt dışında okuma imkanı sağlamak, özel öğrenci yurtları tesis edip işletmek, insanımızın ilim ve kültürünün gelişmesine yardımcı olmak, kitap, mecmua, gazete vb. bastırıp neşretmek ve gerektiğinde matbaa tesisleri kurmak, konferanslar, seminerler, paneller düzenlemek, yurt içi ve yurt dışında ilmi kültürel toplantılar tertip etmek, yapılan toplantılara katılmak, fakir ve muhtaç olanlara ölüm, doğum, evlenme ve buna benzer durumlarda maddi ve manevi her türlü yardım sağlamak, tabii afetlerden zarar görenlere imkan nispetinde yardımda bulunmak, bu işlerin yapımı ile ilgili araç ve gereçleri temin etmek, gelenek ve göreneklerimize uygun olarak nişan, nikah, düğün, sünnet merasimlerinin yapılmasına tesislerinde müsaade etmek, Kur'an kursları açmak, gerekli binaları kiralamak, yeni bina yaptırmak, öğretmenler bulmak, talep edenlere Kur'an okumasını öğretmek*" şeklindeki amaca, "*vakfımızca çocuklar için 0-6 yaş grubu gündüz bakımevi ve kreş; 7-12 yaş grubu çocuk kulübü ile yaşlı ve özürllülere*

¹⁵⁹ Y. 18. HD, E. 2014/1846, K. 2014/12431, 11.09.2014, (www.lexpera.com.tr).

bakımevi açmak” şeklinde tamamen değiştirilmesi talebi reddedilmiştir. Yargıtay’ın ret kararında; mevcut durum ve koşullarda vakıf senedindeki amacın ve faaliyetlerin genişletilmesi veya değiştirilmesi zorunluluğunu ortaya koyan herhangi bir gelişme ve buna bağlı olarak vakfedenin isteklerine açıkça uymayacak hallerin varlığı bulunmadığı belirtilerek vakfın amaç ve faaliyetlerinin genişletilip değiştirilmesi hukuka aykırı bulunmuştur¹⁶⁰. Gerçekten de vakıf senedinde pek çok hususa yönelik birden fazla amacın öngörülmesine rağmen bunların hepsi için gerekli harcamalar yapıldıktan sonra geriye yüksek miktarda bir bakiye kaldığı ispat edilmediği müddetçe amaç değişikliğine gitmek TMK md. 113’te aranan şartları sağlamamaktadır.

- İstinaf mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta ise; 1948 yılında tesis olarak kurulan vakfın amacı, aynı mahallede bulunan “X1 Camii”nde görev yapan cami görevlilerinin ücretlerinin ödenmesi, caminin tamir ve tadilat işlerinin yürütülmesi olarak belirlenmiş, ancak vakıf senedinde belirlenen amaçların, 1948 tarihi itibarıyla uygulanabilir iken; cami görevlilerinin Diyanet İşleri Başkanlığına bağlanması ve vakıf konusu caminin korunması gerekli kültür varlığı olması sebebiyle her türlü tamir, tadil, bakım işlerinin ilgili resmi kurumlarca yapılması karşısında artık uygulanabilir olmaktan çıktığı, bu sebeple başta vakfın kuruluş amacı olmak üzere vakıf senedinin güncellenmesi, günümüz koşullarına uygun hale getirilerek vakfa yeniden işlevsellik kazandırmak istenmiştir. Ancak İstinaf Mahkemesi tarafından TMK md. 113 kapsamında aranan sübjektif ve objektif koşulların oluşmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiştir¹⁶¹. Kanaatimizce İstinaf Mahkemesi’nin kararı isabetli değildir. Zira değişen hukuki düzenlemeler ve durumlar, amaç değiştirilmesini gerektirebilecek objektif koşul kapsamına dâhil kabul edilmelidir. Bu durumda kurucu iradenin; söz konusu durumu öngörebilseydi daha farklı bir amaç belirleyebileceği yorumuna gitmek haksız olmayacaktır.
- Yargıtay’ın bir başka kararında ise şu şekilde içtihat edilmiştir: “*Somut olayda, tescil edilmiş M. V. ’nın amacını ve faaliyet alanını düzenleyen senedin Deyimler başlıklı 2.maddesindeki ‘Muğla Üniversitesi’ ibaresi ‘Türkiye’de bulunan Üniversiteler ve Bağlı Yüksek Öğretim*

¹⁶⁰ Y. 18. HD, E. 2010/2605, K. 2010/4770, 29.03.2010, (www.lexpera.com.tr).

¹⁶¹ Antalya BAM 1. HD, E. 2018/864, K. 2019/43, 15.01.2019, (www.lexpera.com.tr).

Kurumları', 5.maddesindeki 'diğer Üniversiteler' ibaresinin önüne 'yurtdışındaki' sözcüklerinin getirilmesi suretiyle tüm çalışma ve faaliyetleri yalnızca Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi ile sınırlı tutulmuş iken, belirtilen bu değişiklikler sonucunda amaç ve faaliyetler ülkedeki tüm üniversitelere yayılarak çok daha geniş kapsamlı olarak vakfın amacının kuruluş iradesine aykırı şekilde genişletildiği ve değiştirildiği anlaşıldığından; vakıf senedinde yapılan söz konusu değişikliklerin, yukarıda açıklanan esaslara ve özellikle Türk Medeni Kanunu'nun 113. maddesinde öngörülen koşullara uygun düşmediği gözetilmeden tesciline karar verilmesi doğru görülmemiştir¹⁶². Yukarıdaki bölümlerde açıklandığı üzere, vakıf senedinde belirli bir kesime yönelik (somut olay açısından Muğla Üniversitesi) menfaat sağlanması şart koşulmuşken bunun genişletilmesi (somut olay açısından Türkiye'deki tüm üniversiteler) kurucu iradeye aykırıdır. Bu sebeple Yargıtay'ın kararının isabetli olduğu belirtilmelidir.

- Yargıtay'ın bir başka kararında ise; amacı ve faaliyet alanı ihtiyaç sahibi öğrencilerin maddi ve manevi ihtiyaçlarını (burs, barınma, sağlık vs.) karşılamak ve vakfa ait cami ve tesislerin korumasını sağlamak şeklinde olan vakıf, daha sonra amaç değişikliği yoluna giderek “*her türlü özel okul, sağlık tesisleri, yüksek okul, üniversite kurmak, vakıf bünyesindeki personel için lojman, daire inşa etmek, kreş, çocuk yuvası, huzurevi açıp işletmek, gıda bankacılığı yapmayı istemek*” gibi değişikliklerin tescilini talep etmiştir. Ancak bu değişiklik talebinin, vakfın kuruluş iradesine aykırı bir genişletme ve değiştirme olduğu belirtilerek vakıf değişiklik senedinde yer alan değişikliklerin TMK'nın 113. maddesinde öngörülen koşullara uygun düşmemesi sebebiyle reddine karar verilmiştir¹⁶³. Bu kararda vakıf senedinin ilk halinde bulunmayan farklı bir amacın, objektif ve sübjektif şartlar sağlamadan eklenmesi talebi doğru olmayıp Yargıtay'ın kararı isabetlidir.
- Yargıtay'ın bir başka kararında ise; amacı, “*Büyükçekmece halkının ihtiyaç sıralamasına göre eğitim, sağlık, dini, kültürel ve bedii ihtiyaçlarını karşılamak üzere okul, sağlık tesisleri, spor salonu ve alanları, konser, tiyatro, konferans alanları, cami ve dini müesseseler inşa etmek veya ettirmek*” şeklinde iken “*Büyükçekmece halkının yanı*

¹⁶² Y. 18. HD, E. 2014/5825, K. 2014/14989, 28.10.2014, (www.lexpera.com.tr).

¹⁶³ Y. 18. HD, E. 2014/3349, K. 2014/14993, 28.10.2014, (www.lexpera.com.tr).

sıra Ülkemizin kalkınmasını, gelişmesini, milli ve manevi değerlerine bağlı ilmi kariyere sahip sağlıklı nesiller yetiştirmek amacıyla her yönü ile mükemmel eğitim öğretim kurumları (Anaokulu, ilköğretim, ortaöğretim, meslek yüksekokulu, üniversite, enstitü vb.)” ifadesi ile değiştirilmesi talebi reddedilmiştir¹⁶⁴. Vakıf senedinde belirli bir kesime yönelik (somut olay açısından Büyükçekmece halkı) menfaat sağlanması şart koşulmuşken bunun genişletilmesi (somut olay açısından tüm Türkiye) kurucu iradeye aykırıdır, zira vakıf kuran irade bu vakfi aslında belirli bir kesime menfaat sağlama amacıyla kurmuştur. Uygulamada bu yönde uyumsuzluklar sıklıkla görülmekte ve Yargıtay tarafından istikrarlı şekilde reddedilmektedir¹⁶⁵. Yargıtay’ın yerleşik uygulamasının TMK md. 113 ruhuna uygun olduğu belirtilmelidir.

- Ziraat Bankası Personeli Vakfı; son yıllarda vakfa ödemede bulunan mensupların azalmasına karşılık hak sahiplerine yapılan ödemelerin arttığını, böyle devam ettiği takdirde vakfın zor durumda kalacağını ve hiçbir hak sahibine ödeme yapamayacak duruma geleceğini, bu nedenle vakıf senedinin sosyal güvenlik yardımları bölümünün tasfiyesine ilişkin vakıf senedinde yapılmak istenilen değişikliğin tesciline karar verilmesini istemiştir. Yerel Mahkeme tarafından değişikliklerin, emeklilerin kazanılmış haklarını ortadan kaldıracığından, nasıl olacağı da belirtilmeden soyut biçimde daha yumuşak bir geçiş ile sakıncaların giderilmesi mümkün iken hakkaniyete ve adalete aykırı sonuç doğuracak nitelikte olduğundan tescil davasının reddine karar verilmiştir. Bunun üzerine Yargıtay, şu gerekçelerle Yerel Mahkeme kararını bozmuştur: “*Tarafların iddia ve savunmaları dosyaya ibraz edilen belgeler ile davacı vakfa ait senetten; vakfın, mensuplarına sosyal yardımlar ve sosyal güvenlik yardımları adları altında ödemede bulunduğu, bu yardımlar için ilgililerden ayrı ayrı aidat toplandığı, bu iki bölümün hesaplarının birbirinden bağımsız olarak tutulduğu ve birbirine para aktarımının mümkün olmadığı, özellikle son yıllarda Ziraat Bankasının özelleştirme kapsamına alınması nedeniyle çalışanlarının kurum değiştirme veya işten çıkarma yoluyla azaldığı,*

¹⁶⁴ Y. 18. HD, E. 2007/8248, K. 2007/8252, 08.10.2007, (www.lexpera.com.tr).

¹⁶⁵ Aynı yönde benzer başka kararlar için bkz. Y. 18. HD, E. 2007/7615, K. 2007/8244, 08.10.2007; Y. 18. HD, E. 2006/12, K. 2006/574, 06.02.2006; Y. 18. HD, E. 2006/5791, K. 2006/6389, 18.09.2006, (www.lexpera.com.tr).

böylece vakfın sosyal güvenlik bölümünün gelirlerinin düştüğü buna karşılık vakfın yardımda bulunduğu emekli sayısının ise çok arttığı ayrıca bir kısım çalışanların da kendiliğinden vakıftan ayrıldığı, vakfın mensuplarından tahsil ettiği aidatlar dışında başka bir gelirin olmadığı ve bu gelirin de artırılmasının mümkün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, tarafların iddia ve savunmaları tam olarak karşılanıp özellikle davacı vakfın bilançoları ve hesap özetleri getirtilip vakıf belgeleri üzerinde inceleme yapılarak vakfın mali yönden ne durumda olduğu, aktif-pasif mensup dengesinin bozulup bozulmadığı, mevcut ödemeler aynen devam ettiği takdirde vakfın zor durumda kalıp kalmayacağı ve yeni emekli olan veya henüz aidat ödemekte olup emekli olmayan mensupların ödediklerinin karşılığını alamayacak duruma düşüp düşmeyeceklerinin tespiti bakımından; davacının yaptırdığını söylediği ve 13. Olağan Genel Kurula sunulan vakfın mali durumu ile ilgili rapor da getirtilerek konunun uzmanları arasından seçilip görevlendirilecek bilirkişilerden vakfın sosyal güvenlik yardımlarına ait bölümünün aktüeryal durumunu ve yukarıda belirtilen hususları gösterir biçimde ayrıca detaylı rapor alınıp; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun [113.](#) ve Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü'nün 26. maddelerinde, durum ve koşullardaki değişmeler yüzünden vakıf senedinde yazılı amaca bağlı kalınması vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak hale gelmiş ise mahkemece vakfın amacının değiştirilebileceği hükme bağlandığından bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususu da gözetilip; hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken; yeterli olmayan bilirkişi raporu esas alınarak yerinde bulunmayan gerekçelerle eksik inceleme ile vakıf senedinde yapılmak istenilen değişikliklerin tesciline ilişkin davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir”¹⁶⁶. Bu karara göre vakfın gelirlerinde yaşanan ciddi azalma ve ekonomik sıkıntı, TMK md. 113'te aranan objektif koşulu sağlamaktadır. Kanaatimizce yaşanan ekonomik sıkıntılar, ani veya ciddi gelir kayıpları ve bu haliyle vakfın sürdürülemez hale gelmesi, Yargıtay'ın da isabetli şekilde değerlendirdiği gibi amaç değişikli başvurusuna imkân sağlamalıdır.

¹⁶⁶ Y. 18. HD, E. 2003/8031, K. 2003/10034, 16.12.2003, (www.kazanci.com.tr).

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Amaç, vakıf açısından esaslı bir unsur olup vakfın kuruluşundan sona ermesine kadar her aşamada dikkate alınmaktadır. Hukukumuzda amacın serbestçe belirlenebilmesi mümkündür. Bununla birlikte amacın taşınması gereken bazı temel özellikler vardır. Bunlar; belirli olma, sürekli olma, imkânsız olmama, hukuka, ahlaka ve ulusal menfaatlere aykırı olmamadır. Bu şartları taşıyan vakıf amacı vakfeden tarafından serbestçe belirlenebilecek olmakla birlikte bu amaç kesinlikle ticari gelir elde etme sonucunu taşıyamaz.

Kural olarak amaç, vakfeden tarafından belirlendiği şekilde uygulanır. Zira kurucu iradeye bağlılık ve sadakat, genel vakıf hukuku teorisinin temelini oluşturan prensiplerdendir. Ancak vakfın sürekliliğini ve devamını sağlamak için, gelişen ve değişen durum ve koşulların, amacı anlamsız ve/veya işlevsiz hale getirmesi durumunu da göz önünde bulundurmak gerekir. Bu sebeple yeni vakıflar açısından TMK md. 113/1 'de ve eski vakıflar açısından Vakıflar Kanunu md. 14'de; durum ve koşullardaki değişimler yüzünden vakıf senedinde yazılı amaca bağlı kalınmasının vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak hâle gelmesi durumunda vakıf amacının değiştirilebileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme gereğince amaç değişikliğinin yapılabilmesi, şekli şartların yanı sıra iki temel maddi şartı da sağlamalıdır. Bunlar objektif ve sübjektif koşuldur.

Objektif şart, vakıf dışında gerçekleşen ama vakfı da ilgilendiren hukuki, teknolojik, toplumsal ve sair değişimler dolayısıyla vakfın amacının anlamsızlaşması veya önemli ölçüde işlevini yitirmesi durumudur. Sübjektif şart ise; vakfedenin bu durumu öngörseydi amacı bu şekilde belirlemeyeceğine yönelik farazi iradesidir. Bir diğer ifadeyle değişen durum ve koşullar dolayısıyla vakfın geldiği noktanın, vakfedenin kurucu iradesine aykırı bir hal alması gerekmektedir. Bu iki şartın sağlanması durumunda, şekli şartlara da riayet edilerek vakfın amacında değişikliğe gidilebilmesi mümkündür. Yeni amaç ise, vakfın önceki amaç ve faaliyetleri ile vakfedenin farazi iradesi göz önünde bulundurulurken belirlenir.

Eski vakıflardaki amaç değişikliği için de objektif ve sübjektif şartların sağlanması aranmakla birlikte amaç değişikliğine ilişkin usul farklılık göstermektedir. Nitekim yeni vakıflarda amaç değişikliği mahkeme kararıyla mümkün iken eski vakıflarda amaç değişikliği Vakıflar Meclisi kararıyla gerçekleşebilmektedir. Bu sebeple idari bir kararla gerçekleştirilen eski vakıf amaçlarına ilişkin uyuşmazlıklara daha az rastlanmakta, çoğunlukla mahkemelere yansımayan bu amaç değişikliklerinin -erişime açılan kararlar

açısından- Vakıflar Genel Müdürlüğü arşivinden elde edilebilmesi mümkündür.

Yeni vakıflar açısından amaç değişikliğinin çok sıkı şartlara bağlandığı ve Yargıtay uygulamasının da bu çerçevede sert bir denetim yaptığı söylenebilir. Gerçekten de Yargıtay kararları incelendiğinde; vakfın amacını genişleten, vakfın ilk amacını imkânsızlaşmadığı halde değiştiren, kurucu iradenin dışına çıkan her türlü değişiklik talebinin reddedildiği görülmektedir. Yargıtay kararlarında amaç değişikliği için çoğunlukla objektif ve sübjektif koşulun sağlanması aranmaktadır. Bazı kararlarda ise amaç değişikliğinin “makul ve inandırıcı sebeplere dayanması” gerekliliği vurgulanmaktadır. Pek çok kararda ise “kurucu iradeye aykırılık” hususuna dikkat çekilmektedir. Özellikle vakıf amacının genişletilmesi halinde, bunu zorunlu kılacak düzeyde ekonomik gelir artışı da Yargıtay kararlarında dikkate alınan kriterler arasındadır.

Yargıtay’ın amaç değişikliği konusundaki sert tutumunun, özellikle vakfın amacını haklı bir sebep olmaksızın genişleten değişiklikler açısından isabetli olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte bu tutumun, somut bazı kararlarda haksız sonuçlara sebebiyet verdiği söylenmelidir. Örneğin yukarıda yer verilen kararlardan birinde; belirli bir cami ve imamları lehine kurulan vakfın, imamların diyanete bağlanması ve caminin de kültür mirası kabul edilmesi dolayısıyla tamir ve bakımının idare tarafından üstlenilmesi durumunda büyük oranda işlevini yitirdiği ve amacının anlamsızlaştığı görülmektedir. Buna rağmen Yargıtay’ın, vakıfta belirtilen cami dışındaki camileri kapsayacak şekildeki amaç değişikliğini reddetmesi kanaatimizce hukuka uygun değildir. Sonuç olarak vakfın kurucu iradesine bağlılık önem arz etmekle birlikte gelişen koşullar, vakfın mevcut ekonomik durumu ve vakfedenin farazi iradesi hususları göz önünde bulundurularak amaç değişikliği talebi değerlendirilmeli ve vakfın kurucu iradeye uygun şekilde faaliyetlerine devam edebileceği amaç değişikliği taleplerinin olumlu karşılanması gerekir.

KAYNAKÇA

Akbıyık, Cem. “Vakfın Kendiliğinden Sona Ermesi ve Tasfiyesi ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi.” İçinde *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt III - Dernekler ve Vakıflar*. Ed. Baki İlkay Engin. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Akbulut, Pakize Ezgi. *Vakıf Senedinin Tamamlanması ve Değiştirilmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022.

- Akgündüz, Ahmet. *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2013.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022.
- Akman, Ahmet. “Ali Haydar Efendi’de Vâkıfın Şartları (Şart-ı Vâkıf).” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, S. 3 (2018): 45-86.
- Akman, Ahmet. *Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Akünel, Teoman. *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988.
- Akyıldız, Ali. “Vakfın Kuruluşunda Amaç ve Malvarlığı Denetimi ile Vakıflarda Dernekleşme Eğilimi Problemi.” *Vakıflar Dergisi*, S. 26 (1997): 411-426.
- Ayan, Mehmet, ve Nurşen Ayan. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Adalet Yayınevi, 2023.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Aydos, Oğuz Sadık. “Vakfın Sona Ermesi.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, S. 1 (2016): 129-54.
- Aykul, Ömer. *Yeni Vakıflar Hukuku*. İstanbul: Seçkin Yayınları, 2019.
- Ballar, Suat. *Yeni Vakıf Hukuku 1*. İstanbul: Der Yayınları, 2020.
- Başpınar, Sena. *Mülhak Vakıflar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Baysal, Başak, ve Sadife Karataş Kural. *Yeni Vakıflar İçin Yasal Mevzuat Rehberi*. İstanbul: Tüsev Yayınları, 2020.
- Berki, Ali Himmet. *Vakıflar – İkinci Kitap (Medeni Kanunda “Te’sis” ve Vakıflar Kanunu Hükümleri)*. Ankara: Nur Matbaası, 1950.
- Çevik, Kemal. “Mazbut Vakıfların Tüzel Kişiliği ve Vakıf Üniversitelerine Kurucu Üye Olma Ehliyetleri.” *Vakıf Haftası Dergisi*, S. 7 (1990): 103-115.
- Çilingir, Hamdi. “Hanefi Vakıf Hukukunda Gaye Unsuru.” Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Dağcı Çoşğun, Öznur. “Evkaf-ı Hümayun Nezaretinden Vakıflar Genel Müdürlüğüne: Vakıflarda Denetim.” Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Demir, İlhan. *Yeni Vakıfların Temel Kitabı*. Ankara: 2005.
- Doğan, Murat. *Vakıflarda Mal Varlığı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000.
- Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz. *Türk Özel Hukuku - Cilt II: Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.

- Ercil, Oya. "Yargıtay Kararlarıyla Vakıflarda Kurucu İrade." *Vakıflarda Kurucu İradesinin Korunması ve Sürdürülmesinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar*, (Ankara, 9 Aralık 2010).
- Ercin, Ferhat. "Vakıf Hukukunda Vakfedenin Amacının Önemi." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 25, S. 1-2 (2005): 169-94.
- Ergün, Ömer. "Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu." Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- Güneri, Hasan. *Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1976.
- Hatemi, Hüseyin. "Önceki Hukukumuzda ve Türk Medeni Hukukunda Vakıf Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Düşünceler." *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 11, S. 14 (Kasım 2011): 69-91.
- Hatemi, Hüseyin. "Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 55, S. 4 (1997): 111-128.
- Hatemi, Hüseyin. *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1979.
- Hatemi, Hüseyin. *Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1969.
- İkizler, Metin. "Vakıf Senedinde Değişikliğe Gidilmesi (TMK m. 107, 112 ve 113'ün Kapsamı ve Birbiriyle İlişkisi)." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 1-2 (2007): 165-208.
- İkizler, Metin, ve Yasin Kurban. *Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- İşeri, Ahmet. "Vakıflar ile İlgili Asliye Hukuk Mahkemeleri ve Yargıtay Kararları." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 28 (1971): 505-514.
- İşeri, Ahmet. *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf (Tesis)*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1968.
- Jacob, Dominique. *Schutz der Stiftung: Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- Jacob, Dominique, ve Goran Studen. "Foundation Law in Switzerland: Overview and Current Developments in Civil and Tax Law." İçinde *Developments in Foundation Law in Europe*. Ed. Chiara Prele. Springer, 2014.
- Karakoç, İrem. *Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Kayıhan, Şaban. *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

- Koçoğlu, Safa. *Türk Medeni Kanuna Göre Vakıfların Kuruluşu, İşleyişi ve Sona Ermesi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022.
- Muscheler, Karlheinz. *Stiftungsrecht*. Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024.
- Öğüz, Tufan. *Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*. İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007.
- Özkan, Hasan. *Türk Medeni Yasası ve Uygulaması*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.
- Özsunay, Ergun. *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*. İstanbul: 1982.
- Öztürk, Nazif. “Yeni Vakıfların Amaç Kavramları Üzerine Bazı Düşünceler.” *Vakıflar Dergisi*, S. 25 (1995): 291-96.
- Özyakışır, Özkan. “Galleye Müstehiklik (Hak Kazanma).” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, S. 2 (2019): 387-99.
- Parachin, Adam. “Regulating Charitable Activities through the Requirement for Charitable Purposes: Square Peg Meets Round Hole.” İçinde *Debates in Charity Law*. Eds. John Picton ve Jennifer Sigafos. Birleşik Krallık: Hart Publishing, 2020.
- Polat, Fatma Şeyda. “Türk Medeni Kanununa Göre Kurulan Yeni Vakıfların Kuruluşu ve İşleyişi.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Sarıkaya, Murat. “Türk Medeni Kanunu’na Göre Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S. 2 (2021): 602-19.
- Serozan, Rona. *Tüzel Kişiler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.
- Serozan, Rona, Baki İlkay Engin ve Yeşim Atamer. *Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Solmaz Bilici, Meryem. *Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Mazbut Vakıflar (Örnek Mazbut Vakıf İncelemeli)*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Studen, Goran. “Rights and Duties: The Founder’s Position under Swiss Foundation Law.” *Trusts and Trustees* 20, S. 6 (Temmuz 2014): 626–629.
- Tribe, John. “Deploying Communitarianism Bankruptcy Theory to Rescue Insolvent Charities and Maintain Charitable Purposes.” İçinde *Debates in Charity Law*. Eds. John Picton ve Jennifer Sigafos. Birleşik Krallık: Hart Publishing, 2020.
- Yener, Serhat. *Eski-Yeni Vakıflar Kanununa Göre Mazbut Vakıf Taşınmazların Gayrimenkul Hukuku Meseleleri*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2015.
- Yılmaz, Süleyman, ve Abdülkerim Yıldırım. *Temel Hukuk Dizisi Medeni Hukuk-I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

**VİYANA SATIM ANTLAŞMASI (CISG)
KAPSAMINDA SATICININ VE ALICININ
YÜKÜMLÜLÜKLERİ, UYGULAMA ÖRNEKLERİ
VE TÜRK BORÇLAR KANUNU İLE
KARŞILAŞTIRILMASI**

*Obligations of the Seller and Buyer under the Vienna Sales
Convention (CISG), Implementation Examples and Comparison
with the Turkish Code of Obligations*

Büşra ŞAHİN AYDIN*

ÖZ

Bu çalışma, ülkemizin de taraf olduğu, kısaca Viyana Satım Antlaşması (CISG) olarak adlandırılan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması kapsamında getirilen satıcının ve alıcının başlıca yükümlülüklerini konu edinmektedir. Her ülkenin farklı hukuki düzenlemeler getirdiği satım ve ticaret hukuku alanları, uluslararası ticarete, ciddi zorluklar ve belirsizlikleri beraberinde getirmiş, uluslararası satım sözleşmeleri bağlamında, yeknesak bir hukuki düzenleme ile hukuki güvenlik ve belirlilik unsurlarını tesis etme ihtiyacı, Antlaşma'nın oluşumuna ön ayak olmuştur. Antlaşma, yabancılik unsuru barındıran yani farklı hukuk sistemlerine tabi taraflar arasındaki mal satımlarını hedef alan, dünyada oldukça yaygın bir alanda kabul edilmiş ve uygulanmakta olan uluslararası bir hukuki düzenlemedir. Bu düzenleme kapsamında, taraflara getirilen yükümlülüklerin etraflıca incelenmesi; hasarın intikali, sözleşmeye aykırılık ve ödenmesi gereken faiz gibi aykırılığın hukuki sonuçlarının tespit edilebilmesi açısından oldukça önem arz etmektedir. İşbu çalışma

Makalenin Geliş Tarihi: 05.02.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 04.11.2024.

* Dr. Arş. Gör., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: busra.sahin@omu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1772-3258.

kapsamında, öncelikle satıcının yükümlülükleri, ardından alıcının yükümlülükleri ve Antlaşma kapsamında alıcıya yüklenen bazı külfetler, ulusal ve yabancı mahkeme kararları ile Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler dikkate alınmak suretiyle karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Viyana Satım Antlaşması, CISG, satıcının ve alıcının yükümlülükleri, malların ve belgelerin teslimi, semenin ödenmesi.

ABSTRACT

This study deals with the main obligations of the seller and the buyer brought within the scope of the Vienna Sales Convention (CISG), to which our country is a party. Sales and commercial law, where each country brings different legal regulations, have brought about serious difficulties and uncertainties in international trade, and the need for a uniform legal regulation and legal security and certainty led to the formation of the Convention. The Convention is an international legal regulation widely accepted and implemented in the world, targeting the sale of goods between parties subject to different legal systems, that is, containing a foreign element. Within the scope of this regulation, a detailed examination of the obligations imposed on the parties; it is very important to determine the legal consequences of the lack of conformity such as passing of risk, breach of contract and interest to be paid. Within the scope of this study, firstly the obligations of the seller, then the obligations of the buyer and some burdens imposed on the buyer under the Agreement are comparatively discussed by taking into account national and foreign court decisions and the regulations in the Turkish Code of Obligations.

Keywords: Vienna Sales Convention, CISG, obligations of the seller and buyer, delivery of goods and documents, payment of contract price.

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler bünyesinde 11 Nisan 1980 tarihinde Viyana'da kabul edilen, Ocak 2024 itibarıyla 97 ülkede uygulanan, “*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)*”¹

¹ İşbu çalışmada; “*Viyana Satım Antlaşması*”, “*CISG*” ya da “*Antlaşma*” ibareleriyle anılacaktır.

uluslararası kısaltmasıyla “*CISG*”, Türkiye tarafından 7 Temmuz 2010 tarihinde onaylanmış ve Antlaşma’nın 99. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hükme göre, imzalanmasından on iki ay sonra, yani 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir². Çok sayıda devletin taraf olduğu, uluslararası alanda geniş bir kabul ve katılım imkânına erişmiş bir Antlaşma olarak CISG, gerek taraf devletlerin milli hukukuna göndermeler yapması gerekse sözleşme süjelerinin iradelerine öncelik tanınması dolayısıyla dünya üzerinde geniş bir yelpazede uygulanma olanağına muktedir olmuştur.

Uluslararası ticarete yeknesak bir hukuki düzenleme getirme amacına yönelik olarak kabul edilen Antlaşma’nın uygulanacağı sözleşmeler bakımından en önemli iki süje, alıcı ve satıcıdır. Uluslararası ticari sözleşmelerin tarafını oluşturan alıcı ve satıcının, aralarında akdettikleri sözleşmeden, uluslararası ticari teamüller ve alışkanlıklardan ve nihayet Antlaşma’dan doğan yükümlülükleri işbu çalışmaya vücut vermektedir.

İnceleme konusunu oluşturan alıcı ve satıcının yükümlülükleri, Antlaşma’nın “*Malların Satımı*” başlıklı III. Kısım’ının II. ve III. Bölümlerinde düzenlenmektedir. Çalışmada, Antlaşma’da benimsenen sistematige uygun olarak, öncelikle satıcının yükümlülükleri incelenmiş, ardından alıcının yükümlülükleri ile külfetlerine yer verilmiştir. Alıcının ve satıcının yükümlülükleri incelenirken, öncelikle, taraf iradelerinin tecessüm ettiği sözleşme hükümleri, ardından Antlaşma’da benimsenen ilkeler ve sair hükümler çerçevesinde konu ele alınmıştır. Tarafların yükümlülüklerine ilişkin uygulamada ortaya çıkan problemlerin tespiti adına, ulusal ve yabancı mahkeme kararları incelenmiş olup, bu kararlar yeri geldikçe çalışmanın ilgili kısımlarına işlenmiştir. Yine çalışmada yeri geldikçe, Antlaşma hükümleri ile Türk Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemeler mukayese edilmiştir.

I. SATICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for the

² RG, 07.04.2010, S. 27545, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm> (E.T. 15.10.2024).

International Sale of Goods)³'nin “*Malların Satımı*” başlıklı III. Kısım'ının II. Bölümü'nde, satıcının yükümlülükleri düzenlenmektedir. “*Satıcının Yükümlülükleri*” başlığını taşıyan bölüm; malların teslimi ve belgelerin verilmesi (CISG m. 31-34), malların sözleşmeye uygunluğu ve üçüncü kişilerin hak veya talepleri (CISG m. 35-44) ve sözleşmenin satıcı tarafından ihlâli halinde alıcının sahip olduğu hukukî imkânların (CISG m. 45-52) düzenlendiği üç ayrımdan oluşmaktadır. Antlaşma'nın V. Bölümü'nde (CISG m. 72-88) ise; satıcının ve alıcının yükümlülüklerine ilişkin ortak hükümlere yer verilmiştir.

B. Satıcının Asli Edim Yükümlülükleri

Asli edim yükümlülüğü, bir sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturan ve sözleşmenin tipini belirleyen, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asıl borçtur⁴. CISG m. 30'da satıcının asli edim yükümlülükleri; “*Satıcı sözleşmede ve bu Antlaşmada öngörüldüğü şekilde malları teslim etmek, onlara ilişkin belgeleri vermek ve malların mülkiyetini geçirmekle yükümlüdür.*” şeklinde genel olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla CISG kapsamında, satıcının asli edim yükümlülüklerinin; malların teslimi, bu

³ “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması” uluslararası kısaltmasıyla “CISG”, Türkiye tarafından 7.7.2010 tarihinde onaylanmış ve Antlaşma'nın 99. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hükme göre, imzalanmasından on iki ay sonra, yani 1.8.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 11 Nisan 1980 tarihinde Viyana'da kabul edilen Antlaşma'ya, Ocak 2024 itibarıyla, taraf olan ülke sayısı 97'dir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Öz, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG),” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2013): 3 vd.; H. Ercüment Erdem, “Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı,” içinde *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e göre Satış Sözleşmeleri*, ed. Şükran Şıpka, Ahmet Cemil Yıldırım (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012), 117 vd.; Atakan Adem Selanik, Orkun Bayram ve Işıl Talay Değirmenci, “Viyana Satım Antlaşması'nın (CISG) Tarihsel Gelişimi ve Uygulama Alanı,” *Gaziantep University Journal of Social Sciences* 17, 4 (2018): 1353 vd.

⁴ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), para. 7; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2023), para. 15; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023), para. 8.2; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 31; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), 26.

mallara dair evrakların teslimi ve malların mülkiyetinin geçirilmesi olduğu görülmektedir. Bu yükümlülükler, CISG kapsamında belirlenen asgari yükümlülüklerdir. Taraflar Antlaşma'nın geneline hâkim olan sözleşme özgürlüğü prensibi gereğince, aralarında yapacakları anlaşma ile farklı yükümlülükler de öngörebilirler⁵.

Antlaşma'nın 30. maddesi, Türk hukukunda taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin satıcının yükümlülüklerini düzenleyen hükümlerle büyük oranda paralellik göstermektedir. TBK m.207/f.1 hükmünde satım sözleşmesi, tarafların asli edim yükümlülüklerinden hareketle, satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin alıcıya devredilmesi ve bunun karşılığında satıcıya bir bedel ödenmesi borçlarını içeren bir sözleşme olarak tarif edilmektedir. Yine satıcının borçlarını düzenleyen TBK m.210 hükmünde, satıcının, satım konusu şeyin mülkiyetini devretmek amacı ile zilyetliğini alıcıya geçirme yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda, satıcının iki asli edim borcu bulunmaktadır. Bunlar, satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya geçirme borcudur. Bu noktalarda, Antlaşma, Türk Borçlar Kanunu hükümleri ile paralellik göstermekte, fakat mallara ilişkin belgeleri sağlama yükümlülüğünün Antlaşma kapsamında asli edim yükümlülüğü olarak düzenlenmesi, Türk Borçlar Kanunu'ndan farklılık arz etmektedir. Gerekli belgeleri sağlayarak alıcıya intikal ettirme borcu, Türk borçlar hukuku kapsamında satıcının yan borçları arasında bulunmaktadır⁶.

1. Malları Teslim Etme Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

Satıcının, satım sözleşmesinden doğan ilk ve en önemli yükümlülüğü, malın alıcıya teslimidir. CISG m. 31-33'te; malların teslim yerine, teslim

⁵ H. Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler* (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2008), 58-59; Cansu Kaya, *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu* (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012), 33; Peter Schlechtriem ve Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (Oxford University Press, 2010), 490; Selin Sert, *Viyana Satım Sözleşmesi'nde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 95; Zafer Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG-İncoterms* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 153.

⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 65.

zamanına ve teslimin ne şekilde yapılacağına dair düzenlemeler yer almaktadır. Anılan maddelerde, teslim ilişkisi herhangi bir tanıma yer verilmemekte, yalnızca malların hangi hallerde teslim edilmiş sayılacağı hususu düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda teslimin; malların, satım sözleşmesi ve Antlaşma uyarınca, bunlar üzerinde hak sahibi olarak kabul edilen kişinin kullanımına verilmesini içeren hukuki işlemi ifade ettiği söylenebilir⁷.

Satıcının malları teslim yükümlülüğü bağlamında; teslim yeri, teslim zamanı ve teslimin içeriği gibi hususlar özellikle önem arz etmektedir. Bu hususların belirlenmesi bakımından, Antlaşma'nın temelinde yatan sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak, öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri esas alınacak, burada hüküm bulunmaması halinde, teslim ilişkisi alışkanlıklara ve CISG m.9/f.2 uyarınca sözleşme içeriğinden sayılan teamüllere bakılacaktır. Taraflar arasındaki sözleşme, alışkanlıklar veya teamüller farklı bir düzenleme öngörmüyorsa, teslim ilişkisi koşulların belirlenmesi bakımından yedek hukuk kuralı niteliğindeki Antlaşma hükümleri cari olacaktır⁸.

CISG bakımından teslim; satıcının, alıcının malın sahipliğini kazanabilmesi için kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getiren fiilleri gerçekleştirmiş olmasını ifade eder. Yani Antlaşma bakımından teslimin gerçekleşebilmesi için, satıcının teslim ilişkisi eylemleri yerine getirmiş olması yeterlidir, ayrıca alıcının fiili olarak bu sahipliği kazanmış olması yani ifa sonucunun gerçekleşmesine gerek yoktur⁹. Dolayısıyla, malın teslimi

⁷ H. Ercüment Erdem, "Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu," içinde *Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, ed. Yeşim M. Atamer (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2008), 107.

⁸ Yeşim M. Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2005), 134; Esra Öztürk, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na (CISG) Göre Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Yükümlülüğü," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 21 (Nisan 2015): 554; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 157; Atakan Adem Selanik, *Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Teslim Borcu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 42; H. Ercüment Erdem, "Viyana Satım Anlaşması Uyarınca Teamüllerin Önemi," *Prof. Dr. Cevdet Yavuz Armağanı* 1 (2016): 1027-1028.

⁹ Peter Huber ve Alastair Mullis, *The CISG* (Regensburg: European Law Publishers, 2007), 107; Schlechtriem ve Schwenzler, *Commentary on the UN Convention*, 490.

kavramına atfedilen şey, zilyetliğin veya mülkiyetin devrinden bağımsız olarak, doğrudan doğruya teslim eylemidir¹⁰.

Satıcının satılanı teslim borcuna ilişkin olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, “*teslim borcu*” (BK m.185) ibaresi yerine “*zilyetliğin devri*” (TBK m.210) ifadesine yer verilmiştir. Esasında zilyetliğin devri kavramı, teslim kavramından daha geniş bir anlamı ihtiva etmektedir. Yeni Kanun'da “*teslim*” yerine “*zilyetliğin devri*” kavramına yer verilmesi, fiilî teslim dışında, zilyetliğin teslimsiz olarak devredildiği durumların da satıcının devir borcunu yerine getirmesi bakımından yeterli olabileceği anlamına gelmektedir. Fakat nihayetinde, alıcının teslim dışındaki diğer zilyetliğin devri yollarını kabul etmek zorunda olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır. Zilyetliğin, teslim dışında bir yolla devredilmesi ancak buna ilişkin bazı şartların gerçekleşmesi ve tarafların bu hususta anlaşmış olmaları halinde olanaklıdır¹¹. Dolayısıyla, Kanun'daki “*zilyetliğin devri*” ifadesine rağmen, Türk borçlar hukuku kapsamında satıcının asli borcunun, Antlaşma'daki düzenlemeye paralel olarak, “*teslim borcu*” olduğu şeklinde bir kabulün varlığı gereklidir¹².

b. Malların Teslim Edileceği Yer

Satıcının malı teslim yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından yapılması gereken ilk tespit, teslim yükümlülüğünün yerine getirileceği yerin belirlenmesidir. Satım sözleşmesi açısından teslim yeri; satıcının sözleşme konusu malların teslimine yönelik gerçekleştirdiği eylemlerini tamamladığı, teslimine ilişkin maddi vakıanın gerçekleştiği yerdir¹³. Bu noktada, teslim yeri ile sözleşme konusu malların varma yerinin, her zaman aynı olmasının gerekmediği hususunu da vurgulamak gerekir¹⁴. Zira özellikle uluslararası satımlarda, teslim yeri genellikle malın ilk taşıyıcıya verildiği yerken; alıcının malın zilyetliğini kazandığı yer ise, bundan farklı bir varma yeridir¹⁵.

¹⁰ Kutluhan Erkan, *CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 19.

¹¹ Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 89; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 50-51.

¹² Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 50-51.

¹³ Atamer, *Uluslararası Satım*, 138; Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 60; Sert, *Viyana Satım*, 98; Öztürk, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler,” 555.

¹⁴ Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 60.

¹⁵ Atamer, *Uluslararası Satım*, 138

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 31. maddesinde, satıcının malları teslim borcunu ifa edeceği yere ilişkin üç farklı düzenleme yer almaktadır. CISG m.31, tarafların aralarındaki sözleşmede teslim yerine ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamaları halinde uygulanacaktır¹⁶. Nitekim anılan maddede de; “*Satıcı malları belirli başka bir yerde teslim etmek zorunda değilse, teslim borcu aşağıdaki gibidir...*” ifadelerine yer verilmek suretiyle taraf iradelerine öncelik verileceği hususuna dikkat çekilmiştir.

i. Gönderilecek Borçlarda Malların Teslim Edileceği Yer

CISG m.31-c'ye göre; satıcının malları teslim borcunu, genel olarak, sözleşmenin kurulduğu sırada satıcının işyerinin bulunduğu yerde ifa etmesi gerekmektedir^{17,18}. Ancak doktrinde¹⁹ her ne kadar Viyana Satım Sözleşmesi'ni hazırlayanlar tarafından, teslim yerinin esas olarak (c) bendine göre belirlendiği ifade edilse de, uluslararası satımlarda bunun amaca uygun olmadığı şeklinde bir görüş de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre; hükmün

¹⁶ Belçikalı bir satıcı ve Alman bir alıcı, hayvan satışına ilişkin bir sözleşme yapmış, taraflar arasında anlaşmazlık ortaya çıktığında alıcı Almanya'da dava açmıştır. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi, incelediği davada, söz konusu yükümlülüğün, satıcının malları teslim etme yükümlülüğü olduğunu, ifa yerinin sözleşmenin tabi olduğu hukuka göre belirlenmesi gerektiğini, somut olayda tarafların iş yerlerinin bulunduğu hem Almanya hem de Belçika CISG'ye taraf olduğundan, buradaki hükümlere üstünlük tanınacağını ifade etmiştir. Mahkemeye göre; CISG, ifa yerinin tespitini öncelikle taraflara bırakmaktadır: Antlaşma'nın “teslimat” yerini belirleyen 31. maddesi, aslında ancak tarafların aksini öngörmemesi durumunda geçerlidir. İncelenen davada temyiz mahkemesi, tarafların teslim yeri konusunda anlaşmaya vardığına dair herhangi bir delil bulunmadığına karar vermiş ve uyuşmazlığın CISG'nin 31. maddesinin genel ilkelerine göre çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Anılan karar için bkz. Oberlandesgericht Köln (Court of Appeal Cologne), 16 U 22/01, 16 July 2001, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6567>, E.T. 21.1.2024.

¹⁷ CISG m. 31-c: “diğer hallerde, sözleşmenin kurulduğu sırada satıcının işyerinin bulunduğu yerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak”

¹⁸ Atamer, *Uluslararası Satım*, 141; Huber ve Mullis, *The CISG*, 115-116; Sert, *Viyana Satım*, 98; Selanik, *Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Teslim Borcu*, 42.

¹⁹ “Taşıma içermeyen bir uluslararası sözleşme istisnaidir. Sözleşmenin ve şartların taşımaya ilişkin bir hüküm içermemeleri durumunda, uluslararası satım sözleşmelerinde, malların taşınacağı kabul edilmelidir; diğer bir ifadeyle, taşıma kuralıdır.” Açıklamalar için bkz. Erdem, *Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu*, 124-125.

yazılışından asıl olasılığın sözleşmenin bir taşıma öngörüyor olması hali olduğu anlaşılmakta ve bu halde (a) bendinin asıl olasılık olduğu, (b) ve (c) bentlerinin ise, taşımanın söz konusu olmadığı olasılıkları düzenlediği sonucuna varılması gerekmektedir. Buna karşılık doktrinde bir başka görüş; her ne kadar uluslararası satımlarda asıl olan gönderme borcunun varlığı olsa da, bu borcun kendiliğinden doğmadığını, bunun için sözleşmede açık bir düzenlemenin olması yahut taraflar arasında oluşmuş alışkanlıklar ya da uluslararası teamüllerin bir nakil borcunun varlığını göstermesi gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir²⁰. Dolayısıyla gönderme borcunun, ancak taraflar arasında akdedilen sözleşmede böyle bir hüküm bulunması yahut taraflar arasındaki ticari alışkanlık ya da uluslararası teamüllerin buna işaret etmesi durumunda var olduğu kabul edilmelidir. Nitekim Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da, CISG m.31-c hükmünün genel ilke olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Uyuşmazlığa konu olayda Belçikalı bir satıcı ve Alman bir alıcı, hayvan satışına ilişkin bir sözleşme yapmış, taraflar arasında anlaşmazlık ortaya çıktığında alıcı Almanya'da dava açmıştır. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi, incelediği davada, söz konusu yükümlülüğün, satıcının malları teslim etme yükümlülüğü olduğunu, ifa yerinin sözleşmenin tabi olduğu hukuka göre belirlenmesi gerektiğini, somut olayda hem Almanya hem de Belçika CISG'ye taraf olduğundan, buradaki hükümlere üstünlük tanınacağını ifade etmiştir. İncelenen davada temyiz mahkemesi, tarafların teslim yeri konusunda anlaşmaya vardığına dair herhangi bir delil bulunmadığına karar vermiş ve uyuşmazlığın CISG'nin 31. maddesinin genel ilkelerine göre çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre; CISG'nin 31. maddesi, farklı kuralların geçerli olduğu üç farklı duruma değinmekle birlikte, söz konusu hükümdeki genel kuralın, olağan ifa yeri olarak satıcının işyerinin tercih edilmesi gerektiği şeklinde yorumlanması gerekmektedir²¹.

Teslim yerini belirlerken öncelikle borcun gönderilecek borç mu yoksa aranacak borç mu olduğu hususunun tespiti gerekir. Taraflar arasındaki satım sözleşmesi, malın gönderilmesi borcunu içeriyorsa bu durumda CISG m.31-

²⁰ Atamer, *Uluslararası Satım*, 142-143; Selanik, *Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Teslim Borcu*, 43.

²¹ Bahsi geçen karar için bkz. Oberlandesgericht Köln (Court of Appeal Cologne), 16 U 22/01, 16 July 2001, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6567>, E.T. 21.1.2024.

a²²; malın gönderilmesi borcunu içermiyorsa m.31-b,c²³ bentleri uygulanma imkânı bulacaktır²⁴.

Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malların alıcıya ulaştırılmasını sağlamak amacıyla ilk bağımsız taşıyıcıya verildiği yer, teslim yeridir (CISG m.31-a). Burada malın taşıyıcının tasarrufuna sunulması yeterli değildir, taşıyıcının malı fiilen almış olması gerekir²⁵.

Maddede geçen taşıma kavramı, malın herhangi bir yerden başka bir yere taşınması şeklinde anlaşılmalıdır. Uluslararası satışlarda malın taşınması, olağan ve beklenen bir durumdur. Nihai olarak farklı bir ülkeden mal satın alınan her durumda taşıma söz konusu olacaktır. CISG m.31-a'nın uygulanabilmesi için ise, malın sadece taşınıyor olması yeterli değildir. Bu hükmün devreye girebilmesi için tarafların malın taşınması hususunda anlaşmış olmaları gereklidir. Daha kapsamlı ve doğru bir ifadeyle; taraflar, malın, satıcıdan alıcıya ulaştırılırken belirli bir mesafede üçüncü bir kişi tarafından taşınmasını kararlaştırmış olmalı ve mal alıcıya ulaştırılmak amacıyla bağımsız bir taşıyıcıya verilmelidir²⁶. Burada bağımsız bir taşıyıcının mevcudiyeti de oldukça önemli ve gereklidir. Zira mal, doğrudan doğruya satıcı yahut satıcıya bağlı bir organizasyon tarafından taşınıyorsa, bu durumda da artık CISG m.31-a hükmünün uygulanması olanaklı değildir. Zira

²² CISG m.31-a: “*satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vermek*”

²³ CISG m.31-b: “*önceki bendin kapsamına girmeyen hallerde; sözleşmenin, ferdin belirlenmiş mallara veya belirli bir stoktan karşılanacak ne'v'en belirlenmiş mallara veya imal edilecek veya üretilecek mallara ilişkin olması ve tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini yahut üretileceğini bilmeleri durumunda malları bu yerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak*”

²⁴ Huber ve Mullis, *The CISG*, 115; Sert, *Viyana Satım*, 100.

²⁵ Kübra Yetiş Şamlı, “Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXV, 1 (2007): 327; Selanik, *Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Teslim Borcu*, 45.

²⁶ Özge Ceylan, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler (Viyana) Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2016), 15; Huber ve Mullis, *The CISG*, 111; Süleyman Yılmaz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 83; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 158.

bu ihtimalde, mal halen satıcının hakimiyet ve tasarruf alanında bulunmaktadır²⁷.

Almanya Koblenz Eyalet Mahkemesi tarafından 30 Eylül 2008 tarihinde verilen bir karara konu olayda, İsviçre'deki satıcı ile Almanya'daki alıcı arasında akdedilen satım sözleşmesinde, gönderilecek bir borcun var olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Mahkeme yaptığı incelemede, taraflar arasında yapılan anlaşmada, navlunun alıcı tarafından ödeneceğinin kararlaştırıldığını tespit etmiş, fakat taraflarca taşıma masraflarının alıcı ya da satıcı tarafından ödenmesine ilişkin bir kararlaştırma yapılmış olmasının, tek başına, ifa yerine ilişkin bir belirleme yapıldığı anlamını taşımayacağını ifade etmiştir. Mahkemeye göre, taraflar arasındaki sözleşmede alıcı ya da satıcının taşıma masraflarını üstlenmesine yönelik bir kayıt, özel olarak ifa yerine ilişkin bir beyan içermiyorsa, ifa yerinin belirlenmesinden ziyade, teslimat şekli, risk üstlenimini veya nakliye maliyetini düzenler. Dolayısıyla olayda taraflar arasında ifanın yapılacağı yere ilişkin açık bir anlaşmanın bulunmadığı tartışmasızdır. CISG madde 31-a hükmü, ancak satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa uygulanabilir. Uluslararası teslimat sözleşmelerinde neredeyse her zaman gerekli olan malların taşınması yeterli değildir; gerekli olan şey, her iki tarafın da malların satıcıdan alıcıya ulaşmasına kadar yol boyunca bağımsız bir üçüncü kişi tarafından alınıp nakledileceğini kabul etmesidir. Yani tarafların, satım sözleşmesini imzaladıklarında, satılanın, bağımsız bir taşıyıcı tarafından alıcıya nakledilmesi konusunda anlaşmaları gerekir²⁸.

CISG m.31-a hükmü, gönderilecek borçlarda malın *'ilk bağımsız taşıyıcı'*ya verilmesini, teslim borcunun yerine getirilmesi bakımından yeterli görmektedir. Dolayısıyla birden fazla taşıma ve taşıyıcıdan müteşekkil *'zincirleme bir taşıma'*nın söz konusu olduğu durumlarda, malın ilk kez verildiği taşıyıcının bağımsız olması yeterlidir, art taşıyıcılar bakımından bu şartın sağlanması gerekli değildir²⁹. Malı ilk taşıyıcıdan alan sonraki taşıyıcılar, satıcı ya da onun yetkili temsilcileri olsa da durum değişmez.

²⁷ Erdem, *Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu*, 125; aynı yönde bkz. Huber ve Mullis, *The CISG*, 111; Selanik, *Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Teslim Borcu*, 44.

²⁸ Anılan karar için bkz. Landgericht Koblenz (District Court Koblenz), 1 O 191/08, 30 September 2008, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=12884>, E.T. 21.1.2024.

²⁹ 2013 yılında İsviçre Zug Kantonu Temyiz Mahkemesi tarafından İsviçre ve İtalya'da bulunan alıcı ile satıcı arasındaki uyuşmazlık incelenirken; mahkemece, sözleşmenin

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, teslim borcunun gerçekleşmiş olması bakımından, malın bağımsız taşıyıcıya, 'alıcıya ulaştırılmak amacıyla' verilmesi gerektiğidir. Dolayısıyla mal, alıcıya ulaştırılmak dışında başka bir amaçla taşıyıcıya verilmiş olursa, bu durumda teslim borcu yerine getirilmiş sayılmaz.

ii. Aranacak Borçlarda Malların Teslim Edileceği Yer

Sözleşme malların taşınmasını gerektirmiyorsa, teslimat, satıcının "malları alıcının tasarrufuna sunmasından" ibarettir. Bu durumda malları teslim almak, alıcının sorumluluğundadır. Dolayısıyla malların taşınmasını gerektirmeyen bir sözleşmeden doğan teslim borcu, "aranacak borç" niteliğindedir³⁰.

Sözleşme malların gönderilmesi borcunu ihtiva etmiyorsa ve sözleşmenin, ferdan belirlenmiş mallara veya belirli bir stoktan karşılanacak cins olarak belirlenmiş mallara yahut imal edilecek veya üretilecek mallara ilişkin olması ve tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini ya da üretileceğini bilmeleri durumunda, malların teslim yeri, bu yerdir³¹ (CISG m.31-b).

malların taşınmasını gerektirmesi durumunda teslimatın, malların alıcıya iletilmek üzere taşıyıcıya teslim edilmesinden ibaret olduğu; bunun da, birden fazla taşıyıcının birbiri ardına hareket etmesi halinde, malın ilk taşıyıcıya verilmesi anlamına geldiği ifade edilmiştir. Karar için bkz. Obergericht des Kantons Zug (Court of Appeal Canton Zug), Z1 2011 36, 05 March 2013, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=8385>, E.T. 21.1.2024.

³⁰ Peter Schlechtriem ve Peter Huber, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG* (München: C.H. Beck Verlag, 2020), Art. 31 CISG Rn. 2 ff.

³¹ Almanya Brandenburg Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 3 Temmuz 2014 tarihinde önüne gelen davada, işyeri Almanya'da bulunan satıcı ile Avusturya'da bulunan alıcı arasında bir uyuşmazlık söz konusudur. Uyuşmazlık konusu satış sözleşmesi, Almanya'da üretilen bitki fidelerine ilişkindir. Davanın esası, bitki fidelerinin sözleşmede belirlenen nitelikleri haiz olup olmadığına ilişkin olmakla birlikte, mahkeme uyuşmazlık konusu malların teslim yerine ilişkin tespitlerde bulunmuştur. Mahkemeye göre; teslim borcunun konusu, satış sözleşmesinin içeriğinden anlaşıldığı üzere, belirli bir stoktan sağlanacak cins borcudur. Taraflar sözleşmenin akdedildiği sırada söz konusu bitki fidelerinin satıcının çiftliğinde üretileceğinin bilincindedir ve dolayısıyla CISG'nin 31. maddesinin b bendi uyarınca, söz konusu fidelerin tarafların bildiği bu yerde alıcının tasarrufuna sunulması gerekir. Sözleşmenin fiili olarak bu yerde ifa edilmiş olması da bu durumu kanıtlamaktadır. Teslim yükümlülüğünün yerine getirildiğine ilişkin ispat yükü normalde satıcıya aittir. Fakat alıcı, satıcının

Sözleşme konusu mal, sözleşmenin kurulduğu sırada taraflarca bulunduğu, imal edileceği yahut üretileceği yeri bilinen;

- Belirli bir mal ise (ferden belirlenmiş),
- Belirli bir stoktan karşılanacak cinsi belirlenmiş bir mal ise (nev'en belirlenmiş),
- İmal edilecek bir mal ise,
- Üretilecek bir mal ise, bu durumda satıcının malı, teslim yeri olarak kabul edilen bu yerde, alıcının tasarrufuna hazır bulundurması gerekir.

Malın, imal edilmesi veya yetiştirilmesi, devşirilmesi işini üstlenen üçüncü bir kişinin yerinde bulunması durumunda, teslim yerinin burası olarak kabul edilmemesi gerektiği, zira satıcının, malı imalatçıdan tedarik ederek alıcının tasarrufuna sunma borcunu üstlendiği ve bunu alıcıya yüklemenin doğru olmayacağı, bu nedenle, malın üçüncü bir kişinin imalathanesinde olması ve tarafların da bunu bilmesi durumunda, sözleşmede malın teslim yerinin burası olacağına dair açık bir hüküm bulunmadığı sürece, teslim yerinin CISG m.31-c bendinde düzenlenen satıcının işyeri olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir³². Buna karşın doktrinde, sözleşmenin kurulduğu esnada tarafların, malın imal edileceği yeri bilmesi durumunda, teslim yerinin burası olarak kabul edilmesi gerektiği, malın üretileceği yerin alıcının yahut üçüncü bir kişinin imalathanesi olup olmamasının herhangi bir öneminin bulunmadığı şeklinde bir görüş de ileri sürülmektedir³³. Filhakika, mallar üçüncü bir kişinin imalathanesinde üretilmiş olsa dahi, taraflar sözleşmenin kurulması sırasında bu yeri fiilen biliyor ise, teslim yerinin burası olduğu kabul edilmelidir. Taraflar aksine bir anlaşma yapmamışlar, taraflarca uygulanması kabul edilen teamüller ve tarafların aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklar başka bir belirleme yapılmasını gerektirmiyorsa, bu durumda CISG m.31-b hükmü uyarınca, imalathanenin, satıcıya ait olup olmamasından bağımsız olarak, teslim yeri olarak kabul edilmesi gerekir.

çiftliğinde herhangi bir itirazda bulunmaksızın malları teslim aldıktan sonra malların gerekli nitelikleri haiz olmadığını iddia ediyorsa artık bu uygunsuzluğu alıcı ispatlamalıdır. Karar için bkz. Oberlandesgericht Brandenburg (Court of Appeal Brandenburg), 5 U 1/13, 03 July 2014, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=8457>, E.T. 20.1.2024.

³² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Atamer, *Uluslararası Satım*, 146.

³³ Selanik, *Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Teslim Borcu*, 47-48.

CISG m.31-c bendi, anılan maddenin (a) ve (b) bentlerinin uygulama alanı bulmadığı diğer halleri kapsayan, teslim yeri konusunda son çare (ultima ratio) olarak devreye girecek kuralı saptamaktadır³⁴. Buna göre, sözleşme malların gönderilmesi borcunu ihtiva etmiyorsa ve (b) bendinin uygulanması şartları gerçekleşmemişse, satıcı, sözleşmenin kurulduğu sırada işyerinin bulunduğu yerde, malı, alıcının tasarrufuna hazır bulundurmakla yükümlüdür.

Eğer satıcının birden fazla işyeri bulunmaktaysa, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde taraflarca bilinen veya dikkate alınan koşullar değerlendirilerek sözleşme ve sözleşmenin ifası ile en yakın irtibat içinde olan işyeri (CISG m.10-a); satıcının hiçbir işyerinin bulunmaması halinde ise, mutata meskeni esas alınmalıdır (CISG m.10-b).

Satıcı sözleşmenin kurulmasından sonra işyerini değiştirirse, bu durumda doktrindeki bir görüşe göre, sözleşmenin kurulduğu anda işyerinin bulunduğu yer, teslim yeri olarak kabul edilmelidir³⁵. Diğer bir görüşe göre ise, bu konuda alıcının uyarılması, yeni teslim yerinin kendisinden beklenmeyecek zorluklara neden olmaması ve ortaya çıkan ek masrafların satıcı tarafından tazmin edilmesi kaydıyla yeni işyeri, teslim yeri olarak kabul edilmelidir³⁶.

c. Malın Gönderilmesine İlişkin Yükümlülükler

Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, teslim yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından, satıcının malları ilk taşıyıcıya vermesi gerektiğine ilişkin CISG m.31-a hükmünün yanı sıra, satıcının taşıma esnasındaki diğer yükümlülükleri CISG m.32'de düzenlenmiş bulunmaktadır.

i. Gönderimi Bildirme ve Malları Belirleme Yükümlülüğü

CISG m.32/f.1 hükmü gereğince; “*Satıcı, sözleşmeye veya bu Antlaşmaya uygun olarak, malları bir taşıyıcıya vermiş ancak mallar, üzerlerine ayırt edici bir işaret konulmak suretiyle, taşıma belgeleriyle veya*

³⁴ “fulfils a fall back or ‘residuary’ role” bkz. Huber ve Mullis, *The CISG*, 116; ayrıca bkz. Atamer, *Uluslararası Satım*, 147; Yılmaz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler*, 83; Selanik, *Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Teslim Borcu*, 48.

³⁵ Erdem, *Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu*, 137; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 159.

³⁶ Atamer, *Uluslararası Satım*, 148; Schlechtriem ve Schwenzler, *Commentary on the UN Convention*, 511.

başka herhangi bir şekilde açıkça sözleşmeye tahsis edilmemişse, satıcının göndermeyi alıcıya bildirmesi ve malları özel olarak belirlemesi gerekir.” Gönderim bildiriminin, gerek taşıyıcı, gemi adı gibi gönderime ilişkin, gerekse miktar, adet, nitelik, ambalaj numaraları gibi malların belirlenmesine ilişkin unsurları içeren bir bilgilendirmeyi kapsamı gerekir³⁷.

2013 yılında iş yerleri İsviçre ve İtalya’da bulunan alıcı ile satıcı arasındaki uyuşmazlığı inceleyen İsviçre Zug Kantonu Temyiz Mahkemesi, mevcut davada İtalyan davacının yani satıcının, davalının yani İsviçreli alıcının sipariş ettiği malları, miktar ve kalite açısından tam olarak taşıyıcıya teslim ettiğine dair delil sunması gerektiğini, herhangi bir malın teslim edildiğinin ispatının, CISG m.31-a anlamında teslim yükümlülüğünün yerine getirildiğinin kanıtlanmış sayılması için yeterli olmadığını haklı olarak ifade etmiştir³⁸. Dolayısıyla yapılacak bildirim, malın bireyselleştirilmesi ve tüm önemli özellikleri ile tanıtılmasına imkân verecek nitelikleri haiz olması gerekir.

Anılan düzenlemede bildirim şekline ilişkin herhangi bir hüküm yer almadığından, şekle ilişkin bir kısıtlamanın bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla bildirim yazılı veya sözlü olarak yapılması mümkündür³⁹. Önemli olan bildirim uygun araçlarla yapılmış olması ve yapılan bildirim alıcının malı teşhis etmesine olanak tanınmasıdır⁴⁰.

Malın gönderim bildiri malın sözleşmeye tahsisini amaçladığından, bildirim yükümlülüğü ancak sözleşme konusunun cins borcu olması halinde söz konusu olur. Sözleşmenin konusunu parça borcu teşkil ediyorsa, malın ayırt edici nitelikleriyle birlikte sözleşmede yer alıyor olması nedeniyle bildirim yapılması yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır⁴¹.

ii. Malların Taşınmasının Sağlanması Yükümlülüğü

CISG m.32/f.2 gereğince; “*Satıcı, malların taşınmasını sağlamayı üstlenmiş ise, taşımanın kararlaştırılan yere kadar, koşulların gerektirdiği*

³⁷ Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 160.

³⁸ Anılan karar için bkz. Obergericht des Kantons Zug (Court of Appeal Canton Zug), Z1 2011 36, 05 March 2013, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=8385>, E.T. 21.1.2024.

³⁹ Schlechtriem ve Schwenger, *Commentary on the UN Convention*, 539.

⁴⁰ Atamer, *Uluslararası Satım*, 178.

⁴¹ Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 160.

nakil araçlarıyla ve böyle bir naklin mutat şartlarına uygun bir biçimde gerçekleşmesi için gerekli sözleşmeleri yapmak zorundadır.” Taraflar arasında akdedilen satım sözleşmesi, gönderme borcunu ihtiva ediyorsa, satıcının malı ilk taşıyıcıya vermesiyle teslim gerçekleşir. Ancak satıcının, sözleşmeden, alışkanlıklardan yahut teamüllerden kaynaklanan malların taşınmasını sağlama yükümlülüğü de söz konusuysa, kararlaştırılan yere kadar, gerekli nakil araçlarıyla malın taşınması için gerekli taşıma sözleşmelerini akdetmesi gerekir. Aksi halde satıcı, teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmaz⁴².

Taraflar aralarında akdettikleri sözleşmede özel bir belirleme yapmamışlarsa, taşımanın ne şekilde ve hangi vasıta ile gerçekleştirileceğini belirleme yetkisi satıcıya aittir. Bu durumda satıcının, malın nitelikleri ve güzergâh gibi somut olayın özelliklerini dikkate almak suretiyle taşımanın uygun bir biçimde gerçekleşmesini sağlaması gerekir⁴³. Nitekim bu yönde bir karar veren İsviçre Saane Bölge Mahkemesi’nin önüne gelen davada⁴⁴, davacı Avusturyalı şirket, merkezi Lihtenştayn’da bulunan bir şirketin İsviçre şubesi ile alkollü içeceklerin satın alınması ve Rusya’ya taşınması için bir sözleşme imzalamış, fakat taraflar arasında taşıma şekli ve nihai ifa tarihi konusunda anlaşmazlık çıkması nedeniyle sözleşme hiçbir zaman ifa edilmemiştir. Uyuşmazlığı inceleyen mahkeme, alıcının, malların kamyonla taşınmasına ilişkin bir anlaşma yapıldığını kanıtlayan ispat yükünü karşılayamaması nedeniyle, taşıma şekli seçiminin satıcıya bırakıldığı sonucuna varmıştır.

Satıcı, taşınacak mala ilişkin uygun nakil vasıtasını, güvenli ve en kestirme güzergâhı seçmekle yükümlüdür⁴⁵. Burada taşımaya ilişkin uygun koşullarda bir taşıma sözleşmesi yapma yükümlülüğünü üstlenmiş satıcının, ayrıca taşıma masraflarına da katlanacağı anlamı çıkarılmamalıdır⁴⁶. Taşıma masraflarına, sözleşmede, alışkanlıklar veya uluslararası teamüllerde aksi öngörülmediği sürece, alıcı tarafından katlanılır⁴⁷.

⁴² Atamer, *Uluslararası Satım*, 173.

⁴³ Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 161.

⁴⁴ Anılan karar için bkz. Bezirksgericht der Saane (Court of First Instance Saane), T 171/95, 20 February 1997, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6397>, E.T. 21.1.2024.

⁴⁵ Atamer, *Uluslararası Satım*, 173; Schlechtriem ve Schwenger, *Commentary on the UN Convention*, 544; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 161.

⁴⁶ Schlechtriem ve Schwenger, *Commentary on the UN Convention*, 545.

⁴⁷ Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 161.

Türk Borçlar Kanunu kapsamında da, taşıma masraflarının alıcı tarafından karşılanacağına ilişkin benzer bir hüküm mevcuttur. Nitekim TBK m.211/f.1 gereğince; taraflar arasında yapılan anlaşmada aksine bir hüküm veya bu yönde adet mevcut değilse, satılanın taşınmasına ilişkin giderlere alıcı katlanmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, satıcının satılanı, ifa yerinden başka bir yere teslim etmek üzere, götürülecek bir borç olarak üstlenmesi halidir. Satılanın, götürülecek bir borç olarak satıcı tarafından üstlenilmesi halinde, taşıma masraflarının satıcıya ait olduğu kabul edilmelidir⁴⁸.

iii. Malların Taşınmasına İlişkin Sigorta Yapılması için Bilgi Verme Yükümlülüğü

CISG m. 32 / f. 3 gereğince; “*Satıcı, malların taşınması ile ilgili sigortayı yaptırmak zorunda değilse, alıcının talebi üzerine, onun böyle bir sigortayı yaptırmak için ihtiyaç duyacağı mevcut bütün bilgileri alıcıya vermek zorundadır.*” Satıcının sigorta yapılması için gerekli bilgileri verme yükümlülüğü, alıcının talebine bağlıdır. Satıcının, alıcının talebi olmaksızın, sözleşmeden, alışkanlıklardan yahut uluslararası teamüllerden kaynaklanan bir sigorta yapma yükümlülüğü olabileceği gibi, bu kapsamda sigortalama için gerekli bilgileri verme yükümlülüğü de doğabilir⁴⁹. Alıcının sözleşme konusu malların taşınması ile ilgili talep edebileceği bilgiler; sevkiyat tarihi, geminin veya diğer ulaşım aracının adı, malın hangi rota üzerinden taşınacağı, taşıyıcının bilgileri gibi hususları kapsar⁵⁰.

d. Malların Teslim Edileceği Zaman

Kural olarak teslim zamanından anlaşılması gereken vadedir. Ancak taraflar arasında akdedilen sözleşmede kullanılan terimlere göre, teslim zamanı, borcun ifa edilebilir veya ifasının talep edilebilir olduğu zamanı veya kesin vadeyi de karşılayabilir⁵¹.

Satıcının malı teslim yükümlülüğünü ne zaman yerine getireceği CISG m.33’te düzenlenmiştir. Antlaşma’da, teslim zamanı ile ilgili olarak da taraf

⁴⁸ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, 91.

⁴⁹ Atamer, *Uluslararası Satım*, 158; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 162.

⁵⁰ Huber ve Mullis, *The CISG*, 121.

⁵¹ Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 61.

iradelerine öncelik tanınmış, sözleşmede malın teslimine ilişkin olarak belirlenmiş veya sözleşmeden hareketle belirlenebilir bir tarih varsa, malın bu tarihte teslim edilmesi gerektiği düzenlenmiştir (CISG m.33-a). Aynı şekilde, sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeden hareketle belirlenebilir bir zaman dilimi⁵² (ay, mevsim, hafta... gibi) söz konusuysa, koşullardan tarih saptama yetkisinin alıcıda olduğu anlaşılmadıkça, bu zaman dilimi içerisinde herhangi bir anda malın teslimi gerçekleştirilmelidir⁵³ (CISG m.33-b). Teslim

⁵² Almanya Holstein'daki Oldenburg Bölge Mahkemesi'nin önüne gelen davada, bir Alman moda perakendecisi ile bir İtalyan giyim üreticisi, sonbahar ürünlerinin teslimat zamanını sipariş formunda "Temmuz, Ağustos, Eylül+" şeklinde belirtirler. Satıcı, 26 Eylül'de ilk teslimatı yapmak istediğinde, alıcı malları kabul etmeyi reddetmiş ve teslim zamanının geçtiğini iddia ederek 2 Ekim'de faturayı iade etmiştir. Alıcıya göre, malların 1/3'ünün temmuzda, 1/3'ünün ağustosta ve 1/3'ünün eylülde teslim edilmesi gerekiyordu. Satıcı ise, sipariş formundaki "+-" işaretinin teslim zamanına ilişkin sürenin son tarihinin açık bırakıldığı şeklinde anlaşılması gerektiğini iddia etmiştir. Ona göre bunun nedeni alıcının, satıcının işyerini yaz aylarında kapatacağını ve ancak her yıl 1 Eylül'den itibaren yeniden çalışmaya başlayacağını bilmesidir. Mahkeme alıcının her ay malların 1/3'ünün teslim edileceğine ilişkin iddiasını kabul etmiş olmakla birlikte, alıcının, gecikmiş teslimatla karşılaştığında CISG m.47 gereğince ek bir süre vermeksizin malları kabul etmeyi reddetmesinden dolayı sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlarla başvurma olanağını elde edemediğine karar vermiştir. Karar için bkz. Amtsgericht Oldenburg in Holstein (Local Court Oldenburg in Holstein), 5 C 73/89, 24 April 1990, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6002>, E.T. 22.1.2024.

⁵³ 2006 yılında Belçika Anvers Temyiz Mahkemesi tarafından verilen bir kararda; iş yeri Belçika'da bulunan satıcı ile Almanya'da bulunan alıcı arasında akdedilen satım sözleşmesine ilişkin uyuşmazlık incelenmiştir. Mahkeme, taraflar arasındaki sözleşmede teslim zamanına ilişkin bağlayıcı bir tarihin belirlenmediği kanaatini taşımaktadır. Mahkemeye göre; teslim zamanına ilişkin bağlayıcı şartlar, ispat yükünü taşıyan alıcı tarafından kanıtlanmadığından, alıcının, geç teslimi kanıtlamak için satıcının bir dizi belge ibraz etmesine yönelik talebini kabul etmek için hiçbir neden yoktur. Bu nedenle alıcı, hatalı bir şekilde, satıcı tarafından yapılan 'geç' teslimatların, malların mutabakata varılan şartlar dahilinde teslim edilmesi gerektiğinin belirtildiği CISG 33(b) maddesinin ihlalini teşkil ettiğini savunmaktadır. Ne 4 Ekim 1999 tarihli sözleşmeye ne de CISG'ye göre malların zamanında teslimine ilişkin bir ihlal olduğuna dair bir delil bulunmamaktadır. Ayrıca taraflarca malın kısım kısım tesliminin kararlaştırıldığı anlaşıldığı ve satıcı tarafından yapılan kısmi teslimatlarda 4 Ekim 1999 tarihli sözleşmenin veya CISG 35. madde hükmünün ihlalinin kanıtlanmadığı sonucuna varılması gerektiği belirtilmektedir. Karar için bkz. Hof van Beroep Antwerpen (Court of Appeal Antwerp), 2002/AR/2087, 24 April 2006, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=7181>, E.T. 22.1.2024.

zamanının, bir zaman dilimi olarak belirlenmiş olması halinde, dikkat edilmesi gereken husus, bu zaman diliminin sona ereceği anın bilinmesi gerektiğidir. Eğer teslim için belirlenen zaman diliminin hangi anda sona ereceği bilinmiyorsa, bu durumda CISG m.33-b değil, 33-c hükmü uygulama alanı bulacaktır⁵⁴.

Teslim zamanının belirli bir zaman dilimi şeklinde belirlendiği hallerde, satıcı, bu zaman dilimi içerisinde kendi belirleyeceği uygun bir anda malları teslim edebilir meğerki sözleşme, taraflar arasındaki alışkanlıklar veya uluslararası teamüllerde aksi öngörülmüş olsun⁵⁵.

Satıcı, diğer tüm hallerde, sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içerisinde malı teslim etmekle yükümlüdür (CISG m.33-c). Buna göre, taraflar ifaya ilişkin olarak, belirli bir tarih ya da bir zaman dilimi tayin etmemişlerse ve durum ve koşullara göre sözleşmeden de böyle bir tarih çıkarılamıyorsa, bu durumda teslim, sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içerisinde gerçekleşmelidir. Burada oldukça muğlak bir terim olarak kullanılan makul süre belirlenirken, somut olayın özellikleri dikkate alınmalı, sözleşmenin her iki tarafının menfaatleri de gözetilmek suretiyle üretim ve teslim ilişkisi ortalama süreler hesaba katılmalıdır⁵⁶.

2. Mallara İlişkin Belgeleri Verme Yükümlülüğü

Satıcının asli edim yükümlülüklerinden bir diğeri olan mala ilişkin belgeleri verme yükümlülüğü, CISG m.34'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anılan hüküm, mallara ilişkin belgelerle ilgili olarak; *"Satıcının mallara ilişkin vermesi gereken belgeler varsa, bunları sözleşmede öngörülen zamanda, yerde ve şekilde vermesi gerekir. Belgelerin erken verilmesi halinde, satıcı, belgelerin verilmesi için öngörülen ana kadar, belgelerdeki tüm sözleşmeye aykırılıkları gidermek hakkına sahiptir; yeter ki bu hakkın*

⁵⁴ Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 163.

⁵⁵ Atamer, *Uluslararası Satım*, 162; Huber ve Mullis, *The CISG*, 123; Schlechtriem ve Schwenger, *Commentary on the UN Convention*, 552-553; Yılmaz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler*, 84; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 163.

⁵⁶ Huber ve Mullis, *The CISG*, 125; Schlechtriem ve Schwenger, *Commentary on the UN Convention*, 557; Sert, *Viyana Satım*, 101; Yılmaz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler*, 85; Gözde Hatipoğlu, *Tüketici Hukukunda Erken İfa* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019), 11.

kullanımı alıcı için makul olmayan zahmete veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır.” düzenlemesine yer vermiştir. Görüldüğü üzere Antlaşma, mala ilişkin belgelerle ilgili olarak özel bir düzenleme yapmamış, bu konuda sözleşmede bulunan hükümlerin uygulanacağını vurgulayarak irade özerkliği ilkesini kabul etmiştir. Dolayısıyla taraflar arasında belgelerin verilmesi yükümlülüğünün kabul edilip edilmediği sözleşmeye, alışkanlıklara ve teamüllere göre belirlenecektir^{57, 58}. Burada söz konusu olan belgeler; malları

⁵⁷ Atamer, *Uluslararası Satım*, 167; Huber ve Mullis, *The CISG*, 127; Sert, *Viyana Satım*, 107.

⁵⁸ Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi (Temyiz mahkemesi) tarafından 2018 yılında verilen karara konu olayda, Almanya’da bulunan satıcı ile Fransa’da bulunan alıcı arasında 244 adet araç satışına ilişkin bir sözleşme akdedilir. Sözleşmeye konu araçların teslimatı gerçekleştirilir fakat araçlara ilişkin bazı belgeler alıcıya teslim edilmez. Davacı, satın aldığı 244 adet otomobilin kayıt sertifikalarının ve ayrıca 2007/46/EC sayılı Direktifin 18. maddesi uyarınca AT uygunluk sertifikalarının kendisine teslim edilmesini talep eder. Yerel mahkeme (Münih Eyalet Mahkemesi), davacının belgelerin eksikliğini CISG m.39 gereğince zamanında bildirmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacının itirazı ile dava temyiz mahkemesi olarak Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi önüne gelir. Mahkemeye göre; CISG m. 30 gereğince satıcının yükümlülükleri mala ilişkin belgelerin teslimini de içermektedir. Hangi belgelerin teslim edileceği meselesi, ya taraflar arasındaki sözleşmeden, alışkanlıklardan ve teamüllerden (bkz. Madde 9 CISG) ya da istisnai olarak dürüstlük kurallarından hareketle çözüme kavuşturulur. Somut olayda taraflar, aralarında akdettikleri satım sözleşmelerinde bu belgelerin teslim edilmesi yükümlülüğünü açıkça düzenlememiştir, fakat bu yükümlülük, CISG m.9 uyarınca araç ticareti yapılırken uyulması gereken teamüllerden kaynaklanmaktadır. Alman satım hukukuna göre, araç tescil belgesini teslim etme yükümlülüğü, satıcının asli yükümlülüğüdür. Araç tescil belgesinin alıkonulması durumunda satıcı, §§ 434 ff BGB’ye göre (ayıp hükümlerine göre) değil, genel olarak ifa etmeme (temerrüt) hükümlerine göre sorumludur. Araç tescil belgesindeki girişlerin aracın durumuna uymaması durumunda ancak ayıp hükümleri uygulanabilir. Tarafların beyanlarına göre, araçların sınır ötesinde satılması durumunda araç tescil belgelerinin satıcıda kalması yönünde bir teamül bulunmamaktadır. Ayrıca, 2007/46/EC sayılı Direktifin 18. maddesi uyarınca AT uygunluk belgelerinin de teslim edilmesi gerektiği tartışmasız bir teamüldür. Yerel mahkeme, CISG’nin 39. ve 40. maddelerini hatalı olarak uygulamıştır. CISG madde 39’un 1. fıkrasına göre alıcı, sözleşmeye aykırılığın niteliğini de belirterek, bunu tespit ettiği veya tespit etmesi gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya bildirmezse malın sözleşmeye aykırılığına dayanma hakkını kaybeder. Ancak CISG’nin 38. ve 39. maddeleri, mala ilişkin belgelerdeki eksikliğin bildirilmesi konusunda herhangi bir yükümlülük getirmemiştir. CISG’nin

temsil eden belgeleri ve ayrıca ticari faturalar, sigorta poliçeleri veya sertifikaları, ekspertiz raporları, yük çeki listeleri, menşe sertifikası, kalite sertifikası, sağlık veya bitki sağlık sertifikaları gibi mallara ilişkin diğer belgelerdir⁵⁹.

Malın, varma yerinde taşıyıcıdan teslim alınabilmesi için gerekli olan evrak türü, genellikle kıymetli evrak niteliğinde düzenlenmektedir. Türk Hukuku'nda bu belgeler; konişmento (TTK m.1228), makbuz senedi (TTK m.834) ve taşıma senedi (TTK m.856) dir⁶⁰. Öte yandan, malın teslim alınması için her zaman kıymetli evrak düzenlenmesi de gerekmez. Mesela tesellüm konişmentosu (TTK m.1228/f.2), taşıma işleri komisyoncusu tarafından verilen belgeler buna örnek olarak gösterilebilir⁶¹.

Mallara ilişkin belgelerin verilme şekli, yeri ve zamanı konusunda, CISG m.34 hükmü, özel bir düzenleme ihtiva etmemekte, söz konusu hükümde belgelerin sözleşmede öngörülen zamanda, yerde ve şekilde verilmesi gerektiği ifade edilerek taraflar arasındaki sözleşmeye işaret edilmektedir. Belgelerin ne zaman, nerede ve ne şekilde teslim edileceği hususu belirlenirken, tarafların anlaşmalarına ve özellikle kullanılan uluslararası ticari terimlere, sözleşmede açık bir düzenleme olmaması halinde, CISG m.9 gereğince; tarafların, uygulanmasını kabul ettikleri teamüllere ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklara bakılmalıdır⁶².

38. ve 39. maddelerinin tüm belgelere veya belirli belgelere uygulanabileceği de sıklıkla tartışılmaktadır. Karar için bkz. Oberlandesgericht München (Court of Appeal Munich), 32 U 2098/17, 12 April 2018, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=9639>, E.T. 22.01.2024.

⁵⁹ “CISG madde 30 ve 34 uyarınca satıcı mallara ilişkin her türlü belgeyi teslim etmek zorundadır. Mallara ilişkin belge örnekleri, malları temsil eden belgeleri ve ayrıca ticari faturalar, sigorta poliçeleri veya sertifikaları, ekspertiz raporları, yük çeki listeleri, menşe sertifikası, kalite sertifikası, sağlık veya bitki sağlık sertifikaları gibi mallara ilişkin diğer belgeleri kapsar.” Bkz. CISG-DK Görüşü No. 11, *Alıcının Ödeme Borcu Kapsamında CISG Uyarınca Belgelerden Doğan Sorunlar*, 3 Ağustos 2012, Raportör: Profesör Martin Davies, Tulane Üniversitesi Hukuk Fakültesi, New Orleans, ABD.

⁶⁰ Atamer, *Uluslararası Satım*, 166; Erdem, *Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu*, 154.

⁶¹ Atamer, *Uluslararası Satım*, 166.

⁶² Atamer, *Uluslararası Satım*, 167; Erdem, *Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu*, 156-157; Schlechtriem ve Schwenzler, *Commentary on the UN Convention*, 561; Sert,

Sözleşmede belgelerin teslim yerine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamışsa, bu konuda ne olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, mala ilişkin belgelerin verilme yeri, malın teslim edildiği yer olmalıdır⁶³. Diğer bir görüşe göre; belgelerin verilmesi, gönderilecek borç niteliğinde kabul edilmeli ve satıcı riski üstlenerek belgeleri alıcının işyerine yollamalı veya malı teslim alacağı yerde alıcıya devretmelidir⁶⁴. Bununla birlikte uluslararası ticarete kullanılan sözleşme ve hükümlerin biçimleri, genellikle teslimine ilişkin özel bazı kurallar içerir. Örneğin alıcı, satıcı için bir akreditif sağlamak zorundaysa, bu durumda satıcının belgeleri teslim etmesi gereken yer, akreditif açan amir bankanın yahut satıcının bulunduğu ülkedeki muhabir bankanın işyeri olarak tespit edilirken; teslim zamanı ise, akreditifin geçerlilik süresine bağlı kalınarak belirlenir⁶⁵.

3. Malların Mülkiyetini Geçirme Yükümlülüğü

Antlaşma'da, her ne kadar satıcının yükümlülükleri arasında, malların mülkiyetini geçirmek sayılmışsa da (CISG m.30), bu yükümlülüğün içeriğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yani satılan malın mülkiyetinin gerçekten alıcıya geçip geçmediği hususu⁶⁶ açıklığa

Viyana Satım, 108; Yavuz Dayıoğlu, *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2011), 21.

⁶³ Öztürk, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler," 586; Sert, *Viyana Satım*, 108; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 165.

⁶⁴ Bu hususta Atamer ise, özellikle götürme borçları ve aranacak borçlar bakımından, teslim yeri ile belgelerin verilme yerinin örtüşmesinin bir sorun teşkil etmeyeceğini, satıcının her iki yükümlülüğünün aynı yerde sona ermesinin avantajlı olacağını ancak gönderme borçları bakımından aynı sonuca varmanın zor olacağını ifade etmektedir. Yazara göre; gönderme borçlarında, satıcının belgeleri alıcıya yollaması halinde, riziko alacaklıya ait olmak üzere bu belgelerin nakledilmesi, bu dönemde özellikle alıcı açısından bir sigortalama imkânının olmaması nedeniyle göz ardı edilmemesi gereken bir noktadır. Açıklamalar için bkz. Atamer, *Uluslararası Satım*, 168.

⁶⁵ Schlechtriem ve Schwenger, *Commentary on the UN Convention*, 561; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 165.

⁶⁶ "Dava, Kırgızistan'daki satıcının dava konusu fasulye emtiasını önce davacıya, daha sonra nakliyat sırasında davalıya satması nedeniyle, birinci alıcının ikinci alıcıya karşı açtığı istihkak davasına ilişkindir. TMK'nin 763. maddesi uyarınca taşınır mülkiyetinin nakli için kural olarak zilyetliğin devri gerekir. TBK 207. maddesi uyarınca, satıcı satılanın mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcu

kavuşturulmamış, sözleşmenin satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri, açıkça Antlaşma'nın kapsamı dışında tutulmuştur (CISG m.4-b). Bu nedenle sözleşme konusu malların mülkiyetine ilişkin sorunlar, örneğin mal üzerindeki mülkiyetin alıcıya sağlanıp sağlanmadığı sorusu, forum devletin uluslararası özel hukuk kurallarına (lex rei sitae) bağlı olarak çözümlenecektir⁶⁷.

C. Satıcının Diğer Yükümlülükleri

Satıcının CISG m.30'da sayılan yükümlülüklerinin dışında; sözleşmeden, tarafların uygulanmasını kabul ettikleri teamüllerden veya aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklardan (CISG m.9) yahut dürüstlük kuralından (CISG m.7) kaynaklanan yükümlülükleri de söz konusu olabilir. Taraflar arasında akdedilen sözleşmenin, bir bütün olarak Antlaşma'nın uygulama alanına girdiği durumlarda, bu ek yükümlülükler de, sözleşmeden doğan yükümlülükler kapsamında olduğundan, Antlaşma kurallarına tabi

üstlenmektedir. Gerek 6098 sayılı TBK'nın 208 ve de tarafı olduğu Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Sözleşmesi)'nin 67. ve 4. maddeleri gerekse satış kuralları uyarınca, yükün taşıma aracına yüklenmesiyle birlikte hasar ve yararın alıcıya geçmesi mülkiyetin de taşıyıcıya teslimle alıcıya geçmesi anlamına gelmez. Keza Sözleşmesinin 12. maddesi uyarınca da, gönderen, malı taşıyıcıya teslim ettikten sonra, teslimi yapılacağı yeri değiştirme veya sevk mektubunda gösterilen alıcıdan başkasına teslim etmesini istemek suretiyle yüke tasarruf etme hakkına sahiptir. Somut olayda dava dışı satıcı, malın taşındığı sırada, ilk alıcıya yapılacak teslimden vazgeçerek, taşıyıcıya verdiği talimatla alıcıyı değiştirdiği ve malın davalıya verilmesini istediği, taşımacının elindeki taşıma senedine göre taşıma konusu emtianın davalıya verilmesi gerektiğinden ve bu amaçla emtia antrepoya bırakıldığından bu durumda malın mülkiyetinin davacıya değil, gümrük antreposuna bırakılan mallara vasıtalı olarak zilyet olan ikinci satıcı davalıya geçtiği, davacının malın kendisine satımıyla ilgili olarak hukuki sorun yaşaması halinde muhatabının davalı değil, dava dışı satıcı veya şartları varsa sigorta şirketi olması gerektiği halde, mahkemece hatalı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi hükmü davalı yararına bozulması gerekmiştir." Karar için bkz. Yargıtay (Turkish Supreme Court), 11. Hukuk Dairesi (11th Civil Chamber), Docket no. 2016/6805, Decision no. 2018/1538, 28 February 2018, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=12800>, E.T. 23.01.2024.

⁶⁷ Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 62; Huber ve Mullis, *The CISG*, 129; Schlechtriem ve Schwenger, *Commentary on the UN Convention*, 492; Öztürk, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler," 589; Yılmaz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler*, 86; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 155.

olacaktır. Bunun sonucu olarak, ek yükümlülüklerin ihlali halinde de, CISG m.45 vd. bulunan hükümler uygulama alanı bulacaktır⁶⁸.

Satıcının malın tesliminden önce veya teslimi esnasında; malı tartması, sayması, ölçmesi veya paketlemesi gibi yükümlülükleri de söz konusu olabilir. Satıcının anılan bu yükümlülükleri, teslim fiilinin içerisinde kaldığı oranda, satıcının teslim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁹.

II. ALICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Viyana Satım Antlaşması (CISG)'nın "Malların Satımı" başlıklı III. Kısım'ının III. Bölümü'nde, alıcının yükümlülükleri düzenlenmiş bulunmaktadır. "Alıcının Yükümlülükleri" başlığını taşıyan bölüm; semenin ödenmesi (CISG m.54-59), teslim alma (CISG m.60) ve sözleşmenin alıcı tarafından ihlali halinde satıcının sahip olduğu hukukî imkânların (CISG m.61-65) düzenlendiği üç ayrımdan oluşmaktadır.

B. Alıcının Asli Edim Yükümlülükleri

Antlaşma'da alıcının asli edim yükümlülükleri, 53. madde ile genel olarak düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre; "*Alıcı, sözleşme ve bu Antlaşmanın gerektirdiği şekilde semeni ödemek ve malları teslim almakla yükümlüdür.*" Görüldüğü üzere, CISG kapsamında alıcının asli edim yükümlülükleri, taraflar arasındaki sözleşme ve Antlaşma hükümleri çerçevesinde satım bedelini ödemek (semeni ödemek) ve satım konusu malları teslim almaktır.

CISG m.53, genel anlamda tarafların yükümlülüklerinin belirtildiği hükümdür. Bu yükümlülüklerin içerikleri ve ayrıntıları devam eden maddelerde düzenlenmiştir. Dolayısıyla CISG m.53 hükmü, mahkeme kararları açısından uyuşmazlığa yol açmayan, genel anlamda herhangi bir problem teşkil etmeyen bir düzenlemedir. Uluslararası mal satımına ilişkin uyuşmazlıkları konu edinen mahkeme kararında, genel anlamda sadece 53. maddede belirtilen yükümlülüklere değinildiği ve yalnızca alıcının aslında

⁶⁸ Schlechtriem ve Schwenger, *Commentary on the UN Convention*, 493; Yılmaz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler*, 87; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 156.

⁶⁹ Yılmaz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler*, 87.

mal bedelini ödeme ve malları teslim alma yükümlülüklerinin bulunduğu belirtilmiştir⁷⁰.

Satıcının asli edim yükümlülüklerinde olduğu gibi, alıcının asli edim yükümlülükleri bakımından da Antlaşma hükümleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun taşınır satışına ilişkin hükümleri paralellik göstermektedir. Türk Borçlar Kanunu m.232 gereğince; alıcının satım sözleşmesinden doğan asli edim yükümlükleri, sözleşmede kararlaştırılan şekilde satış bedelinin ödenmesi ve alıcıya sunulan satım konusu şeyin teslim alınmasıdır.

1. Semen Ödeme Yükümlülüğü

Alıcının satım sözleşmesinden doğan asli borcu, semenin ödenmesidir. Semen ödeme yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılar, Antlaşma'nın 54 ila 59. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede, semenin ödenmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı takdirde, ilk olarak, tarafların uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklara bakılacak (CISG m.9), buradan da sonuç çıkmaması halinde Antlaşma'nın anılan hükümleri, bir yedek hukuk kuralı olarak uygulanacaktır⁷¹.

a. Kapsamı

Viyana Satım Antlaşması'nın 54. maddesinde semen ödeme borcunun kapsamı düzenlenmektedir. Buna göre; "*Alıcının semeni ödeme borcu, sözleşmede veya mevzuatta öngörülmüş olan, semenin ödenmesini sağlayacak önlemleri almayı ve formaliteleri gerçekleştirmeyi içerir.*"⁷² Söz konusu

⁷⁰ Aynı yönde bkz. Henry D. Gabriel, "The Buyer's Performance under the CISG: Articles 53-60 Trends in the Decisions," *Journal of Law and Commerce* 25:273, 2005-06 (October 2015): 273.

⁷¹ Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 75; Erhan Kanışlı, *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları* (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013), 19; Kaya, *CISG*, 34; Schlechtriem ve Schwenzler, *Commentary on the UN Convention*, 794; Sert, *Viyana Satım*, 147.

⁷² İtalya'da bulunan satıcı ile Almanya'daki alıcı arasında yapılan ayakkabı satışına ilişkin sözleşmede, semenin ödenmesine ilişkin bir uyuşmazlığı inceleyen Freiburg im Breisgau Yerel Mahkemesi, davacı satıcının semenin ödenmesi talebine karşı, davalı alıcının ayakkabıların ayıplı olduğundan bahisle ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı iddiasını haksız bulmuştur. Davalılar, ayakkabıların topuklarının deri kaplı olmasından dolayı hatalı bir teslimatın söz konusu olduğunu, bu nitelikte bir sipariş vermediklerini,

hüküm, alıcının satın bedelini ödeme yükümlülüğünün, sırf bu bedeli borçlanmanın ötesine geçtiğini belirtir⁷³. Bu yükümlülük, aynı zamanda ödemenin gerçekten yapılmasını sağlamak için gerekli olan formaliteleri ve maliyetleri de içerir. Dolayısıyla alıcı bu kapsamda, semenin ödenmesi amacıyla yönelik olarak tüm önlemleri almak, gerekli hazırlık çalışmalarını yapmak, sözleşmeden ve milli hukuktan kaynaklanan formaliteleri yerine getirmekle mükelleftir. Örneğin; taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen ödeme şekli; çek, bono, poliçe gibi kambiyo senetlerini kapsıyorsa bunların, yabancı para ile ödeme kararlaştırılmışsa, kararlaştırılan türden paranın temini, akreditif yahut teminat mektubu öngörülmüşse teminatın sağlanması yahut akreditif sözleşmesinin yapılması gerekmektedir⁷⁴. Aynı şekilde, alıcı, uluslararası ticari işlemlerin yürütülmesi için iç hukuktan kaynaklanan izinleri almalı, izinlerin verilmemesi halinde gerekli hukuki yollara başvurmalı, ödenecek bedelin satıcının bulunduğu ülkeye nakledilmesi için gerekli yasal işlemleri gerçekleştirmeli ve tüm bu işlemlerden doğan masrafları üstlenmelidir⁷⁵. Dolayısıyla aksine bir anlaşma olmadığı sürece, alıcı, bedelin ödenebilmesi için gerekli formalitelerin yerine getirilmesine ilişkin masrafları da karşılamakla yükümlüdür. Bu nedenle, ödemenin gerçekleştirilmesine ilişkin her türlü masraf, haklı olarak alıcı

malları aldıktan birkaç gün sonra hemen faks yoluyla yanıt verdiklerini iddia etmişlerdir. Davacı ise, böyle bir faksın zamanında kendisine ulaşmadığını, üstelik sipariş edilen ürünlerin doğru bir şekilde teslim edildiği için herhangi bir yanlış teslimatın söz konusu olmadığını iddia etmiştir. Mahkemeye göre; Birleşmiş Milletler Milletlerarası Mal Satımına Dair Sözleşmelere İlişkin Antlaşma'nın (CISG) 54. maddesine göre davalılar, davacıya kalan satın alma bedelini talep edilen tutarda ödemeyi borçludur. Tarafların farklı akit ülkelerde şubeleri bulunması nedeniyle CISG, taraflar arasındaki satın sözleşmeleri bakımından uygulanabilir. Davalılar, teslim edilen ayakkabılardaki kusurlara (sipariş edilmediği iddia edilen "yanlış" modellerin teslimi) dayanamazlar, çünkü bunları davacıya makul bir süre içinde bildirdiklerini kanıtlamamışlardır. Davalılar, davacıya, temerrüt nedeniyle talep edilen tutarda faiz ödemekle yükümlüdür. Vadesinde ödenmeyen satın bedeli üzerinden faiz tahakkuk ettirilir. Karar için bkz. Amtsgericht Freiburg im Breisgau (Local Court Freiburg im Breisgau), 4 C 4003/06, 06 July 2007, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=7515>, E.T. 23.01.2024.

⁷³ Gabriel, "The Buyer's Performance under the CISG," 274.

⁷⁴ Gabriel, "The Buyer's Performance under the CISG," 274; Kanişlı, *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri*, 21; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 237.

⁷⁵ Kanişlı, *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri*, 21; Kaya, *CISG*, 102.

tarafından karşılanmalıdır. Alıcının bu tür formaliteleri yerine getirmemesi, satıcı tarafından sözleşmenin ihlali olarak değerlendirilir⁷⁶.

b. Semenın Taraflarca Belirlenmemiş Olması

Gerekli önlemleri alan ve prosedürleri yerine getiren alıcı, sözleşmede belirlenen miktarda semeni ödemelidir. Ancak tarafların, sözleşmede, açık ya da zımni olarak semeni belirlememeleri ve sözleşmede semenin belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme yapmamaları halinde, semen, CISG m. 55'e göre belirlenecektir. 55. madde, semen belirlenmeksizin geçerli olarak akdedilen bir sözleşmede, bedele ilişkin boşluğu doldurmaya yönelik tamamlayıcı bir hükümdür. Anılan hükme göre; *“Sözleşme, açıkça veya örtülü olarak semen belirlenmeksizin veya semenin belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme içermeksizin geçerli olarak kurulmuşsa, aksine herhangi bir emare bulunmadıkça, tarafların sözleşmenin kurulduğu anda ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyata örtülü olarak gönderme yapmış oldukları varsayılır.”*

CISG m. 55'in uygulanabilmesi için, öncelikle sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerektiği aşikardır. Ancak sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmasına ilişkin yöneltilen bir teklif bakımından CISG m. 14'te öngörülmüş olan; *“Bir veya birden çok belirli kişiye sözleşmenin kurulması için yöneltilen bir teklif, yeterince kesin olması ve teklifte bulunanın, kabul halinde bağlanma iradesini yansıtması durumunda icap sayılır. Malların saptandığı ve açık veya örtülü olarak miktar ve semenin belirlendiği veya belirlenmesi için gerekli düzenlemenin yapıldığı teklifler yeterince kesin sayılır.”* şeklindeki düzenleme ile 55. maddenin çelişir nitelikte olduğu görülmektedir. Zira 14. maddede; bir teklifin icap sayılabilmesi için, yeterince kesin olması gerektiği ve ancak açık veya örtülü olarak semenin belirlendiği veya belirlenmesi için gerekli düzenlemenin yapıldığı tekliflerin kesin sayılacağı⁷⁷ ifade edilmektedir.

⁷⁶ Gabriel, “The Buyer’s Performance under the CISG,” 274.

⁷⁷ İsviçre Federal Mahkemesi 2005 yılında verdiği bir kararında; CISG m. 14'e göre bir teklifin, ancak malı tarif etmesi ve açık veya zımni olarak malın miktarını ve fiyatını belirlemesi veya bunların belirlenmesine olanak sağlaması durumunda teklif sayılabilecek kadar spesifik olduğunu, teklifin kendisi bir fiyattan bahsetmiyorken davacının, fiyatın kolayca belirlenebileceğini iddia etse de, teklif dışında hangi açıklamalara veya fiyatın hangi kriterlere göre belirlenmesi gerektiğini açıklamasının

55 madde ile 14. madde arasındaki bu etkileşim, bilimsel çalışmalar ve içtihatlarda birtakım sorunları gündeme getirmektedir⁷⁸. 55. madde aslında Antlaşma'nın geneline hâkim olan irade özerkliği ilkesinin bir yansıması olarak taraflara, semeni belirlemeksizin bir anlaşma yapma olanağı sağlamaktadır. 14. madde bir teklifin, icap olarak değerlendirilebilmesi için, temel içeriğinin neleri kapsaması gerektiği konusunda yasal bir karine öngörürken, 55. madde tarafların, semeni bunlardan biri olarak değerlendirmelerine gerek olmadığını kabul etmektedir. Aslında 55. madde hükmü, madde 14(1)'de yer alan düzenlemenin tam tersi gibi görünmektedir; çünkü bu hüküm; bir sözleşmenin, "*açıkça veya zımni olarak semeni belirlemediği veya belirlenmesine ilişkin ölçüt getirmediği*" halde "*geçerli bir şekilde akdedilmiş olabileceğini*" ima etmektedir⁷⁹.

Sözleşme taraflarının bulunduğu devlet, CISG m.92 hükmüne istinaden Antlaşma'nın II. Kısmı'na çekince koymuş ise; bu durumda CISG m.55'in uygulanması açısından bir sorunla karşılaşılacaktır. Ancak taraf devlet böyle bir çekince koymaksızın Antlaşma'yı kabul etmişse, bu durumda 14. maddenin, 55. maddenin uygulanmasını engelleyip engellemeyeceği hususu tartışılmalı hale gelmektedir.

Doktrinde bir görüş⁸⁰, semenin belirlenmesine ilişkin gerekli düzenlemelerin yapılmadığı bir anlaşmanın, 14. maddede belirtilen yeterince kesin bir icabın varlığı şartını sağlamayacağı ve bu durumda taraflar arasında geçerli bir biçimde kurulmuş bir sözleşmeden söz edilemeyeceği için 55. maddenin uygulanmasına mahal kalmayacağını belirtmektedir.

lüzumlu olduğunu belirterek, semenin belirlenebilir olarak kabul edilebilmesi açısından, taraflar arasındaki ilişkide bu yönde işaretler, alışkanlıklar ya da belirlemelerin bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Karar için bkz. Bundesgericht/Tribunal fédéral (Swiss Federal Supreme Court), 4C.474/2004, 05 April 2005, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6936>, E.T. 24.01.2024.

⁷⁸ Öğretide bu hususta yapılan tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İpek Sağlam, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması* (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013), 43 vd.

⁷⁹ Loukas Mistelis, "Article 55 CISG: The Unknown Factor," *Journal of Law and Commerce* 25, 1 (2005): 285.

⁸⁰ Kanişlı, *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri*, 23; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 239.

Bir başka görüşe göre ise⁸¹, semenin belirlenmesine ilişkin herhangi bir düzenlemenin yapılmadığı anlaşmalar bakımından, 14. madde kapsamında zımni bir kabulün varlığı ile sözleşmenin kurulduğu kabul edilmeli, her iki hükmün bu bağlamda bağdaştırılması yoluna gidilerek sözleşmenin ayakta tutulması sağlanmalıdır. Nitekim 14. madde ile 55. madde arasında yapısal bir çelişki olduğu ve anlaşmada semene ilişkin belirlemenin olmaması durumunda, anlaşmanın yeterince kesin bir teklif barındırmadığı için zaten geçersiz olacağını kabul etmek, 55. maddenin uygulanabilirliğini neredeyse tamamen ortadan kaldırmaktadır. Fakat 55. madde ile amaçlanan, taraflar arasında malların belirlenmesi ve bir semen ödenmesi hususunda mutabakata varılmak suretiyle ortaya çıkan bir anlaşmanın, sırf kesin olarak bir bedel belirlenmediği için geçersiz sayılmasının önüne geçmek ve semenin belirlenmesine ilişkin somut kriterlerin uygulanması olanaklı ise, sözleşmedeki bu eksikliği tamamlayıcı nitelikte bu hükümlerle doldurmaktır. Yani taraflar, aralarındaki anlaşma ile, malları belirlemiş ve karşılığında bir semen ödenmesi gerektiği hususunda mutabakata varmışlarsa, sözleşmede bedele ilişkin kesin bir belirleme yapılmamış olsa dahi, özellikle piyasa fiyatı bulunan mallar bakımından, tarafların zımni iradesinin cari fiyat üzerinde örtüştüğü kabul edilerek 55. madde hükmü uygulanmalıdır. Zira tamamlayıcı nitelikteki 55. madde hükmü açıkça, semeni belirlemeksizin veya belirlenmesine yönelik bir düzenleme getirmeksizin bir sözleşmenin yapılmasına izin vermektedir.

Şu hususun vurgulanması özellikle önem arz etmektedir ki; fiyatlandırma mekanizmasını belirlemeyen bir teklif, taraflar arasındaki sözleşmeyi mutlak olarak geçersiz kılmaz. Sözleşmenin kurulması bakımından olağan yol, iki irade beyanından (teklif ve kabul) oluşan klasik modeldir. Ancak bazı sözleşmeler bu modeli takip etmez⁸². Hatta sözleşmeler nadiren basit bir teklif ve kabul diyaloguyla akdedilir. Bunun yerine, genellikle taraflar arasında bir dizi mübadele söz konusudur ve bu etkileşim içerisinde kesin teklif anlaşılması zor bir kavramdır. Bu nedenle, teklifin özellikle semen hususunda

⁸¹ Gabriel, "The Buyer's Performance under the CISG," 276; Mistelis, "Article 55 CISG," 289; Sert, *Viyanalı Satım*, 149-150; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 111-112; Erdem'e göre, "...Herhalde bu iki hükmün bağdaştırılması ancak "zımnen saptama" kavramına her iki madde açısından farklı anlamlar verilmesi ile mümkün olacaktır." Açıklamalar için bkz. Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 76.

⁸² Pilar Perales Viscasillas, "Contract Conclusion under CISG," *Journal of Law and Commerce* 16, 2 (1997): 342.

belirsiz olmasından bahisle sözleşmenin geçersizliğini savunmak, tarafların daha sonraki iletişim ve davranışlarının aslında sözleşmeyi geçerli bir şekilde akdetmek için yeterli bir kesinliği sağlayabileceği hususunu göz ardı etmektedir. Örneğin, yeterince kesin bir bedel olmamasına rağmen malların kabulünün geçerli bir sözleşmenin imzalanmasıyla sonuçlandığı birçok durum vardır⁸³.

İsviçre St. Gallen Bölge Mahkemesi, Hollandalı bir satıcı ile İsviçreli bir alıcı arasındaki hammadde satışına ilişkin yapılan bir anlaşma dolayısıyla önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin olarak benzer değerlendirmelerde bulunmuştur. Uyuşmazlığa konu olayda, bedelin belirlenmesi konusunda taraflar arasında bir anlaşma bulunmamaktadır. Mahkemeye göre; bir sözleşme, satım bedelini açıkça veya zımnen belirlemeden veya belirlenmesine olanak tanımadan geçerli bir şekilde akdedilmişse, aksi yönde bir delil bulunmadığı sürece, tarafların genellikle piyasada bu tür mallar için uygulanan satım bedeline zımnen atıfta buldukları varsayılır. Dolayısıyla söz konusu malların, CISG m. 55 gereğince; sözleşmenin kurulduğu tarihte ilgili iş kolundaki benzer koşullar altında satıldığı kabul edilmelidir⁸⁴.

Antlaşma'nın 14. maddesi ile 55. maddesi arasındaki bu ilişki, İsviçreli üst düzey bir saat üreticisi olan alıcı ile İtalyan satıcı arasındaki bir satım sözleşmesi dolayısıyla 2016 yılında İsviçre Vaud Kantonu Temyiz Mahkemesi'nce de değerlendirilmiştir. Uyuşmazlığa konu olayda taraflar, alıcının saatlerinin mağazalarda sergilenmesi için tasarlanan çeşitli vitrinlerin üretimi ve teslimatı için bir sözleşme imzalar. Taraflar arasında geçmişteki uygulamalara uygun olarak sözleşme, fiyat konusunda ayrıntılı bir görüşme yapılmadan sözlü olarak akdedilir. Vitrinler üretilip alıcıya teslim edildikten sonra satıcı, teslim edilen çeşitli malların fiyatlarını belirten bir faturayı alıcıya gönderir. Fakat alıcı ödemeyi yapmadığı için satıcı, önce Milano'daki bir mahkemede, daha sonra da bir İsviçre mahkemesinde dava açar ve her iki davayı da kazanır. İsviçre'deki mahkemenin kararına karşı Vaud Kantonu Temyiz Mahkemesi'ne yapılan itiraz üzerine alıcı, CISG m.14 gereğince; aralarındaki anlaşmada yeterince kesin bir fiyat bulunmadığından geçerli bir sözleşme yapılmadığı savunmasında bulunur. Temyiz Mahkemesi, belirli bir fiyata ilişkin anlaşma konusunda CISG'nin 14(1) ve 55. maddeleri arasında

⁸³ Mistelis, "Article 55 CISG," 290.

⁸⁴ Bahsi geçen karar için bkz. Bezirksgericht St. Gallen (Court of First Instance St Gall), 3PZ 97/18, 03 July 1997, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6308>, E.T. 31.1.2024.

bir çelişki bulunduğunu ancak bu çelişkinin pratik öneminin abartılmaması gerektiğini vurgular. Mevcut davayla ilgili olarak Temyiz Mahkemesi, teslim edilen malların fiyatının, CISG m.8(3) ve 9 çerçevesinde, taraflar arasında gerçekleşen müzakereler, tarafların geçmişteki uygulamaları ve sonraki davranışları dikkate alındığında yeterince belirlenebilir olduğu sonucuna varır. Mahkeme, tarafların geçmişteki siparişlerinde sözlü olarak anlaşmaya varma uygulamasını geliştirdiklerini ve üretilen malları aldıktan sonra fiyatı belirlemeyi satıcıya bıraktıklarını belirtir. Alıcı faturayı aldıktan sonra, burada belirtilen fiyatlara itiraz etmemiş ve bunu ancak teslim edilen malların kalitesinin düşük olduğunun ortaya çıkmasından sonra yapmıştır. Temyiz Mahkemesi'ne göre, aslında alıcı, eğer mallar kararlaştırılan kaliteye sahip olsaydı, fiyatların satıcı tarafından talep edilen fiyatlar ile aynı olmasını beklediğini itiraf etmiştir. Bu çerçevede Mahkeme, her ne kadar taraflarca bir bedel belirlenmemiş olsa da, malların fiyatının belirlenebilir olduğuna ve bu fiyatın satıcının faturasında yer alan fiyata karşılık geldiğine hükmeder⁸⁵.

CISG m. 55'in uygulanması açısından bir diğer önemli husus, sözleşme konusu malların cari fiyatının tespit edilmesidir. Semen belirlenmesi bakımından esas alınması gereken ölçüt, ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyattır. Cari fiyat, sözleşmenin kurulduğu esnada, malın genelde sağlandığı piyasa veya pazardaki objektif cari değer dikkate alınarak belirlenmelidir⁸⁶.

Semen belirlenmesi bakımından Antlaşma hükümleri ile Türk Borçlar Kanunu hükümleri genel anlamda paralellik göstermekle birlikte, aralarında özellikle cari fiyatın tespit edileceği an ve yerle ilgili bir farklılık söz konusudur. Antlaşma kapsamında, cari fiyatın, sözleşmenin kurulduğu esnada ve malın genelde sağlandığı yerdeki piyasa fiyatı üzerinden belirleneceği kabul edilirken, Türk Borçlar Kanunu'nda, ifa zamanında ve ifa yerindeki piyasa fiyatının esas alınacağı kabul edilmiştir (TBK m.233/f.1).

Ödemenin hangi para birimi ile yapılacağına ilişkin ise, Antlaşma'da herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Taraflar arasındaki sözleşmede, semenin hangi para birimiyle ödeneceği belirtilmemiş ve tarafların uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan

⁸⁵ Karar için bkz. Cour d'appel civile du Tribunal Cantonal de Vaud (Court of Appeal Canton Vaud), J11.036221-151531, 29 February 2016, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=8675>, E.T. 24.01.2024.

⁸⁶ Sert, *Viyana Satım*, 151.

alışkanlıklardan da bir sonuç çıkarılamıyorsa, semenin hangi para birimiyle ödeneceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu hususun, Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenmesi gerekir (CISG m.7/f.2). Bu hususa ilişkin olarak, doktrinde hâkim görüş⁸⁷ tarafından savunulan, semenin satıcı tarafından kullanılacağı göz önüne alındığında, satıcının işyerinin bulunduğu ülke parasıyla ödenmesi gerektiği yönündeki görüşe katıldığımızı vurgulamak isteriz.

c. Malların Ağırlığına Göre Semen Belirlenmesi

CISG m.56'da, semenin malların ağırlığına göre belirlenmiş olması halinde uygulanacak bir tamamlayıcı hukuk kuralı düzenlenmiştir. 56. madde, semenin malların ağırlığına göre belirlenecek olması durumunda, semenin belirlenmesine ilişkin standardı düzenlemektedir. Bu madde, özellikle, sözleşmede malların net ağırlığının mı yoksa brüt ağırlığının mı esas alınacağını belirtmediği durumlarda caridir. Anılan hükme göre; semen, malların ağırlığına göre belirlenmişse ve taraflar ağırlığın nasıl saptanacağına ilişkin bir belirleme yapmamışlarsa, şüphe halinde, '*malların net ağırlığı*' dikkate alınarak saptama yapılacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nda da satış bedelinin, satılanın ağırlığına göre belirlendiği durumlarda daranın indirileceği, fakat bazı ticari malların satışı bakımından, daralı ağırlıktan miktar yahut yüzde olarak bir indirim yapılmasını ya da bedelin belirlenmesinde daralı ağırlığın esas alınmasını öngören ticari teamüllerin saklı olduğu ifade edilmektedir (TBK m.233/f.2-3).

Malların net ağırlığının esas alınacağını düzenleyen CISG m.56 hükmü, yukarıda da ifade edildiği üzere, tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğinde bir hükümdür. Dolayısıyla söz konusu ölçüt, ancak taraflar arasındaki sözleşme, tarafların uygulanmasını kabul ettikleri teamüller veya aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklar başka bir standart getirmiyorsa uygulanacaktır.

d. Ödeme Yeri

Alıcının satım bedelini ödeyeceği yer, taraflar arasındaki sözleşmede açık ya da zımni olarak belirlenmemişse ve tarafların uygulanmasını kabul ettikleri teamüller veya aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklara (CISG m.9) göre de

⁸⁷ Gabriel, "The Buyer's Performance under the CISG," 274-275; Sert, *Viyana Satım*, 148; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 235.

tespit edilemiyorsa, ödeme yeri, Antlaşma'nın 57. maddesindeki düzenlemeye göre tespit edilecektir. Nitekim CISG m.57'ye göre; alıcı semeni, belirli başka bir yerde ödemekle yükümlü değil ise, satıcının işyerinde ödemelidir. Ödemenin, malların veya belgelerin verilmesi karşılığında yapılması gerekiyor ise, bu durumda alıcının semeni, verme yerinde ödemesi gerekmektedir. CISG m.57/f.1-a'da yer alan satım bedelinin, satıcının işyerinde ödenmesi gerektiğine ilişkin düzenleme, alıcının semen ödeme borcunu yerine getireceği yer açısından genel kuraldır. Yani taraflar edimlerin karşılıklı olarak ifasını kararlaştırmamışlarsa, genel kural, semenin satıcının işyerinde ödenmesidir.

Türk hukuku bakımından, semen ödeme borcu, niteliği itibariyle bir para borcu olup, götürülecek borç niteliğindedir⁸⁸. Nitekim TBK m.89/f.1-1 gereğince; para borçlarının, alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yerinde ödenmesi gerekir. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu kapsamında, Antlaşma hükümlerine paralel olarak, semen ödeme borcunun, satıcının yerleşim yerinde ifa edilmesi gerekir.

Alıcının semeni, satıcının işyerine giderek bizzat ödemesi zorunlu değildir. Alıcı semeni, üçüncü bir kişi vasıtasıyla satıcının işyerine gönderebileceği gibi, havale veya EFT yoluyla da ödeyebilir. Tarafların sözleşmede, edimlerini karşılıklı olarak ifa etmeyi kararlaştırmaları halinde yani semenin, malların veya belgelerin verilmesi üzerine ödeneceği kararlaştırılmışsa, bu durumda ödeme yeri, malların veya belgelerin teslim edildiği yerdir (CISG m.57/1-b).

Semenin, malların veya belgelerin teslim edildiği yerde ödenmesi gerekliliği, bazen taraflar arasında akdedilen sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi, tarafların, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller veya aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklar dolayısıyla da söz konusu olabilir (CISG m.9). Bu durumda da, ödemenin malların yahut belgelerin teslim edildiği yerde yapılması gerekir.

Viyana Satım Antlaşması'nın alıcının yükümlülükleriyle ilgili tüm maddeleri arasında, içtihatların çoğunu madde 57 oluşturmaktadır. 57. maddenin uygulamadaki bu "öncü rolü" ödeme yerinin, devletlerin yargı yetkisini etkilemesinden kaynaklanmaktadır⁸⁹.

⁸⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, 161.

⁸⁹ Claude Witz, "The Place of Performance of the Obligation to Pay the Price Art. 57 CISG," *Journal of Law and Commerce* 25, 1 (2005): 325.

2019 yılında İsviçre Höfe Bölge Mahkemesi'nin verdiği bir karara konu anlaşmazlık, İtalya'da bulunan satım konusu malın üreticisi ile İsviçre'li distribütör arasında yapılan işbirliği sözleşmesinden doğmaktadır. Sözleşme kapsamında teslim edilen ayakkabılara ilişkin semenin bir kısmı ödenmemiş ve mahkeme semenin ödeme yerine ilişkin şu tespitlerde bulunmuştur: Ödeme yerinin tespiti için CISG madde 57'ye başvurulması gerekmektedir. Aksi kararlaştırılmadıkça, ödeme yeri satıcının işyeridir veya ödeme, malların veya belgelerin teslimi karşılığında yapılacaksa, teslimin gerçekleştiği yerdir. Davacı, sipariş edilen malları her zaman İtalya'daki genel merkezinde, taşıyıcıya fiziksel olarak teslim etmek suretiyle davalının tasarrufuna sunduğunu, bu nedenle de ödeme yerinin, malların teslim edildiği yer olan, İtalya'daki kayıtlı ofisi olduğunu belirtmiştir. Davalı ise, cevabında sadece, davacının devir yerine ilişkin olarak iddia ettiği anlaşmayı kanıtlayamadığını belirtmiştir. CISG m.31'e göre, satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, mallar alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya verilmek suretiyle teslim edilir. Dolayısıyla davalı, teslim yeri konusunda aralarında farklı bir anlaşma yaptıklarını ileri sürseydi, bunu kendisinin ispatlaması gerekirdi. Fakat olayda davalı farklı bir ödeme yeri üzerinde anlaşma sağlamadığını iddia ettiğinden, artık burada CISG hükümlerinin uygulanması gerekir. Şüphe durumunda, ödeme yükümlülüğü bir götürülecek borçtur. Nitekim mahkemeye göre hem davacının şubesi hem de malların tesliminin gerçekleştiği yer İtalya'dadır, dolayısıyla ödeme yerinin de burası olduğu kabul edilmelidir⁹⁰.

Semenin, satıcının işyerinde ödenmesinin gerektiği hallerde, sözleşmenin kurulmasından sonra, satıcının işyerinin değişmesine bağlı olarak ortaya çıkacak ek masraflardan alıcı sorumlu tutulamaz (CISG m.57/f.2). Alıcı, işyeri değişikliğine rağmen, semenin, eski işyerinde ödenmesini talep edemez ancak yeni işyerinde ödenmesine bağlı olarak ortaya çıkacak ek masrafların, örneğin ek havale ücretinin karşılanmasını satıcıdan isteyebilir⁹¹. İşyerinin değişmesi halinde satıcının, alıcıyı, derhal bu

⁹⁰ Karar için bkz. Bezirksgericht Höfe (Court of First Instance Höfe), ZGO 2017 13, 04 July 2019, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=13724>, E.T. 24.01.2024.

⁹¹ Fatma Hızır Asrav, "Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Alıcının Yükümlülükleri," *Adalet Dergisi* 1, 70 (2023): 105; Kanışlı, *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri*, 27; Kaya, *CISG*, 126; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 243.

değişiklikten haberdar etmesi gerekmektedir. Satıcı, alıcıyı bu değişiklikten haberdar etmezse, bu durumda CISG m.80'e istinaden, alıcının eski işyerinde yaptığı ödemeyi kabul etmek zorunda kalır⁹².

Türk Borçlar Kanunu'nda ana kural, para borçlarının alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yerinde ödenmesi; TBK m.89/f.3'te, borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yeri değişir ve bu yerde ifa önemli ölçüde güçleşirse, CISG'den farklı olarak, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifanın gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.

e. Ödeme Zamanı

CISG m.58/f.1 hükmü, taraflar arasında ödeme zamanına ilişkin aksine bir anlaşma olmadığı durumlarda, semenin ne zaman ödeneceği hususunda genel ilkeyi belirlemektedir. Düzenlemeye göre; semeni ödeme zamanı, alıcının semeni belirli başka bir anda ödeme yükümlülüğü yoksa, satıcının sözleşme veya bu Antlaşma uyarınca malları veya malları temsil eden belgeleri alıcının tasarrufuna hazır bulundurduğu andır. Satıcı, malların veya belgelerin verilmesini, semenin ödenmesi koşuluna bağlayabilir. Görüldüğü üzere, Antlaşma'da, edimlerin aynı anda karşılıklı olarak ifasının (Zug um Zug) öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Semeni ödeme borcunun muaccel olması bakımından da, malların veya belgelerin fiili olarak teslim edilmesi şartı aranmamış, bunların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması yeterli görülmüştür⁹³.

Türk Borçlar Kanunu m.234/f.1 gereğince; “*Aksine sözleşme yoksa, satılan alıcının zilyetliğine girince satış bedeli muaccel olur.*” Türk hukuku bakımından da semenin muacceliyeti bakımından satıcının ifayı teklif etmesi yeterlidir fiilen ifanın gerçekleşmiş olması gerekmemektedir. Burada da aynı anda ifa kuralı (Zug um Zug) (TBK m.97) kabul edilmiştir⁹⁴.

⁹² Schlechtriem ve Schwenzler, *Commentary on the UN Convention*, 833.

⁹³ “Taraflar, alıcının semeni ödeme borcunun muacceliyetinden önce ibraz edilmesi gereken belgeleri kararlaştırmamışlarsa CISG madde 58 uygulanır. Bu durumda alıcı, satıcı sözleşme veya bu Antlaşma uyarınca malları ya da malları temsil eden belgeleri alıcının tasarrufuna hazır bulundurduğunda semeni ödemekle yükümlüdür.” Bkz. CISG Danışma Kurulu Görüşü No. 11, *Alıcının Ödeme Borcu Kapsamında CISG Uyarınca Belgelerden Doğan Sorunlar*.

⁹⁴ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, 168-169.

CISG m.58/f.2'ye göre; gönderilecek borçlarda satıcı, malların veya belgelerin, alıcıya, ancak semenin ödenmesi karşılığında verilmesi koşuluyla, gönderimi gerçekleştirebilir. Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malların alıcıya ulaştırılmasını sağlamak amacıyla ilk bağımsız taşıyıcıya verilmesiyle, teslim yükümlülüğü yerine getirilmiş olur (CISG m.31-a). Ancak malların veya belgelerin alıcının tasarrufuna sunulması bu anda gerçekleşmez, taşıyıcının bunları varma yerinde, alıcının doğrudan ve fiili hâkimiyet alanına sunması gerekir. Bu bakımdan gönderme borcu içeren bu tür sözleşmelerde, satıcı, malların veya belgelerin gönderilmesini değil alıcıya verilmesini, semenin ödenmesi şartına bağlama hakkına sahiptir⁹⁵.

Hükmün son fıkrasında ise; alıcının malları muayene olanağına sahip olmadan, semeni ödemekten kaçınabileceği hususu düzenlenmiştir. Alıcının malları muayene etmeden semeni ödemekten kaçınma hakkı hem gönderme borcu içeren satışlar hem de yerinden satışlar bakımından söz konusudur. Burada alıcıya, kısa ve yüzeysel bir inceleme ile ortaya çıkabilecek açık ayıpları ve farklı bir mal tesliminin tespitini gerçekleştirmeye yönelik bir muayene hakkı tanınmıştır⁹⁶. Fakat taraflar, malların teslimini, semenin ödenmesi şartına bağlı tutmuşlarsa, bu durumda, alıcının malları muayene etme olanağı söz konusu olmayacaktır. Bu noktada, buradaki düzenlemenin, CISG m.38 ve 39'da yer alan alıcının asıl muayene külfetinden farklı olduğunu, bu düzenlemenin alıcının esas muayene külfetinin önüne geçmeyeceği hususunu da vurgulamak gerekir⁹⁷.

Antlaşma'nın 59. maddesine göre ise; alıcı, satıcının hiçbir talebine veya başka bir formaliteye uymasına gerek olmaksızın, sözleşmede tespit edilen veya sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca belirlenebilen tarihte semeni ödemekle yükümlüdür. Dolayısıyla semen ödeme borcunun muacceliyeti, satıcı tarafından gelecek bir talebe ya da herhangi bir prosedüre bağlı olmaksızın kendiliğinden gerçekleşecektir.

Zürih Kantonu Ticaret Mahkemesi tarafından 2018 yılında İspanya'daki üretici ile onun İsviçre'de bulunan bayii arasındaki anlaşmazlığa ilişkin verilen bir kararda mahkeme, tarafların, Uluslararası Mal Satışına Dair

⁹⁵ Gabriel, "The Buyer's Performance under the CISG," 280; Kaya, *CISG*, 115; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 245.

⁹⁶ Hızır Asrav, "Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması," 106; Kanışlı, *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri*, 30; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 245.

⁹⁷ Huber ve Mullis, *The CISG*, 308.

Sözleşmelere İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun uygulanabileceği bir veya daha fazla uluslararası satım sözleşmesi akdettikleri, CISG madde 30'a göre, satım sözleşmesinin, satıcıya malları sözleşmeye uygun olarak teslim etme (CISG madde 35 paragraf 1), ilgili belgeleri verme ve malların mülkiyetini devretme yükümlülüğü getirdiği, alıcının ise CISG madde 53'e göre satım bedelini ödemek ve malı kabul etmekle yükümlü olup, CISG madde 58'de aynı anda ifa karinesinin (Vermutung für die Zug-um-Zug Leistung) tesis edildiği tespitlerinde bulunduktan sonra, semen ödeme yükümlülüğünün zamanına ilişkin şu belirlemelerde bulunmuştur: Semen ödenme zamanı, CISG m.58 uyarınca veya taraflar arasındaki sözleşme ile belirlenmişse, CISG m.59 uyarınca ayrıca ödeme talebinde bulunulmasına gerek yoktur. Alıcının bu noktada ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, ihtar yapılması veya temerrüt bildirim için süre verilmesi de gerekmez, satıcı diğer hususların yanı sıra, CISG'nin 62-65. maddelerinde öngörülen haklarını kullanabilir. Ayrıca CISG m.58 uyarınca taraflar arasında sözleşmeye dayalı başka bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, malın tesliminden önce semen ödeme yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır, zira 3. paragrafa göre alıcı, malı inceleme fırsatına sahip olmadan satım bedelini ödemek zorunda değildir. Dolayısıyla mahkeme, somut olayda, malın tesliminden önceki bir tarihten itibaren istenen temerrüt faizi talebini de bu nedenle reddetmiştir⁹⁸. Mahkeme tarafından da vurgulandığı üzere, semen ödeme zamanı taraflar arasında yapılan sözleşme veya CISG m.58 hükmü uyarınca belirlenebiliyorsa, artık bu andan itibaren herhangi bir ihtar gerek kalmaksızın ödemenin gerçekleşmesi gerekir. Öte yandan CISG, birlikte ifa karinesini kabul ettiğinden, malların teslim tarihinden önceki bir zamanda temerrüdün gerçekleştiği iddia ediliyorsa, bunun, iddia eden tarafından ispatlanması gerekir. Bu durum da ancak taraflar arasındaki anlaşmada, CISG'de öngörülen birlikte ifa karinesinin uygulanmasını bertaraf edecek nitelikte, teslimden önceki tarihli bir ödeme zamanının kararlaştırıldığı bir klotun varlığına bağlıdır.

2. Malları Teslim Alma Yükümlülüğü

Alıcının, satım sözleşmesinden doğan ikinci asli yükümlülüğü, tasarrufuna hazır bulundurulmuş malları teslim almaktır. Alıcının teslim alma

⁹⁸ Karar için bkz. Handelsgericht des Kantons Zürich (Commercial Court Canton Zurich), HE180024, 26 June 2018, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=9766>, E.T. 25.01.2024.

yükümlülüğü; satıcının teslimi gerçekleştirebilmesi için kendisinden makul olarak beklenebilecek her türlü eylemde bulunmayı (CISG m.60-a) ve malları fiilen devralmayı (CISG m.60-b) kapsar.

a. Hazırlık Eylemleri

Alıcının ilk olarak, satıcının malların teslimini gerçekleştirebilmesi için gerekli her türlü eylemde bulunması gerekir (CISG m.60-a). Bu yükümlülüğün içeriğinin belirlenmesi bakımından, taraflar arasındaki sözleşmeye, tarafların ilişkilerine yansıyan uluslararası ticari teamüllere veya alışkanlıklara bakmak gerekir⁹⁹.

Alıcının teslimin gerçekleşmesine yönelik gerçekleştireceği hazırlık eylemleri, objektif olarak makul bir alıcıdan beklenen her türlü davranışı kapsar¹⁰⁰. Dolayısıyla alıcının yerine getirmekle yükümlü olduğu eylemler, teslimatın kesin yerini ayarlamak gibi en basit hazırlık çalışmalarından, malların taşınmasına ilişkin düzenlemelerin yapılması gibi daha karmaşık hazırlıklara kadar geniş bir yelpazede değişkenlik gösterebilir¹⁰¹. Örneğin; alıcının malın teslimi için gerekli gümrük belgelerini hazırlaması, gemi acentesiyle gerekli navlun sözleşmesini yapması, satıcıya geminin adını, yükleme yerini bildirmesi veya mallar için yeterli depolama alanı sağlaması bu kapsamda değerlendirilebilir¹⁰². Malların üretimi için gerekli parça ve hammaddenin sağlanmasını üstlenen alıcının, bunları satıcıya zamanında teslim etmesi de, teslim alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir¹⁰³.

CISG m.60, satıcının 31. madde kapsamındaki teslim yükümlülüğüne karşılık gelmektedir. Taraflar arasında aksine bir anlaşma olmadığı sürece, satıcı malları teslim etme şartlarını yerine getirene kadar, alıcının teslim alma yükümlülüğü doğmaz. Taraflar arasındaki işlemin türüne bağlı olarak alıcının teslim alma yükümlülüğü farklı zamanlarda ortaya çıkabilir. Örneğin, aksine bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, 58. madde uyarınca satıcı ve

⁹⁹ Kanişlı, *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri*, 32; Schlechtriem ve Schwenger, *Commentary on the UN Convention*, 806-807; Sert, *Viyana Satım*, 156.

¹⁰⁰ Hızır Asrav, "Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması," 108; Kaya, *CISG*, 36; Sert, *Viyana Satım*, 156.

¹⁰¹ Gabriel, "The Buyer's Performance under the CISG," 282.

¹⁰² Huber ve Mullis, *The CISG*, 319.

¹⁰³ Sert, *Viyana Satım*, 157; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 248.

alıcının yükümlülüklerini aynı anda yerine getirmeleri gerekmektedir. Bu durumda, alıcının bu eş zamanlı değişim gerçekleşene kadar herhangi bir ifa yükümlülüğü olmayacaktır. Benzer şekilde, sözleşme malların taşınmasını gerektiriyorsa, alıcının teslim alma yükümlülüğü, satıcının malları madde 31(b) uyarınca alıcının tasarrufuna sunmasına kadar doğmayacaktır¹⁰⁴. Dolayısıyla, alıcının malları kabule yönelik hazırlık eylemlerinde bulunma yükümlülüğü de ancak, satıcının malları teslim etme yükümlülüğüne ilişkin koşulları yerine getirmiş olması halinde söz konusu olacaktır. Buna ilişkin olarak 2004 yılında Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından verilen bir kararda¹⁰⁵; davacı satıcının, davalı alıcının malları teslim alma yükümlülüğünü yerine getirmediği iddiası karşısında mahkeme; taraflar arasında akdedilen sözleşmelerin hükümlerine göre, davalı alıcının satış bedelini “*teslimattan beş gün sonra*” ödemekle, davacı satıcının ise malın taşınmasını sağlamakla yükümlü olduğunu, bu nedenle alıcının, CISG m.58(1) uyarınca, satıcının malları kendi tasarrufuna sunmasından önce satım bedelini ödemek zorunda olmadığını, alıcının malların teslimini kabul etmeyi reddetmemesinden dolayı CISG m.60(a) maddesinin ihlal edilmediğini, ayrıca taraflar arasındaki sözleşmeye göre alıcının, malların belirli bir zamanda teslim edilmesini talep etme zorunluluğunun da bulunmadığını, bu nedenlerle davacı tarafından faize hak kazanılmasına yer olmadığını ifade etmiştir. Mahkemenin de haklı olarak belirttiği üzere, söz konusu olayda satıcı, iddia edilen faiz talebini, 1995 ve 1996 yıllarında aralarında akdettikleri sekiz adet satış sözleşmesi gereğince, alıcının malı zamanında teslim almamasına ve dolayısıyla satım bedelini vadesinde ödememesine dayandırmakla birlikte, malların teslim edilmesi gereken tarihte satıcı teslimi gerçekleştirmeye yönelik herhangi bir girişimde bulunmamıştır. Alıcının da, malların teslim edilmesini ayrıca talep etmesini gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Taraflar arasındaki sözleşme metninden satıcının, söz konusu malları alıcıya taşımakla yükümlü olduğu sonucu çıkmaktadır. CISG m.31(1) uyarınca yapılan böyle bir satışta, satıcı malları kararlaştırılan varış yerinde alıcıya teslim ettiğinde, mallar CISG m.58(1) anlamında alıcının tasarrufuna sunulmuş kabul edilir. Ancak alıcının, buna rağmen malları hala teslim almaması halinde CISG m.60(a) uyarınca teslim alma yükümlülüğünün ihlal edilmiş olduğu ve bunun sonucunda satım bedelinin satıcının teklifi anında

¹⁰⁴ Gabriel, “The Buyer’s Performance under the CISG,” 282.

¹⁰⁵ Bahsi geçen karar için bkz. Oberlandesgericht Düsseldorf (Court of Appeal Düsseldorf), I-17 U 20/02, 28 May 2004, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6776>, E.T. 29.1.2024.

muaccel olduğu kabul edilir. Fakat mevcut durumda, satıcı tarafından böyle bir teklifte bulunulmamıştır. Dolayısıyla söz konusu tarihte, malları teslim etme yükümlülüğünü yerine getirme hususunda bir öneri ve girişimde bulunmayan satıcının, alıcının CISG m.60(a) hükmü gereğince malları teslim alma yükümlülüğünü yerine getirmemesinden bahisle faiz talep etmesi haklı görülmemelidir.

b. Fiili Devralma

Alıcı, taraflar arasında akdedilen sözleşmede yahut CISG m.31 kapsamında belirlenen teslim yerinde ve CISG m.33 çerçevesinde belirlenen satıcının malları teslim borcunu ifa ettiği anda sunulan ve uygun kalite ve miktarda olan malı¹⁰⁶, fiilen teslim almakla yükümlüdür. Dolayısıyla alıcının CISG m.60 gereğince malları teslim alma yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için, satıcının taraflar arasındaki anlaşma ve CISG hükümlerine uygun bir şekilde malları teslim etme borcunun ifasını teklif etmiş olması gerekir¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 80; Ayşegül Kızılay, "Türk Borçlar Kanunu ile Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Hükümleri Çerçevesinde Satış Sözleşmesinde Ayrıntı Sorumlulukta Alıcının Seçtiği Hakkın Sonradan Değiştirilebilirliği Sorunu," *Hacettepe Hukuk Dergisi* 7, 2 (Aralık 2017): 198.

¹⁰⁷ "CISG m. 52 uyarınca alıcının iki temel yükümlülüğü, Sözleşme ve CISG'in gerektirdiği şekilde semeni/malın bedelini ödemek ve malları teslim almaktır. 09.02.2016 tarihli elektronik posta ekinde yer alan teklif formunda '...- CIF' kaydının bulunduğu ve "Varış ülkesindeki gümrük çekme işlemleri Alıcı tarafından yürütülecektir." ibaresinin yer aldığı görülmektedir. Teklif formunda yer alan CIF klozu "Cost, Insurance and Freight" yani 'Masraf, Sigorta ve Navlun' kelimelerinin kısıltmasından oluşmakta, buna kloza göre satıcı, ihracat masraflarını, varma limanına kadar taşıma sözleşmesini yapmakta ve navluna katlanmakta, ayrıca satıcı malın taşınması esnasında zarar görmesi ve yok olması riskine karşı asgari teminat bedeli üzerinden sigorta yaptırmakta, alıcı ise ithalat için gümrük belgelerini ve işlemlerini tamamlamakta, boşaltma ve varma limanı masraflarını karşılamakta yani malın gemiye yüklenmesine kadar olan masraflar satıcıya, yükleden sonraki masraflar ise alıcıya ait olmaktadır. Dava konusu uyuşmazlıkta davacının CIF klozu kapsamında navlun bedelini ve ihracat masraflarını ödeyerek taşınan emtiayı teslim yeri olan İstanbul'a gönderdiği ve yetkilisi tarafından davalı yetkilisine önderilen 20.06.2016 tarihli elektronik posta ile malların geldiğine ilişkin bildirim yapıldığı, ancak yine aynı tarihte davalı yetkilisinin malın satış bedelini ödeyemedikleri için üzgün olduklarını ve gerekirse gümrük işlemleri için banka garantisi ya da şirket çeki verebileceklerini belirten bir elektronik posta gönderdiği, dosya kapsamına davalı tarafın böyle bir garanti verdiğine ya da gümrük, liman ve antrepo masraflarına ilişkin bir ödemede bulunduğu ve sözleşme konusu malları teslim aldığına ilişkin bir delil sunulmadığı,

Nitekim, alıcı, kendisine vaktinden önce yapılmak istenen teslimi veya sözleşmede belirlenenin üstünde bir miktarda mal teslimini reddedebilir (CISG m.52).

Malları teslim alma borcu bakımından alıcının, tasarrufuna sunulan malları hemen teslim almakla yükümlü olduğu, ancak bazen malları teslim almak için makul bir süreye ihtiyaç duyulduğu durumların söz konusu olabileceği unutulmamalıdır (CISG m.7). Örneğin, malların teslim alınması için gemiden boşaltılması gerekiyorsa, alıcının, bu işlem süresince beklemesi makul sayılabilecekken, diğer hallerde malları hemen teslim alması gerekecektir¹⁰⁸.

Türk hukukunda da buna paralel olarak, TBK m.232/f.2 gereğince; *“Aksine yerel âdet veya anlaşma yoksa, satılanın hemen devralınması gereklidir.”* Yine burada da alıcının derhal teslim alma borcunun doğması için, satıcı tarafından, satım konusu şeyin tesliminin, taraflar arasındaki anlaşmada belirlenen niteliklere uygun bir biçimde teklif edilmesi gereklidir¹⁰⁹.

Taraflar arasında özel bir anlaşma yoksa, teslim için hazır bulundurulan malların boşaltılması için yapılan masrafların alıcıya ait olduğu kabul edilmelidir.

davacı tarafın gerek kendisi gerekse de Türkiye'de bulunan iştiraki olan ... A.Ş. tarafından ödenen faturaların dosya kapsamında yer aldığı, bu bağlamda davalının içeriği ... CIF klozu çerçevesinde belirlenen CISG m. 52 kapsamındaki teslim alma borcunu yerine getirmediği, dolayısıyla, davalının CISG 61/1-b madde yollaması ile CISG m. 74 kapsamında tazminat talep edebileceği, bu tazminatın kapsamının sözleşmenin ihlal edilmesinden dolayı satıcının uğradığı zararın tamamını kapsayacağı, bu çerçevede aslında davalı/alıcı tarafından yapılması gereken ve malların gemiye yüklenmesi aşamasından itibaren doğan tüm masraflardan alıcının sorumlu olduğu, dosya kapsamına davacının icra takibinden önceki zararlarına ilişkin olarak sunduğu faturaların liman terminal masrafları, ardiye masrafları, gümrük müşavirliği masrafları, damga vergisi, liman içi nakliye masraflarından oluştuğu, takip tarihinden dava tarihine kadarki zaman diliminde ise ardiye masraflarından oluştuğu, bu masrafların taraflarca kararlaştırılan CIF klozu çerçevesinde davalı tarafından ödenmesi gereken masraflar olduğu ve davalının bu masraflardan sorumlu olduğu kanaatine varılmış...” Karar için bkz. İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2017/80 K. 2021/36, T. 29.1.2021, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/istnbl-17-asliye-ticaret-mahkemesi-e-2017-80-k-2021-36-t-29-1-2021>, E.T. 2.2.2024.

¹⁰⁸ Kanışlı, *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri*, 35.

¹⁰⁹ Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 114.

Malların alıcı tarafından teslim alınmış olması, alıcının malları kabul ettiği manasına gelmemektedir. Alıcı malları derhal muayene ederek veya ettirerek, tespit ettiği ayıpları satıcıya bildirebilir¹¹⁰. Zira alıcı kendisine teslimi teklif edilen malların niteliklerinde bir eksiklik yani ayıp bulunması durumunda, ancak bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık teşkil etmesi halinde, malları teslim almaktan kaçınabilir. Mallardaki ayıp, sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa, alıcı ayıplı da olsa, malları teslim almakla yükümlüdür¹¹¹. Nitekim bu hüküm uyarınca, malların teslim alınmaması sözleşmenin ihlali anlamına geldiğinden, bu alıcı açısından yerine getirilmesi gereken önemli bir yükümlülüktür ve ihlal sözleşmeye esaslı bir aykırılık teşkil ediyorsa, bu durumda satıcı sözleşmeyi ortadan kaldırabilir¹¹².

C. Alıcının Diğer Yükümlülükleri

Alıcının asli yükümlülüklerinin yanı sıra, taraflar arasındaki sözleşmeden, taraflarca uygulanması kabul edilen ticari teamüllerden, tarafların aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklardan veya Antlaşma'dan doğan çeşitli yükümlülükler söz konusu olabilir. Alıcının diğer yükümlülükleri, genel anlamda, asli edim yükümlülüklerinin gereği gibi yerine getirilmesine olanak tanıyan çeşitli yan yükümlülükler şeklinde tezahür eder. CISG m.86'da düzenlenen malları muhafaza etme yükümlülüğü, CISG m.88'de düzenlenen malları satma yükümlülüğü, CISG m.65'te düzenlenen malların niteliklerini belirleme yükümlülüğü, alıcının Antlaşma'dan doğan yan yükümlülükleri arasında yer alır.

1. Malları Muafaza Etme Yükümlülüğü

CISG m. 86'ya göre; malları teslim almış olan alıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşma'dan doğan, malları reddetme hakkını kullanmak isterse, onların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alma yükümlülüğü altındadır. Örneğin; satıcı, sözleşmede öngörülenden daha fazla miktarda mal teslim etmiş yahut malları belirlenen tarihten önce teslim etmişse ya da

¹¹⁰ Hızır Asrav, "Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması," 108; Sert, *Viyana Satım*, 157; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 249.

¹¹¹ Peter Schlechtriem, "Subsequent Performance and Delivery Deadlines - Avoidance of CISG Sales Contracts due to Non-Conformity of the Goods," *Pace International Law Review* 18, 1 (Spring 2006): 91.

¹¹² Gabriel, "The Buyer's Performance under the CISG," 282.

alıcının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı dolayısıyla malları reddetmesi durumunda, alıcının, bunları söz konusu hüküm uyarınca, muhafaza edilmek üzere koruma altına alması gerekmektedir¹¹³.

Malların satıcı lehine muhafazasından ortaya çıkan makul masrafların, satıcı tarafından karşılanması gerekir. Masraflar karşılanıncaya kadar alıcının, malları alıkoyma hakkı söz konusudur.

2. Malları Satma Yükümlülüğü

CISG m.88'e göre ise; malları muhafaza etmekle yükümlü olan alıcı, satıcı malların zilyetliğini devralmakta veya bunları geri almakta veya semeni veyahut muhafaza masraflarını ödemekte makul olmayan ölçüde geç kalmış ise, bunları uygun bir şekilde satabilir. Bu durumda alıcının, satma niyetine ilişkin olarak satıcıya makul bir bildirimde bulunması gerekir.

Maddenin ikinci fıkrası gereğince; mallar çabuk bozulabilecek türdence veya bunların muhafazası makul sayılamayacak masrafı gerektirecekse, malları muhafaza etmekle yükümlü olan alıcı, bunları satmak için uygun önlemleri almak zorunda tutulmuştur.

3. Malların Niteliklerini Belirleme Yükümlülüğü

Alıcının malın niteliklerini belirleme yükümlülüğü, CISG m.65'te düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan düzenlemeye göre; alıcının, sözleşme uyarınca malların şeklini, ölçüsünü veya diğer niteliklerini belirlemesi gerekiyorsa, ancak alıcı bu belirlemeyi kararlaştırılan tarihte veya satıcının talebinin ulaşmasından itibaren makul bir süre içinde yapmamışsa, satıcı, sahip olduğu diğer haklara halel gelmeksizin, alıcının, kendisi tarafından bilinebilecek ihtiyaçlarına göre bu belirlemeyi bizzat yapabilecektir.

Alıcının malların niteliğini belirleme yükümlülüğü, malı teslim alma yükümlülüğünün bir parçası sayılmaktadır ve alıcı bu yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirdiği ölçüde malları teslim alma borcunu ifa etmiş olacaktır¹¹⁴.

¹¹³ Schlechtriem, "Subsequent Performance and Delivery Deadlines," 92-93.

¹¹⁴ Kanişlı, *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri*, 43.

III. ALICININ KÜLFETLERİ

A. Malları Muayene Etme/Ettirme Külfeti

Yukarıda alıcının malları teslim alma yükümlülüğü bahsinde ifade edildiği üzere, alıcının malları teslim almış olması, bunları olduğu gibi kabul ettiği manası taşımamaktadır. Ayıp hükümleri, Türk hukukunda sözleşmeye aykırılık hükümlerinden ayrı bir biçimde düzenlenmişken, Antlaşma kapsamında genel olarak sözleşmeye aykırılık hükümleri arasında yer almıştır¹¹⁵. Malların teslimi kendisine teklif edilen alıcı, malların niteliklerinde bir eksiklik yani ayıp bulunması halinde, ancak bu ayıp niteliği itibarıyla sözleşmeye esaslı bir aykırılık teşkil ediyorsa, bunları teslim almaktan imtina edebilir. Söz konusu ayıp, sözleşmeye esaslı bir aykırılık teşkil etmiyorsa, ayıplı da olsa malların teslim alınması gerekir¹¹⁶.

Ayıplı malları teslim alan alıcının, malların ayıplı olmasından bahisle sözleşmenin ihlalden doğan haklarını kullanabilmesi bakımından, muayene ve ihbar külfetleri gündeme gelir. CISG m.38 gereğince; alıcı, satıcının teslim ettiği malları, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır. Malların muayenesi; alıcının bizzat kendisi, kendisine bağlı çalışanlar veya üçüncü kişiler tarafından yapılabileceği gibi, alıcı ve satıcı tarafından ortak bir şekilde veya karşılıklı olarak mutabakata varılan tarafsız bir denetim kuruluşu tarafından gerçekleştirilebilir.

Malları muayene etme külfetinin yerine getirilme şekli ve yoğunluğu, öncelikle taraflar arasındaki anlaşma ve ticari geleneklere göre belirlenir. Bu inceleme yapılırken gerekli ve makul olan standart dikkate alınmalıdır; incelemenin maliyeti, muayenenin beklenen sonuçlarıyla makul bir ilişki içinde olmalıdır¹¹⁷. Örneğin; teslim alınan aracın standart bir uzman incelemesine tabi tutulması yeterli iken, aracın çok daha ayrıntılı bir prosedüre tabi tutulmaması, teslim alınan cins malı niteliğindeki tarımsal ürünlerin tamamının incelenmesi yerine, belirli bir düzende veya rastgele alınacak numuneler üzerinden bir inceleme yapılması gerekir¹¹⁸.

¹¹⁵ Kızılay, "Türk Borçlar Kanunu ile Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler," 198.

¹¹⁶ Schlechtriem, "Subsequent Performance and Delivery Deadlines," 91.

¹¹⁷ Landgericht Lübeck (District Court Lübeck), 13 HKO 34/17, 24 October 2019, para. 44, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=13410>, E.T. 30.01.2024.

¹¹⁸ Benzer bir olaya ilişkin karar için bkz. Oberlandesgericht Naumburg (Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt) (Court of Appeal Naumburg), 12 U

Alıcının malları koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde gözden geçirmesi gerekmektedir. Fakat bu noktada alıcıya, malların incelenmesi için, dikkatli bir alıcının, münferit olayın özel koşulları dikkate alındığında, dikkatli bir inceleme yapması için makul olarak ihtiyaç duyduğu sürenin tanınması gerekir. Makul süre hesaplanırken, muayene edilecek malların türü, karmaşıklığı, çabuk bozulabilirliği veya mevsimlik mal olma gibi özellikleri dikkate alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, aksine bir anlaşma, ticari teamül ya da taraflar arasında alışkanlık yoksa, alıcı, yapacağı muayenenin masraflarına kendisi katlanmakla yükümlüdür¹¹⁹.

Türk hukukunda taşınır satışlarında alıcının muayene ve ihbar külfeti genel olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 223. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; alıcı teslim aldığı satım konusu malı hayatın olağan akışı içerisinde fırsat bulur bulmaz incelemek ve satım konusu şeyde tespit ettiği kusurları uygun bir müddette satıcıya bildirmek durumundadır. Alıcı muayene ve ihbar külfetini yerine getirmese, satım konusu şeyi olduğu gibi kabul etmiş sayılır. Bu durumun da istisnası, ancak gizli ayıplar bakımından cari olur. Yani satım konusu şeyde olağan bir inceleme ve gözden geçirme ile tespit edilemeyecek nitelikte kusurlar söz konusu ise, bildirim bu ayıbın ortaya çıkmasından sonra hemen yapılmalıdır. Bu durumda da bildirim yapılmazsa, alıcı tarafından, satılanın kusuru ile birlikte kabul edildiği farz edilir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ise, muayene ve ihbar külfetine ilişkin süreye dair herhangi bir özel hüküm öngörülmemiştir. Dolayısıyla, Türk hukukunda anılan Kanun gereğince tüketici olarak kabul edilen kişilerin muayene yani gözden geçirme ve ihbar külfeti söz konusu değildir. TKHK m. 10 gereğince; malın tesliminden itibaren 6 aylık süre içerisinde ortaya çıkan ayıpların, teslimden itibaren mevcut olduğu kabul edilir. Böyle bir durumda ispat yükü ters çevrilerek, malın ayıplı olmadığının ispatı satıcıya düşer.

152/18, 24 April 2019, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=11419>, E.T. 30.01.2024.

¹¹⁹ Rahman Jafarov, *Milletlerarası Taşınır Mal Satış Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Muayene ve İhbar Külfeti* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 70; Kanışlı, *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri*, 38; Hayrunnisa Özdemir, *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 220; Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, 183.

B. Sözleşmeye Aykırılığı İhbar Etme Külfeti

CISG m. 39'a göre; alıcı, teslim aldığı mallara ilişkin bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde bu aykırılığı türünü de belirterek satıcıya bildirme külfeti altındadır. Söz konusu düzenleme, malın ayıplı olup olmadığı konusunda satıcıyı hızlı bir şekilde bilgilendirmeye yönelik olup, malın ayıplı olmasının dolaylı zarara yol açmasını engellemeyi amaçlamaktadır¹²⁰.

CISG m.39/f.2'de; alıcının, sözleşmeye aykırılığı bildirebileceği iki yıllık bir mutlak ihbar süresi öngörülmüştür. Buna göre, alıcı, malları fiili olarak teslim aldığı andan itibaren iki yıllık süre içerisinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmezse, bu aykırılığa dayanma hakkını kaybeder.

Benzer şekilde iki yıllık mutlak bir zamanaşımı süresi Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülmüş bulunmaktadır. TBK m.231/f.1 gereğince; taşınır satışları bakımından ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava hakkı, satım konusu şeyin tesliminden itibaren iki yıllık bir zamanaşımı süresine tabidir. Satım konusu şeydeki ayıp daha sonra çıkmış olsa dahi, iki yıllık süre uzamaz meğer ki satıcı ayıptan doğan sorumluluk bakımından daha uzun bir süre üstlenmiş olsun.

Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından 2006 yılında verilen bir karar, söz konusu bildirim gerekliliklerini ve alıcının sözleşmeye aykırılığı ispat etme yükümlülüğünü konu edinmektedir. Uyuşmazlığa konu olayda; bir Macar şirketi olan davacı, Macar buğdayının teslimatı için Almanya'daki bir satıcı olan davalı ile 10 ve 16 Ekim 2001 tarihlerinde iki satış sözleşmesi akdetmiştir. Davalının taşıyıcısı, ilk teslimatı 19 Ekim'de, ikinci teslimatı ise 25 Ekim'de gerçekleştirmiş, 14 Kasım 2001 tarihli bir yazıda davalı, buğdayın aşırı kurşun içeriği ve vomitoksin ile kirlendiğini ileri sürerek, sözleşmeye aykırılık bildiriminde bulunmuştur. Davalı, ayrıca sözleşmede 230 saniyelik bir düşme sayısı kararlaştırılmış olmasına rağmen, gerçekte buğdayın düşme sayısının sadece 210-215 saniye olduğunu iddia etmiştir. Davacı ise, teslim ettiği buğdayın sözleşmeye uygun olmadığı iddiasını reddederek, ilk teslimatın gecikmesinden dolayı satım bedelinin ve uğramış olduğu zararın karşılanması için bir dava açmıştır. Yüksek Eyalet Mahkemesi, davalının, Mannheim Bölge Mahkemesi'nin davacıya satım bedelinin tamamı, faiz ve depolama masraflarının ödenmesine ilişkin kararına karşı yaptığı itirazı

¹²⁰ Landgericht Lübeck (District Court Lübeck), 13 HKO 34/17, 24 October 2019, para. 43, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=13410>, E.T. 30.01.2024.

reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, alıcının, malları kusurlara ilişkin herhangi bir çekince koymadan teslim alması halinde, sözleşmeye aykırılığı kanıtlaması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkemenin görüşüne göre davalı, mallara kurşun ve vomitoksin bulaştığını kanıtlayamamıştır. Farklı düşme sayılarına ilişkin olarak ise mahkeme, alıcının CISG m.39'a uygun olarak bildirimde bulunmaması nedeniyle sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybettiğini belirtmiştir. CISG m.39 kapsamındaki bildirim, itiraz amacını göstermesi ve sözleşmeye aykırılığı tam olarak belirtmesi gerekmektedir. Aykırılığın, bu tür diğer bildirimler arasında tesadüfen belirtilmesi durumunda söz konusu gereklilikler karşılanmaz. Bu nedenle mahkeme, davalının CISG m.50 uyarınca semenin indirilmesi ve CISG m.45(1)(b), 74 uyarınca tazminat talep etme hakkını reddetmiş, aksine, davacıya, taraflar arasındaki anlaşma gereğince geçerli olan Macar hukukunun ilgili hükümlerince belirlenen faiz oranıyla birlikte, satım bedeli, faiz ve depolama masraflarının ödenmesine hükmetmiştir¹²¹.

Sonuç itibarıyla alıcı, CISG m.38 uyarınca teslim aldığı malları koşulların imkân verdiği en kısa süre içerisinde muayene etmeli/ettirmeli, bu muayene sonucunda mallara ilişkin bir kusur saptarsa, CISG m.39 uyarınca bunun mahiyetini de belirtmek suretiyle¹²², gecikmesizin satıcıya bir bildirimde bulunmalıdır. Aksi halde bahsi geçen olayda da görüldüğü üzere, alıcının, malların ayıplı olmasına dayanarak karşı taraftan sözleşmeye aykırılık nedeniyle herhangi bir talepte bulunması olanaklı değildir. Bu durumda alıcı, aralarında akdedilen sözleşmede buna ilişkin daha uzun bir garanti süresi öngörülmemişse, malları tüm kusurları/ayıpları ile birlikte kabul etmiş sayılır¹²³.

¹²¹ Karar için bkz. Oberlandesgericht Karlsruhe (Court of Appeal Karlsruhe), 7 U 1001/04, 08 February 2006, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseld=7251>, E.T. 26.1.2024.

¹²² Burada malın ayıplı olduğunun bildirilmesinin yeterli olup olmayacağı, maldaki ayıbın kaynağının da belirtilmesinin gerekip gerekmeyeceğine ilişkin doktrindeki farklı görüşlere dair açıklamalar için bkz. Tuba, Akçura Karaman, "Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2013), 235 vd.

¹²³ Türk hukukunda paralel olarak TBK m.223: "*Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır. Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse,*

Bu noktada CISG m.38 ve 39 hükümlerinin, CISG m.40 hükmü ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği hususu gözden kaçırılmamalıdır. Söz konusu düzenlemeye göre; “Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerine dayanamaz.” Buna göre, mallarda bulunan kusur/ayıp, satıcı tarafından bilinmiyorsa veya durum ve koşulların gerektirdiği özen gösterilse dahi bilinmeyecek durumdaysa, ancak bu durumda, alıcının sözleşmeye aykırılık iddiasını ileri sürebilmesi bakımından CISG m.38 ve 39’da öngörülen muayene ve ihbar külfetlerini zamanında yerine getirmesi gerekir. Satıcı mallarda bir kusur olduğunun bilincinde yahut gerekli özeni gösterseydi bilincinde olabilecek durumda ise, satıcı, alıcının muayene ve bildirim külfetini zamanında yerine getirmemiş olmasına dayanarak sözleşmeye aykırılık iddiasında bulunamayacağını ileri süremez. Satıcının bilgisizliği, ağır ihmalden kaynaklanıyorsa¹²⁴, satıcının sözleşmeye aykırılıktan habersiz olduğunun kabulü olanaklı değildir¹²⁵. Fakat

satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılarda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılmayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır.”

¹²⁴ İpek Yücer Aktürk, “Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu,” *Ankara Barosu Dergisi* 1 (2015): 223.

¹²⁵ Aynı yönde; Oberlandesgericht München (Court of Appeal Munich), 32 U 2098/17, 12 April 2018, para. 29, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=9639>, E.T. 30.01.2024; ayrıca; “...Somut olayda davacı tarafından toz ilaçların kapsüle doldurulması işlevini gören bir adet makinenin, sözleşmede belirtilen şartlarda davacıya satışı üstlenilmiştir. Davalının fabrikasında 17.11.2011 tarihinde düzenlenen fabrika kabul testinin tercümelelerinden, kontrol sırasında emtiada ortaya çıkan ayıpların belirlendiği ve bu ayıpların giderileceği kontrol test tutanağının içeriğinden anlaşılmıştır. Buna rağmen emtiadaki ayıplar giderilmeden emtianın davacıya teslim edildiği ve davacı tarafından teslim katar sözleşme bedelinin ödendiği, teslim edilen emtia üzerinden her iki tarafın yetkililerinin katılımı ile 29.11.2011 tarihinde yapılan saha kabul testinde de emtiadaki ayıpların giderilmediğinin belirlendiği görülmüştür. Bu aşamadan sonra davacı tarafından davalı ile çeşitli tarihlerde yazışmalar yapılmıştır. CISG'nin 39. maddesinde alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içerisinde satıcıya sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder. Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık süre içerisinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder. Meğer ki bu süre sözleşmesel bir garanti süresi

bu durumda da satıcının, bildiği veya bilmesi gereken ayıpların, alıcıya açıklamış olduğu olgulara dayanıp dayanmadığı hususunun dikkate alınması gerekir. Mallardaki kusur, satıcının, alıcıyı bilgilendirdiği olgulara ilişkinse, bu durumda satıcı, mallardaki kusuru bilse dahi, CISG m.38 ve 39 hükümlerine dayanabilir.

ile bağdaşmıyor olsun. CISG'nin 40. maddesinde ise sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerinden yararlanamaz. CISG'nin 37. maddesinde de alıcının emtiayı ne şekilde muayene edeceği düzenlenmiştir. Bu durumda, satım konusu emtiadaki ayıpların taraflarca birlikte düzenlenen fabrika kabul testi ve saha kabul testi ile belirlenmesi nedeniyle satıcının da bildiği ayıpların ayrıca satıcıya ihbarı gerekmez. Davalının bu yöne ilişkin savunmaları sözleşmenin 40. maddesine aykırı olduğu gibi dürüstlük kurallarına da aykırıdır. Zira emtianın, ayıplı olduğu ve ayıpların giderileceği fabrika kabul testi ile belirlendikten sonra, ayıplar giderilmeksizin emtianın alıcıya teslim edildiğinin saha kabul testinde belirlenmesinin ve bu aykırılığın da giderileceğine ilişkin olarak saha kabul testinden hemen sonra davalı ve davacı tarafından gönderilen karşılıklı e-postalarla ayıp ve tamir olgusunun kabul edilmesi karşısında, satıcının usulüne uygun şekilde ayıptan haberdar edildiği açıktır. CISG'nin 35/2/b maddesinde de sözleşmenin kurulması esnasında açıkça satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun özellikleri ve satıcı tarafından bilindiği kabul edilmelidir. Taraflar arasındaki sözleşmede, emtiada ayıp bulunması halinde saha kabul testinin imzalanmasından sonra 24 ay süreyle ürün ve malzeme garantisi bulunduğu kabul edilmiş, üreticiden kaynaklı tamir ve değişimin ücretsiz yapılacağı kabul edilmiştir. Maddenin devam edilen bendinde garantinin, makinenin değişimini kapsamayacağı, ayrıca uygunsuz kullanım sonucu oluşacak arızaların garanti dışında olduğu belirlenmiştir. Gerek taraflarca yapılan kontroller ve gerekse bilirkişi tarafından yapılan tespitlerde sözleşme konusu makinenin amacına uygun çalışmadığı ve tamirinin mümkün olmadığı açıktır. Nitekim davacı kullanım amacına uygun olmayan ve arızası satıcı tarafından giderilmeyen makinenin yerine başka bir emtiayı satın alarak faaliyetlerinde kullanmıştır. Alıcının emtiadan beklediği özellikler yazılı sözleşmede belirlenmiş ve bu özelliklerin emtiada bulunması gerektiği olaya uygulanan CISG'nin 35. maddesi uyarınca alıcı tarafından taahhüt edildiği açıktır. Bu nedenle emtiada belirlenen özelliklerin bulunmaması halinde alıcının CISG'nin 35, 38, 39, 40 vd. maddelerindeki haklarını kullanabileceği kabul edilmelidir.” Karar için bkz. İstanbul BAM, 14. HD., E. 2019/1842 K. 2022/379 T. 31.3.2022, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam14-hd-e-2019-1842-k-2022-379-t-31-3-2022>, E.T. 2.2.2024.

C. Zararı Azaltma Külfeti

CISG m. 77'e göre; sözleşmenin ihlâline dayanan taraf, mahrum kalınan kâr dâhil olmak üzere, ihlâlden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu önlemlerin alınmaması halinde, ihlâl eden taraf, zararın azaltılabileceği miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir.

Zararı azaltma külfeti, sadece alıcı açısından değil, satıcı bakımından da söz konusu olabilmektedir. Sözleşmenin ihlaline dayanan taraf, alıcı olabileceği gibi satıcı da olabilir. Dolayısıyla eğer satıcı bu durumdaysa zararı azaltma külfeti, satıcının üzerindedir. Fakat uygulamada çoğunlukla, sözleşmenin ihlaline dayanan ve zararı azaltma külfeti altında bulunan tarafın alıcı olduğu görülmektedir¹²⁶.

Anılan hüküm uyarınca, sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar, ancak içinde bulunulan şartlara uygun görülen tedbirlerle önlenebildiği ölçüde tazmin edilmeyecektir. Oluşan zararın tamamının, alıcının sözleşmenin ihlalden kaynaklanan zararı azaltmak için uygun önlemleri almamasına atfedilebilmesi durumunda ise, satıcının sorumluluğu tamamen ortadan kaldırılabılır¹²⁷.

SONUÇ

Viyana Satım Antlaşması, her alanda olduğu gibi, tarafların yükümlülükleri hususunda da, taraf iradelerini ön plana çıkarmış, sözleşme özgürlüğü prensibince, taraflara geniş bir opsiyon imkanı sağlamıştır. Bu bakımdan satıcının ve alıcının yükümlülükleri belirlenirken, CISG'nin getirdiği hükümlerin tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğinde olduğu göz önüne alınarak, her şeyden önce taraflar arasında akdedilen sözleşme hükümlerinin dikkate alınması, burada hüküm bulunmaması halinde ise, genel ilkeler ve Antlaşma'da yer alan hükümler ışığında bir sonuca ulaşılması lazım gelir. CISG kapsamında, taraflara getirilen yükümlülüklerin tüm ayrıntıları ve ayrık özelliği ile belirlenmesi; özellikle hasarın intikali, sözleşmenin ihlali ve bunun hukuki sonuçlarının tespit edilebilmesi açısından oldukça önem arz etmektedir.

¹²⁶ Onur Şahin, "CISG Kapsamında Alıcının Zararı Azaltma Külfeti," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (2016): 274.

¹²⁷ Bundesgerichtshof (BGH) Urteil, VIII ZR 121/98, 24. März 1999, para. 29, <https://lexetius.com/1999,882, E.T. 2.2.2024>.

Antlaşma kapsamında satıcının; malların teslimi, belgelerin verilmesi ve malların mülkiyetinin geçirilmesi olmak üzere üç asli edim yükümlülüğü bulunmaktadır. CISG bakımından malların teslimi ile kastedilen; alıcının malların sahipliğini elde edebilmesi için gerekli olan eylemlerin, satıcı tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır. Yani alıcının fiili olarak malların sahipliğini kazanması gerekmekte, Antlaşma'nın zilyetlik veya mülkiyetin intikalinden bağımsız bir teslim kavramı öngördüğü dikkat çekmektedir.

Antlaşma'da malların teslim yeri belirlenirken, gönderilecek borçlar ve aranacak borçlar bakımından bir ayırım yapılmaktadır. Teslim yerine ilişkin üç ayrı duruma özgü üç ayrı düzenleme getiren hükümlerden hangisinin genel kuralı oluşturduğu hususu doktrinde tartışmalı olsa da, genel kuralın yani olağan ifa yerinin, CISG m.31-c gereğince, sözleşmenin kurulduğu sırada satıcının işyerinin bulunduğu yer olarak kabul edilmesi gerekir. Uluslararası satım sözleşmelerinde, taşımanın gerçekleşmesi olağan bir durum olsa da, taşıma borcu, ancak taraflar arasındaki anlaşma ya da ticari teamül veya alışkanlıkların bu yönde bir yükümlülük getirmesi halinde söz konusu olur. Taşıma borcu kendiliğinden doğmadığı için, teslim yerine ilişkin genel kural, taşımanın varlığı kabul edilerek belirlenmemelidir.

Alıcının asli edim yükümlülüklerinden biri olan semene ilişkin taraflar arasındaki sözleşmede bir belirleme yapılmamışsa bu durumda Antlaşma'nın 14. maddesi uyarınca geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme olmadığı için 55. madde hükmünün uygulanmasına mahal kalmayacağı şeklinde bir görüş ileri sürülse de, sözleşmede bedele ilişkin kesin bir belirleme yapılmamış olsa dahi, özellikle piyasa fiyatı bulunan mallar bakımından, tarafların zımni iradesinin cari fiyat üzerinde örtüştüğü kabul edilerek 55. madde hükmünün uygulanması gereklidir. CISG'nin genel ruhu dikkate alınarak, taraflar arasındaki anlaşmayı ayakta tutma eğiliminin benimsenmesi, 55. maddenin düzenlenme amacı ve lafzıyla da bağdaşmaktadır.

Alıcının semen ödeme borcunu ifa edeceği yer hususunda genel kural, satıcının işyerinde ödeme olmakla birlikte, taraflar sözleşmede edimlerin karşılıklı olarak ifa edilmesini kararlaştırmışlarsa, yani semenin, malların veya belgelerin verilmesi üzerine ödeneceği kararlaştırılmışsa, bu durumda ödeme yeri, malların veya belgelerin teslim edildiği yerdir. Antlaşma'nın alıcının yükümlülüklerine dair tüm maddeleri arasında, içtihatların çoğunu ödeme yerine ilişkin düzenlemeleri ihtiva eden 57. maddenin oluşturduğu dikkat çekmektedir.

Antlaşma'ya göre; semenin başka bir anda ödenmesi yükümlülüğü yoksa, alıcı, semeni, satıcının malları veya bunları temsil eden belgeleri kendisinin tasarrufuna hazır bulundurduğu anda ödemesi gerekir. Bu durumda satıcı, malların veya belgelerin verilmesini, semenin ödenmesi koşuluna bağlayabilir. Antlaşma'da, tarafların edimlerini aynı anda karşılıklı olarak ifa etmesi (Zug um Zug) gerekliliği öngörülmüş bulunmaktadır. Semen ödenmesi borcu bakımından da, malların veya belgelerin fiili olarak teslim edilmesi şartı aranmadığı, bunların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasının yeterli görüldüğü dikkat çekmektedir.

Alıcının asli edim yükümlülüklerinden bir diğeri olan malları teslim alma yükümlülüğü bakımından dikkat edilmesi gereken en önemli hususlardan bir tanesi, bu yükümlülüğün ancak satıcının malları teslim etme şartlarını yerine getirmesi halinde doğacağıdır. Yani alıcının malları teslim alma yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için, satıcının taraflar arasındaki anlaşma ve CISG hükümlerine uygun bir şekilde malları teslim etme borcunu ifa etmesi gerekir. Malların alıcı tarafından teslim alınmış olması, alıcının malları kabul ettiği manasını taşımaz. Zira satıcı, ayıplı mal tesliminde bulunmuş olabilir. Bu durumda, mallar ayıplı da olsa, intikali gerçekleştiren satıcı, malların teslimi yükümlülüğünü yerine getirmiştir ve bunun karşılığında alıcının malları kabul etmesi gerekir. Malların ayıplı olduğundan bahisle kabul edilmemesi halinde, alıcı malları teslim alma yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Alıcı ancak, mallardaki ayıp veya farklı bir uygunsuzluk hali, sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa, bunları reddedebilir. Alıcının malları teslim alma yükümlülüğünün aynı zamanda, satıcının malların teslimini gerçekleştirebilmesi için, gereken her türlü hazırlık faaliyetlerinin yapılmasını da kapsadığı gözden kaçırılmamalıdır.

Viyana Satım Antlaşmasında, alıcıya getirilen yükümlülüklerin yanı sıra, bazı külfetler de öngörülmüş bulunmaktadır. Külfetler niteliği itibarıyla, yükümlülüklerden farklı olarak, kişileri, yerine getirilmediğinde sorumluluk yüklemek yerine, kazanılması muhtemel bazı haklardan mahrum bırakır. Antlaşma kapsamında, alıcıya yüklenen en önemli külfetlerden olan muayene ve bildirim külfetinin, alıcının ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi için; zararı azaltma külfetinin ise, sözleşmenin ihlali halinde tam bir tazmin hakkı kazanılabilmesi açısından yerine getirilmesi zorunluluk zaruret teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

- Akçura Karaman, Tuba. “Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2015): 225-258.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Atamer, Yeşim M. *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2005.
- Ceylan, Özge. “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler (Viyana) Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2016.
- CISG-DK Görüşü No. 11. *Alıcının Ödeme Borcu Kapsamında CISG Uyarınca Belgelerden Doğan Sorunlar*. Raportör: Profesör Martin Davies, Tulane Üniversitesi Hukuk Fakültesi, New Orleans, ABD: 3 Ağustos 2012.
- Dayıoğlu, Yavuz. *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2011.
- Erdem, H. Ercüment. “Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu.” İçinde *Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Ed. Yeşim M. Atamer, 105-162. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2008.
- Erdem, H. Ercüment. “Viyana Satım Antlaşması Uyarınca Teamüllerin Önemi.” *Prof. Dr. Cevdet Yavuz Armağanı* 1 (2016): 1025-1043.
- Erdem, H. Ercüment. “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı.” İçinde *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e göre Satış Sözleşmeleri*, Ed. Şükran Şipka, Ahmet Cemil Yıldırım, 117-156. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012.
- Erdem, H. Ercüment. *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler*. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2008.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları 23. Bası, 2018.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 6. Bası 2018.
- Erkan, Kutluhan. *CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.

- Gabriel, Henry D. "The Buyer's Performance under the CISG: Articles 53-60 Trends in the Decisions." *Journal of Law and Commerce* 25:273, 2005-06 (October 2015): 273-283.
- Hatipoğlu, Gözde. *Tüketici Hukukunda Erken İfa*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Hızır Asrav, Fatma. "Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Alıcının Yükümlülükleri." *Adalet Dergisi* 1, 70 (2023): 99-119.
- Huber, Peter ve Alastair Mullis. *The CISG*. Regensburg: European Law Publishers, 2007.
- Jafarov, Rahman. *Milletlerarası Taşınır Mal Satış Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Muayene ve İhbar Külfeti*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kanışlı, Erhan. *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları*. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013.
- Kaya, Cansu. *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu*. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Kızılay, Ayşegül. "Türk Borçlar Kanunu ile Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Hükümleri Çerçevesinde Satış Sözleşmesinde Ayıptan Sorumlulukta Alıcının Seçtiği Hakkın Sonradan Değiştirilebilirliği Sorunu." *Hacettepe Hukuk Dergisi* 7, 2 (Aralık 2017): 193-209.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Mistelis, Loukas. "Article 55 CISG: The Unknown Factor." *Journal of Law and Commerce* 25, 1 (2005): 285-298.
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık 19. Bası, 2023.
- Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık 21. Bası, 2023.
- Öz, Turgut. "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2015): 3-18.

- Özdemir, Hayrunnisa. *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Öztürk, Esra. "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na (CISG) Göre Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Yükümlülüğü." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 21 (Nisan 2015): 549-603.
- Sağlam, İpek. *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması*. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013.
- Schlechtriem, Peter ve Ingeborg Schwenzer. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford University Press, 2010.
- Schlechtriem, Peter ve Peter Huber. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG*. München: C.H. Beck Verlag, 2020.
- Schlechtriem, Peter. "Subsequent Performance and Delivery Deadlines - Avoidance of CISG Sales Contracts due to Non-Conformity of the Goods." *Pace International Law Review* 18, 1 (Spring 2006): 83-98.
- Selanik, Atakan Adem, Orkun Bayram ve Işlay Talay Değirmenci. "Viyana Satım Antlaşması'nın (CISG) Tarihsel Gelişimi ve Uygulama Alanı." *Gaziantep University Journal of Social Sciences* 17, 4 (2018): 1353-1367.
- Selanik, Atakan Adem. *Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Teslim Borcu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Sert, Selin. *Viyana Satım Sözleşmesi'nde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Şahin, Onur. "CISG Kapsamında Alıcının Zararı Azaltma Külfeti." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (2016): 269-297.
- Viscasillas, Pilar Perales. "Contract Conclusion under CISG." *Journal of Law and Commerce* 16, 2 (1997): 315-344.
- Witz, Claude. "The Place of Performance of the Obligation to Pay the Price Art. 57 CISG." *Journal of Law and Commerce* 25, 1 (2005): 325-334.
- Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Yetiş Şamlı, Kübra. "Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXV, 1 (2007): 303-350.
- Yılmaz, Süleyman. *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Yücer Aktürk, İpek. “Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu.” *Ankara Barosu Dergisi* 1 (2015): 209-238.

Zeytin, Zafer. *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG-İncoterms*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Mahkeme Kararları

Oberlandesgericht Brandenburg (Court of Appeal Brandenburg), 5 U 1/13, 03 July 2014, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=8457>, E.T. 20.1.2024.

Oldenburg in Holstein (Local Court Oldenburg in Holstein), 5 C 73/89, 24 April 1990, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6002>, E.T. 22.1.2024.

Hof van Beroep Antwerpen (Court of Appeal Antwerp), 2002/AR/2087, 24 April 2006, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=7181>, E.T. 22.1.2024.

Oberlandesgericht München (Court of Appeal Munich), 32 U 2098/17, 12 April 2018, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=9639>, E.T. 22.01.2024.

Yargıtay (Turkish Supreme Court) 11. Hukuk Dairesi (11th Civil Chamber), Docket no. 2016/6805, Decision no. 2018/1538, 28 February 2018, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=12800>, E.T. 23.01.2024.

Amtsgericht Freiburg im Breisgau (Local Court Freiburg im Breisgau), 4 C 4003/06, 06 July 2007, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=7515>, E.T. 23.01.2024.

Bundesgericht/Tribunal fédéral (Swiss Federal Supreme Court), 4C.474/2004, 05 April 2005, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6936>, E.T. 24.01.2024.

Bezirksgericht St. Gallen (Court of First Instance St Gall), 3PZ 97/18, 03 July 1997, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6308>, E.T. 31.1.2024.

Cour d’appel civile du Tribunal Cantonal de Vaud (Court of Appeal Canton Vaud), JI11.036221-151531, 29 February 2016, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=8675>, E.T. 24.01.2024.

Bezirksgericht Höfe (Court of First Instance Höfe), ZGO 2017 13, 04 July 2019, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=13724>, E.T. 24.01.2024.

Handelsgericht des Kantons Zürich (Commercial Court Canton Zurich), HE180024, 26 June 2018, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=9766>, E.T. 25.01.2024.

Oberlandesgericht Düsseldorf (Court of Appeal Düsseldorf), I-17 U 20/02, 28 May 2004, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6776>, E.T. 29.1.2024.

- İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2017/80 K. 2021/36, T. 29.1.2021, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/istnbl-17-asliye-ticaret-mahkemesi-e-2017-80-k-2021-36-t-29-1-2021>, E.T. 2.2.2024.
- Oberlandesgericht Naumburg (Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt) (Court of Appeal Naumburg), 12 U 152/18, 24 April 2019, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=11419>, E.T. 30.01.2024.
- Oberlandesgericht Karlsruhe (Court of Appeal Karlsruhe), 7 U 1001/04, 08 February 2006, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=7251>, E.T. 26.1.2024.
- Bezirksgericht der Saane (Court of First Instance Saane), T 171/95, 20 February 1997, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6397>, E.T. 21.1.2024.
- Obergericht des Kantons Zug (Court of Appeal Canton Zug), Z1 2011 36, 05 March 2013, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=8385>, E.T. 21.1.2024.
- Obergericht des Kantons Zug (Court of Appeal Canton Zug), Z1 2011 36, 05 March 2013, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=8385>, E.T. 21.1.2024.
- İstanbul BAM, 14. HD., E. 2019/1842 K. 2022/379 T. 31.3.2022, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam14-hd-e-2019-1842-k-2022-379-t-31-3-2022>, E.T. 2.2.2024.
- Oberlandesgericht Köln (Court of Appeal Cologne), 16 U 22/01, 16 July 2001, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6567>, E.T. 21.1.2024.
- Landgericht Koblenz (District Court Koblenz), 1 O 191/08, 30 September 2008, <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=12884>, E.T. 21.1.2024.
- Bundesgerichtshof (BGH) Urteil, VIII ZR 121/98, 24. März 1999, <https://lexetius.com/1999,882>, E.T. 2.2.2024.

AVRUPA DİJİTAL DÜZENLEME SİSTEMİNDE YAPAY ZEKÂ YASASI

Artificial Intelligence Law in the European Digital Regulatory System

Gamze TURAN BAŞARA*

Öz

Yapay Zekâ Yasası ile yapay zekâ teknolojilerine yönelik olarak dünya çapında ilk kapsamlı düzenleme girişimi gerçekleştirilmiştir. Söz konusu Yasa, dijital düzenlemelerin Avrupa Birliği'ndeki gelişiminde önemli bir aşamayı temsil etmektedir. Çalışma, söz konusu düzenleme hakkında temel bir anlayış sunmaya yöneliktir.

Bir yapay zekâ sistemiyle ilgili yükümlülüklerin belirlenmesi için öncelikle Yapay Zekâ Yasası'nın bu sistem için geçerli olup olmadığının ve sistemin hangi risk kategorisinde yer aldığının değerlendirilmesi gerekir.

Yasa kapsamında, yapay zekâ sistemleri risk düzeylerine göre, kabul edilemez risk, yüksek risk, sınırlı risk ve minimal risk olarak dört risk kategorisine göre sınıflandırılmaktadır. Yapay zekâ sistemleri için öngörülen yükümlülükler hangi risk kategorisine girdiklerine bağlı olarak değişir. Yüksek riskli yapay zekâ sistemleri daha sıkı düzenlemelere tabi olurlar. Bu düzenlemeler, yapay zekâ uygulamalarının güvenli, etik ve insan haklarına uygun şekilde geliştirilmesi ve kullanılmasını sağlamayı amaçlamaktadır.

Çalışmada öncelikle Yapay Zekâ Yasası'nın Avrupa Birliği dijital ve veri hukuku düzenlemeleri içindeki yeri incelenmiştir. Daha sonra Yasa'nın uygulama alanı ve düzenleme konuları ele alınmıştır. Son olarak Yasa'nın getirdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla öngörülen para cezası ve diğer yaptırımlar açıklanmıştır.

Makalenin Geliş Tarihi: 02.11.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 22.01.2025.

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: gamzeturan@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7729-6039.

Yapay Zekâ Yasası'nın sadece Avrupa Birliği sınırları içerisinde değil, küresel ölçekte etkiler yaratacağı öngörülmektedir. Bu nedenle çalışmada Türkiye'de yerleşik bir şirketin hangi durumlarda Yasa kapsamına gireceği hususu da değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ sistemi, yapay zekâ modeli, dijital hukuk, veri hukuku, Avrupa Birliği.

Abstract

The Artificial Intelligence Law represents the inaugural comprehensive attempt to regulate artificial intelligence technologies. It represents a significant milestone in the evolution of digital regulation within the European Union. The objective of this study is to provide an overview of the regulation in question.

The legislation categorises AI systems according to their level of risk, with four distinct categories: unacceptable risk, high risk, limited risk and minimal risk. The obligations imposed on AI systems are contingent upon their categorisation according to risk level. Those AI systems classified as high-risk are subject to more rigorous regulatory oversight. The objective of these regulations is to ensure that AI applications are developed and utilised in a secure, ethical and human rights-compliant manner.

In order to ascertain the obligations pertaining to an AI system, it is first necessary to determine whether the AI Law is applicable to the system in question and to evaluate its risk category.

The study commences with an examination of the position of the AI Law within the European Union's digital and data legislation. Subsequently, an examination is conducted of the scope and regulatory issues pertaining to the legislation in question. Finally, fines and sanctions under the law are explained.

It is anticipated that the AI Law will have an impact not only within the borders of the European Union, but also on a global scale. In light of this, the study also evaluates the circumstances under which a company established in Türkiye will fall within the scope of the AI Law.

Keywords: Artificial intelligence system, artificial intelligence model, digital law, data law, European Union.

GİRİŞ

Avrupa Birliği, 2010'ların ortalarından bu yana dijitalleşme alanında giderek artan girişimlerde bulunmaktadır¹. Bu kapsamda Avrupa Birliği, “Yapay Zekâ Yasası (bundan sonra Yapay Zekâ Tüzüğü)”²(YZ Tüzüğü) ile yapay zekâ teknolojilerine yönelik ilk kapsamlı yasal düzenleme çerçevesini ortaya koymuştur.

Yapay Zekâ Tüzüğü, 1 Ağustos 2024 tarihinde yürürlüğe girmiş olup 2 Ağustos 2026 tarihinden itibaren genel olarak uygulama alanı bulacaktır (YZ Tüzüğü m. 113). Ancak münferit hükümler aşamalı olarak yürürlüğe girecektir. Halihazırda piyasaya sürülmüş veya hizmete sunulmuş yapay zekâ sistemleri de en geç 2030 yılı sonuna kadar YZ Tüzüğü ile uyumlu hale getirilmelidir (YZ Tüzüğü, m. 111/1).

Yapay zekânın temel özellikleri olarak, yapay-insan yapımı yapısının yanı sıra, sorun çözme yeteneği³, özerkliği (otonomi)⁴ ve uyarlanabilirliği vurgulanmaktadır. Bu anlamda yapay zekâ, gerçek veya sanal ortamı etkileyen, insan tarafından tanımlanmış belirli hedefler için tahminler, öneriler ya da kararlar verebilen, makine tabanlı bir yazılımsal sistemler bütünü olarak

¹ Bu kapsamda yapılan düzenlemeler arasında, Genel Veri Koruma Tüzüğü, Dijital Hizmetler Tüzüğü (Digital Services Act, DSA), Yapay Zeka Tüzüğü (Artificial Intelligence Act, AIA), Veri Tüzüğü (Data Act, DA) ve Dijital Pazarlar Tüzüğü (Digital Markets Act, DMA) sayılabilir. Avrupa Birliği'nin dijital politikasının önemli aşamaları hakkında bilgi için bkz. Wulf Reiners, “Die Digitalisierungsstrategie der Europäischen Union – Meilensteine und Handlungsfelder zwischen digitaler Souveränität und grüner Transformation,” *integration*, 44(4) 2021: 266 vd.

² Artificial Intelligence Act; Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32024R1689>). Erişim tarihi: 31.12.2024).

³ Friederike Malomy, “Auswahlentscheidungen durch künstlich intelligente Systeme Datenschutzrechtliche Grenzen im Arbeitsrecht,” *JuS*, Heft 4 (2022): 290.

⁴ Christian Geminn, “Die Regulierung Künstlicher Intelligenz Anmerkungen zum Entwurf eines Artificial Intelligence Act,” *ZD*, Heft 7 (2021): 355; Osman Gazi Güçlütürk ve Yasin Murat Kadioğlu, “Yapay Zekâ ve Regülasyon,” içinde *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ*, ed. E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 87 vd.; Serkan Seyhan, *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 18 vd.

açıklanmaktadır⁵. Başka bir ifadeyle yapay zekâ, yapay bir yapı olarak insana benzer yeteneklerle donatılabilir ve bu yetenekleri karar alma sürecinde kullanabilir⁶.

Bir başka yaklaşıma göre yapay zekâ, bir insan müdahalesi olmadan otonom bir şekilde hareket ederek verilen görevleri otomatik olarak ve eşgüdüm içerisinde uzun süre devam ettirebilen, çevresini algılayıp buna uygun olarak dış dünyada reaksiyon gösterebilen, kendisini geliştiren ve yenileyen, kendi oluşturduğu hedeflere odaklanan ve nihayetinde rasyonel olarak en ideal sonuca yönelik kararlar alabilen yazılımsal ve donanımsal sistemler bütünüdür⁷.

Yapay zekânın bu şekilde soyut tanımlanması, çok sayıda uygulama alanından kaynaklanmaktadır. Bu kullanım alanları, yüz ve ses tanımadan, araç ve makinelerin otonom yönetimine, veri kayıtlarının analizine kadar uzanmaktadır. Bu sayede yapay zekâ, potansiyel olarak tüm toplumsal işlev alanına nüfuz etmektedir. Sorun çözme yeteneği sayesinde yapay zekânın tüm meslek gruplarını destekleyeceği ve böylece kaynakların ekonomik kullanılmasına ve iş süreçlerinin hızlandırılmasına katkı sağlayacağı umut edilmektedir. Buna bağlı olarak, iklim krizi ve demografik değişim dönemlerinde, kaynakların ve iş gücünün tasarruflu kullanılmasını gerektiren bir çağda yapay zekâdan beklentiler oldukça yüksektir⁸.

⁵ Mathias Honer ve Philipp Schöbel, “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz im System der europäischen Digitalregulierung – Ein Überblick,” *JuS*, Heft 7 (2024): 648; Mesut Serdar Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 10; Güçlütürk ve Kadıoğlu, “Yapay Zekâ ve Regülasyon,” 81; Şebnem Akipek Öcal, “Yapay Zekâ ve Hukuki Niteliği,” içinde *Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ*, ed. Erdem Büyüksağış (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 12-13; Mustafa Aksu, “Yapay Zekâ ve Hukuk -Teknik ve Hukuki Altyapı ve Çerçeve-,” içinde *Yapay Zekâ ve Hukuk*, ed. Mustafa Aksu (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024), 54; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 13 (51) (2022): 21.

⁶ Bu yaklaşımdan hareketle öğretilen bir tanıma göre yapay zekâ, bilgisayar ve makinelere, insan gibi akıl yürütme, anlam çıkarma, genelleme yapma ve deneyimlerden öğrenme gibi yetiler kazandırmaya yarayan bir tekniktir (Büşra Kaynak Balta, “Yapay Zekâ Ürünlerinin Hukuki Niteliği ve Fikri Eser Kavramı,” *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (3) (2020): 207.

⁷ Erdem Doğan, *Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 28; Remzi Demir, *Yapay Zekâ İmalatçısının Ürün Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınları, 2023), 26.

⁸ Honer ve Schöbel, “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz,” 649; Doğan, *Yapay Zekâ*, 98 vd.; Murat Volkan Dülger, “Yapay Zekâlı Varlıkların Hukuk Dünyasına

Avrupa Komisyonu tarafından 2020 yılında yayımlanan Yapay Zekâya İlişkin Beyaz Kitap'ta şu ifadeye yer verilmiştir: “Yapay zekâ hızla gelişmektedir. Yapay zekâ, hastalıkların daha doğru teşhisi ve daha iyi önlemesi gibi yollarla sağlık hizmetlerini iyileştirerek, tarımın verimliliğini artırarak, iklim değişikliğiyle mücadeleye ve değişikliğe uyum sağlamada katkıda bulunarak, öngörücü bakım yoluyla üretim tesislerinin verimliliğini artırarak hayatımızı değiştirecektir....”⁹.

Bununla birlikte yapay zekânın geniş kullanım olanağı bazı endişeleri de beraberinde getirmektedir. Yapay zekâ kullanımı, tıbbi görüntü tanıma algoritmalarıyla en özel kişisel alanlara nüfuz etmektedir. Güvenliğin sağlanması için ve yargıda veri analizi yapan yapay zekâ sistemi, temel haklara duyarlı ve hukukun üstünlüğü için önemli karar alma süreçlerine dahil olmaktadır. Yine yapay zekâ otonom sürüş teknolojisiyle, insan yaralanması riski taşıyan günlük süreçlere dahil olmaktadır. Son olarak yapay zekânın insan benzeri bilişsel ve bazen yaratıcı yetenekleri, insan türünün kendi kendine yeterliliği ve belirsizliği konusunda bazı tereddütler uyandırmaktadır¹⁰.

Yapay zekâ ile ilgili çalışmalar, yalnızca ekonomik gelişme açısından değil, aynı zamanda etik ve hukuki açıdan değerlendirildiğinde, bu teknolojinin düzenlenmesinin, büyük bir toplumsal öneme sahip olduğu inkar edilemez. Yapay Zekâ Tüzüğü (YZ Tüzüğü), Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 288/II. maddesi anlamında genel ve doğrudan uygulanabilir bir tüzük niteliğindedir. Bu Tüzük, bir yasama süreci sonucunda kabul edildiği için, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 289/III. maddesine göre, bir yasama eylemi olarak sınıflandırılmaktadır¹¹.

Yapay Zekâ Tüzüğü, insan odaklı, güvenli ve şeffaf yapay zekâ sisteminin teşvik edilmesini ve yapay zekâ sistemlerinin zararlı etkilerine

Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?,” *Terazi Hukuk Dergisi*, 13(142) (2018): 83; Aksu, “Yapay Zekâ ve Hukuk,” 30.

Metnin orijinali için bkz. Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065&from=EN>. Erişim tarihi: 01.09.2024).

¹⁰ Honer ve Schöbel, “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz,” 649; Doğan, *Yapay Zekâ*, 102-103; Dülger, “Yapay Zekâlı Varlıklar,” 83 vd.; Sinan Sami Akkurt, “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7(13) (2019): 43.

¹¹ Andreas Haratsch, Christian Koenig ve Matthias Pechstein, *Europarecht*, 13. Auflage (Tübingen: Mohr Siebeck, 2023), 362.

karşı sağlık, güvenlik, temel haklar, hukuki güvenlik için yüksek bir koruma düzeyi sağlamayı hedeflemektedir¹².

I. YAPAY ZEKÂ TÜZÜĞÜ'NÜN AVRUPA DİJİTAL VE VERİ DÜZENLEMELERİ İÇİNDEKİ YERİ

Avrupa Birliği (AB) dijital ve veri hukuku alanında çok sayıda yasal düzenleme kabul etmiştir¹³. Bunlar ağırlıklı olarak Komisyon Dijital Stratejisi ve Avrupa Veri Stratejisi temel alınarak hazırlanmıştır¹⁴. Aşağıda bu düzenlemelerin başlıcaları hakkında genel bilgiler verilmiştir.

1 Ağustos 2024 tarihinde yürürlüğe giren YZ Tüzüğü, AB'nin bilişim teknolojileri alanında oluşturduğu yasal düzenleme ağının bir parçasını oluşturmaktadır. Tüzük, çeşitli dijital hukuk düzenlemeleriyle farklı alanlarda kesişebilir. Bu durum, dijital düzenlemelerin her birinin farklı hedeflere ve kapsama alanlarına sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu düzenlemelerin her biri farklı önceliklere odaklanmakla birlikte, aynı olayda birbirini tamamlayacak şekilde bir arada uygulanması gerekebilir.

A. Dijital Hukuk Düzenlemeleri: Dijital Hizmetler Yasası (*Digital Services Act*) ve Dijital Pazarlar Yasası (*Digital Markets Act*)

Dijital hukuk alanında, YZ Tüzüğü'nün yanı sıra Dijital Hizmetler Yasası (*Digital Services Act*)¹⁵ ve Dijital Pazarlar Yasası (*Digital Markets Act*)¹⁶ dikkat çekmektedir. Dijital Hizmetler Yasası'nda, esasen dijital

¹² Gabriel Kasper, "Extraterritorialer Geltungsbereich der EU-Digitalstrategie," *Jusletter* (23. September 2024): 4, Weblaw.

¹³ Bu düzenlemeler arasında, Genel Veri Koruma Tüzüğü, Dijital Hizmetler Tüzüğü (Digital Services Act, DSA), Yapay Zeka Tüzüğü (Artificial Intelligence Act, AIA), Veri Tüzüğü (Data Act, DA) ve Dijital Pazarlar Tüzüğü (Digital Markets Act, DMA) sayılabilir.

¹⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. Simon Apel ve Christopher Huber, "Das neue Datenrecht der EU – Eine Übersicht," *JuS*, Heft 5 (2024): 410 vd.

¹⁵ Digital Services Act; Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32022R2065>). Erişim tarihi: 31.12.2024).

¹⁶ Digital Markets Act; Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828, (<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925>). Erişim tarihi: 31.12.2024).

platformlarda yayımlanan içeriklerin denetimi odaklı düzenleme yapılması amaçlanmış ve bu içeriklerin düzenlenmesi, kontrolü ve sorumluluklarıyla ilgili kurallara yer verilmiştir¹⁷.

Dijital Pazarlar Yasası ise büyük ölçüde rekabet hukukuna yönelik düzenlemeler içermektedir. Bu Yasa, özellikle dijital platformların çok güçlü işletmecilerinin, yani Yasa'nın 2. maddesinin 1. bendi kapsamında "dijital geçit bekçileri (*Gatekeeper*)" olarak adlandırılan, 2. maddenin 2. bendi anlamında merkezi platform hizmetleri sunan, çok güçlü dijital platform işletmecilerinin pazardaki konumunu sınırlandırmayı amaçlamaktadır¹⁸. Başka bir ifadeyle, Dijital Pazarlar Yasası ile büyük dijital platformlara yönelik rekabet düzenlemeleri getirilerek, bu platformların aşırı güçlenmesi ve teklici uygulamalara yol açması önlenmeye çalışılmaktadır. Bu durum, örneğin Google'ın çevrimiçi arama motoru şeklinde bir platform hizmeti sunduğu hallerde geçerlidir¹⁹.

Yapay Zekâ Tüzüğü ise, yapay zekâ teknolojisinin fırsatlarına ve risklerine yanıt vermektedir. Bu nedenle, yer bakımında uygulama alanı çerçevesinde, başlangıçta tüm yapay zekâ sistemi ve yapay zekâ modeli sağlayıcılarını, üreticilerini, dağıtıcılarını, ithalatçıları, distribütörlerini kapsamaktadır (YZ Tüzüğü, m. 2/1/(a)-(g)). Bu, büyüklük ve pazar gücünden bağımsız olarak geçerlidir. Ayrıca YZ Tüzüğü, genel olarak işlevlerine bakılmaksızın tüm yapay zekâ sistemlerini kapsamaktadır. İlgili yapay zekâ sisteminin işlevi, genellikle bu sistemin hangi risk grubuna dahil edileceğini ve buna göre hangi yükümlülüklerle tabi olacağını belirlemektedir²⁰.

Dijital Hizmetler Yasası, dijital platformlarda yayımlanan içeriklerin yönetimiyle ilgilidir. Eğer yapay zekâ sistemleri bu süreçlerde kullanılıyorsa, YZ Tüzüğü'nün risk gruplarına ilişkin düzenlemeleri ve Dijital Hizmetler Yasası'nın içerik sorumluluğuna dair hükümleri birbiriyle bağlantılı hale gelebilir. Örneğin yüksek riskli bir yapay zekâ sisteminin Dijital Hizmetler Yasası kapsamındaki bir içerik yönetimi hizmetinde kullanılması durumunda, her iki düzenlemenin de uyumlu bir şekilde uygulanması gerekebilir.

¹⁷ Kasper, "Extraterritorialer Geltungsbereich,"6; Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 649.

¹⁸ Kasper, "Extraterritorialer Geltungsbereich," 19.

¹⁹ Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 649.

²⁰ Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 649.

Dijital Pazarlar Yasası, büyük dijital platformların (örneğin Google, Amazon) piyasa gücünü denetlemeyi hedefler. Eğer bu platformlar yapay zekâ sistemleri kullanarak merkezi platform hizmetlerini işletiyorsa, YZ Tüzüğü'nün düzenlemeleri de devreye girebilir. Örneğin bir platform gatekeeper niteliği taşıırken, aynı zamanda yüksek riskli bir yapay zekâ sistemi işletmesi, hem Dijital Pazarlar Yasası'nın rekabet düzenlemeleri hem de YZ Tüzüğü'nün risk yönetimi hükümleri açısından inceleme gerektirebilir.

B. Veri Hukuku Düzenlemeleri: Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation), Veri Yönetişimi Yasası (The European Data Governance Act), Veri Yasası (Data Act)

Yapay zekâ sistemleri ve modelleri, kısmen de olsa AB veri koruma kanunları kapsamındadır. Bunlar arasında Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)²¹, Veri Yönetişimi Yasası²² ve Veri Yasası²³ yer almaktadır.

GDPR'nin temel amacı, kişisel verilerin işlenmesi sırasında gerçek kişilerin korunmasıdır. Buna göre, GDPR, AB içinde (GDPR, m. 3) kişisel verilerin otomatik olarak veya dosya sistemlerinde depolanarak işlenmesi (GDPR, m. 2) durumunda uygulanabilir.

GDPR, kişisel verileri, belirli müdahalelere karşı korunan bir menfaat olarak değerlendirirken, YZ Tüzüğü, teknolojidenden kaynaklanan riskler nedeniyle yapay zekâ sistemlerini belirli bir teknik olarak ele alır. GDPR'nin yasal düzenleme yaklaşımı menfaat ve davranış odaklıyken, YZ Tüzüğü teknik odaklıdır. Bu nedenle yapay zekâ sistemleri, GDPR'nin hükümlerine de tabi olabilir. Ayrıca GDPR, madde 22'de yer alan, insanlara yönelik tamamen otomatikleştirilmiş bireysel karar verme yasağı, yapay zekâ

²¹ General Data Protection Regulation; Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, (<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj/eng>). Erişim tarihi: 31.12.2024).

²² Data Governance Act; Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R0868>). Erişim tarihi: 31.12.2024).

²³ Data Act; Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52022PC0068>). Erişim tarihi: 31.12.2024).

sistemleri için önemli olabilecek bir hüküm içermektedir. Burada çevrimiçi bir kredi başvurusunun otomatik olarak reddedilmesi bu yasağa örnek gösterilebilir²⁴.

Son olarak, yapay zekâ sistemleri potansiyel olarak Veri Yönetişimi Yasası ve Veri Yasası kapsamına da girmektedir. Veri Yönetişimi Yasası, verilerin aktarılmasını ve ortak kullanımını teşvik etmeyi amaçlamaktadır²⁵. Bu kapsamda veri alış verişi için uyumlaştırılmış bir çerçeve oluşturur ve veri yönetimi için temel gereklilikleri belirler. Veri Yönetişimi Yasası, özellikle kamu kurumlarının elinde bulunan kişisel ve kişisel olmayan verilerin yeniden kullanımı ve veri aracılık hizmetlerinin sağlanması konularına odaklanır²⁶. Teknolojiden bağımsız düzenleme yaklaşımı, yani düzenlemenin belirli bir teknolojiye bağlı kalmaksızın, tüm teknolojilere eşit şekilde uygulanabilir olması nedeniyle, bu Yasa, geleneksel veri işleme yöntemleri gibi yapay zekâ sistemlerini de kapsayabilir. Benzer durum, verilerin sağlanması ve aktarılmasını herhangi bir teknolojiye bağlı olmaksızın düzenleyen Veri Yasası için de geçerlidir.

II. YAPAY ZEKÂ TÜZÜĞÜ'NÜN DÜZENLEME YAKLAŞIMI VE AMACI

Yapay Zekâ Tüzüğü içerik olarak, yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesi, piyasaya sürülmesi ve kullanılması ilgili yasal koruma gerekliliklerini düzenlemektedir. Bu kapsamda Tüzük, bazı yapay zekâ sistemlerinin tamamen yasaklanmasını öngörürken, diğer yapay zekâ sistemleri ve modelleri için teknik ve organizasyonel gereklilikleri belirlemektedir. Tüzükte, risk odaklı bir yaklaşım izlenmiştir. Buna göre, belirli bir uygulamanın sağlık, güvenlik ya da temel haklar açısından oluşturduğu risk ne kadar yüksekse, yükümlülükler de o kadar katı olur²⁷. Yapay zekâ sistemleri, kabul edilemez risk, yüksek risk, sınırlı risk ve minimal risk olarak dört risk grubuna göre sınıflandırılır. Ayrıca Tüzüğe genel kullanım amaçlı yapay zekâ modelleri için özel bir kategori eklenmiştir. Bu

²⁴ Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 650.

²⁵ Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 650.

²⁶ Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 650.

²⁷ Philipp Hacker ve Amelie Berz, "Der AI Act der Europäischen Union – Überblick, Kritik und Ausblick," *ZRP*, Heft 8 (2023): 226; Şermin Birtane, "Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 15 (59) (2024): 246.

kategori özellikle büyük dil modelleri (LLM), örneğin ChatGPT gibi sistemleri düzenlemeyi amaçlamaktadır²⁸.

Bunun dışında Tüzük, yapay zekâ sistemlerinin teşvik edilmesine yönelik bazı hükümler de içermektedir. Bunlar özellikle, “Yapay Zekâ Düzenleyici Kum Havuzları” (*AI Regulatory Sandboxes*) adı verilen yapay zekâ test ortamlarının kurulması ve gerçek koşullar altında test edilmesini kapsar²⁹.

Yapay Zekâ Tüzüğü, insan merkezli, güvenli ve şeffaf yapay zekâ sisteminin sağlanmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle düzenlemedeki kurallar, AB’de bulunan ve yapay zekâ sistemlerinden etkilenen kişilerin korunmasına yöneliktir. Ancak altını çizmek gerekir ki, Tüzüğün amacı, yapay zekâ sistemlerinin kapsamlı bir düzenlemesini yapmak değildir. Zira yapay zekâ sistemlerinin kullanım alanları çok çeşitli olduğundan, tüm yapay zekâ uygulamaları için tek bir genel düzenleme yapmak mümkün olmaz³⁰.

Yapay zekâ sistemleriyle ilgili iki temel sorun söz konusudur. Bunlardan ilki, yapay zekâ sistemlerinin onlara verilen görevleri ve beklentileri tam anlamıyla karşılamayan hatalı sonuçlar üretebilir olmalarıdır. Bir diğeri, bu sistemlerin nasıl sonuç ürettiği genellikle şeffaf değildir³¹. Bu nedenle hem sistemin sağlayıcıları hem de sistemden etkilenenler için çıktılarının nasıl üretildiği anlaşılabilir olmalıdır. Yapay zekâ sistemlerindeki olası hatalar ve şeffaflık eksikliği, sistemlerin yanlış kullanımından değil, genellikle tasarımı, eğitimi, programlanması ve doğrulanması aşamalarında ortaya çıkar. İşte bu nedenle Tüzüğün amacı, yapay zekâ sistemlerinin en başta güvenli ve şeffaf bir şekilde tasarlanmasını sağlamaktır³².

²⁸ Daniel Becker ve Daniel Feuerstack, “Der neue Entwurf des EU-Parlaments für eine KI-Verordnung. Analyse der wesentlichen Neuerungen gegenüber dem Entwurf der EU-Kommission,” *MMR*, Heft 1 (2024): 23.

²⁹ Christoph Krönke, “Das europäische KI-Gesetz: Eine Verordnung mit Licht und Schatten,” *NVwZ*, Heft 8 (2024): 530.

³⁰ Krönke, “Das europäische KI-Gesetz,” 531.

³¹ Krönke, “Das europäische KI-Gesetz,” 531.

³² Tüzüğün bu genel amacı, Gereğçeler Bölümünün 1. ve 12. maddelerinde vurgulanmıştır (<https://artificialintelligenceact.eu/recital/1/>). Erişim tarihi: 31.12.2024). Krönke, “Das europäische KI-Gesetz,” 531; Birtane, “Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ,” 247; Aksu, “Yapay Zekâ ve Hukuk,” 22.

III. YAPAY ZEKÂ TÜZÜĞÜ'NÜN UYGULAMA ALANI

A. Yapay Zekâ Tüzüğü'nün Maddi Uygulama Alanı

Yapay Zekâ Tüzüğü, esasen yapay zekâ sistemlerini ele almaktadır. YZ Tüzüğü'nün 3. maddesinin 1. bendinde yapay zekâ sistemine ilişkin olarak şu tanıma yer verilmiştir: “Farklı derecelerde otonom çalışmak üzere tasarlanmış (bazen tamamen otomatik olabilirken bazen insan müdahalesiyle çalışabilen), çalışmaya başladıktan sonra uyarlanabilir olabilen (yani yeni verilere ve çevresel koşullara göre kendini ayarlayabilen), açık (belirli) veya örtülü (belirsiz) hedefler için alınan girdilerden, fiziksel ya da sanal ortamları etkileyebilen tahmin, içerik, öneri ya da karar gibi çıktılar üreten makine destekli bir sistemdir”³³.

Tüzükteki yapay zekâ sisteminin yasal tanımına bakıldığında, belirleyici yasal unsur, bir yapay zekâ sisteminin en azından kısmen otonom olarak, yani insan müdahalesi olmadan ve kendi belirlediği kurallara göre çalışabilmesidir. Bu unsur, bir yapay zekâ sistemini, tamamen önceden programlanmış ve yalnızca işlemlerin otomatik olarak yürütülmesi için insanlar tarafından belirlenen kuralları takip eden sistemlerden ayırır³⁴.

Yapay zekâ sisteminin geniş bir tanımına yer verilmiş olması, etkili bir düzenleme yapma ihtiyacı bakımından yerindedir. Zira üretken yapay zekâ sistemleri çok çeşitli amaçlar için kullanılabildiğinden, düzenlemelerin bu genişliği kapsaması gerekmektedir. Bununla birlikte, geniş bir tanım kanunun yorumlanmasını gerektirir ki, bu da yasal düzenlemenin tutarsız bir şekilde uygulanması riskini doğurabilir³⁵. Bu bağlamda Avrupa Komisyonu, yapay zekâ sisteminin ne olduğunu açıklayan yönergeler hazırlayacaktır (YZ Tüzüğü, m. 96/1/f).

Avrupa Birliği, başlangıçta sadece yapay zekâ sistemlerini düzenlemeyi planlarken, daha sonra yasama sürecinde yapay zekâ modelleriyle ilgili hükümler de eklenmiştir³⁶. Tüzükte yalnızca belirli yapay zekâ modelleri, yani genel amaçlı kullanım için tasarlanmış olanlar düzenlenmektedir. Yapay Zekâ Tüzüğü'nün 3/(63). maddesine göre, genel amaçlı yapay zekâ modeli, önemli

³³ Avrupa Yapay Zekâ Tüzüğü'nün tam metni için bkz. (<https://artificialintelligenceact.eu/ai-act-explorer/>. Erişim tarihi: 12.09.2024).

³⁴ Krönke, “Das europäische KI-Gesetz,” 529; Kasper, “Extraterritorialer Geltungsbereich,” 10.

³⁵ Kasper, “Extraterritorialer Geltungsbereich,” 10.

³⁶ Kasper, “Extraterritorialer Geltungsbereich,” 10.

ölçüde genel kullanılabilirliğe sahip ve piyasaya sürülme şekline bakılmaksızın çok farklı görevleri yetkin bir şekilde yerine getirebilen, çok sayıda alt sisteme ya da uygulamaya entegre edilebilen yapay zekâ modelini ifade eder.

Genel kullanım amaçlı yapay zekâ modelinin yasal tanımı açısından merkezi öneme sahip görünen özellikler; modelin “eğitilmiş” olması ve “farklı görevler için kullanılabilir” olmasıdır. Sadece belirli amaçlar için geliştirilen ve kullanılan diğer yapay zekâ modelleri, Tüzüğün kapsamına girmez. Yapay zekâ modelinin eğitilmiş olması, geleneksel bir bilişim sistemi gibi önceden programlanmış olmaktan çok, kendi başına öğrenip gelişme yeteneğine sahip olduğunu gösterir³⁷. Bu nedenle yalnızca belirli görevler için tasarlanmış yapay zekâ modelleri YZ Tüzüğü’nün kapsamına girmez. Yapay zekâ modeli, bir yapay zekâ sisteminin çekirdeğini oluşturur, ancak yapay zekâ sistemi modelin yanı sıra kullanıcı arayüzü ve donanım gibi ek bileşenleri de içerir. Örneğin, ChatGPT ve Microsoft Copilot, yapay zekâ sistemleridir. Bu sistemlere ait yapay zekâ modeli GPT-4o ya da bunun o anki güncel sürümüdür³⁸.

Bununla birlikte aşağıdaki durumlarda YZ Tüzüğü’ne göre bir yapay zekâ sisteminin ya da genel amaçlı yapay zekâ modelinin varlığından söz edilmez:

- Hesap makinesi gibi her aritmetik işlemin önceden programlandığı bilgisayar sistemleri, insan müdahalesi olmaksızın otonom karar alma yeteneği bulunmadığı için yapay zekâ sistemi olarak değerlendirilemez.
- Bir veri seti kullanılarak eğitilmiş ve sadece belirli bir görevi yerine getiren, genel amaçlı kullanıma uygun olamayan yazılımlar, genel amaçlı yapay zekâ modeli olarak kabul edilemez. Örneğin, hassas kollar ve vakum teknolojisiyle sadece belirli parçaları ayırabilen bir makine, yapay zekâ modelinin farklı amaçlar için kullanılabilir olma unsurunu karşılamadığından YZ Tüzüğü kapsamında değerlendirilemez.

³⁷ Kasper, “Extraterritorialer Geltungsbereich,” 10.

³⁸ Krönke, “Das europäische KI-Gesetz,” 529; Kasper, “Extraterritorialer Geltungsbereich,” 11.

Ayrıca YZ Tüzüğü'nün 2. maddesinde bazı yapay zekâ sistemleri Tüzüğün uygulama alanının dışında bırakılmıştır. Bunlar:

- Üye devletlerin ulusal güvenlik konusundaki yetkilerini ilgilendiren alanlar (m. 2/3)
- Sadece askeri veya savunma politikası amacıyla kullanılan yapay zekâ sistemleri (m. 2/3).
- Sadece araştırma ve geliştirme amacıyla kullanılan yapay zekâ uygulamaları (m. 2/6, 8).
- Ticari olmayan amaçlarla, örneğin kişisel ya da toplumsal bir yarar sağlamak amacıyla kullanılan yapay zekâ sistemleri (m. 2/10). Örneğin, tarım makinelerinin bitki türlerini otomatik olarak tanıyıp sulama ya da ayıklama yapmasını sağlayan açık kaynaklı bir yazılım, yüksek riskler oluşturmadığı ve gerçek kişilerle doğrudan etkileşim içermediği için YZ Tüzüğü kapsamında değerlendirilemez (m. 2/12).

B. Yapay Zekâ Tüzüğü'nün Kişisel Uygulama Alanı

Yapay Zekâ Tüzüğü, özellikle sağlayıcılar, ürün üreticileri, dağıtıcılar, ithalatçılar, distribütörler olmak üzere çeşitli aktörler için geçerlidir (YZ Tüzüğü, m. 2/1/a-e). Bu bölümde Tüzükte hakkında en fazla düzenlemenin yapıldığı sağlayıcılar ve dağıtıcılar üzerinde durulacaktır.

Tüzük kapsamında olduğu kabul edilen sağlayıcı, yapay zekâ sistemini ya da genel amaçlı yapay zekâ modelini geliştiren, kendi adı ya da markası altında ilk defa piyasaya süren³⁹ ya da hizmete sunan⁴⁰ gerçek ya da tüzel kişidir (YZ Tüzüğü, m. 3/(3))⁴¹. Sağlayıcının Tüzük kapsamında olduğunun

³⁹ Piyasa sürme, bir yapay zekâ sisteminin ya da genel amaçlı bir yapay zekâ modelinin, AB pazarında ticari ya da ticari olmayan bir şekilde kullanım için hazır hale getirilmesi anlamına gelir (YZ Tüzüğü m. 3/(9)). Piyasada kullanıma sunma ise, bir yapay zekâ sisteminin ya da genel amaçlı bir yapay zekâ modelinin, ticari faaliyet kapsamında AB pazarında dağıtılmak veya kullanılmak üzere bedel karşılığında ya da ücretsiz olarak tedarik edilmesi anlamına gelir (YZ Tüzüğü m. 3/(10)). Başka bir ifadeyle, yapay zekâ sisteminin fiili kullanıma sunulmasını, yani nihai kullanıcıya ulaşım aktif olarak kullanılmaya başlanmasını ifade eder.

⁴⁰ Hizmete sunmak, bir yapay zekâ sisteminin ya da genel amaçlı yapay zekâ modelinin, ilk kez kullanım için fiilen çalıştırılması ve amaca uygun olarak aktif hale getirilmesi sürecini ifade eder (YZ Tüzüğü m. 3/(11)).

⁴¹ Kasper, "Extraterritorialer Geltungsbereich," 12; Krönke, "Das europäische KI-Gesetz," 530; Erdem Büyüksağış, Elif Ceren Türkoğlu ve Onur Alptekin, "Yapay Zekâ

kabul edilmesi için AB’de ya da AB dışındaki bir ülkede yerleşik olması önem arz etmez (YZ Tüzüğü, m. 2/1/a). Birden fazla şirket aynı anda bir yapay zekâ sisteminin sağlayıcısı olabilir (YZ Tüzüğü, m. 25/4). Örneğin, havaalanında kurulan kameralar ve analiz yazılımından oluşan bir yüz tanıma sistemi, yolcuların yüz ifadelerini analiz ederek, herhangi bir anormallik tespit ettiğinde güvenlik personeline haber vermektedir. Bu tür bir duygu tanıma sisteminde yapay zekâ sisteminin sağlayıcısı, duygu tanıma sistemi algoritmasını programlayan şirkettir. Bu, yapay zekâ tabanlı güvenlik çözümlerinde uzmanlaşmış bir teknoloji şirketi olabilir⁴².

Yapay Zekâ Tüzüğü anlamında dağıtıcı ise, bir yapay zekâ sistemini, profesyonel olmayan yalnızca kişisel amaçlı kullanımlar hariç, kendi yetki ve sorumluluğunda kullanan gerçek ya da tüzel kişidir (YZ Tüzüğü, m. 3/(4))⁴³. Yukarıdaki örnekte dağıtıcı, havaalanı yönetimi ya da havaalanının duygusal izlemeyi teknolojik olarak yapmak üzere görevlendirdiği bir güvenlik şirketi gibi havaalanında yapay zekâ sistemini uygulayan ve kullanan kuruluştur. Bununla birlikte profesyonel olmayan, sadece kişisel amaçla evinde bir robot süpürge, sanal gerçeklik gözlükleri ya da yapay zekâ içeren diğer cihazları kullanan bir tüketici, YZ Tüzüğü anlamında bir dağıtıcı olarak kabul edilemez (YZ Tüzüğü, m. 2/10, m. 3/(4)). Başka bir ihtimalde örneğin, bir şirket, müşteri hizmetleri için bir yapay zekâ üreticisinin chatbot’unu kendi web sitesine ekler, ancak üreticinin logosunun gösterilmesi yoluyla chatbot’un üreticisinden geldiğini belirtirse, şirket bu chatbot’u kendi adı ve ticari markası altında piyasaya sürmüş olmadığından, bu durumda sağlayıcı olarak değil, dağıtıcı olarak kabul edilir⁴⁴.

Bir şirket aynı anda hem sağlayıcı hem de dağıtıcı olarak birden fazla rol üstlenebilir. Bu durumda her iki role özgü yükümlülükleri kümülatif olarak yerine getirmesi gerekir. İki taraf arasında kimin sağlayıcı ya da dağıtıcı olacağına dair anlaşma yapılabilir. Ancak belirleyici olan, fiilen yerine getirilen roldür⁴⁵. Örneğin, piyasaya sürülmüş ve faaliyete geçirilmiş bir

İşletenin Hukuki Sorumluluğu,” içinde *Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ*, ed. Erdem Büyüksağış (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 79.

⁴² Kasper, “Extraterritorialer Geltungsbereich,” 12.

⁴³ Kasper, “Extraterritorialer Geltungsbereich,” 12; Büyüksağış, Türkoğlu ve Alptekin, “Yapay Zekâ İşletenin Hukuki Sorumluluğu,” 79.

⁴⁴ David Rosenthal, “Der EU AI Act, Verordnung über künstliche Intelligenz,” *Jusletter* (5.August 2024): 12, Weblaw; Kasper, “Extraterritorialer Geltungsbereich,” 13.

⁴⁵ Kasper, “Extraterritorialer Geltungsbereich,” 12.

yüksek riskli yapay zekâ sisteminde önemli bir değişiklik yapan kişi sağlayıcı olarak kabul edilir. Yukarıdaki örnekte, havaalanı yönetimi, duygu tanıma sistemini, başlangıçta amaçlanandan daha ince kaygı ve stres biçimlerini tanıyabilecek şekilde önemli ölçüde değiştirirse, sağlayıcı olarak sınıflandırılabilir.

IV. YAPAY ZEKÂ TÜZÜĞÜ'NÜN YER BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

Yapay Zekâ Tüzüğü sınır ötesi etkisi nedeniyle AB dışındaki ülkelerde de geçerli olabilir. Bir yapay zekâ sistemini, AB'de piyasaya süren veya hizmet sunan ya da genel amaçlı yapay zekâ modellerini AB'de piyasaya süren sağlayıcılar bakımından, AB'de veya üçüncü bir ülkede yerleşik olup olmadıklarına bakılmaksızın YZ Tüzüğü uygulama alanı bulur (YZ Tüzüğü, m. 2/1(a)). Tüzük, AB sınırları içinde bulunan ya da AB'de yerleşik olan dağıtıcılar için de belirli yükümlükler öngörmektedir (YZ Tüzüğü, m. 2/1(b))⁴⁶.

Bir yapay zekâ sistemi AB'de doğrudan piyasaya sürülme ya da hizmete sunulmasa bile, sistemin ürettiği çıktılarının AB içinde kullanılması durumunda, buldukları yer veya yerleşim yerleri AB dışında üçüncü bir ülkede olan sağlayıcı ya da dağıtıcılar da YZ Tüzüğüne tabi olurlar (YZ Tüzüğü, m. 2/1/c). Tüzüğün gerekçesine göre, uygulama alanının önemli ölçüde genişletilmesiyle, yapay zekâ sistemlerinin dijital niteliğine uygun olarak ve olası yasal boşluklardan yararlanılması önlenerek AB'deki kişilerin etkili bir şekilde korunmasını sağlamak amaçlanmaktadır (Gerekçe 22)⁴⁷. Bir örnekle açıklamak gerekirse, AB'de yerleşik bir aktör, bazı hizmetleri, üçüncü bir ülkede yerleşik olan bir hizmet sağlayıcıya devreder. Bu hizmetler, yüksek riskli olarak sınıflandırılabilir bir yapay zekâ sistemi tarafından yürütülecektir. Avrupa Birliği dışında bulunan hizmet sağlayıcı taraf, kendi ülkesinde yapay zekâ sistemini kullanarak çıktılar üretiyor ve bu çıktıları AB'de bulunan tarafa iletiyor. Bu durumda yapay zekâ sisteminin kendisi doğrudan AB'de hizmete sunulmasa ya da piyasa sürülme bile, sistemin çıktıları AB'de kullanıldığı için YZ Tüzüğü uygulama alanı bulur (Gerekçe

⁴⁶ Krönke, "Das europäische KI-Gesetz," 530; Kasper, "Extraterritorialer Geltungsbereich," 13; Bozkurt Yüksel, "Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış," 23.

⁴⁷ Krönke, "Das europäische KI-Gesetz," 530; Yasa'nın gerekçesi için bkz. (<https://artificialintelligenceact.eu/recital/22/>. Erişim tarihi: 16.09.2024).

22)⁴⁸. Ancak YZ Tüzüğü'nün böylesine geniş bir uygulama alanına sahip olmasını önlemek amacıyla, yapay zekâ sistemi tarafından üretilen çıktının “AB sınırları içinde kullanılması” kavramının dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹. Buna göre, AB dışındaki bir sağlayıcı tarafından üretilen çıktıların AB sınırları içinde kullanımının tesadüfi olmaması, bilinçli ve sağlayıcının kontrol edebileceği bir şekilde gerçekleşmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Burada bir sözleşme kapsamında ya da yasal bir yetkiye dayanılarak bu çıktıların AB’de kullanılması, kullanımının tesadüfi olmadığı, sağlayıcının kontrolü altında gerçekleştiği değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulabilir⁵⁰. Ayrıca gerekçede belirtilen “sistemin ürettiği çıktının AB’de kullanılmasının amaçlanması” ifadesi de bu dar yorumu destekler niteliktedir⁵¹.

Bu noktada Türkiye’de yerleşik bir şirketin hangi durumlarda YZ Tüzüğü kapsamına gireceği hususunu değerlendirmek faydalı olacaktır. Örneğin, Türkiye merkezli bir şirket, yapay zekâ yardımıyla bir içerik üretip bunu AB’deki müşterilerine gönderiyorsa, dağıtıcı olarak Tüzük kapsamında değerlendirilir. Aynı şekilde merkezi Türkiye’de bulunan bir makine üreticisi, AB’deki şubesi aracılığıyla onarım ya da bakım taleplerini, müşteri sorularını alan yapay zekâ destekli bir çağrı merkezi işletirse, yapay zekâ tarafından üretilen sonuçlar, AB’deki çağrı merkezinde kullanıldığından, şirket dağıtıcı olarak Tüzük kapsamındadır. Son olarak, bir şirket üçüncü taraf sağlayıcının yapay zekâ kullanarak ürettiği ya da geliştirdiği metinleri, resimleri ve videoları AB’ye yönelik web sitesine eklerse YZ Tüzüğü hükümleri uygulanabilir.

Bununla birlikte bazı hallerde AB ile bölgesel bağlantı kurulamaz ve YZ Tüzüğü uygulama alanı bulamaz. Örneğin, yapay zekâ sistemi tarafından üretilen çıktının, tesadüfen, ilgili sağlayıcı ya da dağıtıcının isteği dışında AB’ye ulaşması durumunda YZ Tüzüğü uygulanmaz⁵².

Bir diğer ihtimalde, Türkiye merkezli bir şirketin AB ülkelerinde yaşayan çalışanlarının evden çalışırken işverenin sağladığı yapay zekâ sistemlerini

⁴⁸ Gerekçe 22, bkz. (<https://artificialintelligenceact.eu/recital/22/>). Erişim tarihi: 16.09.2024).

⁴⁹ Krönke, “Das europäische KI-Gesetz,” 530.

⁵⁰ Krönke, “Das europäische KI-Gesetz,” 530.

⁵¹ Gerekçe 22, bkz. (<https://artificialintelligenceact.eu/recital/22/>). Erişim tarihi: 16.09.2024).

⁵² Kasper, “Extraterritorialer Geltungsbereich,” 14.

kullanmaları halinde, YZ Tüzüğü'nün uygulanıp uygulanmayacağını farklı çalışma koşullarına göre değerlendirmek gerekir. Örneğin, çalışan, Fransa'da yaşıyor ve evden çalışıyorsa, şirketin Türkiye'deki sunucusuna VPN üzerinden bağlanıyor ve orada bulunan yapay zekâ sistemlerini kullanıyorsa, bu durumda çalışan sanki Türkiye'de şirketteymiş gibi kabul edileceğinden YZ Tüzüğü uygulama alanı bulmaz. VPN kullanarak şirket sunucusuna bağlanmak, verilerin ülke dışına çıkmasını önler ve bu durumda çalışanın yapay zekâ sistemi kullanımı sınır ötesi bir işlem olarak kabul edilmez. Ancak çalışan VPN kullanmadan çalışıyor ve AB içindeki müşterilerle doğrudan etkileşime giriyorsa, örneğin, müşterileriyle yapay zekâ aracılığıyla veri işliyorsa, bu durumda YZ Tüzüğü'nün uygulanma ihtimali gündeme gelebilir. Sonuç olarak, işverenin bu tür kullanımları kontrol altında tutması için VPN kullanımını zorunlu kılması ya da Türkiye dışında yapay zekâ kullanımlarını yasaklayan talimatlar vermesi olası hukuki sorunların önüne geçebilir.

V. YAPAY ZEKÂ TÜZÜĞÜ'NÜN DÜZENLEME KONULARI

A. Kabul Edilemez Risk Taşıyan Yasaklanmış Yapay Zekâ Sistemleri

Avrupa Birliği'nde riski kabul edilemez olarak değerlendirilen yapay zekâ uygulamaları yasaklanmıştır. YZ Tüzüğü'nün 5. maddesinde yasaklı yapay zekâ uygulamalarının bir listesine yer verilmiştir. Ancak bu yasak yalnızca sistemlerin piyasaya sürülmesi, hizmete sunulması ve kullanılması ile ilgili olup geliştirilmesi yasaklanmamıştır. Bir yapay zekâ uygulamasının YZ Tüzüğü'nün 5. maddesinde belirtilmemiş olması, onun otomatik olarak izin verilen bir uygulama olduğu anlamına gelmez. Zira bir yapay zekâ uygulamasına ilişkin yasak, AB hukukunda yer alan başka bir yasal düzenlemeden de kaynaklanabilir⁵³. Anılan madde kapsamında yasaklanan yapay zekâ uygulamaları:

- **İnsan davranışlarını manipüle eden sistemler (YZ Tüzüğü, m. 5/1(a))⁵⁴**: Bu yapay zekâ sistemleri, insanların düşünme biçimini ve davranışlarını kasıtlı olarak manipüle ederek istemsiz sonuçlara yönlendiren sistemlerdir⁵⁵. Başka bir ifadeyle, söz konusu yapay zekâ

⁵³ Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 651.

⁵⁴ Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 651.

⁵⁵ Krönke, "Das europäische KI-Gesetz," 531; Birtane, "Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ," 247; Seyhan, *İdarenin Sorumluluğu*, 80; Bozkurt Yüksel, "Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış," 24.

sistemi bireyler farkında olmadan onların düşünce ve davranışlarını değiştirebilir, karar verme süreçlerini etkileyebilir. Bu tür uygulamalar, kullanıcıların iradesini zayıflatabilir ve bilinçli karar almalarını engelleyebilir. İnsanların davranışlarını manipüle eden sistemler, kişilerin rızası olmadan düşüncelerine ve davranışlarına müdahale ettikleri için kabul edilemez risk olarak değerlendirilerek AB’de yasaklanmıştır.

- **Zayıf veya korunmaya muhtaç durumda olan kişilerin bu durumundan yararlanarak onların karar verme iradesini etkileme ve onlara zarar verme potansiyeline sahip olan sistemler (YZ Tüzüğü, m. 5/1/(b))⁵⁶:** Burada ifade edilen yapay zekâ sistemleri, özellikle çocuklar, yaşlılar, engelliler gibi zayıf durumda olan korunmaya muhtaç kişilerin bu durumlarından yararlanılarak onların iradesini etkileyecek ya da onlara zarar verebilecek şekilde tasarlanmış olan yapay zekâ sistemlerini kapsar⁵⁷. Yapay zekâ sistemlerinin zayıf ve korunmaya muhtaç durumda olan kişilerin bu durumundan yararlanarak kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmeleri, kabul edilmez risk olarak değerlendirilmiş ve AB’de kullanımları yasaklanmıştır. Bu yasak, özellikle insan onuru ve özgür irade gibi temel hakları korumaya yöneliktir.
- **Sosyal derecelendirilme sistemleri (YZ Tüzüğü, m. 5/1/(c))⁵⁸:** Bireylerin sosyal davranışlarını izleyerek, belirli kriterlere göre derecelendirme yapan ve buna göre kişilerin avantaj ve dezavantaj elde etmesine neden olan sistemlerdir⁵⁹. Bu sistemler kişilerin çeşitli fırsatlara, örneğin iş fırsatlarına, sosyal hizmetlere ya da finansal fırsatlara erişimini artırabilir ya da kısıtlayabilir. Bu sistemlerin, bireylerin davranışlarını kontrol altına almak ve özgürlüklerini kısıtlamak amacıyla kullanılması kabul edilemez risk olarak değerlendirilmektedir.
- **Son derece özel ve hassas kişisel özellikleri analiz eden sistemler (YZ Tüzüğü, m. 5/1/(d)):** Bireyin geçmiş davranışlarının ve çeşitli kişisel özelliklerinin analizlerine dayanarak gelecekte suç işleme olasılıklarını

⁵⁶ Honer ve Schöbel, “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz,” 651.

⁵⁷ Krönke, “Das europäische KI-Gesetz,” 531; Birtane, “Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ,” 247.

⁵⁸ Honer ve Schöbel, “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz,” 651.

⁵⁹ Krönke, “Das europäische KI-Gesetz,” 531; Bozkurt Yüksel, “Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış,” 26.

değerlendiren ya da tahmin etmeye çalışan bu sistemler⁶⁰, AB’de yasaklanmıştır⁶¹. Bu yasağın sebebi, söz konusu sistemlerin bireylerin haklarını ihlal edebilecek yanlış tahminler yapabilecek olmasıdır. Ayrıca bu sistemler, özel hayatın gizliliği, masumiyet karinesi gibi temel ilkelerin ihlaline de neden olabilirler.

Hükmün devamında yasağın istisnasına yer verilmiştir. Buna göre, söz konusu yasak, doğrudan suç eylemiyle ilgili somut ve doğrulanabilir gerçeklere dayanarak bir kişinin suç teşkil eden bir eyleme katılıp katılmadığına dair insan tarafından yapılan değerlendirmeyi desteklemek üzere kullanılan yapay zekâ sistemleri için geçerli değildir.

- **İnternette ya da kamuya açık alanlardaki kamera kayıtlarından yüz görüntülerini rastgele toplayan sistemler (YZ Tüzüğü, m. 5/1/(e))⁶²:** Bu tür uygulamalar, yapay zekâ sistemlerinin herhangi bir özel izin olmaksızın, internet ya da kamuya açık alanlardaki kamera kayıtlarından yüz görüntülerinin hedeflenmemiş bir şekilde rastgele toplaması anlamına gelir. Kişilerin rızası olmaksızın yüz verilerinin toplanması, kişisel verilerin korunması hakkının ihlali sonucunu doğurabilir. Bu nedenle izinsiz veri toplama ve kullanma faaliyeti kabul edilemez risk olarak değerlendirilmiş ve AB’de yasaklanmıştır.
- **İş yerinde ve eğitim kurumlarında duygu tanıma sistemi (YZ Tüzüğü, m. 5/1/(f))⁶³:** Bu tür yapay zekâ sistemleri, iş yerinde ya da eğitim kurumlarında, kişilerin yüz ifadeleri, ses tonları gibi çeşitli fiziksel belirtilerini analiz ederek, duygusal durumlarını tespit etmek için kullanılır. Duygu tanıma teknolojileri kullanılarak kişilerin duygusal durumlarının izinsiz bir şekilde sürekli izlenmesi, özel hayatın ihlali sonucunu doğurabileceği gibi, kişiler üzerinde yaratacağı baskı nedeniyle onların verimliliğini olumsuz etkileyebilir. Bu nedenle iş yerinde ve eğitim kurumlarında duygu tanıma teknolojilerinin kullanılması, kabul edilemez risk olarak değerlendirilmiş ve AB’de yasaklanmıştır.
- **Cinsel yönelim, dini ve felsefi inanç, siyasi görüş gibi hassas verilerini tahmin etmek ya da ortaya çıkarmak için kullanılan biyometrik**

⁶⁰ Yapay zekâ sisteminin bu özelliğine uygun olarak “Öngörüye dayanan polislik (Predictive Policing)” ifadesi de kullanılmaktadır (Honer ve Schöbel, “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz,” 651).

⁶¹ Krönke, “Das europäische KI-Gesetz,” 531.

⁶² Honer ve Schöbel, “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz,” 651; Bozkurt Yüksel, “Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış,” 27.

⁶³ Honer ve Schöbel, “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz,” 651.

sınıflandırma sistemi (YZ Tüzüğü, m. 5/1/(g))⁶⁴: Bu yapay zekâ sistemi, bireylerin fiziksel ve davranışsal özelliklerini tanımlayan biyometrik verilere dayanarak onların siyasi görüş, dini inanç, cinsel yönelim gibi hassas kişisel verilerini tahmin etmeyi ve ortaya çıkarmayı hedefler. Kişilerin hassas kişisel verilerini ortaya çıkarmak bir taraftan özel hayatın gizliliğinin ve veri güvenliğinin ihlali gibi sonuçlar doğurabilir, diğer taraftan kişinin siyasi görüş, cinsel yönelim ya da dini inanca dayalı ayrımcılığa maruz kalmasına sebep olabilir. Bu nedenle bu tür biyometrik sınıflandırma kabul edilemez risk olarak değerlendirilmiş ve AB’de yasaklanmıştır.

- **Suçla mücadele amacıyla, kamuya açık alanlarda biyometrik tanımlama için kullanılan gerçek zamanlı uzaktan tanımlama sistemleri (YZ Tüzüğü, m. 5/1/(h))⁶⁵**: Bu tür yapay zekâ sistemleri, biyometrik verileri kullanarak, kamuya açık alanlarda bireyin gerçek zamanlı olarak uzaktan tanımlanmasını hedefler⁶⁶. Kamuya açık alanlarda da olsa, bireyin sürekli izlenmesi temel hak ve özgürlükler açısından ciddi bir tehdit oluşturabileceğinden, bu tür yapay zekâ sistemleri AB’de yasaklanmıştır. Suçla mücadele amacıyla kullanılmak üzere tasarlanmış bu sistemlere ilişkin yasağın bir takım istisnaları söz konusudur. Bunlar:

- Kaçırılma, insan ticareti ya da cinsel istismar mağdurlarının aranması,
- Kişilerin yaşamına ve fiziksel güvenliğine yönelik belirli, önemli ve yakın bir tehdidin ya da ciddi bir terör saldırısı tehdidinin önlenmesi,
- İlgili Üye Devlette en az dört yıl hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirir bir mahkumiyet kararının infazı ya da bir suç işlediğinden şüphelenilen kişinin yerinin tespiti ve kimliğinin belirlenmesi ve bu kişi hakkında soruşturma yürütülmesi, kovuşturma yapılması amacıyla bu sistemlerin kullanılması mümkündür.

⁶⁴ Honer ve Schöbel, “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz,” 651.

⁶⁵ Honer ve Schöbel, “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz,” 651; Bozkurt Yüksel, “Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış,” 27.

⁶⁶ Krönke, “Das europäische KI-Gesetz,” 531; Birtane, “Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ,” 247; Seyhan, “İdarenin Sorumluluğu,” 80.

Biyometrik tanımlama için kullanılan gerçek zamanlı uzaktan tanımlama sistemi için öngörülen yasağa ilişkin bir örnek olay: Polis, soruşturma nedeniyle aranan kişilerin yerini daha hızlı bir şekilde tespit edebilmek için yoğun olarak kullanılan yerlerde yüz tanıma sistemlerini kullanmaktadır. Bu sistem, video kameralar aracılığıyla kaydedilen yüzleri, arama veri tabanlarında saklanan görüntülerle gerçek zamanlı olarak karşılaştırmaktadır. Eğer kaydedilen bir yüz ile aranan bir yüz arasında eşleşme olursa, sistem bu durumu polise bir eşleşme sinyaliyle bildirir. Ardından sistem tarafından tanımlanan kişi genellikle gözaltına alınır.

Örnek olayda polis, otomatik yüz tanıma uygulamasını, soruşturma nedeniyle aranan tüm kişilerin tespitinde sınırsız bir şekilde kullanmaktadır. YZ Tüzüğü'nde bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla son derece sınırlı durumlarda bu sistemlerin kullanımına izin verilmiştir. Bu durumda, YZ Tüzüğü'nün 5. maddesinde yasaklanan gerçek zamanlı uzaktan tanımlama sisteminin kullanılmasına izin verilen istisnai durumlardan herhangi birinin koşulları oluşmadığından, polisin otomatik yüz tanıma sistemini kullanması kabul edilemez.

Belirtmek gerekir ki, böyle bir yapay zekâ yasak listesi, özellikle suçla mücadele ve tehlike önlemek amacıyla kullanılan sistemler açısından, Tüzüğün 5. maddesin 1. fıkrası (h bendi) ile birlikte 2. fıkrasında öngörülen geniş kapsamlı istisnalarla sınırlı ve karmaşık hale getirilmektedir. Öncelikle 5. maddede kullanılan belirsiz hukuki kavramlar nedeniyle bir sistemin bu yasaklardan herhangi birine girip girmediğini tespit etmek oldukça zor olacaktır. Örneğin, sanal gerçeklik ortamları oluşturan, oyunlaştırma öğeleri içeren yapay zekâ sistemlerinin 5. maddenin (a) ve (b) bentleri uyarınca bilinçaltı etki yaratıp yaratmadığını, bir zayıflıktan ya da korunma gereksiniminden yararlanmanın gerçekleşip gerçekleşmediğini ve bireylerin davranışlarını önemli ölçüde etkileyip etkilemediğini, bunun kişilere ciddi bir zarar verip vermediğini belirlemek kolay olmayacaktır⁶⁷. Diğer taraftan, sosyal derecelendirme sistemleriyle ilgili olarak 5. maddenin (c) bendine yer alan “haksız” ve “orantısız” dezavantaj yaratma koşulu, sosyal derecelendirme sistemleri bağlamında önemli bir yorum alanı açmaktadır.

Bir başka açıdan, özellikle kişisel özelliklerin analizine yönelik sistemler ve biyometrik uzaktan kimlik tespit sistemlerinin kullanımı, üye devletlerin tehlikeyi önleme ve suçla mücadele etme gibi doğrudan düzenleme yapma

⁶⁷ Krönke, “Das europäische KI-Gesetz,” 532.

yetkisinde olan alanlara müdahale edebilir. Bu durum, söz konusu sistemlerin doğrudan kullanılabilmesi anlamına gelmez. Ancak bu sistemlerin kullanımıyla ilgili koşulları belirlemek ve yasak getirmek AB'nin değil, üye devletlerin yetkisinde olmalıdır⁶⁸.

Netice itibarıyla 5. maddedeki yasak listesindeki düzenlemeler dar yorumlanmalı ve gerekçede belirtildiği üzere, yalnızca AB'nin insan onuruna saygı, temel haklar, demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi değerleriyle açıkça çelişen sistemlerle sınırlandırılmalıdır.

B. Yüksek Risk Taşıyan Yapay Zekâ Sistemleri

1. Yüksek Risk Taşıyan Yapay Zekâ Sistemi Olarak Sınıflandırılma

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin AB'de uygulanmasına izin verilmiş ancak belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesi koşuluna bağlanmıştır. Yapay zekâ sistemleri, hata yapması ya da şeffaf olmaması halinde dağıtıcı ve/veya ilgi kişiler üzerinde belirgin olumsuz bir etki yaratacak bir alanda kullanılıyorsa, yüksek riskli yapay zekâ olarak nitelendirilir. Bu nedenle tasarımı, eğitimi, modellenmesi için daha sıkı ve özel gereksinimler belirlenmesi gerekir⁶⁹. YZ Tüzüğü'nün 6. maddesinde yüksek riskli yapay zekâ sistemleri iki kategoriye ayrılmıştır.

İlk olarak, yapay zekâ destekli uygulamalar, tehlikeli bir ürünle birlikte kullanılıyorsa ya da kendileri tehlikeli bir ürün ise yüksek riskli yapay zekâ sistemi olarak nitelendirilir. Böyle bir tehlikeli ürünün mevcut olup olmadığını belirlemek için ilk adım, yapay zekâ uygulamasının, bir ürünün güvenlik bileşeni olarak kullanılıp kullanılmadığını ya da kendisinin Birlik Uyum Mevzuatı kapsamında bir ürün olup olmadığını kontrol etmektir. İkinci adımda, ürünün piyasaya sunulmasının veya hizmete sokulmasının Birlik Uyum Mevzuatına uygun olarak üçüncü bir tarafça uygunluk değerlendirmesine tabi tutulmasının gerekip gerekmediği kontrol edilmelidir⁷⁰.

⁶⁸ Krönke, "Das europäische KI-Gesetz," 532.

⁶⁹ Krönke, "Das europäische KI-Gesetz," 532; Birtane, "Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ," 247; Bozkurt Yüksel, "Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış," 31 vd.

⁷⁰ Michael Denga, "Konformitätsbewertung von KI-Systemen," *ZfPC*, Heft 4 (2023):155; Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 651; Bozkurt Yüksel, "Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış," 30.

İkinci olarak, yapay zekâ uygulamaları, temel haklar ve kamu yararıyla ilgili özel bir alanda kullanıldığında da yüksek riskli kabul edilir. Bunlar Ek III'te sıralanmıştır⁷¹:

- **Biyometrik sistemler:** Parmak izi, yüz tanıma, iris ya da retina tarama, ses tanıma gibi bireye ait fiziksel veya biyolojik özellikleri kullanarak kimlik doğrulaması yapan sistemlerdir. Bu sistemler çoğunlukla, kimlik doğrulama, ödeme, güvenlik amacıyla kullanılırlar. Biyometrik sistemlerin yüksek riskli kabul edilmelerinin sebebi, kişisel veriler içermeleri ve doğru kullanılmaması halinde mahremiyetin ihlali, yanlış kimlik tespiti ya da doğrulaması gibi ciddi hak ihlallerine yola açabilecek olmalarıdır.
- **Kritik altyapılar:** Kamu hizmetlerinin, haberleşmenin, ulaşımın, enerji kaynaklarının, sağlık hizmetlerinin, finansal sistemlerin, ulusal güvenliğin işleyişini doğrudan etkileyen fiziksel ya da sanal sistemler ve ağlardır. Kritik altyapıların bozulması, kamu güvenliğini ve ulusal güvenliği tehlikeye sokabilir, toplumsal düzeni bozabilir ve kaosa neden olabilir. Bu alanlarda bir yapay zekâ sistemi kullanıldığında, sistemdeki herhangi bir hata toplumsal düzeni ve güvenliği ciddi şekilde tehlikeye sokabileceğinden, yüksek riskli yapay zekâ sistemi olarak kabul edilmektedir.
- **Genel ve mesleki eğitim:** Bu alanlarda yapay zekâ uygulamaları, eğitim-öğretimde ölçme ve değerlendirmede ya da kişiselleştirilmiş özel eğitim öğretim programlarının oluşturulmasında kullanılabilir. Ancak yapay zekâ sistemlerinin eğitim alanında hatalı sonuçlar üretmesi, örneğin öğrencilerin başarılarının yanlış değerlendirilmesi, bireylerin eğitim hayatını olumsuz etkileyebilir ve eğitimde fırsat ve imkan eşitliği temel ilkesinin ihlali sonucunu doğurabilir. Bu nedenle eğitimde kullanılan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak kabul edilmektedir.
- **İstihdam, personel yönetimi ve serbest mesleğe erişim:** Bu alanlarda yapay zekâ uygulamaları daha ziyade, iş başvurularının değerlendirilmesi, çalışma performansının takip ve değerlendirilmesi, çalışma verimliliğinin artırılmasında kullanılabilir. İşe alım sürecinde ya da personel yönetiminde kullanılan yapay zekâ sistemleri, hatalı kullanıldığında, ön yargılı algoritmalar ürettiğinde, iş arayanlar ya da çalışanlar bakımından

⁷¹ Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 651; Bozkurt Yüksel, "Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış," 30.

fırsat eşitsizliklerine, ayrımcılığa neden olabilir⁷². Bu nedenle söz konusu alanlarda kullanılan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak değerlendirilmektedir.

- **Temel özel ve kamu hizmetlerine ve yardımlarına erişim ve bunlardan yararlanma:** Sağlık hizmetleri, sosyal güvenlik hizmetleri, barınma hizmetleri, adli hizmetler, finansal hizmetler gibi toplumun genel refahını amaçlayan hizmetlerde yapay zekâ sistemlerinin kullanılması giderek artmaktadır. Örneğin, hastaların durumunun otomatik olarak analiz edilerek tedavi önerilerinin sunulmasında, yapay zekâ algoritmaları kullanarak kredi notu ve risk değerlendirilmesinde, sosyal yardımlara uygunluk analizinin yapılmasında yapay zekâ uygulamaları kullanılabilir. Ancak yapay zekânın bu alanlarda hatalı sonuçlar üretmesi bireylerin temel nitelikli kamu ve özel hizmetlere erişimini engelleyebilir ve neticede sosyal adalet ve fırsat eşitliğinden yararlanamamasına neden olabilir⁷³. Bu nedenle söz konusu alanlarda yapay zekâ kullanımı, yüksek riskli olarak değerlendirilmektedir.
- **Suçla mücadele:** Yapay zekâ sistemleri suçla mücadele sürecinde farklı şekillerde kullanılabilir. Örneğin, yüz tanıma ya da diğer biyometrik veriler kullanılarak suçlular tespit edilebilir, hâkim ve savcılar geçmiş kararlar ve veri analizlerine dayanarak yapay zekâ sistemlerinden tavsiyeler alabilirler, koşullu tahliye kararlarının değerlendirilmesi yapay zekâ sistemleriyle desteklenebilir. Ancak suçla mücadele sürecinde yapay zekâ sistemin hatalı çalışması, bireylerin haklarına ve özgürlüklerine zarar verebilir. Bireylerin adil yargılanma hakkı ve hukuki güvencelerinin tehlikeye düşebileceği değerlendirilerek bu alanlarda kullanılan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak kabul edilmektedir⁷⁴.
- **Göç, iltica ve sınır kontrolü:** Bu alanda, örneğin iltica taleplerinin değerlendirilmesinde, sınır geçişlerinde kimlik doğrulamasının yapılmasında, göçmenlerin güvenlik risklerinin analiz edilmesinde yapay zekâ sistemleri kullanılabilir. Göç, iltica taleplerinin işlenmesi ve sınır kontrolü süreçlerinde kullanılan yapay zekâ sistemlerinin hatalı çalışması,

⁷² Gerekçe 57, bkz. (<https://artificialintelligenceact.eu/recital/57/>). Erişim tarihi: 31.12.2024).

⁷³ Gerekçe 58, bkz. (<https://artificialintelligenceact.eu/recital/58/>). Erişim tarihi: 31.12.2024).

⁷⁴ Gerekçe 59, bkz. (<https://artificialintelligenceact.eu/recital/59/>). Erişim tarihi: 31.12.2024).

kişilerin özgürlüklerine ve güvenliklerine zarar verebilir, insan hakları ihlallerine yol açabilir. Bu nedenle belirtilen alanda kullanılan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli kabul edilmektedir⁷⁵.

- **Adaletin sağlanması ve demokratik süreçler:** Hâkimler, savcılar, avukatlar, yapay zekâ sistemlerini kullanarak geçmiş yargı kararlarını analiz edebilir, seçmen davranışlarını tahmin etmek için yapay zekâ algoritmaları kullanılabilir, oylama sisteminin güvenliği için yapay zekâ tabanlı güvenlik sistemleri kullanılabilir. Ancak adaletin sağlanmasında kullanılan yapay zekâ uygulamalarının hatalı çalışması bireylerin adil yargılanma hakkına zarar verebilir. Aynı şekilde demokratik süreçlerde kullanılan yapay zekâ sistemlerinin doğru çalışmaması demokratik süreçlerin güvenilirliğini zedeleyebilir. Bu nedenle bu alanlarda kullanılan yapay zekâ sistemlerinin yüksek riskli olduğu kabul edilmektedir⁷⁶.

Yapay Zekâ Tüzüğü'nün 6. maddesinin üçüncü fıkrasında, bu madde kapsamında yüksek riskli kabul edilen bir yapay zekâ sisteminin belirli durumlarda yüksek riskli olarak sınıflandırılmayacağı ifade edilmiştir. Eğer bu sistem, gerçek kişilerin sağlığı, güvenliği ya da temel haklarına ciddi bir risk oluşturmuyorsa ve karar alma sürecini önemli ölçüde etkilemiyorsa yüksek riskli olarak değerlendirilmez. Bunun için gerekli olan koşullar hükümde belirtilmiştir.

2. Yükümlülükler

Tüzük, yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin yerine getirmesi gereken bir dizi yükümlülük öngörmüştür (YZ Tüzüğü, m. 8 vd). Bunlar:

- Bir risk yönetim sisteminin kurulması (YZ Tüzüğü, m. 9).
- Eğitim, doğrulama ve test veri setlerine ilişkin gereksinimlerin yerine getirilmesi (YZ Tüzüğü, m. 10).
- Sistemin nasıl çalıştığını, hangi yöntemlerin kullanıldığını ve nasıl geliştirildiğini açıklayan teknik dokümantasyonun hazırlanması (YZ Tüzüğü, m. 11).
- Yapay zekâ sistemlerinin kullanımında şeffaflık gereksinimlerine uyulması (YZ Tüzüğü, m. 13).

⁷⁵ Gerekeçe 60, bkz. (<https://artificialintelligenceact.eu/recital/60/>). Erişim tarihi: 31.12.2024).

⁷⁶ Gerekeçe 61, bkz. (<https://artificialintelligenceact.eu/recital/61/>). Erişim tarihi: 31.12.2024).

- Yapay zekâ sistemlerinde her zaman insan denetimine olanak tanınması (YZ Tüzüğü, m. 14).
- Yapay zekâ sistemlerinin belirli düzeyde doğruluk, dayanıklılık ve siber güvenlik standartlarına uyması (YZ Tüzüğü, m. 15).
- Yapay zekâ sistemlerinin piyasaya sunulmadan önce belirli bir uygunluk değerlendirme prosedüründen geçirilmesi (YZ Tüzüğü, m. 16).
- Yapay zekâ sistemleri için bir kalite yönetim sisteminin kurulması (YZ Tüzüğü, m. 17).
- Yapay zekâ sistemi piyasaya sürüldükten sonra, sistemde olası sorunlar ortaya çıkarsa düzeltici önlemlerin alınması ve bu sorunların ilgili makamlara bildirilmesi (YZ Tüzüğü, m. 20).

Yukarıda ifade edilen yükümlülükler, yapay zekâ sistemlerinin şeffaf, güvenli ve kullanıcıların haklarına saygılı bir şekilde çalışmasını sağlamaya yöneliktir.

C. Sınırlı Risk Taşıyan Yapay Zekâ Sistemleri

Yapay Zekâ Tüzüğü'nde sadece sınırlı risk taşıyan yapay zekâ sistemleri için çok kapsamlı olmayan şeffaflık yükümlülükleri öngörülmüştür. Sınırlı riske sahip olduğu kabul edilen yapay zekâ sistemleri, kullanıcılar ve toplum üzerinde önemli sayılacak nitelikte bir risk oluşturmayacağı değerlendirilerek, bu sistemlerin kullanımı ve geliştirilmesinde ağır olmayan şeffaflık yükümlülükleri uygulanır⁷⁷.

Şeffaflık yükümlülüğü, bu sistemlerin nasıl çalıştığı ve kullanıcıları bakımından nasıl bir etkisinin olduğuna ilişkin bilgi verme yükümlülüğünü kapsar. Bu şeffaflık yükümlülükleri ilgili uygulamalara göre farklılık göstermektedir. YZ Tüzüğü'nün 50. maddesinde yer verilen şeffaflık yükümlülükleri:

- Gerçek kişilerle etkileşim kurmak üzere tasarlanan yapay zekâ sistemleri, kullanıcıların bir yapay zekâ sistemiyle etkileşimde olduklarını bildirecek

⁷⁷ Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 652; Birtane, "Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ," 247; Seyhan, *İdarenin Sorumluluğu*, 83; Demir, *Yapay Zekâ İmalatçısının Ürün Sorumluluğu*, 54; Seda Gayretli Aydın, *Yapay Zekânın Ürün Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınları, 2023), 60; Bozkurt Yüksel, "Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış," 37.

şekilde tasarlanmalı ve geliştirilmelidir⁷⁸. YZ Tüzüğü'ne göre zorunlu olan bu bilgilendirme yükümlülüğü sayesinde insanların farkında olmadan bir yapay zekâ sistemiyle etkileşimde bulunması ve yanıltıcı durumlarla karşı karşıya kalması önlenmiş olacaktır. Örneğin, ilgili Bakanlık vereceği sübvansiyonlar için çevrimiçi bir başvuru süreci oluşturmuş ve bu süreçte başvuruda bulunanlara yardımcı olmak amacıyla bir bilgisayar programı (Chatbot) uygulamaktadır. Bu program, Yapay Zekâ ve Doğal Dil İşleme (NLP) teknolojisini kullanarak, başvuru sahiplerinin sorularına yanıt verebilmekte ve onlara kendiliğinden daha fazla bilgi sağlayabilmektedir. Bu örnekte, ilgili Bakanlık tarafından uygulanan ve yapay zekâ tabanlı olan program insanlarla etkileşim için tasarlanmışsa, YZ Tüzüğü'nün 50. maddesi uyarınca kullanıcılara bir yapay zekâ sistemiyle karşı karşıya oldukları bildirilmelidir. Ancak bilgisayar programı önceden belirlenmiş soru-cevap seçenekleri üzerinden çalışıyorsa, yani program yapay zekâ gibi dinamik bir şekilde öğrenme ve karar verme yeteneğine sahip değilse, bu sistem Tüzük kapsamında bir yapay zekâ sistemi olarak nitelendirilemez. Bu durumda YZ Tüzüğü'nün 50. maddesinde öngörülen şeffaflık yükümlülüğünün yerine getirilmesi aranmaz.

- Bir duygu tanıma sisteminin ya da biyometrik sınıflandırma sisteminin kullanıcıları için bu sistemlerin çalışması hakkında bilgi verilmelidir⁷⁹. Söz konusu yükümlülük, bu tür sistemlerin gizlice uygulanmasının engellenmesi ve kullanıcıların mahremiyetinin korunması bakımından önemlidir.
- “Deepfake” teknolojileri kullanıldığında, ilgililere bu teknolojilerin kullanıldığı açıklanmalıdır⁸⁰. YZ Tüzüğü'nün 3/(60). maddesine göre, *deepfake*, insanların yüz ifadeleri, hareketleri ve seslerini gerçeğe uygun olacak şekilde taklit etmek ya da değiştirmek için yapay zekâ teknikleri

⁷⁸ Honer ve Schöbel, “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz,” 652; Bozkurt Yüksel, “Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış,” 37.

⁷⁹ Birtane, “Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ,” 247; Bozkurt Yüksel, “Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış,” 38; Honer ve Schöbel, “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz,” 652.

⁸⁰ Honer ve Schöbel, “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz,” 652; Birtane, “Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ,” 247; Bozkurt Yüksel, “Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış,” 39.

aracılığıyla fotoğrafların, videoların ya da seslerin kullanılmasıdır⁸¹. *Deepfake* içerikler, bir kişinin hiç yapmadığı bir şeyi yapıyormuş ya da hiç söylemediği bir şeyi söylüyormuş gibi gösterilmesine olanak tanır. Bu içerikler genellikle sahte olduğu anlaşılacak kadar gerçekçi olabilir.

Yapay Zekâ Tüzüğü'nde deepfake kullanımında açıklama yükümlülüğü getirilerek, bu tür gerçek olmayan bir içerik kullanıldığında, insanlara bunun yapay zekâ teknolojisiyle üretilmiş ya da değiştirilmiş bir içerik olduğu konusunda bilgi verilmesi sağlanacaktır. Deepfake, sahte video ve sesler oluşturarak manipülasyon yapma, finansal zarar oluşturma, siber zorbalık, dolandırıcılık gibi tehlikelere neden olabilir. Bu şeffaflık yükümlülüğü, insanları yanıltıcı içeriğe karşı korumak ve deepfake teknolojisinin kötüye kullanımını önlemek amacıyla getirilmiştir.

D. Minimal Risk Taşıyan Yapay Zekâ Sistemleri

Yukarıda açıklanan kategorilere girmeyen yapay zekâ sistemleri, YZ Tüzüğü kapsamında düzenlemeye tabi değildir. Komisyon, örneğin, online alışveriş sitelerinde kullanılan ürün öneri sistemlerini ya da elektronik posta platformlarında kullanılan spam filtreleme sistemlerini minimal risk taşıyan yapay zekâ sistemleri olarak kabul etmektedir. YZ Tüzüğü bu sistemler için, yalnızca gönüllü olarak uygulanabilecek davranış kuralları oluşturulmasını öngörmektedir⁸². Tüzüğün 95. maddesinde bu kuralların oluşturulmasında çerçeve koşullara yer verilmiştir. Bu sistemlerin kullanıcılar açısından büyük bir tehlike yaratmayacağı değerlendirilerek zorunlu bir denetim ya da düzenlemeye ihtiyaç duyulmamıştır.

E. Genel Amaçlı Yapay Zekâ Modelleri

Komisyon'un orijinal taslağında yer almayan genel amaçlı yapay zekâ modellerine ilişkin düzenlemeler sonradan Tüzüğe eklenmiş ve bu sayede genel amaçlı yapay zekâ modellerinin, YZ Tüzüğü'nün kapsamı dışında

⁸¹ <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/015794c4-061b-4560-a0b2-e372ee536642.pdf>. Erişim tarihi: 18.09.2024; Nurullah Enes Süheyl Belada, "Deepfake Dezenformasyonu," *Bilişim Hukuku Dergisi*, 6 (1) (2024): 323-324; Demir, *Yapay Zekâ İmalatçısının Ürün Sorumluluğu*, 54; Bozkurt Yüksel, "Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış," 39.

⁸² Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 652; Demir, *Yapay Zekâ İmalatçısının Ürün Sorumluluğu*, 54; Gayretli Aydın, *Yapay Zekânın Ürün Sorumluluğu*, 61.

kalmaması sağlanmıştır. Esas itibariyle Tüzüğün amacı, ChatGPT gibi büyük dil modellerinin denetimden kaçmasını engellemektir⁸³.

Yapay Zekâ Tüzüğü'nün 3/(63). maddesine göre, genel amaçlı yapay zekâ modelleri, belirli bir uygulamaya özgü olmaksızın, geniş bir kapsamda farklı görevleri yerine getirebilecek şekilde tasarlanmıştır. Örneğin, görüntü tanıma, dil işleme, veri analizi gibi çok farklı görevleri yetkin bir şekilde yerine getirebilir. Bu sistemler, çeşitli yazılım ya da altyapı sistemlerine entegre edilebilirler⁸⁴.

Genel amaçlı yapay zekâ modelleri sunan sağlayıcıların belirli bir bilgilendirme ve dokümantasyon yükümlülükleri bulunmaktadır (YZ Tüzüğü, m. 53/1). Bu yükümlülükler, sağlayıcıların geliştirdikleri yapay zekâ modeli hakkında gerekli teknik bilgileri ve olası riskleri şeffaf bir şekilde açıklamalarını gerektirir.

Ayrıca Tüzüğün 51/1. maddesi anlamında sistemik risk taşıyan genel amaçlı yapay zekâ modellerinin sağlayıcıları için genişletilmiş yükümlülükler geçerli olmaktadır (YZ Tüzüğü, m. 55). Tüzüğün 51/1. maddesi anlamında sistemik risk, sistemin güvenlik, sağlık, temel haklar ve kamu düzeni gibi önemli alanlarda ciddi etkiler yaratma potansiyeline sahip olmasını ifade eder. Bu tür yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için ek güvenlik tedbirleri ve denetim yükümlülükleri gündeme gelir.

VI. DENETİM VE YAPTIRIMLAR

Yapay Zekâ Tüzüğü'nün 99 ve devamı maddelerinde, Tüzüğün getirdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla para cezası ve diğer yaptırımlar öngörülmektedir. Bu cezaları uygulamak için esas sorumluluk, üye devletlere verilmiştir. Buna göre, her üye devlet kendi yetkili makamları aracılığıyla bu düzenlemeleri denetlemek ve yaptırım uygulamakla görevlidir⁸⁵.

Tüzükte öngörülen para cezalarının miktarı ihlal edilen yükümlülüğe göre değişiklik göstermektedir. Buna göre:

⁸³ David Bomhard ve Jonas Siglmüller, "AI Act – das Trilogergebnis," *RDÍ*, Heft 2 (2024): 49.

⁸⁴ Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 652.

⁸⁵ Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 653; Bozkurt Yüksel, "Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış," 41.

- Yasaklanmış yapay zekâ uygulamalarıyla ilgili ihlallerde: 35 milyon Avro ya da firmanın yıllık küresel gelirinin % 7'sine kadar.

- Diğer yükümlülüklerin ihlalinde (madde 99/IV'te belirtilen); 15 milyon Avro ya da firmanın yıllık küresel gelirinin % 3'üne kadar.

- Yanıltıcı bilgi sağlanması halinde: 7,5 milyon Avro ya da firmanın yıllık küresel gelirinin % 1'ine kadar.

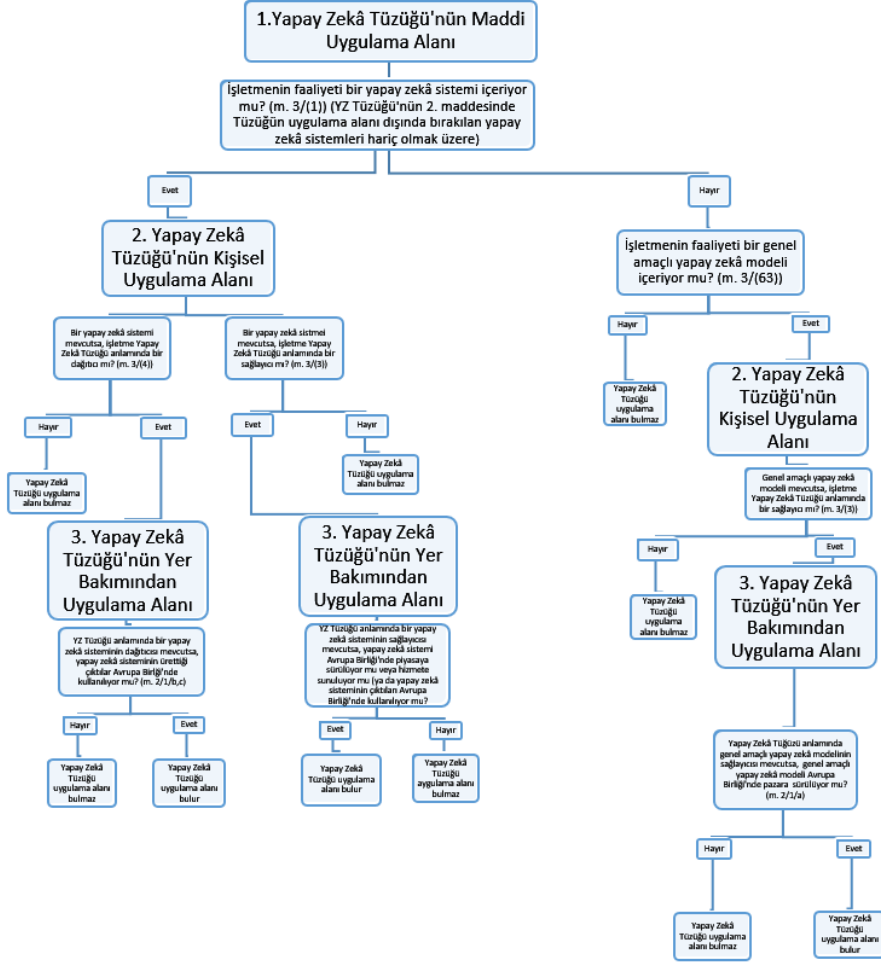
- Genel amaçlı yapay zekâ modelleriyle ilgili ihlallerde: 15 milyon Avro ya da firmanın yıllık küresel gelirinin % 3'üne kadar.

Yapay zekâ sistemlerinin piyasa gözetimi, risk düzeyine göre yapılmaktadır. Gerçek ve tüzel kişiler, ihlal durumunda şikayette bulunma hakkına sahiptir⁸⁶.

VII. AVRUPA BİRLİĞİ DIŞINDAKİ İŞLETMELER İÇİN YAPAY ZEKÂ TÜZÜĞÜ'NÜN UYGULAMA ALANINA İLİŞKİN KONTROL LİSTESİ

Aşağıda, Avrupa Birliği dışındaki bir ülkede ve bu bağlamda Türkiye'de yerleşik bir işletmenin YZ Tüzüğü kapsamında olup olmadığını kontrol etmeye yardımcı olmak üzere bir akış şeması hazırlanmıştır.

⁸⁶ Honer ve Schöbel, "Das Gesetz über Künstliche Intelligenz," 653.



SONUÇ

Avrupa Birliği, YZ Tüzüğüyle, güvenilir yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesine yönelik kurallar koymayı hedeflemektedir. Tüzükte farklı risk gruplarına göre derecelendirilen yükümlülükler, yapay zekâ uygulamalarının çeşitli risk potansiyellerini dikkate alan farklılaştırılmış bir yapay zekâ yaklaşımını mümkün kılmaktadır. Bu düzenleme hem yapay zekâyı daha güvenli bir şekilde kullanmayı teşvik etmekte hem de risklere göre farklı yaklaşımlar benimsemektedir.

Yapay Zekâ Tüzüğü'nün risk temelli yaklaşımına göre, öncelikle yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesine yönelik kurallar öngörülmüştür. Yapay zekâ sistemlerinin çok çeşitli kullanım alanları ve yapay zekânın kullanımına dair halihazırda mevcut olan çeşitli yasal düzenlemeler göz önüne alındığında bu yaklaşım yerindedir.

Yapay Zekâ Tüzüğü, sadece AB'de uygulanmakla kalmayıp sınır ötesi etkisi nedeniyle aynı zamanda Türkiye gibi AB dışındaki ülkelerde de geçerli olabilir. Bu nedenle Türkiye'deki şirketlerin YZ Tüzüğü'nün kapsamına girip girmediklerini kontrol etmeleri ve Tüzüğün getirdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla öngörülen yaptırımlardan kaçınmak için söz konusu yükümlülükleri yerine getirmeleri gerekmektedir. Bu bağlamda yalnızca uygulama kapsamını tespit edebilmek bile Tüzük hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olmayı gerektirir ki bu da birçok şirket için kolay olmayacaktır.

Yapay Zekâ Tüzüğü'nün öngördüğü kurallar, yapay zekâ sistemlerinin kullanıldığı tüm alanlarda geçerli olacaktır. Bir yapay zekâ sistemi için geçerli olan yükümlülüklerin belirlenmesi gerektiğinde, öncelikle YZ Tüzüğü'nün uygulanabilir olup olmadığı ve ilgili yapay zekâ sisteminin hangi risk kategorisine girdiği incelenmelidir.

KAYNAKÇA

- Akipek Öcal, Şebnem. “Yapay Zekâ ve Hukuki Niteliği.” içinde *Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ*, Ed. Erdem Büyüksağış, 7-28. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Akkurt, Sinan Sami. “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7(13) (2019): 39-59.
- Aksu, Mustafa. “Yapay Zekâ ve Hukuk -Teknik ve Hukuki Altyapı ve Çerçeve-.” içinde *Yapay Zekâ ve Hukuk*, Ed. Mustafa Aksu, 1-305. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024.

- Apel, Simon ve Chistopher Huber. “Das neue Datenrecht der EU – Eine Übersicht.” *JuS*, Heft 5 (2024): 410-414.
- Becker, Daniel ve Daniel Feuerstack. “Der neue Entwurf des EU-Parlaments für eine KI-Verordnung, Analyse der wesentlichen Neuerungen gegenüber dem Entwurf der EU-Kommission.” *MMR*, Heft 1 (2024): 22-26.
- Belada, Nurullah Enes Süheyl. “Deepfake Dezenformasyonu.” *Bilişim Hukuku Dergisi*, 6 (1) (2024): 321-358.
- Birtane, Şermin. “Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 15 (59) (2024): 233-272.
- Bomhard, David ve Jonas Siglmüller. “AI Act – das Trilogergebnis.” *RDİ*, Heft 2 (2024): 45-55.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru .“Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 13 (51) (2022): 19-46.
- Büyüksağış, Erdem, Elif Ceren Türkoğlu ve Onur Alptekin. “Yapay Zekâ İşletenin Hukuki Sorumluluğu,” içinde *Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ*, Ed. Erdem Büyüksağış, 57-109. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Çekin, Mesut Serdar. *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Demir, Remzi. *Yapay Zekâ İmalatçısının Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınları, 2023.
- Denga, Michael. “Konformitätsbewertung von KI-Systemen.” *ZfPC*, Heft 4 (2023): 154-159.
- Doğan, Erdem. *Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Dülger, Murat Volkan. “Yapay Zekâlı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?.” *Terazi Hukuk Dergisi*, 13(142) (2018): 82-87.
- Gayretli Aydın, Seda. *Yapay Zekânın Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınları, 2023.
- Geminn, Christian. “Die Regulierung Künstlicher Intelligenz Anmerkungen zum Entwurf eines Artificial Intelligence Act.” *ZD*, Heft 7 (2021): 354-359.
- Güçlütürk, Osman Gazi ve Yasin Murat Kadioğlu. “Yapay Zekâ ve Regülasyon,” içinde *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ*, Ed. E. Eylem Aksoy

- Retornaz, Osman Gazi Güçlütürk, 75-118. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Hacker, Philipp ve Amelie Berz. “Der AI Act der Europäischen Union – Überblick, Kritik und Ausblick.” *ZRP*, Heft 8 (2023): 226-229.
- Haratsch, Andreas, Christian Koenig ve Matthias Pechstein. *Europarecht*. 13. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.
- Honer, Mathias ve Philipp Schöbel. “Das Gesetz über Künstliche Intelligenz im System der europäischen Digitalregulierung – Ein Überblick.” *JuS*, Heft 7 (2024): 648-653.
- Kasper, Gabriel. “Extraterritorialer Geltungsbereich der EU-Digitalstrategie.” *Jusletter* (23. September 2024). Weblaw.
- Kaynak Balta, Büşra. “Yapay Zekâ Ürünlerinin Hukuki Niteliği ve Fikri Eser Kavramı.” *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (3) (2020): 205-230.
- Krönke, Christoph. “Das europäische KI-Gesetz: Eine Verordnung mit Licht und Schatten.” *NVwZ*, Heft 8 (2024): 529-534.
- Malorny, Friederike. “Auswahlentscheidungen durch künstlich intelligente Systeme Datenschutzrechtliche Grenzen im Arbeitsrecht.” *JuS*, Heft 4 (2022): 290-296.
- Rosenthal, David. “Der EU AI Act, Verordnung über künstliche Intelligenz.” *Jusletter* (5. August 2024). Weblaw.
- Reiners, Wulf. “Die Digitalisierungsstrategie der Europäischen Union – Meilensteine und Handlungsfelder zwischen digitaler Souveränität und grüner Transformation,” *integration*, 44(4) 2021: 266-286.
- Seyhan, Serkan. *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE İSTİSNALARI: ÖZELLİKLE SOSYAL MEDYA PLATFORMLARININ SÖZLEŞME YAPMA VE YÜRÜTME ZORUNLULUĞU

*Freedom of Contract and Its Exceptions: Especially the
Obligation of Social Media Platforms to Make and
Enforce Contracts*

Semih YÜNLÜ*

ÖZET

Borçlar hukukunun temel ilkelerinden birisi irade serbestisidir. Bu ilke sözleşmeler hukukunda özellikle sözleşme yapma özgürlüğü şeklinde görünüm kazanır. Buna göre taraflar, sözleşme yapıp yapmamak, sözleşmenin tarafına karar vermek, şeklini seçmek, tipini belirlemek, içeriğini düzenlemek ve hatta sona erdirmek noktasında serbesttirler. Elbette bu kuralın da istisnaları mevcuttur.

Sözleşme özgürlüğünün temel istisnası ise sözleşme yapma zorunluluğudur. Bu zorunluluk altında olan kişi haklı bir gerekçe olmadıkça kendisine yapılan sözleşme teklifini reddedemez, sözleşmenin tarafını seçemez. Bu zorunluluk açık bir genel hükümle değil, bazı özel hükümlerle düzenlenmiştir. Ayrıca özel hüküm olmayan durumlarda da genel hükümler yardımıyla somut olayda sözleşme yapma zorunluluğu olduğu tespit edilebilmektedir. Kamu hizmeti, genele açık şekilde mal veya hizmet sunulması, tekel nitelikli işletmenin bulunması, dürüstlük kuralına aykırılık gibi sair haller böyledir.

Küresel ölçekte güç ve yaygınlık kazanmış, onsuz olmaz hale gelmiş sosyal medya platformları incelendiğinde, bu platformların da çeşitli açılardan

Makalenin Geliş Tarihi: 27.08.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 09.11.2024.

* Doç. Dr., Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: syunlu@nku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2191-1482.

sözleşme kurma yükümlülüğü altında oldukları görülür. Çalışmamızda özellikle bu platformların sözleşme kurma ve yürütme zorunluluğu üzerinde durulmaktadır.

Anahtar kelimeler: Sosyal Medya, Sözleşme Yapma Zorunluluğu, Sözleşme Özgürlüğü, İrade Serbestisi, Sözleşme Hukuku.

ABSTRACT

One of the basic principles of the obligations law is party autonomy. This autonomy is evident in contract law, particularly as the freedom of contract. Accordingly, parties are free to make a contract, to regulate its form, to choose its type and the party, to decide on its subject matter and even to terminate it. However, there are exceptions to this rule.

A significant exception to freedom of contract is the obligation to contract. A party under this obligation cannot refuse a contract offer or choose the contracting party unless there is a valid justification. This obligation is regulated not by an explicit general provision, but by some special provisions. Moreover, situations as the existence of a public service or a monopoly business, the sale of goods or services openly to the public, and violations of the principle of good faith are examples of obligation to contract cases.

It can be concluded that social media platforms, which have gained great power and prevalence on a global scale and have become indispensable, are also under an obligation to make and fulfill contracts in various respects. This study examines the obligation of these platforms to make and enforce contracts.

Keywords: Social Media, Obligation to Contract, Freedom of Contract, Party Autonomy, Contract Law.

I. MESELENİN ÖZÜ

Hukuk sistemimiz kişiler arasındaki bilhassa özel hukuk kapsamı ilişkilerde kuralların taraf iradeleriyle belirlenebileceği bir serbestiye sahiptir. Elbette bu serbestinin sınırlandığı veya tamamen tersine çevrildiği pek çok durum da vardır. Kısacası kişiler hukuki ilişkilerinde kural olarak serbest, istisnai olarak bağlıdır, sınırlıdır.

Söz konusu bu serbesti sözleşmenin kurulmasından sona erdirilmesine kadar birçok noktada taraflara özgürce hareket etme imkanı sunar. Buna göre

taraflar (aksine bir düzenleme olmadıkça) bir sözleşme yapıp yapmamaya, sözleşmeyi kiminle yapacaklarına, sözleşmenin içeriğine, şekline, tipine, süresine, sona erme hallerine ve sair hususlara karar verirken serbestçe hareket edebilirler.

Öte yandan, çok çeşitli gerekçe ve gereklilikler vesilesiyle bu serbestinin sınırlanması veya geçersiz olması durumu da söz konusu olabilir. Bu bağlamdaki sınır ve zorunluluklar kamu hukukundan özel hukuka, taraf iradelerinden kanun hükümlerine kadar çeşitli hukuki kaynaklarda kendisine yer bulur. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğü özel hukukun temel ilke ve konularından olduğu gibi sözleşme kurma/yapma ve yürütme mecburiyeti/zorunluluğu ise kamu ve özel hukukta çok çeşitli görünüm kazanır. Çalışmamızın özel inceleme konusu olan husus ise sözleşme kurma ve yürütme mecburiyetinin sosyal medya platformları ile sosyal medya kullanıcıları arasındaki görünümünün ele alınmasıdır.

Çalışmada yer alan meselenin seçiminin dayandığı arka planı şu şekilde izah etmek gerekir. Günümüzde hemen herkesin kullanıcısı olduğu en az bir sosyal medya platformu bulunmaktadır. *Facebook*¹, *Instagram*², *X(Twitter)*³, *Youtube*⁴, *WhatsApp*⁵ gibi mecralar yüzbinlerce sosyal medya platformundan sadece birkaçıdır. Bu platformlar dünyanın her bir tarafında yoğun bir şekilde kullanılmakta ve insanlar haber vermek, haber almak, iletişim kurmak, alışveriş yapmak, hukuki işlemler gerçekleştirmek için bu platformların sunduğu hizmetleri ücretli veya ücretsiz şekilde kullanmaktadır. Her biri iktisat, iş gücü, siyaset, teknoloji gibi alanlarda küresel ölçekte birer dev haline gelmiş firmalara ait sosyal medya platformları günlük hayatın vazgeçilmez bir parçası olmuştur⁶.

Hal böyle olunca, bu platformların kullanılması kişiler ve kurumlar için birer lüks veya eğlence aracı olmaktan çıkıp kimi zaman maddi ve çoğu zaman manevi bir iç zaruret halini almıştır. Özellikle olay ve haberlerin takibi ile

¹ Facebook, erişim Ağustos 1, 2024, <https://www.facebook.com>.

² Instagram, erişim Ağustos 1, 2024, <https://www.instagram.com>.

³ X (Twitter), erişim Ağustos 1, 2024, <https://x.com>.

⁴ Youtube, erişim Ağustos 1, 2024, <https://www.youtube.com>.

⁵ Whatsapp, erişim Ağustos 1, 2024, <https://www.whatsapp.com>.

⁶ Çoğu kişi tarafından sıklıkla kullanılan online/çevrimiçi bilgisayar oyunlarını üreten firmaların ve bu firmalarla elektronik sözleşmeler vasıtasıyla kurulan ilişkinin de çalışmamızdaki değerlendirmelere dahil olabileceğini eklemeliyiz.

kişiler arası iletişimin sağlanması noktasında sosyal medya platformlarının her geçen gün daha vazgeçilmez olma yolunda ilerlediğini görmekteyiz.

Bu durum karşısında bahsi geçen sosyal medya platformlarının piyasadaki hakim konumunu ve kimi zaman da tekel imkanlarını kullanarak sözleşme özgürlüğü ilkesi ve kendi belirlediği topluluk (kullanım) kuralları yardımıyla tek taraflı düzenlemeler yapması sıklıkla tepkiler çekmektedir. Örneğin bir sosyal medya platformu, kullanıcılarından bir kısmını önceden veya sonradan kendi belirlediği topluluk kurallarını işaret ederek uygulamadan çıkarabilmekte; geçici veya sürekli olarak engelleyebilmektedir. Engellenen bu kişi kimi zaman herhangi bir gerçek veya tüzel kişiyken kimi zamansa kamuya mal olmuş bir sanatçı ve hatta bir devlet başkanıdır. Keza platform içindeki bazı *içerik üretici* (hukuki olarak *içerik sağlayıcı*)⁷ olarak adlandırılan kullanıcılar da herhangi bir gerekçe göstermeksizin bir kimseyi kendisinden haber almaktan engelleyebilmektedir.

Sözleşme yapma zorunluluğunun sosyal medya platformları gibi dijital mecralar bağlamında ele alınması özel bir önem de taşımaktadır. Zira artık satış sözleşmesinden her türlü abonelik⁸ sözleşmelerine kadar çoğu hukuki ilişki geleneksel yüz yüze yöntemler yerine dijital/elektronik ortamlarda kurulabilmektedir⁹. Hatta geçmişte sözleşme kurma zorunluluğu bahsinde sık sık verilen örneklerdeki ilişkiler dahi dijital ortama kaymıştır. Örneğin geçmişte bir kimsenin tiyatroya alınmaması olayı sıklıkla ele alınırken¹⁰; şu anda sinema ve tiyatrolar dijital platformlar yardımıyla evlerimize, bilgisayar, tablet ve telefonlarımıza taşınmıştır. Bir lokantanın yemek vermemesine ilişkin klasikleşmiş bir örnek de günümüzde faaliyet gösteren dijital yemek

⁷ Bkz. İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun md. 2/1/f: “İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler...”.

⁸ Elektrik, su, doğalgaz, mobil hat ve internet abonelikleri gibi kamu veya özel sektörle kurulacak ilişkilerde ve hatta bu ilişkilerin sona erdirilmesinde internet üzerinden iletişim kurulabilmektedir.

⁹ İnc. Semih Yünlü, “Yeni Bir Anayasa Düşüncesi Bağlamında İnternet Erişiminin Önemi Üzerine Özel Hukuk Perspektifinden Fonksiyonel Ve Sosyal Bir Değerlendirme,” içinde *Genç Hukukçular Sempozyumu 2021 Tam Metin Kitabı Cilt 1*, ed. Ümit Süleyman Üstün, Alper Uyumaz ve Tamer Bozkurt (On İki Levha, 2022), 167 vd.

¹⁰ Bkz. Hasan Ayrancı, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu,” *AÜHFD* 52, S. 3 (Ağustos 2003): 247.

platformlarına uyarlanabilir. Dolayısıyla hemen her hukuki ilişkinin internet üzerindeki dijital ele alınışı ayrı bir önem kazanmıştır.

Kısaca özetlenen bu sebeplerle, çalışmamızda sosyal medya platformları ile özellikle gerçek kişi kullanıcılar arasındaki ilişkilerde sözleşme kurma ve yürütme yükümlülüğü ile diğer ilgili hususlara değinilecek; bu kapsamda öncelikle sözleşme özgürlüğü ilkesi, ardından sözleşme kurma zorunluluğu ve son olarak bu ve bağlantılı ilkelerin somut meseleye etkisi üzerinde durulacaktır.

II. SÖZLEŞME İLİŞKİLERİNİN TEMELİNDEKİ ÖZGÜRLÜK

A. Genel Olarak

Gerek özel hukukun gerekse borçlar hukukunun ve bilhassa hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik irade beyanları olan hukuki işlemlerin temelinde *irade özerkliği (Privatautonomie¹¹)* bulunur¹². Dolayısıyla kişilerin almak, vermek, bir borç meydana getirmek, talepte bulunmak, vazgeçmek, bağlanmak, caymak, yeni bir hukuki durum tesis etmek, değiştirmek veya sona erdirmek gibi iş ve işlemleri özgür iradelerine dayanır.

Daha özel ve paralel olaraksa özel hukuk (ve bilhassa borçlar hukuku) ilişkilerinde *akit serbestisi¹³ - sözleşme özgürlüğü (Vertragsfreiheit¹⁴)* ilkesi hakimdir¹⁵. Bu ilke, bir bütün halinde sözleşmelerin hukuk alemindeki varlık

¹¹ Çiçek Ersoy Artunç, “Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht,” *Annales De La Faculté De Droit d’Istanbul* 40, S. 57 (Aralık 2011): 295.

¹² Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt – Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (Filiz, 2017), 503; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin, 2020), 17, 336; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (Vedat, 2022), 24; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Adalet, 2020), 32.

¹³ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 32.

¹⁴ Artunç, “Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie,” 295, 302; Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Vedat, 2017), 60.

¹⁵ Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha, 2020), 183; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17, 339; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I (m. 1-48)* (Yetkin, 2023), 24, 234; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 29, 60; Barbara Meise ve Claire Huguenin, “Art. 19-20,” içinde *Obligationenrecht I (Art. 1-529), Basler Kommentar*, ed. Corinne

ve görünüşünü taraf iradelerinin serbestliğine bırakır. TBK md. 26¹⁶ ve hatta Anayasa md. 48'de¹⁷ de kendisine yer bulan sözleşme özgürlüğü sayesinde kişiler, kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla serbestçe hareket edebilecektir¹⁸. O halde bu serbestinin tümüyle sınırsız bir keyfiyeti ortaya koymayacağını ve birçok sınırlayıcı kuraldan bahsedilebileceğini de peşinen ifade etmek gerekir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin tersi ise (*Kontrahierungszwang*¹⁹ veya *Abschlusszwang*²⁰) sözleşme yapma zorunluluğudur²¹. Çalışmamızda, sözleşme özgürlüğü ilkesine getirilen sınırlamalar içerisinde özellikle

Widmer Lüchinger ve David Oser (Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020): 204, 206; Andreas Furrer, Markus Müller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha, 2021), 13, 17; Detlef Leenen, *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre* (De Gruyter, 2015), 1 vd.; Ingeborg Schwenzer ve Cristiana Fountoulakis, "Art. 11," içinde *Obligationenrecht I (Art. 1-529), Basler Kommentar*, ed. Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser (Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020), 116; Hans Brox ve Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht* (C. H. Beck, 2024), 30 vd.; Dirk Looschelders, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (Verlag Franz Vahlen, 2021), 24 vd.; Karl-Heinz Below, *Bürgerliches Recht Schuldrecht, Allgemeiner Teil* (Springer Fachmedien, 1965), 19; Burkhard Boemke ve Bernhard Ulrici, *BGB Allgemeiner Teil* (Springer, 2014), 185.

¹⁶ "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler."

¹⁷ "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir..."

¹⁸ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 183; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan, 2020), 111; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 33; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 60; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 503; Derya Ateş, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları," *TBB*, S. 72 (2007): 75.

¹⁹ Wolfgang Kilian, "Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem," *ACP* 180, S. 1-2 (April 1980): 47 vd.; Georgios Gounalakis, "Gleichbehandlung im Privatrecht - das Ende der Vertragsfreiheit?," içinde *Gedächtnisschrift Für Manfred Wolf*, ed. Jens Dammann, Wolfgang Grunsky ve Thomas Pfeiffer (Verlag C.H. Beck, 2011), 625 vd.; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 193; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 61; Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu," 230; Artunç, "Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie," 305.

²⁰ Artunç, "Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie," 305; Susanne Sprafke, *Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang* (Kassel University Press, 2013), 16.

²¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 341; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 190.

sözleşme yapma ve yürütme zorunluluğuna değinilecektir. Öncesinde ise aşağıda, sözleşme özgürlüğü ilkesinin alt görünümleri genel hatlarıyla kısaca ele alınmaktadır.

B. Özel Görünümleri

1. Sözleşme Yapma Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğünün ilk akla gelen ve önemli alt görünümü (*Abschlussfreiheit*²² veya *Vertragsbegründungsfreiheit*²³) *sözleşme yapma özgürlüğüdür*²⁴. Buna göre kişiler, bir sözleşme yapıp yapmama noktasında serbesttirler²⁵. En basit haliyle bir kimse, diğer kişilerin ne kadar ihtiyacı veya talebi olursa olsun, sahip olduğu bir malı satmak, kiraya vermek, kullanırmak veya bir hizmeti sunmak zorunda değildir. Kurulması talep edilen hukuki ilişki gerek *isimli* (*Nominatverträge*²⁶) gerek *isimsiz sözleşme* (*Innominatverträge*²⁷) olsun bir sözleşme ilişkisinin kurulması ilgili kişinin ihtiyarındadır²⁸.

Öte yandan, bu genel kuralın aksini ortaya koyan pek çok özel kanun hükmüne veya genel hukuk kuralına rastlamak mümkündür. Bu gibi istisna teşkil eden durumlarda ise tarafların belirli koşullar altında sözleşme kurmak zorunda oldukları sonucuna varılır. Örneğin, 6502 sayılı *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*'a göre tüketiciye mal veya hizmet arz edenlerin

²² Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 111; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 61; Artunç, "Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie," 304.

²³ Artunç, "Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie," 303.

²⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18, 340; Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Vedat, 2021), 6; veya *sözleşme yapmama özgürlüğü*, Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 61; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 505.

²⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24.

²⁶ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 117.

²⁷ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 117; Claire Huguenin, *Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil* (Schulthess, 2019), 1239 vd.; Tina Huber-Purtschert, "Law Of Obligations," içinde *Introduction To Swiss Law Vol. 2*, ed. Daniel Hürlimann ve Marc Thommen (Carl Grossmann Verlag, 2018), 322.

²⁸ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 93; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 47.

bunların sunulmasından keyfi olarak kaçınması mümkün değildir²⁹. Sözleşme yapma mükellefiyeti yükleyen başka hüküm ve hukuk kuralları bulunabilir. Bu husus aşağıda yeri geldiğinde ayrıca incelenecektir.

Sözleşme yapma zorunluluğuna uyulmaması halinde ise buna aykırı davranan kimse duruma göre çeşitli yaptırımlarla karşı karşıya kalabilir. Sözleşme yapmaya zorlama, sözleşmenin hakim hükmüyle kurulması, sözleşme yapmama sebebiyle uğranılan maddi, manevi ve hatta normatif zararların tazmini, idari para cezaları³⁰ bu yaptırımlardan bazılarıdır. Hangi yaptırımların söz konusu olacağını somut olayda değerlendirmek gerekir.

2. Sözleşmenin Tarafını Seçme Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir diğer görünümü (*Partnerwahlfreiheit*³¹) sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğüdür³². Buna göre kişiler, kurmak istedikleri sözleşme ilişkilerinin karşı taraflarını serbestçe seçebilirler³³. Örneğin kişi, maliki olduğu şeyi kendi tercih ettiği herhangi bir kimseye

²⁹ Bkz. TKHK md. 6: “*Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz.*

Hizmet sağlamakdan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.

Ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenler; aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep yoksa; bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamaz.

Bakanlık ve belediyeler, bu madde hükümlerinin uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle görevlidir.”.

³⁰ Örn. bkz. TKHK md. 77/1-b: “*6 ncı maddesine aykırı olarak bir mal veya hizmetin satışından kaçınanlar hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için iki bin iki yüz Türk Lirasından az olmamak üzere satışından kaçınılan mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam satış fiyatının yüzde onu kadar, idari para cezası uygulanır.”; ayr. Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu kararları için bkz. Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu (TİHEK). “Kurul Kararları,” erişim Ağustos 17, 2024, <https://www.tih.gov.tr/kategori/pages/kararlar>.*

³¹ Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 61; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 116; Artunç, “*Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie*,” 310.

³² Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 505; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18, 356; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 116; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 37.

³³ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 37; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 356; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 8.

satabilir. Kendisine yöneltilen sözleşme kurma önerilerini eleyerek ret veya kabul edebilir.

Ancak bu özgürlüğün de çeşitli sınırları olabilir. Örneğin bir taksici, otobüs şoförü, kuaför, lokantacı, elektrik, su, doğalgaz dağıtım firması, banka veya sosyal medya platformu ilgili şartları taşıyan kişiler arasında haklı bir gerekçe olmaksızın ayırım yapamayacaktır³⁴. Kendisine öneride bulunan her bir kimse ile sözleşme yapmak zorundadır. Aksi durumda yine çeşitli yaptırımlarla karşı karşıya kalınabilecektir.

Elbette buradaki zorunluluğu tersine çevirerek tekrar taraf seçme özgürlüğü sınırlarına çeken çeşitli ihtimaller de söz konusu olabilir. Örneğin, öneren tarafın ödeme gücünden şüphe duyulması; restoran müşterisinin daha önceden sorun çıkaran davranışlarda bulunması; online bir bilgisayar oyununda hile yazılımları kullanan kişinin tekrar platforma dahil olmak istemesi; toplu taşıma aracına binerken uygunsuz bir kıyafet veya yük ile seyahat edilmek istenmesi gibi gerek objektif gerek makul derecede subjektif olan sebep ve ölçütler sebebiyle sözleşme tarafını seçememe durumu ortadan kalkacaktır. Diğer bir ifadeyle bu gibi örneklerde sözleşme tarafı seçilebilir.

3. Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü

Sözleşme yapma ve tarafını seçme özgürlüğünün devamı sözleşme içeriğini belirleme ve konusunu seçme özgürlüğü (*Inhaltsfreiheit*³⁵ ve *Gestaltungsfreiheit*³⁶) ile gelmektedir³⁷. İçerik özgürlüğü sayesinde taraflar, yapmak istedikleri sözleşmelerin içeriğini serbest şekilde tasarlayabilmektedir³⁸. Bu özgürlük birçok hususu bünyesinde barındırmakla birlikte taraflar, bilhassa hak ve borçlarını istedikleri gibi tesis edebilirler. Bu

³⁴ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 37.

³⁵ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 114.

³⁶ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 114; Artunç, “Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie,” 310.

³⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18, 357; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 114; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 37.

³⁸ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 194; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 37.

genel ilke *Türk Borçlar Kanunu* md. 26³⁹ hükmünde somut olarak da kendine yer bulur.

Tıpkı diğer özgürlüklerde olduğu gibi içerik özgürlüğünde de pek çok istisna veya sınırlama mevcuttur⁴⁰. Taraflar sözleşme içeriğini serbestçe belirlerken hukuk düzeninin yasak ve sınırlarını göz önüne almak durumundadır⁴¹. Bu yasak ve sınırları çizen temel esas ise TBK md. 27’de yer alır⁴². Maddeye göre, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka, kişilik hakkına aykırı unsurlar barındıran ya da konusu imkansız olan sözleşmeler kesin hükümsüzlükle geçersiz olacaktır⁴³. Geçersizliğe sebep olan hususların taraflardan biri, her ikisi veya üçüncü bir kimseye ya da bir şeye ilişkin olması mümkündür.

İçerik yasakları veya sınırlamalarına çok sayıda örnek vermek mümkündür. Örneğin kullanıcı ile sosyal medya platformu arasında yapılan sözleşmede yer alan hususlardan,

- kullanıcıların gördükleri zararlardan dolayı sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşma TBK md. 115⁴⁴,
- platformun yalnızca kendi yerleşim yerini yetkili kılmasına ilişkin yargı yeri tercihi HMK md. 17⁴⁵,

³⁹ “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”

⁴⁰ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 194 vd.; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Beta, 2021), 83; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 38.

⁴¹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 114.

⁴² “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 358; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 183; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 7.

⁴³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 358.

⁴⁴ “Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür...”

⁴⁵ “Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır.”

- kullanıcının tüm kamera ve mikrofonunun sürekli açık kalacağına ilişkin hükümler TMK md. 23⁴⁶,
- kullanıcının kişisel verilerinin sınırsızca işlenebileceğine ilişkin şartlar KVKK md. 4⁴⁷ vd.,
- kullanıcının hesabının istenilen zaman platformca tek taraflı olarak kapatılabileceği, istenen yaptırımların uygulanabileceği gibi maddeler genel olarak TKHK md. 5⁴⁸ ve TBK md. 20 vd.,
- ehliyetsiz kullanıcıların da ödeme yapmalarına ve borçlu olmalarına sebep olan kullanım şartları TMK md. 14⁴⁹ vd.,
- belirli hizmetlerin yalnızca belirli kişilere sunulabileceğine ilişkin ayrımcı hükümler TİHEKK md. 3⁵⁰,

kapsamında değerlendirilebilecek, geçersizlik ve sınırlamalar oluşabilecektir. Elbette sosyal medya ilişkilerine uyarlanmış ilk akla gelen birkaç hususu içeren bu örneklerin dışında çok fazla sayıda örnek verilebilir.

Son olarak, sosyal medya platformları ile kullanıcılar arasında yapılan *elektronik sözleşmeler*⁵¹, genel işlem koşulları içeren *katılmalı - iltihaki*

⁴⁶ “Kimse, hak ve fül ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz...”.

⁴⁷ “Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir.

Kişisel verilerin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur:

a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma.

b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma.

c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme.

ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma.

d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.”.

⁴⁸ “Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır...”.

⁴⁹ “Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fül ehliyeti yoktur.”.

⁵⁰ “...Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır...”.

⁵¹ Genel olarak inc. Zeynep İpek Yücer Aktürk, “Elektronik Sözleşmelerin Kurulması, Hüküm ve Sonuç Doğurması,” *AHBVÜHFD* 27, S. 4 (Ekim 2023): 5 vd.; Sinan Sami

(*Contrat d'adhésion*⁵²) sözleşmelerdir. Dolayısıyla, bu taraflar arasındaki ilişkilerde içeriğin tek taraflı olarak belirlenmesi söz konusudur. Bu sebeple TBK md. 20 ve devamı hükümlerde açıkça düzenlenmiş olan *genel işlem koşullarına*⁵³ (*allgemeine Geschäftsbedingungen*⁵⁴) ilişkin incelemenin de hemen her somut dava ve örnekte önemli olacağının altını çizmeliyiz⁵⁵. Ayrıca, genel işlem koşulları içeren katımlı sözleşmeler ile sözleşme yapma mecburiyeti ayrı kavramlar olmakla birlikte çoğu kez bir arada bulunmaları şartırtıcı değildir.

4. Sözleşmenin Tipini Belirleme Özgürlüğü

Bir diğer serbesti ise (*Typenfreiheit*⁵⁶) *tip özgürlüğüdür*⁵⁷. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü esasen sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü ile yakından ilgilidir⁵⁸. Zira taraflar sözleşmenin içeriğini düzenlerken bilhassa taraflar arasındaki hak ve borçları belirlemektedirler. Bu belirlemeler sözleşmenin hukuki niteliğine ve elbette tipine de tesir eder.

Kural olarak taraflar, kanunda düzenlenmiş bir sözleşmeyi seçerek kullanabilecekleri gibi kanun koyucunun öngörmediği veya ismen ayrıca

Akkurt, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu Ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri,” *AÜHFD* 60, S. 1 (Mart 2011): 26 vd.; Aziz Emir Bayram, “Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması,” *TBBD*, S. 119 (2015): 334 vd.; Sera Reyhani Yüksel, “Elektronik Sözleşmelerde Cayma Hakkı,” içinde *E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, ed. Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (Aristo, 2017), 129 vd.

⁵² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25, 26; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 63.

⁵³ Konuya ilişkin ayr. bkz. Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 63 vd.

⁵⁴ Alman hukukunda BGB § 305 vd. kapsamında ayr. bkz. Dirk Looschelders, “§ 305,” içinde *Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, ed. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald ve Georg Maier-Reimer (Otto Schmidt, 2023), 1151 vd.

⁵⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26.

⁵⁶ Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 62; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 117; Huguenin, *Obligationenrecht*, 4; Christian Armbrüster, “Vor § 145,” içinde *Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, ed. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald ve Georg Maier-Reimer (Otto Schmidt, 2023), 485; Moritz Brinkmann, “Vor §§ 145 ff,” *PWW Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, ed. Hanns Prütting, Gerhard Wegen ve Gerd Weinreich (Luchterhand Verlag, 2021), 199.

⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 505; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18, 357.

⁵⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 357.

düzenlemediği sözleşme ilişkileri de kurabilirler⁵⁹. Nitekim çalışma konumuz olan sosyal medya – kullanıcı ilişkilerini düzenleyen sözleşmeler çoğunlukla lisans sözleşmesi gibi kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme başta olmak üzere, hizmet, kira, satış vb. sözleşme türlerine ait unsurları bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla bu noktada tarafların tip serbestisinden faydalanarak *kendine özgü (sui generis)*⁶⁰ bir sözleşme yapabildiklerini görmekteyiz⁶¹.

Sözleşmeler hukuku alanında ilişki türleri sınırlı sayıda (*numerus clausus*) değildir⁶². O sebeple bu ilke net bir şekilde kendine yer bulur. Tam aksine başka alanlardaki sözleşmelerde ilişki türleri sınırlı olabilir ve tip özgürlüğünden bahsedilemez. Örneğin aile hukuku, miras hukuku gibi alanlarda kurulacak sözleşmesel ilişkiler kanun koyucu tarafından önceden belirlenmiş tiplerde olabilir. Bu gibi durumlarda ise *tip zorunluluğu (Typenzwang)* mevcuttur.

5. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü

Tarafların irade serbestisini pekiştiren bir diğer esas (*Formfreiheit*)⁶³ *şekil özgürlüğüdür*⁶⁴. Buna ilişkin TBK md. 12/1 hüküme göre kanunda aksi öngörülmedikçe sözleşmelerin geçerliliği hiçbir şekle bağlı değildir⁶⁵. Taraflar yapmak istedikleri sözleşmeleri herhangi bir şekilde somutlaştırabileceklerdir⁶⁶. O halde taraf iradeleri veya kanun tarafından aksi mecbur kılınmadıkça sözleşmenin (bir kağıt ya da elektronik ortamda) yazılı

⁵⁹ Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 62; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 117; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 358.

⁶⁰ Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 81; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 48.

⁶¹ Oğuzman ve Öz, 48; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 529.

⁶² Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 527 vd.; Huguenin, *Obligationenrecht*, 4.

⁶³ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 117.

⁶⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 38.

⁶⁵ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 38.

⁶⁶ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 194; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 38; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 9; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz Kitabevi, 1993), 99; Hans Brox ve Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeiner Teil Des BGB* (Verlag Franz Vahlen, 2021), 146.

veya (noterde) resmi şekilde yapılabilmesi mümkün olduğu gibi herhangi bir şekle bağlı olmadan sözlü ya da sözsüz şekilde de kurulabilir⁶⁷.

Söz konusu özgürlüğün aksi ise (*Formzwang*⁶⁸) *şekil zorunluluğu* olarak karşımıza çıkar. Bu zorunluluk taraf iradelerinden veya çoğunlukla kanundan kaynaklanabilir. Ayrıca 12. maddenin 2. fıkrasında düzenlendiği üzere kanunda yer alan şekilden anlaşılması gereken kural olarak geçerlilik şekli olup; bu şekle uyulmadan kurulan sözleşmeler hükümsüzdür⁶⁹.

Netice olarak sosyal medya platformları ile kullanıcılar arasında yapılan sözleşmelerin hem işin niteliği hem de taraf iradeleri gereğince elektronik ortamda yazılı olarak yapıldığını belirtebiliriz.

6. Sözleşmenin Yürürlüğünü Belirleme Özgürlüğü

Sözleşme yapma ve içeriğini belirleme özgürlükleri kural olarak sözleşmenin devamına da etki eder. Bu şekilde taraflar sözleşmenin süresine veya ne zaman sona ereceğine de serbestçe karar verebilirler. Tip ve içeriği belirlenen sözleşme ilişkisinin belirlenen süre sonunda sona ermesi veya başkaca sona erme sebepleri oluşturulması mümkündür.

Keza taraflar özgür iradeleri yardımıyla sözleşmeyi önceden belirlenenden daha uzun bir süreye uzatabilir veya süreyi kısaltabilirler⁷⁰. Bu hak ve yetki (*Änderungsfreiheit*⁷¹ veya *Abänderungsfreiheit*) *sözleşmede değişiklik yapabilme özgürlüğünden* kaynaklanır⁷².

Öte yandan bazı hallerde tarafların bu belirleme, yürütme, süre gibi noktalardaki özgürlükleri kanun koyucu tarafından sınırlandırılmış veya engellenmiş de olabilir. Örneğin (konut ve çatılı işyeri) kira sözleşmelerinde kiracının konutu 2 yıl kullandıktan sonra tahliye edeceğine ilişkin anlaşmanın (geçerli bir tahliye taahhüdü olması durumu hariç) geçerliliği bulunmaz. Zira kira sözleşmelerinde sona erme halleri kanun koyucu tarafından sınırlı ve net

⁶⁷ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 9.

⁶⁸ Artunç, "Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie," 311.

⁶⁹ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 38.

⁷⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 357.

⁷¹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 118.

⁷² Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 505; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 357; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 118; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 38; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 10.

şekilde düzenlenmiş olup; verilen örnekte başkaca bir sebep yoksa kira sözleşmesi ilgili süre sonunda yenilenecektir⁷³.

Bunun gibi durumlar haricinde tarafların sözleşmenin süresini istedikleri gibi belirleyebilme, sözleşmeye müdahale edebilme ve yürürlüğünü tayin edebilme özgürlükleri olduğu söylenebilir. Ancak şu hususa dikkat edilmelidir ki, kişilik hakkını koruyucu hükümler ve özellikle genel işlem koşulları ile tüketici aleyhine haksız şartlara dair hükümler bu müdahaleleri sınırlandırabilir. Bunun için somut olayı ve sosyal medya platformu tarafından sunulan somut sözleşme hükümlerini ayrıca incelemeliyiz.

7. Sözleşmeyi Sona Erdirme Özgürlüğü

Kural olarak sözleşmeler içerdiği yükümlülüklerle birlikte tümüyle nasıl akdedilmişse aynen ifa edilmelidir. Bu durum *ahde vefa – söze/sözleşmeye bağlılık (pacta sunt servanda)*⁷⁴ ilkesinin bir sonucudur da. Ancak kural olarak, taraf iradeleri karşısında bu ilkenin etkisi kalmaz. Nihayet sözleşme özgürlüğünün son görünümü ise (*Vertragsauflösungsfreiheit*⁷⁵ – *Beendigungsfreiheit* – *Aufhebungsfreiheit*⁷⁶) *sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğüdür*⁷⁷.

Esasen bu özgürlük bir önceki başlıkta kısaca zikredilen sözleşmenin yürürlüğünü belirleme özgürlüğü ile bağlantılıdır. Bu özgürlüğe göre, taraflar

⁷³ Örnek olarak bkz. TBK md. 347: “Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir.

Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildiriyle sözleşmeyi sona erdirebilirler.

Genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılabilceği durumlarda, kiraya veren veya kiracı sözleşmeyi sona erdirebilir.”.

⁷⁴ Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 62.

⁷⁵ Artunç, “Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie,” 313.

⁷⁶ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 118.

⁷⁷ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 10; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 505; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 39.

yaptıkları sözleşmeyi serbestçe ortadan kaldırabilirler⁷⁸. Daha önceden bir sözleşme süresi veya sona erme sebebi belirlenmiş olsa bile tarafların ortak iradesi ile sözleşme ilişkisi sona erdirilebilecektir.

Elbette bu serbesti kural olarak sözleşmenin her iki tarafının ortak ve birleşen iradelerinin ürünü olan sona erdirme durumları için söz konusudur. Diğer bir anlatımla tek tarafın iradesi ile sona erdirme özgürlüğü ancak istisna olarak zikredilebilir. Onun dışında tek yanlı sona erdirmeler kimi sözleşmelerde etkisiz olacak kimi sözleşmelerde ise tazmin yükümlülüğünü doğuracaktır. Keza tek tarafa serbestçe sona erdirme yetkisi veren kayıtların da yine haksız şartlar ve genel işlem koşulları başlıkları altında incelenmesi gerekeceğini ekleyebiliriz.

III. SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU

A. Genel Olarak

Yukarıda incelendiği üzere, kişiler bir hukuki işlem veya daha özel olarak sözleşme yapıp yapmamakta serbesttirler⁷⁹. Bu serbesti sözleşmenin tarafını seçme, şeklini belirleme, içeriğini düzenleme, tipini oluşturma, ilişkiyi değiştirme veya sona erdirme özgürlüklerini de içerisinde barındırır⁸⁰. Kişiler bu özgürlükleri kullanırken kanunların ya da daha genel olarak hukukun ilke ve kurallarının yasaklayıcı veya sınırlayıcı noktalarına elbette dikkat etmelidirler. Sözleşmelerin geçerlilik şartları ile genel işlem koşulları bu genel kurallardan sadece ikisidir⁸¹.

Sözleşme özgürlüğünün liberal yapısı, mal veya hizmet ihtiyacı içinde olan kişilerin durumunu (bilhassa iktisadi yönden kuvvetli kişiler karşısında) bazı hallerde olumsuz yönde etkilemekte; keyfi ve kötü niyetli veya sömürmecî sonuçlar ortaya çıkabilmektedir⁸². Bu sebeple bazı durumlarda sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü sınırlanmalı veya tersine çevrilmelidir.

⁷⁸ Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 39.

⁷⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 190.

⁸⁰ İdarenin sözleşme serbestisi üzerine ayr. inc. Ezgi Ülkü Uzun Üçgül, “Konusu Kamu Hizmetinin Yürütülmesi Olan Sözleşmelerde İdarenin Sözleşme Serbestisi,” *ÇÜHFD* 8, S. 2 (Ekim 2023): 518 vd.

⁸¹ Rona Serozan, “m. 1,” içinde *İstanbul Şerhi - Türk Borçlar Kanunu Cilt I*, ed. Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve H. Murat Develioğlu (Vedat, 2018), 51 vd.

⁸² İnc. Serozan, “m. 1,” 50.

Bu gibi hallerde taraflar, sözleşme yapma özgürlüğünün aksini ortaya koyan sözleşme yapma zorunluluğuna uygun hareket etmelidirler⁸³.

Belirtmek gerekir ki, sözleşme yapma zorunluluğunu düzenleyen ve genel hüküm niteliğinde olup tüm sözleşme ilişkilerine uygulanabilecek bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum, sözleşme yapma zorunluluğunun temelini teşkil edecek tek bir kaynak göstermeyi engeller. Ancak doktrin ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan bu zorunluluğun mevcut olduğunda şüphe yoktur. Buna bağlı olarak her bir somut olayda sözleşme yapma zorunluluğunu doğuran başka bir hüküm veya hukuki ilke ele alınabilecektir. Sözleşme yapma zorunluluğunu ortaya koyan somut hükümlerin özel hukuk veya kamu hukuku nitelikli olmaları mümkündür⁸⁴.

Bu kapsamda aşağıda, dayanağını oluşturan kaynağa göre sözleşme yapma zorunluluğu oluşturan hallere genel hatları ile değinilecektir.

B. Özel Olarak

1. Taraf İradesi Kaynaklı Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Doktrinde sıklıkla yapılan ayrımlardan birine göre sözleşme yapma zorunluluğu kaynağını taraf iradelerinden, diğer bir ifade ile hukuki işlemden alabilir⁸⁵. Taraflar aralarında daha önceden yaptıkları bir sözleşme ile kendilerini daha sonraki bir tarihte sözleşme yapma zorunluluğu içerisine sokabilirler. Bu durumda (*Vorvertrag*⁸⁶) ön sözleşme (*sözleşme yapma taahhüdü - pactum de contrahendo*⁸⁷) söz konusudur⁸⁸.

⁸³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 341 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 190.

⁸⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 342; Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu," 235; Ece Baş Süzel, "Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu," *BÜHFD* 13, S. 167-168 (Temmuz-Ağustos 2018): 11.

⁸⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 195; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 34.

⁸⁶ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 193.

⁸⁷ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 195.

⁸⁸ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 192; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 348; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 195; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 34; Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu," 234; Fırat Korkmaz, "Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Bir İstisnası Olarak Önsözleşme," *KTO-KÜHFD* 1, S. 2 (Temmuz 2016): 286 vd.

Önsözleşme başlıklı TBK md. 29'da⁸⁹ da açıkça düzenleme bulan ön sözleşme ile taraflar, daha sonraki tarihte bir tasarruf işlemi yapmayı değil, borçlandırıcı işlem olarak bir borç sözleşmesi yapmayı taahhüt etmiş olurlar⁹⁰. Tasarruf işlemi yapmayı taahhüt ise zaten asıl sözleşmenin kendisidir⁹¹. Bu hususa dikkat edilmelidir.

Herhangi bir hususta ön sözleşme yapılabilmesi mümkünse de uygulamada en çok taşınmaz satışına ilişkin ön sözleşmeler yapılmaktadır. Bununla taraflar, taşınmaza ilişkin satış sözleşmesini yapmak yerine daha sonra satışa ilişkin sözleşme yapılmasını taahhüt etmektedirler. Bu tercihin arkasında çeşitli sebepler yatıyor olabilir. Konumuz kapsamını aşmamak adına bu tipteki sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin genel açıklamalarla yetinebiliriz.

2. Hukuk Kuralı Kaynaklı Sözleşme Yapma Zorunluluğu

a. Genel Anlamda

Taraf iradelerinden doğan ön sözleşmelerin varlığı haricinde sözleşme yapma ve yürütme zorunluluğundan bahsedilebilmesi için bunu özel olarak düzenleyen hükümlere veya temeline dayanak teşkil edebilecek genel hukuk kurallarına ihtiyaç duyulur. Nitekim sözleşme özgürlüğü kural, sözleşme yapma zorunluluğu ise istisnadır.

Sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin genel bir temellendirme için çeşitli hükümlere işaret edilebilmektedir⁹². TMK md. 2'de yer alan (*Treu und Glauben*) *dürüstlük kuralına*⁹³; TMK md. 24 ve kapsamında yer alan (*Schutz*

⁸⁹ “Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.”

⁹⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 348; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 35.

⁹¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 196.

⁹² İnc. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 509 vd.; Hüseyin Bulut, “Tüketici Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu,” *KTO-KÜHFD* 5, S. 2, (Temmuz 2020): 177 vd.; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, “Tüketici Hukuku’nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu Ve Uygulaması,” *YÜHFD* 12, S. 2 (2015): 161 vd.

⁹³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 192; Baş Süzel, “Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu,” 11; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 34; Mehmet Aslan, “Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi,” *AndHD* 6, S. 1 (Ocak 2020):

der Persönlichkeit) kişilik ve kişiliğin korunmasına⁹⁴; TBK md. 49'da yer alan (*Sittenwidrigkeit*) ahlaka aykırılık⁹⁵ kavramına; Anayasal düzeyde düzenleme bulan *ayrımcılık yasağı*⁹⁶ (*Diskriminierungsverbot*⁹⁷) hususuna ilişkin düzenlemeler sıklıkla bu zorunluluğun genel hükümlerdeki kaynağı olarak gösterilebilmektedir. Kanaatimizce bu ve diğer görüşlerden herhangi birinin diğerlerinden soyutlanarak temel mahiyetinde seçilmesi, hedeflenen dayanağı eksik bırakabilir. Bu sebeple sözleşme kurma zorunluluğunu ortaya koyabilecek herhangi bir hüküm somut olayda hukuki dayanak olarak işlev kazanmalıdır⁹⁸.

Bu genel hükümler başta olmak üzere hukuk kurallarının uygulanması suretiyle sıklıkla ele alınan bazı sözleşme kurma zorunluluğu hallerine örnek olarak değinilebilir. Bunlardan birisi kamuya ve genele açık şekilde mal veya hizmet sunulması durumunda ortaya çıkar. Buna göre özellikle işletmeler gibi mal veya hizmet sunucuları, sözleşme kurmak amacıyla kendilerine başvuran, hukuki ifade ile öneri veya öneriye davette bulunan kimselerle uygun şartlarda sözleşme kurmak ve yürütmek zorundadırlar.

Bu kimseler içerisinde otobüs, tren, vapur, elektrik⁹⁹, su¹⁰⁰, doğalgaz¹⁰¹ gibi daha kamusal nitelikli mal ve hizmetleri sunan işletmeler yer aldığı gibi¹⁰², herhangi bir taksi, otel, restoran, büfe, kasap, mağaza, market, kuaför,

165; Vardar Hamamcıoğlu, "Tüketici Hukuku'nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu," 165; ilke için genel olarak bkz. Eren ve Dönmez, *Cilt I*, 26 vd.

⁹⁴ Baş Süzal, "Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu," 11.

⁹⁵ Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu," 246; Baş Süzal, "Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu," 11; Serozan, "m. 1," 50 vd.

⁹⁶ Serozan, "m. 1," 51.

⁹⁷ Ayr. inc. Gounalakis, "Gleichbehandlung im Privatrecht," 625 vd.

⁹⁸ Benzer şekilde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 513 vd.

⁹⁹ Sema Kılıç, "Tüketicinin Korunması Bakımından Sözleşme Yapma Zorunluluğu," *THD*, S. 211 (Mart 2024): 131.

¹⁰⁰ Kılıç, "Sözleşme Yapma Zorunluluğu," 131.

¹⁰¹ Kılıç, "Sözleşme Yapma Zorunluluğu," 130 vd.

¹⁰² Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 508; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 344; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 191; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 111; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 84; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 33; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 8; Kılıç, "Sözleşme Yapma Zorunluluğu," 129 vd.

banka, spor kulübü, tiyatro, eczane ve benzeri¹⁰³ özel nitelikli mal ve hizmet sunucular da girer.

Sayılan gerçek veya tüzel kişilerin kendilerine başvuran kimseleri haklı bir gerekçe olmaksızın geri çevirmeleri hukuka aykırıdır. Örneğin ırkı, rengi, siyasi görüşü, gelir durumu veya benzeri herhangi bir sebeple mal veya hizmet sunmaktan kaçınmak ve hatta bunun paralelinde söz konusu mevcut bir sözleşmeyi sonlandırmak böyledir.

Buna karşılık, sözleşme kurma iradesinin reddi veya sözleşme ilişkisinin sonlandırılması haklı bir gerekçeye dayanıyorsa, bu durum sözleşme kurma ve yürütme zorunluluğunun koruma kapsamı dışında kalır. Örneğin, yeterli stok kalmaması, müşterinin ödeme gücünü ispatlayamaması, ilgili mekana uygun olmayan kıyafet tercih edilmesi, güvenlik veya hijyen gerekçeleri, kullanıcının topluluk kurallarını daha önceden ihlal etmesi veya ihlal edeceğine ilişkin kuvvetli emarelerin olması gibi çok çeşitli durumda sözleşme kurulması zorunluluğu uygulanmayacaktır¹⁰⁴. Haklı sebepler işletme politikası veya işin niteliğinden kaynaklanabilir. Sinemaya yiyecek, kütüphaneye çanta, camiye mayo, havuza mont ile girilememesi böyledir. Ancak işletmelerin tek başına belirledikleri işletme kuralları da her zaman sözleşmenin tarafını seçebilme özgürlüğü vermez. Ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği ayrı bir husustur.

Kamuya açık ve genele yönelen mal ve hizmetlerde sözleşme yapma zorunluluğunun tespiti için işin niteliğinin incelenmesi de önem arz eder¹⁰⁵. Belirli bir ürünün satılması gibi kişisellik arz etmeyen maddi işlerde karşı tarafın teklifinin reddedilmemesi gerekir. Örneğin bir bakkal, eczane ve kasap elinde olan ürünlerin satışından kaçınarak, müşteriyi başka bir işletmeye yönlendiremez. Buna karşılık, işin içerisinde kişisel niteliklerin önem arz ettiği fiziksel edimlerde ise sözleşme yapma teklifi reddedilebilir. Örneğin, bir inşaat firması yapacağı işi açık bir şekilde genele duyurmuş ve öneriye davette bulunmuşsa da gelen önerideki işin nitelik ve niceliğini değerlendirerek kabul veya ret yönünde karar verebilir.

¹⁰³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 193; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 34.

¹⁰⁴ Farklı örnekler için bkz. Vardar Hamamcıoğlu, “Tüketici Hukuku’nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu,” 189.

¹⁰⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 193.

Öte yandan, sıklıkla karşılaşılan bir durum olarak, bazı işletmelerde işletme ile müşteri arasında bir husumetin bulunması da sözleşme kurmamayı haklı hale getirebilir. Örneğin küçük bir lokanta, kuaför, bakkal işletmecisi ile arasında (adli makamlara ulaşsın veya ulaşmasın) husumet bulunan kimselerin bir araya gelmeme istekleri çoğu zaman haklı ve yerindedir. Sözleşme kurmama veya sona erdirmeye iradelerine üstünlük tanımak gerekir. Bunun bir örneği kira sözleşmelerinde de kabul edilmektedir¹⁰⁶. Buna karşılık daha büyük ölçekli işletmelerle kullanıcı / müşteri arasında mevcut olan husumet, sözleşme kurma zorunluluğunu kural olarak ortadan kaldırmaz. Örneğin müşterinin büyük bir mağazaya, taraftarın bir spor kulübüne, kullanıcının sosyal medya platformuna, alıcının elektronik pazaryerine, göndericinin kargo şirketine dava açmış veya onu sert şekilde eleştirmiş olması, ilerleyen dönemde bu kişilerin mal veya hizmet alamamalarına tek başına haklı bir gerekçe olamaz. Elbette somut olay incelemesi de önemlidir.

Mal veya hizmeti sunan kimsenin tekel veya tekele yakın bir konumda olması da sözleşme kurma zorunluluğunun tespitinde kuvvetli bir ölçüttür¹⁰⁷. Bu gibi durumlarda hizmet veya mal talep eden kimselerin başka bir tercihte bulunması çok zor olabilir veya hiç mümkün olmayabilir. Bu sebeple tekele yakın ve bilhassa tekel konumundaki kişilerin sözleşme kurma ve yürütme noktasında bağlı oldukları kabul edilir. Örneğin elektrik, doğalgaz, su gibi aboneliklerin kurulacağı işletmeler bu konumdadır.

Burada bahsi geçen durumlar dışındaki veya onları da içerisine alan özel hükümlerin bulunduğu hallerde ise ilgili özel hükümler dayanakla sözleşme kurma ve yürütme zorunluluğu ele alınabilir. Aşağıda sözleşme yapma ve yürütme zorunluluğu doğuran bazı özel hükümlere yalnızca genel hatlarıyla kısaca değinilecektir.

¹⁰⁶ Bkz. TBK md. 331: “Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir...”.

¹⁰⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 344; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 508; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 193; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 193; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 111.

b. Bazı Özel Düzenlemeler

Temelini dürüstlük kuralı¹⁰⁸, ahlaka aykırılık, kişiliğin korunması, ayrımcılık yasağı veya başka bir genel ilkedен alsın veya almasın, özel nitelikli düzenlemelerin bulunduğu durumlarda bu kapsamda bir sözleşme yapma ve yürütme zorunluluğu olduğu görülecektir. Bu hükümlerden bazıları doğrudan sözleşme yapma zorunluluğuna işaret ederken, bazıları ise niteliği gereği sözleşme yapma zorunluluğunu desteklemektedir. Bu nitelikteki çok sayıda hükme rastlamak mümkündür. Bunlardan doktrin ve uygulamada sıklıkla zikredilenlerden bazıları şu şekildedir¹⁰⁹:

- 6502 sayılı *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun* md. 6'daki¹¹⁰ *satıştan kaçınma* başlıklı hüküm, satılık olmadığını belirten bir ibareye yer verilmedikçe vitrin, raf, internet, elektronik ortam veya açıkça görülebilir tüm yerlerde teşhir edilen malların satışının zorunlu olduğunu ve hizmet sağlamaktan da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamayacağını düzenlemektedir¹¹¹. Bu hüküm, sözleşme yapma zorunluluğu bahsinde en çok değinilen örnektir¹¹². Burada eklemek gerekir ki, bu gibi sözleşme yapma zorunluluğu olan durumlarda sözleşmenin her hal ve şartta reddedilmesi yanında sözleşme yapmayı

¹⁰⁸ Sözleşme özgürlüğü bağlamında dürüstlük kuralı kavramına ilişkin detaylı olarak bkz. Ateş, "Sözleşme Özgürlüğü," 81 vd.

¹⁰⁹ Ayr. inc. Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu," 237 vd.

¹¹⁰ "Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz.

Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.

Ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenler; aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep yoksa; bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamaz.

Bakanlık ve belediyeler, bu madde hükümlerinin uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle görevlidir."

¹¹¹ İnc. Aslan, "Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmeleri," 167 vd.; Vardar Hamamcıoğlu, "Tüketici Hukuku'nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu," 166 vd.; Kılıç, "Sözleşme Yapma Zorunluluğu," 132 vd.

¹¹² Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 84; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 112; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 192; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 523; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 7.

zorlaştıracak içeriklerin öne sürülmesi de aynı şekilde değerlendirilir¹¹³.

- 4925 sayılı *Karayolu Taşıma Kanunu* md. 5'e göre taşımacılar, kabul edilebilir haklı bir gerekçe olmadan veya zorunlu durumlar haricinde taşıma hizmetlerini sunmaktan kaçınmaz ve taşıma hizmetinden herkesin her zaman yararlanmasını sağlamak mecburiyetindedir¹¹⁴.
- 4721 sayılı *Türk Medeni Kanunu* md. 747 vd. göre, komşulardan birinin elzem bir geçit veya kaynak ihtiyacı söz konusu olduğunda bu hususta irtifak kurulması yönünde bir sözleşme yapma zorunluluğu ortaya çıkar¹¹⁵.
- 1136 sayılı *Avukatlık Kanunu* md. 37'ye göre şartları gerçekleşmesi halinde baro tarafından tayin edilen avukata işi takip etme zorunluluğu verilmiştir¹¹⁶.
- 4857 sayılı *İş Kanunu* md. 30 ve 31'de ise engelli ve asker gibi işyerinden ayrılan ilgili kimselerin yeniden işyerine dönme talepleri karşısındaki sözleşme yapma zorunluluğu yer almaktadır¹¹⁷.
- 4054 sayılı *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*'un¹¹⁸ hakim durumun kötüye kullanılması hususunu düzenleyen 6. maddesi de sözleşme kurma zorunluluğuna örnek gösterilmektedir¹¹⁹.
- 6446 sayılı *Elektrik Piyasası Kanunu*'nun dağıtım faaliyetlerine ilişkin 9. maddesinde ise kullanıcılara ayırım gözetilmeksizin ilgili hizmetlerin sunulması zorunluluğu yer alır.
- Yine burada ele aldığımız anlamda sözleşme yapma yükümlülüğü olarak nitelendirilememekle birlikte, olağanüstü hallerde mal ve

¹¹³ Kılıç, "Sözleşme Yapma Zorunluluğu," 135.

¹¹⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 192; Kılıç, "Sözleşme Yapma Zorunluluğu," 128.

¹¹⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 342.

¹¹⁶ Vardar Hamamcıoğlu, "Tüketici Hukuku'nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu," 166.

¹¹⁷ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 112.

¹¹⁸ Rekabet hukuku bağlamında detaylı ve özel olarak inc. Pelin Güven, "Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)," *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları* (Haziran 2004): 3 vd.

¹¹⁹ Bkz. Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu," 239; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 191.

hizmet verme yükümlülüklerini de içeren 2935 sayılı *Olağanüstü Hal Kanunu* md. 5¹²⁰ vd. çeşitli hükümler içermektedir.

İşaret edilen düzenlemelerin sayısını artırmak mümkün olmakla birlikte verilenler mesele için yeterli görünmektedir.

Özetle, bir sözleşmenin yapılması ve yürütülmesine ilişkin serbestinin gerek açık hükümler gerek genel nitelikli düzenlemelere bağlı ilkelere göre zorunluluğa dönüşebileceğini yineleyebiliriz.

IV. SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞUNUN SOSYAL MEDYA İLİŞKİLERİNE UYGULANMASI

A. Genel Olarak

Bireyler günlük yaşamlarının büyük bir parçasını internet ve sosyal medya uygulamalarında geçirebilmektedir. Video izlemek, anlık mesaj veya posta göndermek, akademik işleri hakkında bir bilgilendirme yapmak, tatil fotoğraflarını paylaşmak, arkadaşlarla iletişim kurmak, bilgi edinmek, alışveriş yapmak, reklam ve tanıtım faaliyetleri yürütmek gibi hemen her türlü eylem internet ve sosyal medya platformları aracılığıyla gerçekleşmektedir. İnternet ve sosyal medya uygulamaları geçmişte lüks birer imkan olarak düşünülebilirdi. Ancak günümüzde sosyal medyayla birlikte çoğu ilişkinin, mal ve hizmetin şekli değişmiş; televizyonda yer alan dizi ve haberler; basılı haldeki dergi ve gazeteler; sokaklarda oynanan oyunlar; pazar ve marketlerden yapılan alışverişler; kağıtlara yazılı kanun ve belgeler ve daha birçok şey elektronik ortama taşınmıştır. Hal böyle olunca internet ve sosyal medya vazgeçilmez derecede önemli bir temel ihtiyaç konumuna yükselmiştir. Bu sebeple *internet özgürlüğü*¹²¹ ile kaliteli ve erişilebilir bir internetin anayasal düzeyde dahi korunması gerekliliği üzerinde durulabilmektedir¹²².

Öte yandan, internet ve sosyal medya kavramları sadece gerçek kişilerle ilgili olarak ele alınamaz. Tüzel kişilerin de marka ve ürünleriyle birlikte

¹²⁰ “*Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebepleriyle olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda; felakete uğrayanların kurtarılması, meydana gelen hasar ve zararın telafisi için ihtiyaç duyulan ve hemen sağlanamayan para ve her türlü taşınır ve taşınmaz mallar ve yapılması gereken işler; para, mal ve çalışma yükümlülüğü yoluyla sağlanır.*”.

¹²¹ Bkz. Zafer Gören, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü,” *İTÜSBD*, S. 24 (Güz 2013): 48 vd.

¹²² Semih Yünlü, “İnternet Erişiminin Önemi Üzerine,” 165 vd.

sosyal medyada yer aldığı; bu platformlarda mal ve hizmet tanıtımları yaptıkları görülmektedir. Hatta üniversiteler, bakanlıklar, valiler, müdürlükler gibi hemen tüm kamu otoritelerinin de bir şekilde kendisine sosyal medyada yer bulduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla kamu-özel, gerçek-tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın sosyal medya tüm kişiler arası ilişkilerde ortak bir birleşim noktası oluşturmaktadır.

Bu kapsamda özel hukuk eksenli mevzuata aykırılık ve sözleşme kurma zorunluluğu hususlarına değinmekteyiz. Öte yandan sosyal medya mecralarının kullanılması ve bu kullanıma ilişkin talebin kamu hukukuna ait temel kural ve hukuki kavramlarla da yakından ilgili olabileceğini ifade edebiliriz. Şöyle ki;

- *Düşünceyi açıklama hürriyeti ve İfade özgürlüğü*: Sosyal medya mecralarından yararlanılması, kişilerin ifade özgürlüklerini kullanma biçimleri içerisinde günümüzde en önemli ve yaygın olanıdır¹²³. Dolayısıyla, haklı bir gerekçe olmaksızın bireylerin bu özgürlüklerinin engellenmesi ve kısıtlanması, *Anayasa* md. 26'da¹²⁴ yer alan *Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine* ve *Avrupa İnsan*

¹²³ İnc. Murat Esmer, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Medya Özgürlüğü: Kapsamı ve Sınırları," *GSÜHFD*, S. 2 (2020): 789 vd.

¹²⁴ "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz."

Hakları Sözleşmesi md. 10'da¹²⁵ kendisine yer bulan (*Meinungsfreiheit*) ifade özgürlüğüne aykırılık teşkil edebilir¹²⁶.

- *Haberleşme hürriyeti*: Keza gerek gerçek gerek tüzel kişiler, haber almak ve vermek için çağa en uygun yöntem olan sosyal medya araçlarını kullanmaktadırlar. Bu sebeple kişilerin sosyal medya araçlarına erişiminin engellenmesi veya kötüleştirilmesi buna ilişkin kuralların da ihlali anlamına gelir. Bu durum elbette *haberleşme*¹²⁷ ve bilhassa *ifade özgürlüğü* kavramlarıyla da yakından ilgilidir¹²⁸.
- *Basın özgürlüğü*: Sosyal medya üzerinde yer alan kısıtlamaların basın kuruluşlarına yönelik olarak işletilmesi halinde de (*Pressefreiheit*) *basın özgürlüğüne*¹²⁹ yönelik hukuka aykırı bir kısıtlamanın ele alınabilmesi mümkün hale gelir¹³⁰.
- *Özel hayatın ve gizliliğin korunması*: Bilhassa gerçek kişilerin hayatlarının her anını sosyal medya üzerinde işledikleri görülmektedir. Bu işlemler kişinin teorik yaşam alanlarının

¹²⁵ “Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

¹²⁶ İfade özgürlüğü ve alt görünümüne ilişkin ayr. bkz. Ahmet Yılmaz, “Türk Anayasa Metinlerinde İfade Özgürlüğü,” *AD 2*, S. 71 (2023): 314 vd.

¹²⁷ Bkz. Anayasa md. 22: “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır...”

¹²⁸ Ayr. internet özgürlüğü kavramının kitle iletişim özgürlüğü içerisinde zikredildiğini de belirtebiliriz, Kayıhan İçel, “Kitle İletişim Özgürlüğü ve İnternet Kısıtlamaları,” *İBD* 96, S. 6 (2022): 36.

¹²⁹ Bkz. Anayasa md. 28: “Basın hürdür, sansür edilemez...
...Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır...”

¹³⁰ Bu özgürlüğün alt ve yatay görünümünde iletişim, haberleşme, haber alma ve verme, bilgi ve haberlere ulaşma gibi diğer müstakil haklar bulunmaktadır, ayr. bkz. G. Hande Ulutürk, “Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Haber Verme ve Haber Alma Hakları,” *BÜHFD* 13, S. 167-168 (Temmuz-Ağustos 2018): 73 vd., 93.

(*Sphärentheorie*¹³¹) da tümünü kapsar. Örneğin, kişinin açık şekilde paylaştığı gönderi (*Gemeinsphäre*¹³²) kamusal¹³³, bazı arkadaşlarına gönderdiği fotoğraf ve yazışmalar (*Privatsphäre*¹³⁴) özel¹³⁵, kendisi için sakladığı içerikler ise (*Geheimsphäre*¹³⁶) gizlilik¹³⁷ alanına ilişkindir. Dolayısıyla kişiler özel yaşam alanlarına ait hususlara da sosyal medya üzerinde yer verebilmektedir. O halde özel yaşam alanlarına ilişkin koruma normlarının da sosyal medya ilişkilerinde etkili olduğu görülür. Öyle ki bu husus AY md. 20¹³⁸ ve AİHS md. 8'de¹³⁹ de ayrıca düzenlenmektedir.

- *Hakim durumun kötüye kullanılması ve Haksız Rekabet*: Tüzel kişilerin de sosyal medyayı aktif şekilde kullandığı düşünüldüğünde, bu kişilerin faaliyetlerinin engellenmesi, reklam verilmesine veya hesap açılmasına engel olunması, sosyal medya üzerinde ayrımcılık yapılması gibi olumsuz haller bilhassa ticari yönden incelenebilir hale

¹³¹ İnc. Semih Yünlü, “Kişilik ve Korunması,” içinde *Medeni Hukuk I – Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, ed. Metin İkişler ve Özlem Tüzüner (Adalet, 2023), 342; Andrea Büchler, “ZGB 28,” içinde *ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar*, ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (Orell Füssli Verlag AG, 2016), 125; Bettina Bacher, “Interessenabwägung bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien,” *Medialex - Jahrbuch*, ed. Urs Saxer (Jahrbuch 2017): 8.

¹³² *Öffentlichkeitssphäre*, Heinz Hausheer ve Regina E. Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (Stämpfli Verlag AG, 2012), 197.

¹³³ Yünlü, “Kişilik ve Korunması,” 342.

¹³⁴ Büchler, “ZGB 28,” 125; Hausheer ve Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 198; Leo Schürmann, *Medienrecht* (Verlag Stämpfli & Cie AG, 1985), 170.

¹³⁵ Yünlü, “Kişilik ve Korunması,” 343.

¹³⁶ Büchler, “ZGB 28,” 125; Hausheer ve Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 198;

¹³⁷ Yünlü, “Kişilik ve Korunması,” 343.

¹³⁸ “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz...”.

¹³⁹ “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”.

gelir. Bu kapsamda *rekabetin korunmasına*¹⁴⁰ ve (*unlauterer Wettbewerb*) *haksız rekabete*¹⁴¹ dair hükümlerin ihlal edilmiş olabileceği muhtemeldir.

- *Kişilik hakkı ve maddi-manevi bütünlüğün geliştirilmesi*: Sosyal medya mecralarının bireylerin kişiliklerinin somutlaşmış örneklerini taşıdıkları açıktır¹⁴². Bu kapsamda ilgili mecralarda gerçekleşen engel ve kısıtlamalar, hesap açma taleplerinin reddi ve keyfi hesap silme gibi davranışlar Medeni Kanun ve Anayasa'da¹⁴³ güvence altına alınmış hakların ihlali ile bağlantı içerir. Özellikle (*Persönlichkeitsrechtsverletzung*) *kişilik hakkına aykırılık* kavramının inceleme bulması mümkündür.

¹⁴⁰ Bkz. RKHK md. 6: “Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.

Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler;

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırıcılık yapılması,

c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d) Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler;

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.”

¹⁴¹ Bkz. TTK md. 54: “...Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.”

¹⁴² Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi kavramına ilişkin genel olarak ayr. bkz. Ali Tarık Gümüş, “Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı,” *SÜHFD* 13, S. 2 (2005): 137 vd.

¹⁴³ AY md. 17: “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir...”

- *Din ve vicdan hürriyeti*: Sosyal medya platformlarında zaman zaman tartışma konusu olan durumlardan birisi dini paylaşımlara ilişkin sosyal medya politikalarıdır. Zaman zaman kişilerin bu hususlardaki bilgi, görüş ve inanç açıklamalarını sınırlayan veya engelleyen uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda (*Glaubens- und Gewissensfreiheit*) din ve vicdan hürriyetini tesis eden hükümlere¹⁴⁴ aykırılıklar söz konusu olabilir. Keza bu uygulamaların kişiler arasında özellikle inanç temelli ayrımcılık yapılacak şekilde gerçekleştirilmesi, başta bir alt paragraftaki olmak üzere diğer hukuki kurumların da ihlal edilmesi anlamına gelebilir.
- *Ayrımcılık yasağı*: Sosyal medya platformlarında kişilerin kullanıcı hesaplarına ilişkin açma, kapatma, engelleme, geçici olarak durdurma, içerik silme vb. kararların alınması noktasında işin niteliğine aykırı ayrımcılıklar yapılması da (*Diskriminierungsverbot*) *ayrımcılık yasağına*¹⁴⁵ aykırılık teşkil edebilir.
- *Bilim ve sanat özgürlüğü*: kişi ve kurumların bilimsel çalışmaları, bilgileri ve sanatsal ürünleri sosyal medya platformları aracılığıyla yaymaları günümüzde sıklıkla tercih edilen bir durumdur. Haklı bir hukuki gerekçe olmaksızın buna engel olunması Anayasa'da kendine yer bulan (*Wissenschafts- und Kunstfreiheit*) *bilim ve sanat özgürlüğüne*¹⁴⁶ de aykırılık teşkil eder.

Sosyal medyanın bilhassa kamu hukuku eksenli hukuk kuralları kapsamında ele alınmasında önemli noktalar bu şekilde uzayıp gider. Dolayısıyla görülmektedir ki, sosyal medya platformlarının kullanıcılarla olan ilişkileri hem özel hukuk hem de kamu hukuku tabiatlı normlara ve hukuki düzenlemelere aykırılık teşkil edebilir.

Bu izah edilenler ve örnekler akabinde aşağıda ise sosyal medya platformlarının sözleşme kurma ve yürütme zorunluluklarına ilişkin hususlara

¹⁴⁴ AY md. 24: “Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz...”.

¹⁴⁵ Bu hususta genel olarak 6701 sayılı *Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu*'nu inceleyiniz.

¹⁴⁶ Bkz. md. 27: “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir...”.

değınilecek; bilhassa somut hükümlerin pratik örneklere uyarlanması yardımıyla mesele değeriendirilecektir.

B. Kural Ve İlkelerin Uygulanması

1. Sözleşmenin Kurulması Noktasında

Sosyal medya platformları ile kurulan sözleşmeler *dijital, elektronik* niteliktedir. Burada sosyal medya platformunun iradesi önceden hazırlanarak elektronik ortama aktarılmıştır. Kullanıcının belirli tuşlara basmak ve kutucukları işaretlemekten ibaret eylemleri ile sözleşme kurulmuş olur. Sosyal medya platformunun iradesi otomatikleştirilmiştir¹⁴⁷.

Günlük hayatta sıklıkla tecrübe edildiğı üzere sosyal medya platformları kullanıcılarını seçerken genellikle (yaş gibi hukuki sınırlamalar hariç olmak üzere) herhangi bir engel ortaya koymaz. Burada beklenen menfaat kullanıcı sayısının çokluğudur. Bu sebeple sosyal medya platformlarının çoğunlukla ücretsiz olarak kullanıldığı görülür. Platformlar kişilerin verilerini analiz etmek, onlara platform içinde satışlar yapmak, reklam yerleştirmek gibi yöntemlerle doğrudan veya dolaylı olarak gelir elde ederler. Dolayısıyla sözleşme yapma zorunluluğuna ihtiyaç olmaksızın esasen sözleşme kurma talepleri olumlu karşılabiliriz.

Öte yandan uygulamanın aksine, istisnai durumlarda platformların kullanıcılarını seçmesi gibi bir durum da ortaya çıkabilir. Buradaki seçimin hukuka uygun olup olmadığı incelenmelidir. Buna göre,

- Platformun kullanıcı kabul ederken yaptığı seçim otomatik veya manuel şekilde hukuki sınırlamaların tesisine yönelik olabilir. Burada bir sorun yoktur. Örneğin, 18 yaşından küçük kişilerin kullanıcı sözleşmesi yapamaması durumu böyledir.
- Platformun kullanıcı seçerken aradığı ölçütler kendi içerisinde tutarlı bir şekilde ayrımcılık oluşturmayan bir konseptte hizmet edebilir. Bu durumda da mesele yoktur. Örneğin, yalnızca hukukçulara özel hazırlanmış bir sosyal medya uygulamasına hukukçu olmayanların kabul edilmemesi normaldir.
- Uygulamanın ücretli olması halinde sözleşmenin kurulabilmesi için kullanıcıların ücret ödemek zorunda olması da mümkündür.

¹⁴⁷ Elektronik sözleşmeler kapsamında ayr. bkz. Yücer Aktürk, “Elektronik Sözleşmelerin Kurulması,” 14 vd.; Bayram, “Elektronik Sözleşmelerin Kurulması,” 348.

- Yukarıdaki gibi mantıksal, hukuki veya genele uygulanan zorunluluklar olmaksızın kullanıcıların belirli ölçütlere göre ayrıştırılması noktasında ise hukuka aykırılıklar söz konusu olabileceği gibi sözleşme yapma zorunluluğundan (*Abschlusszwang - Kontrahierungszwang*) da bahsedilebilir. Bu hususu aşağıda biraz daha açmak ve örneklendirmek gerekir.

Sosyal medya platformları kamuya açık ve genele hitap eden hizmetler sunmaktadırlar. Bu durum, yukarıda değinildiği üzere sözleşme yapma zorunluluğu yönünden önemli bir ölçüttür. Bu gibi işletmelerin haklı bir gerekçe olmaksızın mal veya hizmet sunumundan kaçınmalarına cevaz verilmez. O halde kendilerine başvuran kişileri geri çeviremezler.

Diğer taraftan, sosyal medya platformlarının arkasında bulunan işletmeler bu alandaki faaliyetleri ticari ve mesleki olarak yürütmektedir. Basit anlamda kullanıcılar ise genellikle mesleki veya ticari bir amaç gütmeyizler. Daha doğrusu aralarındaki ilişki bu şekilde karakterize olmamıştır. O halde kullanıcı ile platform arasındaki ilişkilere tüketici hukuku kuralları da uygulanabilir hale gelir. Dolayısıyla sözleşme kurma zorunluluğu bu bağlamda da sosyal medya platformlarını ilgilendirir.

Bir sosyal medya platformunun sunduğu mal ve hizmetler ölçüğünde tekel veya tekele yakın bir konumda olması hallerinde de kullanıcıların sözleşme yapma önerilerinin reddi hukuka aykırı olacaktır.

Aynı şekilde tekel olsun veya olmasın iktisadi varlığı, siyasi konumu, organizasyon kapasitesi veya başka bir sebeple faaliyet gösterdiği alanda güçlü, hakim konumda olduğu açıkça belli olan sosyal medya platformlarının bu konumlarının verdiği güç ve avantajla haksız uygulamalar yaparak sözleşme yapmak isteyen taraflar arasında ayrımcılık yapması da hukuken kabul görmeyecektir.

Platformların kullanılması noktasında bilhassa tacir sıfatına sahip tüzel kişi kullanıcıların bazılarının kabul edilmesi ve bazılarının reddedilmesi veya bazılarının diğerlerinden istenmeyen özel koşulları yerine getirmesinin istenmesi Türk Ticaret Kanunu kapsamında haksız rekabet olarak da nazara alınabilecektir. Aynı durum tacir olmayan diğer meslek mensupları için de geçerlidir. Bir doktor veya mimarın kullanıcı hesabı açması noktasında diğerlerinden farklı bir muameleye maruz bırakılması Türk Borçlar Kanunu kapsamında incelenebilecek bir haksız rekabet örneği oluşturabilir.

Sosyal medya platformlarının yaptıkları sözleşmeler genel olarak otomatikleştirilmiş iradelerle kurulan elektronik sözleşmelerse de uygulamada bazı hallerde kişilerin tek tek incelenerek kabul edilmesi veya halihazırda var olan sözleşme ilişkisinin değerlendirilmesi mümkündür. Bu noktada bazı kimselerin özel olarak reddedilebildikleri veya mevcut sözleşmelerinin sona erdirildiği görülmektedir. Bu durumda yukarıdaki izah edilenlere ek olarak iki husus ele alınabilir haldedir. Bunlardan birincisi, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu* tarafından da ilgili kanun kapsamında özel olarak incelenen *ayrımcılık yasağı* iken; ikincisi ise *Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* ve hatta *İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si*'nde de kendine yer bulan *ifade, düşünce özgürlükleridir*.

O halde, sosyal medya platformlarının günümüzde kişilerin düşünce, kanaat, bilgi, görüş, his, duygu, talep, şikayet gibi her neviden iradelerini açıkladıkları, kamusal hale getirdikleri yerler oldukları kabul edildiğinde, platformların kullanıcıları keyfi olarak reddi ve engellenmesi yönündeki uygulamaları bu özgürlüklere haksız müdahale teşkil edebilecektir. Aynı şekilde, haklı bir hukuki gerekçe olmaksızın kişiler arasında seçim yaparak ayrımcılık oluşturulması TİHEKK kapsamında ayrımcılık olarak değerlendirilecek ve hakim tarafından da bu ilişkinin kurulması yönünde müdahalede bulunulabilecektir.

Keza toplumsal hayatta bir arada yaşamak zorunda olan insanların sosyal ortamlara dahil olma şekillerinden birisi günümüzde yaygın olarak internet mecralarıdır. Kişiler akraba ve arkadaş çevreleri gibi diğer kimselerle bu mecralarda buluşmakta, haberleşmekte, iletişim kurmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme yapma zorunluluğunun ihlali, kişinin haberleşme-iletişim özgürlük ve ihtiyaçlarına da aykırılık teşkil edecektir. Kişinin haberleşmek için bir başka platformu tercih edebileceği savunması, sözleşme yapma yükümlülüğünü tek başına ortadan kaldırmaz. Zira tıpkı gerçek kişiler gibi bu platformlar da kamuya mal olmuş gibidir.

Genel hatları ile sıralanan ihlal örnekleri ve hukuki dayanakları arttırılabilir. Görüldüğü üzere sosyal medya platformlarının hukuki veya mantıksal temellere dayanmayan sebeplerle kişilerden gelen sözleşme kurma taleplerini reddetmesi çok çeşitli açılardan hukuka aykırılıklar içerir. Özetle sosyal medya platformlarının sözleşme yapma zorunluluğuna tabi yerler ve kişiler oldukları kabul edilecektir.

2. Sözleşmenin Devamı Noktasında

Sosyal medya platformlarının istisnai haller haricinde kural olarak sözleşme yapma zorunluluğu altında olduklarını yukarıda izah ettik. O halde bu platformlar, kendilerine yönelen sözleşme yapma yönündeki önerileri kabul yükümlülüğü altında olacaklardır. Ancak sosyal medya platformları ile kullanıcılar arasındaki ilişkiler ani değil sürekli niteliktedir. Çoğunlukla parasal bir ivaz verilme de taraflar arasında uyulmakla yükümlü olunan sürekli nitelikli hususlar bulunur. Dolayısıyla sözleşme kurulmak ve bir kerede ifa edilmekle ilişki bitmemekte, işin niteliğine ve sözleşmeye uygun süre boyunca bu sözleşme ilişkisi devam etmektedir. Genellikle bu ilişki belirli bir süreye de bağlanmaz. O halde kullanıcı, yalnızca sözleşme ilişkisinin kurulmasında değil, aynı zamanda devamlılığında, yürütülmesinde de haklı menfaat sahibidir.

İzah edilen sebeplerle, sözleşme yapma zorunluluğu olan durumlarda sözleşmenin devamına ilişkin bir zorunluluk olması da tabiidir. Zaten zorunluluk sebebiyle yapılan sözleşmeden beklenen menfaat de ilişkinin niteliğine uygun bir süre devam etmesidir. O sebeple sözleşmeyi yapma zorunluluğu, sözleşmenin devamı, yürütülmesi, ilişkinin tesisi, yükümlülüklerin ifası zorunluluğu ile devam eder. Aksi durumda, sözleşme kurmak zorunda olan taraf sözleşmeyi kurar ve sona erdirir, ki bu da kanunun veya hukukun dolanılması olacak, korunmayacaktır.

Uygulamada da sorun genellikle bu noktada ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, sosyal medya platformu ile kullanıcı arasında yapılan sözleşme otomatik bir şekilde gerçekleşir ve kullanıcı çoğunlukla bir engelle karşılaşmaz. Ancak platform, çeşitli sebeplerle kullanıcının hesabını askıya alır, kısıtlar veya kalıcı olarak engeller. Bu durumla sıklıkla karşılaşmaktadır. Kullanıcı hesaplarının engellenmesi ve kişinin platformdan uzaklaştırılması da genel olarak iki şekilde gerçekleşebilir.

- Bunlardan birincisi, kullanıcının çeşitli algoritmalar yardımıyla herhangi bir insan kararı, müdahalesi olmaksızın otomatik olarak seçilmesi ve engellenmesidir. Bu algoritmalar çoğu kez hatalı sonuç verebilmektedir.
- İkincisi ise şikayet üzerine, yazılım tarafından otomatik tespit akabinde veya re'sen bir insan eliyle seçilerek kullanıcının platformca engellenmesidir.

Her iki durumda da nihai sonuç aynıdır. Bu gibi durumlarda, varsa platform içi itiraz mekanizmaları işletilebilecek; uygun sonuç alınmaması durumunda yargı yoluna başvurulabilecektir.

Yargı organları ise kendisine yapılan başvurunun haklılığını çeşitli açılardan değerlendirecektir. Buradaki değerlendirmenin temelinde ise genel olarak,

- sözleşmenin sona erdirilmesinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı,
- dayanılan sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediği,
- ve yine yukarıda incelenen sözleşme yapma ve yürütme yükümlülüklerinden en az birisinin ihlal edilip edilmediği,

hususları bulunacaktır.

Eğer topluluk kuralları olarak da ifade bulan sosyal medya platformunun sözleşme hükümleri ihlal edilmişse, kişiye ilişkin alınan kararın uygun olduğu sonucuna varılabilir. Ancak buradaki ilişkiyi alelade bir sözleşmesel ilişki olarak göremeyiz. Sosyal medya platformu ve kullanıcı ilişkisi haberleşmeden ifade özgürlüğüne, kişilik hakkından daha birçok temel hukuki hak ve ilkeye temas eder. Dolayısıyla kullanıcının platformda yaptığı davranışlara ilişkin sözleşmede yer alan yaptırımları düzenleyen kuralların da ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir. Kullanıcının bu platformu kullanmaktan uzak tutulmasının kuvvetli bir gerekçesi olmalıdır.

Sosyal medya platformlarının birçoğu devasa iktisadi işletmelerdir ve çoğu kez siyasi düşünce yapıları da mevcuttur. Bu yapıların sağladığı hakimiyetin istenilen yönde kullanılabilmesi, ancak çalışmamızda verilen kurallar ihlal edilmediği müddetçe mümkündür. Keyfi, siyasi vb. yasaklamalar, hesap kapatmalar hukuka aykırı olacaktır. Buna ilişkin en bilindik örneklerden birisi Amerika Birleşik Devletleri eski başkanı Donald Trump'a ait sosyal medya hesaplarının kapatılması ve içeriklerin engellenmesidir¹⁴⁸. Kanaatimizce bu gibi durumlar tam olarak sözleşme yapma ve yürütme zorunluluğu içerisinde kalmakta; ifade özgürlüğü, iletişim, kamunun bilgi alma hakkı, ayrımcılık yasağı, haksız rekabet ve hakim durumun kötüye kullanılması kavramlarını içerisinde barındırmaktadır. Aynı

¹⁴⁸ Axios, "All the platforms that have banned or restricted Trump so far," erişim Ağustos 25, 2024, <https://www.axios.com/2021/01/09/platforms-social-media-ban-restrict-trump>; TRT Haber. "Trump'a sosyal medya engeli," erişim Ağustos 25, 2024, <https://www.trthaber.com/haber/dunya/trumpa-sosyal-medya-engeli-544832.html>.

paralelde, benzer yaptırımlara maruz kalacak kamuya mal olmuş bir başka kişi veya herhangi kimse için de aynı yorumu yapmak gerekecektir¹⁴⁹. Söz konusu kısıtlama ve engeller neticesinde bu kişilerin takipçilerinin veya genel olarak kamunun bu kişilerden haber, bilgi, içerik elde etme beklentileri ve haklarının da aynı şekilde engellenmiş olabileceğini de belirtmek gerekir.

Özetle, sosyal medya platformlarının sözleşme yapma zorunluluğu altında olduklarının kabulü yetmemekte; bu zorunluluğun pratik bir anlam ifade edebilmesi için sözleşmeyi yürütme zorunluluğuna da dikkat edilmesi gerekmektedir.

3. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi Noktasında

Nihayet sözleşme yapma zorunluluğunun üçüncü ayağı ise sözleşmenin sona erdirilmesi hususunda ele alınabilir. Buna göre sosyal medya platformları ile kullanıcı arasındaki sözleşmesel ilişkinin sona ermesi çeşitli durumlarda karşımıza çıkar. Buna göre,

- kullanıcının hesabını herhangi bir gerekçeyle veya gerekçe göstermeden kendisi kapatmak istemesi,
- kullanıcının ölmesi¹⁵⁰,
- kullanıcının platformun kullanım şartlarını ihlal etmesi ve bunun platformdan silinmeyi haklı gösterecek ağırlıkta olması,
- platformun faaliyetlerini kendi isteğiyle sona erdirmesi,
- platformun faaliyetlerinin kamu kuralları ve gücüyle engellenmesi, durdurulması,

¹⁴⁹ Ancak elbette kamuya mal olmuş olsun veya olmasın, kişilerin sosyal medya üzerindeki hal ve hareketlerinin doğurabileceği sorumluluklar ise ayrı bir husustur. Bu kapsamda 5651 sayılı kanundaki içerik üreticisinin (sağlayıcı) sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır. Bkz. md. 4: “İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur.”.

¹⁵⁰ Hesabın dijital tereke kavramı kapsamında mirasçılara nakli ise ayrı bir husus ve tartışma konusudur. Detaylıca inc. Oğuz Ersöz, *Dijital Tereke Kavramı ve Miras Hukukundaki Sorunları* (On İki Levha, 2024), 101 vd.; Kişisel veriler bağlamında özel olarak bkz. Süleyman Yılmaz ve Vehbi Umut Erkan, “Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi,” *İNÜHFD* 11, S. 2 (Aralık 2020): 574 vd.

gibi temel hallerde kullanıcı ile platform arasındaki sözleşme ilişkisinin hukuka uygun şekilde sona ermiş olacağını kabul edebiliriz.

Buna karşılık, kullanıcının platform ile olan ilişkisi kesilerek sözleşmenin tek taraflı şekilde sona erdirilmesi çalışmamızda incelenen kurallara ve özellikle sözleşme yapma ve yürütme zorunluluğuna aykırılık teşkil ediyorsa, sona ermenin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılacaktır. Bunun için her bir somut olay yukarıda yer alan ilgili tüm hukuk kuralları ışığında incelenmelidir.

V. PLATFORMLARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELERİN SOSYAL MEDYA İÇERİK ÜRETİCİLERİNE UYGULANMASI

Kısaca üzerinde durulmakta fayda olan bir husus ise sosyal medya platformlarında yer alan ve yaygın olarak *içerik üretici*, hukuki olaraksa *içerik sağlayıcı* olarak ele alınan kullanıcıların birbirlerini engellemeleri ve bunun hukuka uygunluğudur. Bunu birkaç örnek üzerinden somutlaştıralım:

- *Örnek 1:* Öğrenci A, sosyal medya paylaşımlarını görmemesi, kendisi ile iletişim kurmaması için diğer birkaç kullanıcıyı ve arkadaşını sebep göstermeksizin engeller.
- *Örnek 2:* Bakan B ve vali C, bu sıfatlarını kullanarak paylaşım yaptıkları sosyal medya hesaplarından bazı kişi veya kişileri herhangi bir sebeple engeller.
- *Örnek 3:* Bakan D, vali E ve şarkıcı F, özel paylaşımlar yapmak üzere herhangi bir resmi paylaşımında bulunmadıkları sosyal medya hesaplarından bazı kişi veya kişileri herhangi bir sebep göstermeden engeller.
- *Örnek 4:* Tüzel kişiliği bulunan futbol kulübü G, sosyal medya hesaplarından bazı basın kuruluşlarına ve gazetecilere ait hesapları engeller.
- *Örnek 5:* Özel üniversite H, devlet üniversitesi İ, bakanlık J ve belediye K, sosyal medya hesaplarını takip eden bazı kullanıcıları sebep göstermeksizin engeller.
- *Örnek 6:* Sosyal medya platformunda çok yüksek bir takipçi sayısına sahip sayfa olan hava durumu kanalı L ve yine haber sitesi M, takipçilerinden bazılarının yaptığı yorumları beğenmeyerek onları engeller.

Bu somut örnekleri şu şekilde değerlendirmek gerekir:

İlk örnekteki kişi, kendisi ile ilgili bilgileri bazı kişiler ile paylaşmayı tercih ederken, diğer kimseler ile paylaşmak istememektedir. Sosyal medya alanı kişilerin kamusal, özel ya da gizlilik alanına dahil ettikleri bilgilerini taşıyabilir. Burada kişi, engellediği kimseleri özel hayat alanından dışlamak istemektedir. Dolayısıyla engelleme hukuken uygundur.

İkinci örnekte yine gerçek kişilerin diğer üçüncü kişilerden bazılarını engelledikleri görülmektedir. Burada engellenmenin hukuka uygun olup olmadığı noktasında ilgili kişilerin sıfatları yanında yapılan paylaşımların ve sosyal medya hesaplarının niteliğine bakılmalıdır. Örnekte ilgili kişiler kamu otoritelerinin temsil eden kamuya mal olmuş kişilerdir. Asıl önemli husus ise söz konusu hesapların resmi sıfatlar altında kullanılmasıdır. Kamunun bu kimselerin bu sıfatlarını kullanırken yaptıkları paylaşımlardan ayırım yapılmaksızın haberdar olmasında net menfaatleri bulunur. Dolayısıyla örnekteki engellemeler hukuka uygun olmaz¹⁵¹.

Üçüncü örnekte ise yine kamuya mal olmuş kimseler bulunur. Bu kimselerden ikisi kamu otoritesine sahip makamlarda bulunurken birisi ise kamusal bir resmi sığata sahip değildir. Belirtmek gerekir ki, kamuya mal olmuş kimseler de özel hayat alanına sahiptir. Yalnızca özel hayat alanları diğer kimselere göre daha dardır. Burada kamuya mal olmuş kimseler de özel hayatlarının yönünü belirleme hakkına sahiptir ve özel hayata saygı gösterilmesini bekleyebilirler. O halde, söz konusu hesaplar yalnızca bu kimselerin özel hayatlarına ilişkin olduğundan, üçüncü kişileri gerekçe göstermeksizin engellemeleri hukuka uygun sayılır.

Dördüncü örneğe gelindiğinde, bir özel hukuk tüzel kişinin basın unsurlarından bazılarının kendisini takip etmesini engellediği görülmektedir. Burada da açıkça anlaşılacağı üzere kamuya haber aktarma görevini üstlenmiş kişiler kamu üzerinde önemli bir etkiye sahip olan tüzel kişi tarafından haksız bir şekilde engellenmektedir. Buna karşılık, kamusal bir etki ve makamdan değil de herhangi bir bireyden bahsediliyor olsaydı, basın temsilcilerinin aynı şekilde engellenmesi hukuka aykırıdır denilemeyecekti. Zira hiç kimsenin özel hayatını habercilere açması gibi bir zorunluluk olamaz.

¹⁵¹ Ancak elbette, ilgili içeriğin kirletilmesi, diğer kullanıcıları rahatsız eden veya hukuka aykırı nitelik taşıyan etkileşimlere girilmesi durumunda, engellenmek istenen davranışın niteliğine göre kısıtlama veya tümüyle engelleme seçenekleri de işlerlik kazanabilecektir. Bu sebeple somut olay incelemesi son derece önemlidir.

Beşinci örnekte ise üniversite, bakanlık, belediye gibi resmi sığata sahip tüzel kişiler bulunmaktadır. Söz konusu kişilerin faaliyet ve hizmetleri kamuya yöneliktir. Dolayısıyla tüm sosyal medya etkileşimlerinde kamunun ilgi ve menfaati bulunur. Bu durumda örnekteki engellemelerin hukuka aykırı olacağında şüphe yoktur.

Altıncı örnekte özel hukuk tüzel kişisi veya gerçek kişi olarak ele alınabilecek iki sosyal medya hesabı vardır. Bu sayfalar incelendiğinde, takipçi sayılarının vermiş olduğu gücün etkisiyle yüksek bir kamusal etkiye sahip oldukları anlaşılmaktadır. Bu sebeple ilgili sayfaların takip edilmesi, haber ve bilgi alınması noktasında tıpkı bir önceki örnekte olduğu gibi özel menfaat ve ilgi söz konusudur. Dolayısıyla örnekteki engelleme fiilleri hukuki uygunluğa sahip değildir.

Görüldüğü üzere, sosyal medya platformlarının kullanıcıları ile sözleşme kurma ve yürütme zorunluluğu olduğu gibi benzer hususların sosyal medya içerik üreticileri¹⁵² için de söz konusu olabildiği mümkündür.

VI. SÖZLEŞME YAPMA VE YÜRÜTME ZORUNLULUĞUNUN İHLALİNİN SONUÇLARI

Sosyal medya platformlarının çeşitli hukuki gerekçelerle kullanıcıları ile sözleşme yapma ve bunun ayrılmaz bir uzantısı olan sözleşme yürütme zorunluluğu altında oldukları anlaşılmaktadır. Bu noktada son olarak ise bu zorunluluklara uyulmaması durumunda sosyal medya platformlarına karşı yöneltebilecek hukuki argümanlar üzerinde genel hatlarıyla kısaca durulacaktır.

A. Sözleşmenin Kurulması ve Yürütülmesine Hükmedilmesi

Sözleşme yapma ve yürütme zorunluluğuna uyulmaması durumunda talep edilecek ilk husus sözleşmenin kurulması veya yürürlüğünün sağlanmasıdır¹⁵³. Dolayısıyla kural olarak *aynen ifa* davası açılabilir¹⁵⁴. İdarenin bulunduğu olaylarda ise *iptal* ve *tam yargı* davalarının gündeme gelebileceğini belirtmeliyiz¹⁵⁵.

¹⁵² İçerik sağlayıcı.

¹⁵³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 193.

¹⁵⁴ Vardar Hamamcıoğlu, "Tüketici Hukuku'nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu," 165, 190; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 193.

¹⁵⁵ Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu," 247 vd.

Burada sosyal medya platformuna doğrudan talepte bulunulabileceği gibi dava açılmak suretiyle zorunluluğa uygun hareket edilmesi sağlanabilir. Davaya bakan mahkeme, çalışmamızda incelediğimiz kural ve kavramları somut olaya uyarlayacak; sosyal medya platformunun sözleşme kurmama ve yürütmeme hakkı bir dayanağı bulunmadığını tespit ettiğinde sözleşmenin kurulmasına veya devamına hükmederek, platforma bunun gereğini yerine getirmesini emredecektir.

Sözleşmenin kurulması ve ifasına karar verilmesi için konunun imkansız olmaması¹⁵⁶ veya sözleşme kurmak isteyen taraf için anlamsız hale gelmemiş olması da gerekir. Aksi durumda sözleşmenin kurulması değil, zararların tazmini etkinlik ve anlam kazanacaktır¹⁵⁷. Ancak buradan, zararların tazmini için sözleşmenin imkansız hale gelmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Bir kimse hem sözleşmenin hakim hükmüyle kurulmasını hem de karşı tarafın sözleşmeyi kurmamış olması sebebiyle uğradığı zararları birlikte talep edebilir¹⁵⁸. Örneğin, platform üzerinde yasal şekilde ticari faaliyet yürüten firma, sebepsiz şekilde hesabının kapatılması karşısında hem hesabının aktif hale getirilmesini hem de bu arada geçen sürede yaşadığı kazanç kayıplarını talep edebilmelidir.

B. Zararların Tazmini

Sözleşme yapma zorunluluğuna uyulmamasının beklenen neticelerinden birisi zararların tazminine ilişkindir¹⁵⁹. Dolayısıyla gerek sözleşme yapmaktan geri durulması gerek yürütülmemesi gerekse de yürürlükte olan sözleşmenin tek taraflı ve haksız şekilde sosyal medya platformu tarafından sona erdirilmesinde ele alınabilecek bir diğer hukuki imkan ise *zararların*¹⁶⁰ tazminidir.

¹⁵⁶ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 193.

¹⁵⁷ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 193; Örneğin, kamu hizmeti niteliğindeki otobüs taşımacılığına kabul edilmeyen kimsenin sefere kabul edilmediği zaman için geriye dönerek ifa davası açmasının bir anlamı yoktur. Burada ancak zararların tazmini ve diğer idari/cezai şikayet prosedürleri işletilebilir.

¹⁵⁸ Vardar Hamamcıoğlu, “Tüketici Hukuku’nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu,” 190.

¹⁵⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 193; Ayrancı, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu,” 249.

¹⁶⁰ Zarar (*Schaden*) kavramına ilişkin genel olarak ayr. bkz., Huguenin, *Obligationenrecht*, 275; Martin A. Kessler, “Art. 41 vd.,” içinde *Obligationenrecht I (Art. 1-529)*, *Basler Kommentar*, ed. Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser

Gerçek kişiler ele alındığında sosyal medya hesabının kapatılması gibi bir durumda ele alınabilecek zarar türleri çoğunlukla (*immaterieller Schaden*¹⁶¹) *manevi zarar* ve (*normativen Schaden*¹⁶²) *normatif zarardır*. Kişi, kişilik hakkının ihlali olgusunun somut haldeki görünümüne dayanarak manevi tazminat talep edebilirken; bilgi edinme, haberleşme, iletişim, etkileşim imkanından mahrum kaldığı boşa geçen zaman için normatif zarar kavramına dayanabilir.

Durum tüzel kişiler ve tacirler için ayrı bir görünüm kazanır. Bu kimseler gerek tanıtımlarını gerek dolaylı satış faaliyetlerini sosyal medya üzerinden gösterebilmekte; takipçilerine marka ve işletmeleriyle ilgili güncel bilgileri vakit geçirmeksizin paylaşabilmektedir. Bu durumun haksız şekilde engellenmesi veya kesintiye uğratılması tabii olarak işletmelerin ve kişilerin zarar görmesine sebep olur. Burada ise akla gelen zarar türü (*materieller Schaden*¹⁶³) *maddi zarardır*. Bu zarar özellikle *yoksun kalınan kar (Lucrum Cessans*¹⁶⁴) şeklinde kendini gösterecektir.

(Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020), 360; Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (On İki Levha, 2019), 160 vd.; Murat Topuz, *İsviçre Ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar Ve Bu Zararın Belirlenmesi* (Seçkin, 2020), 41 vd.; Wolfgang Wiegand, “Art. 97,” içinde *Obligationenrecht I (Art. 1-529), Basler Kommentar*, ed. Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser (Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020), 702; Roland Brehm, *Art. 41-61 OR. Obligationenrecht Die Entstehung Durch Unerlaubte Handlungen, Berner Kommentar*, ed. Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter (Stämpfli Verlag, 2013), 63 vd.; O. Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu – Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,2* (Seçkin, 2019), 133 vd.; çeşitli türleri için ayr. bkz. Ulrich Magnus, “§ 249,” içinde *German Civil Code, Volume I: Books: 1-3, Article-by-Article Commentary*, ed. Gerhard Dannemann ve Reiner Schulze (C.H.Beck – Nomos, 2020), 354 vd.

¹⁶¹ Kavram için bkz. Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt II (m. 49-82)* (Yetkin, 2023), 1088; Carsten Heisig, *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich* (Verlag Dr. Kovač, 1999), 57; *Nichtvermögensschaden* kavramı ile bkz. Maximilian Fuchs, Werner Pauker ve Alex Baumgärtner, *Delikts- und Schadensersatzrecht* (Springer, 2017), 382.

¹⁶² Wiegand, “Art. 97,” 703; Brox ve Walker, *Schuldrecht*, 403.

¹⁶³ Kavram için bkz. Eren ve Dönmez, *Cilt II*, 1070 vd.; Heisig, *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*, 56; Brox ve Walker, *Schuldrecht*, 397 vd.; *Vermögensschaden* kavramı ile bkz. Fuchs, Pauker ve Baumgärtner, *Delikts- und Schadensersatzrecht*, 382; Looschelders, *Schuldrecht*, 376 vd.

¹⁶⁴ Kavram için bkz. Eren ve Dönmez, *Cilt II*, 1078; Wiegand, “Art. 97,” 703; Kessler, “Art. 41 vd.,” 361.

Zararın tazmininin hukuki dayanağı ise somut olaydaki değişkenlere bağlı olarak farklılaşır. Haksız rekabete aykırı fiiller¹⁶⁵, sözleşme öncesi kusur sorumluluğu (*culpa in contrahendo*¹⁶⁶) veya çoğunlukla sözleşmeye aykırılık ele alınabilecektir.

C. İdari Para Cezası

Sözleşme yapma ve yürütme zorunluluğuna uymamanın tazmin yükümlülüğüne sebebiyet vermesi dışında, ilgili sosyal medya platformlarının idari para cezalarına mahkum edilmesi de söz konusu olabilir. Hukuki bir somut dayanağa sahip olması gereken idari para cezası yaptırımlarının farklı kaynakları olabilir.

Örneğin,

- Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 77,
- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md. 16,
- Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu md. 25,

başta olmak üzere ilgili mevzuat hükümlerine dayanarak idari para cezaları uygulanabilecektir. Para cezası yaptırımına tabi tutulan sosyal medya platformlarının zarar gören ilgili gerçek ve tüzel kişilerin zararlarını tazmin etme yükümlülükleri ise saklıdır.

SONUÇ

Günümüzde internet ve sosyal medya, kişilerin olağan sosyal hayatlarından ticari faaliyetlerine kadar hemen her türlü etkileşimin yapısını değiştirmiştir. Yakın tarihlerde lüks bir imkan veya eğlence aracı olarak algılanan sosyal medya, bugün kişilerin ifade özgürlüklerini, bilgi edinme, haberleşme, manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarını kullandıkları en önemli yer haline almıştır. Keza kamu tüzel kişileri ve ticari işletmeler de

¹⁶⁵ RKHK md. 57: “Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur.”

¹⁶⁶ Özellikle idarenin sözleşme yapma zorunluluğu bağlamında inc. Nida Malbeği ve Merve Ayçe Özmeriç, “İdarenin Sözleşme Akdetme Zorunluluğu Ve Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu,” *TAÜHFD* 2, S. 1 (Haziran 2020): 135 vd.

faaliyetlerinin birer parçası olarak bu platformları kullanmaktadır. Özetle sosyal medya platformları insan ve toplum hayatının vazgeçilmez parçaları haline gelmiştir. Hal böyle olunca, kişilerin sosyal medya platformları ile olan ilişkileri de önemli bir konuma yükselmiştir.

Sosyal medya platformlarının, sözleşme yaparken kişiler arasında serbestçe seçim yapıp yapamayacağına veya sebeplerine ilişkin kendi ilkelerini kullanım koşullarında sunmuş olduğu gerekçesiyle kişileri istediği zaman platformlardan uzaklaştırıp uzaklaştıramayacağı hususları ise çalışmamız kapsamında incelenmektedir.

Bu noktada çalışmamızda elde edilen sonuç, sosyal medya platformlarının kullanıcıları karşısında sözleşme yapma ve yürütme zorunluluğuna tabi olduğudur. Bu zorunluluk dayanağını Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu gibi düzenlemelerdeki açık ve özel hükümlerden alabildiği gibi dürüstlük kuralı, ahlaka aykırılık, kişiliğin korunması, ifade özgürlüğü, haksız rekabet gibi Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi düzenlemelerde yer alan genel hükümlerden de alabilmektedir.

Sosyal medya platformlarının sözleşme yapma ve yürütme zorunluluğuna uymaması halinde ise genel olarak üç türlü hukuki talepten ve yaptırımdan bahsedebilmek mümkündür. Bunlardan ilki sözleşme ilişkisinin hakim kararıyla kurulması ve yürütmenin emredilmesi; ikincisi aykırılıklardan doğan (maddi, manevi, normatif) zararların tazmin edilmesi; üçüncüsü ise belirli hüküm ve yasaklara uyulmamasına ilişkin idari para cezalarının verilmesidir.

KAYNAKÇA

Akkurt, Sinan Sami. “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu Ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri.” *AÜHF* 60, S. 1 (Mart 2011): 19-46.

Antalya, O. Gökhan. *Marmara Hukuk Yorumu – Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,2*. Seçkin, 2019.

Armbrüster, Christian. “Vor § 145.” İçinde *Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, Ed. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald ve Georg Maier-Reimer, Vor § 145. Otto Schmidt, 2023.

Artunç, Çiçek Ersoy. “Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht.” *Annales De La Faculté De Droit d’Istanbul* 40, S. 57 (Aralık 2011): 295-320.

Aslan, Mehmet. “Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi.” *AndHD* 6, S. 1 (Ocak 2020): 159-182.

Ateş, Derya. “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları.” *TBBD*, S. 72 (2007): 75-93.

Axios. “All the platforms that have banned or restricted Trump so far.” Erişim Ağustos 25, 2024. <https://www.axios.com/2021/01/09/platforms-social-media-ban-restrict-trump>.

Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Adalet, 2020.

Ayrancı, Hasan. “Sözleşme Kurma Zorunluluğu.” *AÜHFD* 52, S. 3 (Ağustos 2003): 229-252.

Bacher, Bettina. “Interessenabwägung bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien.” *Medialex - Jahrbuch*, Ed. Urs Saxer, (Jahrbuch 2017): 5-19, https://medialex.ch/wp-content/uploads/2019/08/Medialex_Jahrbuch_2017.pdf

Baş Süzal, Ece. “Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu.” *BÜHFD* 13, S. 167-168 (Temmuz-Ağustos 2018): 9-37.

Bayram, Aziz Emir. “Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması.” *TBBD*, S. 119 (2015): 331-366.

Baysal, Başak. *Haksız Fiil Hukuku*. On İki Levha, 2019.

Below, Karl-Heinz. *Bürgerliches Recht Schuldrecht, Allgemeiner Teil*. Springer Fachmedien, 1965.

Boemke, Burkhard ve Bernhard Ulrici. *BGB Allgemeiner Teil*. Springer, 2014.

Brehm, Roland. *Art. 41-61 OR. Obligationenrecht Die Entstehung Durch Unerlaubte Handlungen, Berner Kommentar*, Ed. Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter. Stämpfli Verlag, 2013.

Brinkmann, Moritz. “Vor §§ 145 ff.”, *PWW Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, Ed. Hanns Prütting, Gerhard Wegen ve Gerd Weinreich, Vor §§ 145 ff. Luchterhand Verlag, 2021.

Brox, Hans ve Wolf-Dietrich Walker. *Allgemeiner Teil Des BGB*. Verlag Franz Vahlen, 2021.

Brox, Hans ve Wolf-Dietrich Walker. *Allgemeines Schuldrecht*. C. H. Beck, 2024.

Bulut, Hüseyin. “Tüketici Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu.” *KTO-KÜHFD* 5, S. 2, (Temmuz 2020): 173-192.

Büchler, Andrea. “ZGB 28.” İçinde *ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar*, Ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser, art. 28. Orell Füssli Verlag AG, 2016.

Eren, Fikret ve Ünsal Dönmez. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I (m. 1-48)*. Ankara: Yetkin, 2023.

Eren, Fikret ve Ünsal Dönmez. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt II (m. 49-82)*. Yetkin, 2023.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Yetkin, 2020.

Ersöz, Oğuz. *Dijital Tereke Kavramı ve Miras Hukukundaki Sorunları*. On İki Levha, 2024.

Esmer, Murat. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Medya Özgürlüğü: Kapsamı ve Sınırları.” *GSÜHFD*, S. 2 (2020): 761-877.

Facebook. Erişim Ağustos 1, 2024. <https://www.facebook.com>.

Fuchs, Maximilian, Werner Pauker ve Alex Baumgärtner. *Delikts- und Schadensersatzrecht*. Springer, 2017.

Furrer, Andreas, Markus Müller-Chen ve Bilgehan Çetiner. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. On İki Levha, 2021.

Gounalakis, Georgios. “Gleichbehandlung im Privatrecht - das Ende der Vertragsfreiheit?.” İçinde *Gedächtnisschrift Für Manfred Wolf*, Ed. Jens Dammann, Wolfgang Grunsky ve Thomas Pfeiffer, 623-638. Verlag C.H. Beck, 2011.

Gören, Zafer. “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü.” *İTÜSBD*, S. 24 (Güz 2013): 31-60.

Gümüş, Ali Tarık. “Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı.” *SÜHFD* 13, S. 2 (2005): 133-172.

Güven, Pelin. “Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi).” *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları* (Haziran 2004): 3-98, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari/perskonfyyn9.pdf>.

Hatemi, Hüseyin ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. Vedat, 2017.

Hausheer, Heinz ve Regina E. Aebi-Müller. *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*. Stämpfli Verlag AG, 2012.

Heisig, Carsten. *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*. Verlag Dr. Kovač, 1999.

Huber-Purtschert, Tina. “Law of Obligations.” İçinde *Introduction To Swiss Law Vol. 2*, Ed. Daniel Hürlimann ve Marc Thommen, 305-331. Carl Grossmann Verlag, 2018.

Huguenin, Claire. *Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil*. Schulthess, 2019.

Instagram. Erişim Ağustos 1, 2024. <https://www.instagram.com>

İçel, Kayıhan. “Kitle İletişim Özgürlüğü ve İnternet Kısıtlamaları.” *İBD* 96, S. 6 (2022): 36-45.

Kessler, Martin A. “Art. 41 vd.” İçinde *Obligationenrecht I (Art. 1-529)*, *Basler Kommentar*, Ed. Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser, art. 41. Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020.

Kılıç, Sema. “Tüketicinin Korunması Bakımından Sözleşme Yapma Zorunluluğu.” *THD*, S. 211 (Mart 2024): 125-138.

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Turhan, 2020.

Kilian, Wolfgang. “Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem.” *ACP* 180, S. 1-2 (April 1980): 47-83.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt – Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*. Filiz, 2017.

Korkmaz, Fırat. “Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Bir İstisnası Olarak Önsözleşme.” *KTO-KÜHFD* 1, S. 2 (Temmuz 2016): 281-296.

Leenen, Detlef. *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*. De Gruyter, 2015.

Looschelders, Dirk. “§ 305.” İçinde *Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, Ed. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald ve Georg Maier-Reimer, § 305. Otto Schmidt, 2023.

Looschelders, Dirk. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. Verlag Franz Vahlen, 2021.

Magnus, Ulrich. “§ 249.” İçinde *German Civil Code, Volume I: Books: 1-3, Article-by-Article Commentary*, Ed. Gerhard Dannemann ve Reiner Schulze, § 249. C.H.Beck – Nomos, 2020.

Malbeleşi, Nida ve Merve Ayçe Özmeriç. “İdarenin Sözleşme Akdetme Zorunluluğu Ve Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu.” *TAÜHFD* 2, S. 1 (Haziran 2020): 133-162.

Meise, Barbara ve Claire Huguenin. “Art. 19-20.” İçinde *Obligationenrecht I (Art. 1-529), Basler Kommentar*, Ed. Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser, art. 19-20. Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020.

Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Beta, 2021.

Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. Vedat, 2022.

Reyhani Yüksel, Sera. “Elektronik Sözleşmelerde Cayma Hakkı.” İçinde *E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, Ed. Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun, 129-153. Aristo, 2017.

Schürmann, Leo. *Medienrecht*. Verlag Stämpfli & Cie AG, 1985.

Schwenzer, Ingeborg ve Cristiana Fountoulakis. “Art. 11.” İçinde *Obligationenrecht I (Art. 1-529), Basler Kommentar*, Ed. Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser, art. 11. Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020.

Serozan, Rona. “m. 1.” İçinde *İstanbul Şerhi - Türk Borçlar Kanunu Cilt I*, Ed. Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla ve H. Murat Develioğlu, m. 1. Vedat, 2018.

Sprafke, Susanne. *Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang*. Kassel University Press, 2013.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Filiz Kitabevi, 1993.

Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. On İki Levha, 2020.

Topuz, Murat. *İsviçre Ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar Ve Bu Zararın Belirlenmesi*. Seçkin, 2020.

TRT Haber. “Trump’a sosyal medya engeli.” Erişim Ağustos 25, 2024. <https://www.trthaber.com/haber/dunya/trumpa-sosyal-medya-engeli-544832.html>.

Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu (TİHEK). “Kurul Kararları.” Erişim Ağustos 17, 2024. <https://www.tihok.gov.tr/kategori/pages/kararlar>.

Ulutürk, G. Hande. “Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Haber Verme ve Haber Alma Hakları.” *BÜHFD* 13, S. 167-168 (Temmuz-Ağustos 2018): 69-151.

Uzun Üçgül, Ezgi Ülkü. “Konusu Kamu Hizmetinin Yürütülmesi Olan Sözleşmelerde İdarenin Sözleşme Serbestisi.” *ÇÜHFD* 8, S. 2 (Ekim 2023): 511-532.

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. “Tüketici Hukuku’nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu Ve Uygulaması.” *YÜHFD* 12, S. 2 (2015): 157-200.

Whatsapp. Erişim Ağustos 1, 2024. <https://www.whatsapp.com>.

Wiegand, Wolfgang. “Art. 97.” İçinde *Obligationenrecht I (Art. 1-529), Basler Kommentar*, Ed. Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser. Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020.

X (Twitter). Erişim Ağustos 1, 2024. <https://x.com>.

Yılmaz, Ahmet. “Türk Anayasa Metinlerinde İfade Özgürlüğü.” *AD* 2, S. 71 (2023): 313-340.

Yılmaz, Süleyman, ve Vehbi Umut Erkan. “Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi.” *İNÜHFD* 11, S. 2 (Aralık 2020): 567-86.

Youtube. Erişim Ağustos 1, 2024. <https://www.youtube.com>.

Yücer Aktürk, Zeynep İpek. “Elektronik Sözleşmelerin Kurulması, Hüküm ve Sonuç Doğurması.” *AHBVÜHFD* 27, S. 4 (Ekim 2023): 3-37.

Yünlü, Semih. “Kişilik ve Korunması.” İçinde *Medeni Hukuk I – Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, Ed. Metin İkizler ve Özlem Tüzüner, § 9. Adalet, 2023.

Yünlü, Semih. “Yeni Bir Anayasa Düşüncesi Bağlamında İnternet Erişiminin Önemi Üzerine Özel Hukuk Perspektifinden Fonksiyonel Ve Sosyal Bir Değerlendirme.” İçinde *Genç Hukukçular Sempozyumu 2021 Tam Metin Kitabı Cilt 1*, Ed. Ümit Süleyman Üstün, Alper Uyumaz ve Tamer Bozkurt, 165-208. On İki Levha, 2022.

Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Vedat, 2021.

KISALTMALAR CETVELİ

§	: Paragraf
ACP	: Archiv für die civilistische Praxis
AHBVÜHFD	: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AndHD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Artikel (Madde)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
Ayr.	: Ayrıca
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz.	: Bakınız
BÜHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ÇÜHFD	: Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ed.	: Editör
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İnc.	: İnceleyiniz
İNÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
KTO-KÜHFD	: KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
md.	: Madde
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Örn.	: örneğin
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

szt.	: son ziyaret tarihi
TAÜHFD	: Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TİHEKK	: Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKI VE YASAL UYUŞMAZLIKLAR

*Consumer's Right of Withdrawal and Legal Disputes in
Pre-paid Housing Sale Contracts*

Nefise Hürriyet İŞGÜZAR*

ÖZ

Tüm dünyada ön ödemeli konut satış sözleşmeleri, tüketicilere ödemeleri zamana yayarak yüksek satış bedellerini uzun vadede parça parça ödeme imkânı sunduğundan ve inşaat sektöründeki finansman ihtiyacını karşılamada kolaylık sağladığından, yaygın olarak kullanılan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Hukukunda her ne kadar “taşınmaz satış sözleşmeleri” Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanun’unda düzenlenmiş olsa da, ön ödemeli konut satış sözleşmeleri özel olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹’de kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 43.maddesinde Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerinde tüketicinin cayma hakkı düzenlenmiştir. Cayma hakkı, ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde tüketiciyi koruma arzusuyla tamamen tüketiciye bahşedilmiş bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak Türk Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun maddelerinde yapılan düzenlemelerdeki “cayma hakkı” kavramları ve “cayma hakkı”na ilişkin hukuki düzenlemeler arasındaki uyumsuzluk, tüketicinin haklarının etkili bir şekilde korunmasını zorlaştırmaktadır. Bu çalışmada, ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde tüketicinin cayma hakkı ele alınmış; Türkiye’deki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu ve Ön Ödemeli Konut Satışı Yönetmeliği’ndeki hukuki düzenlemeler

Makalenin Geliş Tarihi: 13.02.2025, **Makalenin Kabul Tarihi:** 28.02.2025.

* Avukat, Ankara Barosu, E-posta: h_isguzar@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-8447-0517.

¹ Resmî Gazete, 28 Kasım 2013, Sayı 28835.

incelenmiştir. Ayrıca bu düzenlemeler arasındaki uyumsuzluklar irdelenerek, buna ilişkin çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Ön Ödemeli Konut, Cayma Hakkı, Tüketici Hukuku, Yasal Uyuşmazlıklar, Tüketici Hakları.

Abstract

Pre-paid housing sale contracts are widely used worldwide as they allow consumers to spread their payments over time, making it possible to pay high sales prices in installments over the long term, while also effectively meeting the financing needs of the construction sector. Although "real estate sale contracts" are regulated under the Turkish Code of Obligations and the Turkish Civil Code in Turkish law, prepaid housing sale contracts are specifically addressed under the Law on Protection of Consumers No.6502.

Article 43 of the Law on Protection of Consumers regulates the consumer's right of withdrawal. This right granted entirely to the consumer with the aim of protecting them in prepaid housing sale contracts. However, the differences in the concept of "right of withdrawal" and the legal regulations concerning it in the Turkish Code of Obligations and the Law on Protection of Consumers create inconsistencies that make it difficult to effectively protect consumer rights.

This study examines the consumer's right of withdrawal by analyzing the legal regulations in the Law on the Protection of Consumers, the Turkish Code of Obligations, and the Regulation on Prepaid Housing Sales in Turkey. The inconsistencies among these regulations are evaluated, and possible solutions are proposed.

Keywords: Prepaid Housing, Right of Withdrawal, Consumer Law, Legal Disputes, Consumer Rights.

GİRİŞ

İnsanların en temel ihtiyaçlarından biri barınmadır. Bu yüzden herkesin barınmak için bir konuta sahip olması gerekir. Ekonomik dalgalanmalardan ötürü yüksek konut bedelleri ile karşılaştığımız bugünlerde, sadece ülkemizde değil, tüm dünyada tüketicilerin ödemeleri zamana yayarak işbu yüksek satış bedellerini uzun vadede parça parça ödeme imkânı ile henüz inşa edilmeyen

konutları önceden satın almak istemesi², satıcıların cezbedici pazarlama yöntemlerine³ inanmaları gibi birçok sebeple, henüz inşasına bile başlanmamış olan konutlar için tüketiciler önceden ödeme yapmayı kabul etmektedirler. Bu sebeplerden ötürü, günümüzde ön ödemeli konut satışları, yalnızca ülkemizde değil tüm dünyadaki gayrimenkul satış piyasasında önemli bir yer tutmaktadır.⁴ Halk dilinde “maketten satış”, “temelden satış” veya “sat-yap” olarak tasvir edilen ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde tüketici konut satış bedelini peşin veya parça parça ifa etmekte, sözleşmeye konu konut ise ödemelerin tamamen veya kısmen yapılmasından sonra tüketiciye teslim edilmektedir.

Türk Hukukunda ön ödemeli konut satış sözleşmeleri her ne kadar genel anlamda Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanun’unda görülmekte ise de, özel olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ön ödemeli satış kavramı, “Ön Ödemeli Taksitle Satış” başlığı altında 264.maddede düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin konusunu sadece taşınır mallar oluşturmaktadır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 40. maddesinde verilen tanımda ise ön ödemeli satışın konusunu “konut ve tatil amaçlı” taşınmazlar oluşturmaktadır.⁵ Kanun hükümlerinde taksitli satış

² Yeşim Atamer, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması* (İstanbul: 2016), 214; Ling Li ve K. W. Chau, "What Motivates a Developer to Sell Before Completion?," *The Journal of Real Estate Finance and Economics* 59 (2019): 209-232; C. O. Chang ve C. W. Ward, "Forward Pricing and the Housing Market: The Pre-Sales Housing System in Taiwan," *Journal of Property Research* 10, no. 3 (1993): 217; Heather K. Way ve Lucy Wood, "Contracts for Deed: Charting Risks and New Paths for Advocacy," *Journal of Affordable Housing & Community Development Law* 23, no. 1 (2014): 38; J. P. A. M. Jacobs, R. H. Koning ve E. Sterken, *Modelling Prepayment Risk* (University of Groningen, 2005), 7.

³ Argun Karamanoğlu, *Tüketici Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım* (Ankara: 2016), 67-68.

⁴ K. W. Chau, S. K. Wong, ve C. Y. Yiu, "Housing Quality in the Presale Contracts Market," *Journal of Real Estate Finance and Economics* 34, no. 3 (2007): 313-325; C. R. Cunningham, "House Price Uncertainty, Timing of Development, and Vacant Land Prices: Evidence for Real Options in Seattle," *Journal of Urban Economics* 59, no. 1 (2006): 1-31; R. Edelstein, P. Liu, ve F. Wu, "The Market for Real Estate Presales: A Theoretical Approach," *Journal of Real Estate Finance and Economics* 45, no. 1 (2012): 30-48; E. Charlier, "Quantifying Refinancing Incentives and Losses from Prepayments," *The Journal of Fixed Income* 10 (2001): 55-64.

⁵ Mehmet Doğan, *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi* (İstanbul: 2018), 6.

sözleşmesinde “bugün al yarın öde” düşüncesi esas alınmış iken, 6502 sayılı TKHK’un 40. maddesine göre ise taksitli satış sözleşmesinden farklı olarak “bugün öde yarın al” fikri esastır.⁶

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun yürürlüğe girmeden önce, tüketiciler ve satıcılar arasında imzalanan konut satış sözleşmelerine mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 7.maddesinde düzenlenen kampanyalı satışlara ilişkin hükümler uygulanmaktaydı. Bazı durumlarda, tüketicilerin ilgili satış bedellerini ödemeye başlamasına rağmen satıcılar tarafından konutların inşasına başlanmamış ya da inşaat süresinde tamamlanmamaktaydı. Mevcut ekonomik şartlarda gayrimenkul satışlarındaki yüksek meblağlar da göz önüne alındığında kendisi veya ailesi için barınma amacı ile konut almak isteyen tüketicilerin, genellikle satıcıdan kaynaklanan nedenlerden ötürü projelerin tamamlanmaması ve konutlarını teslim alamaması durumlarında mevcut kanun hükümleri ile mahkeme uygulamaları tüketicilerin mağdur olmasına engel olamamaktaydı.⁷ Hal böyle olunca tüketici ileri bir tarihte konutuna kavuşmayı beklerken, kendisinden kaynaklanmayan ve çoğu zaman satıcıdan kaynaklanan sebeplerle konutunu elde edemediği gibi, önceden ifa ettiği satış bedelini de bazen geri alamamaktaydı. Bu sebeplerden ötürü, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 40-46 hükümleri arasında “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi” düzenlenerek tüketicinin hakları koruma altına alınmıştır. Kanun koyucu bu konuyu ayrı bir başlık altında detaylıca düzenleyerek tüketicinin satım bedelinin bir kısmını veya tamamını ödeyerek sözleşme ile üstlendiği edimi yerine getirmesinin ardından satıcının, mülkiyeti devir ve konutu teslim borcunu ifa etmemesine karşı tüketiciyi korumayı amaçlamıştır.⁸ Kanunun gerekçesinde, “konutun satışa sunulduğu dönemde ortada henüz bir konut bulunmadan veya inşaatı devam ederken konut satışının yapılmasının tüketicilerin iyi niyetinin kötüye kullanılmasına sebebiyet verdiği ve bu durumun düzenlenmesi gerektiği” belirtilmiştir. Ayrıca TKHK 40-46.maddeleri dışında hukukumuzda “Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik” hükümleri de mevcuttur.

⁶ Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, vol. 1 (İstanbul: 2014), 250.

⁷ Tamer İnal, "Ön Ödemeli Konut Satışı," *Milli Şerh* içinde, ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (İstanbul: 2016), 625.

⁸ Aslı Makaracı, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı," *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı* (İstanbul: 2015), 240.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik'te tüketiciyi koruyan en önemli düzenlemelerden biri, kanun koyucu tarafından tüketiciye tanınan "cayma hakkı"dır. Cayma hakkı, alıcı olan tüketiciye, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkı tanımaktadır. Ancak Türkiye'deki mevcut hukuki düzenlemelerdeki farklılıklar ve belirsizlikler, bu hakkın kullanımını konusunda çeşitli zorluklar yaratabilmektedir. Türkiye'deki düzenlemelerdeki işbu uyumsuzluklar, tüketici hakları açısından önemli sorunlara yol açabilmektedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Ön Ödemeli Konut Satış Yönetmeliği arasındaki çelişkiler, özellikle cayma hakkının tüketici tarafından kullanılmasına yönelik önemli sorunlar doğurduğundan, bu çalışma, ilgili kanun hükümleri ile yönetmelikler arasındaki uyumsuzlukları irdeleyerek, bu sorunlara çözüm önerileri sunmayı amaçlamaktadır

I. GENEL OLARAK ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİ

Ön ödemeli konut satış sözleşmeleri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 40-46. maddeleri ile düzenlenmiştir. Ayrıca, bu kanunun uygulanmasına ilişkin detaylar Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik ile belirlenmiştir.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, TKHK m.40/I'de şu şekilde tanımlanmıştır:

"Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir."

Bir başka tanıma göre ise, ön ödemeli konut satış sözleşmesi ticari saikle hareket eden satıcı ile tüketici arasında akdedilen ve satıcıya konutun mülkiyetini devir borcunu yüklerken, tüketiciye ise satıcı edimini ifa etmeden önce satış bedelinin bir kısmını ödeme yükümlülüğü getiren, kanunda düzenlenmiş olan taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan bir sözleşmedir.⁹

⁹ Umut Yeniocak, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Göre Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Şekli," *Terazi Hukuk Dergisi* 10, no. 102 (Şubat 2015): 45.

Genel olarak ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin en temel ihtiyaçlardan biri olan barınma ihtiyacını karşılamak amaçlı bir konutu, önceden satış bedelini peşin ya da kısım kısım ödediği, satıcının ise devir ve teslim borcunu tüketicinin edimini ifasından sonra yerine getirdiği sözleşme türüdür.¹⁰

Bu sözleşme türünün TKHK kapsamında detaylı olarak düzenlenme amacının yukarıda da belirtildiği üzere, uygulamada çok sık karşılaşılan ve halk arasında “projeden satış,” “topraktan satış” veya “maketten satış” olarak da bilinen, özellikle henüz ortada konut yokken bedel ödemeye başlayan tüketicilerin korunması olduğu, ilgili hükmün gerekçesinde de belirtilmiştir.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde, edimlerin ifa sırası belirlenmiş ve satış bedelinin ödenmesine öncelik tanınmıştır.¹¹ Konut amaçlı bir taşınmaz için tüketici öncelikle satış bedelini ödeme borcunu yerine getirmeli, satıcı ise devir ve teslim borcunu satış bedelinin parça parça veya tamamen ödenmesinden sonra ifa etmelidir.¹² İlgili kanun hükmü uyarınca dikkat edilmesi gereken husus, taşınmazın mülkiyetinin devir ve tesliminin, tüketicinin satış bedelini ödemesinden sonra gerçekleşmesidir. Satış bedelinin ödenmesi ile eş zamanlı olarak mülkiyetin devri gerçekleştiriliyorsa, yani TKHK m. 40 kapsamında belirtilen edimlerin ifası sırasında tüketicinin satış bedelini taşınmazın tesliminden önce ödemesi şartı aranmıyorsa, TKHK 40.madde uyarınca ön ödemeli konut satış sözleşmesinden bahsedilemez.¹³

¹⁰ Doktrindeki benzer tanımlar için bkz. Şebnem Akipek ve Levent Öcal, "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Ön Ödemeli Konutların Değerlemesi," *TBB Dergisi* 144 (2019): 278; Sezer Çabri, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi," *4. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, 1.Bası (Ankara: 2015), 206; Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Şerhi* (İstanbul 2014), 250; Etem Sabâ Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi* (İstanbul: 2016), 3-4; İ. Yılmaz Aslan, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 5. bası (Bursa: 2014), 526; Murat Aydoğdu, "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri," *Terazi Hukuk Dergisi* 9, "I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı" (Ankara: 2014), 88; İlhan Kara, *Tüketici Hukuku* (Ankara: 2015), 883; Ahmet Karakocalı ve Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku* (İstanbul: 2015), 128; Orhan Sekmen, *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi ve Hükümsüzlüğü* (İstanbul: 2018), 14.

¹¹ Sezer Çabri, "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi," 206.

¹² Sevtap Kaya, "İnşaat Sektöründe Maketten Satışı ve Uygulamaları," *3. Tüketici Sempozyumu, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* içinde (Ankara: 2014), 559.

¹³ Mustafa Ünlütepe, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi," *Ankara Barosu Dergisi* 2 (Mart 2014), 301.

Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin aslında temelini taşınmaz satış sözleşmesi oluşturduğundan, burada da tüketicinin asli borcu sözleşmenin konusu olan konutun bedelini ödemek ve bunun karşılığında konutun mülkiyet ve zilyetliğini devralmaktır. Tüketicinin borçları bakımından her ne kadar klasik taşınmaz satış sözleşmesinden bir farklılık olmasa da, TKHK'daki düzenleme bakımından tüketicinin hakları farklılık arz etmektedir. Ön ödemeli konut satış sözleşmesi tüketici sözleşmesi niteliği taşıdığından, kanun koyucunun buradaki temel amacı tüketiciyi korumaktır. Bu amaç doğrultusunda TKHK kapsamında klasik taşınmaz satış sözleşmelerinden farklı olarak tüketiciye sözleşmenin yapılmasından itibaren ön dört gün içinde hiçbir sebep belirtmeksizin ve ceza koşulu ödemedi sözleşmeden cayma hakkı tanınmıştır.

II. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE CAYMA HAKKI

Cayma kelimesi TDK'da "sözünden, kararından dönmek" olarak tanımlanmıştır.¹⁴ Türk Hukuku'nda düzenlenen cayma hakkı ise, tüketicinin ortaya koyduğu iradesinin hukuki sonuçlar doğurmasını engelleyerek, tüketicinin mağduriyetine yol açabilecek yasal durumu ortadan kaldıran ve tüketicinin korunmasını sağlamayı amaçlayan bir haktır.¹⁵

Tüketicinin cayma hakkı TKHK'nun 43. maddesinde;

"Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve ceza şart ödemeksizin ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir.

Satıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür.

(2) Taşınmazın kısmen veya tamamen bağlı krediyle alınması durumunda bağlı kredi sözleşmesi, sözleşmenin kurulduğu tarihte hüküm doğurmak üzere bu maddede öngörülen cayma hakkı süresi sonunda yürürlüğe girer. Konut

¹⁴ Türk Dil Kurumu, "www.tdk.gov.tr," erişim 3 Nisan 2024.

¹⁵ Çağlar Özel, *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı* (Ankara: 1999), 70; Özge Uzun Kazmacı, "TKHK Çerçevesinde Elektronik Sözleşmeler," *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım* içinde, ed. Esra Hamamcıoğlu, Özge Uzun Kazmacı, M. Ertan Yardım, Argun Karamanlıoğlu ve Z. Gizem Sayın (Ankara: 2016), 31.

finansmanı kuruluşu cayma hakkı süresi içinde tüketiciden faiz, komisyon, yasal yükümlülük ve benzeri isimler altında hiçbir masraf talep edemez.

(3) Satıcının aldığı bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi iade ettiği tarihten itibaren, tüketici on gün içinde edinimlerini iade eder” şeklinde düzenlenmiştir.

Yine aynı şekilde tüketicinin cayma hakkı ayrıca Yönetmelik’in 8. Maddesinde:

“Tüketici, sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren on dört gün içinde, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir.

(2) Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcıya noterlikler aracılığıyla yöneltilmesi yeterlidir. Konut bedelinin bir kısmının bağlı kredi ile karşılanması durumunda, cayma hakkının kullanıldığı bilgisi satıcı tarafından ilgili konut finansmanı kuruluşuna derhal bildirilir.

(3) Taşınmazın kısmen veya tamamen bağlı krediyle alınması durumunda bağlı kredi sözleşmesi, sözleşmenin kurulduğu tarihte hüküm doğurmak üzere cayma hakkı süresi sonunda yürürlüğe girer. Konut finansmanı kuruluşu cayma hakkı süresi içinde tüketiciden faiz, komisyon, yasal yükümlülük ve benzeri isimler altında hiçbir masraf talep edemez.

(4) Taşınmaz için bina tamamlama sigortası yaptırılmış ise, sigorta teminatı, kurulduğu tarihten itibaren hüküm doğurmak üzere cayma hakkı süresi sonunda yürürlüğe girer.

(5) Cayma hakkının kullanılması durumunda, tüketiciye iade edilmesi gereken tutar ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belge cayma bildiriminin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç on dört gün içinde tüketiciye geri verilir.

(6) Satıcının aldığı bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi iade ettiği tarihten itibaren, tüketici on gün içinde edinimlerini iade eder.

(7) Satıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir. Tüketicinin bu hakkını kullanması ile ön ödemeli konut satış sözleşmesi sona erecektir. “ şeklinde düzenlenmiştir.

Ön ödemeli konut satış sözleşmeleri kapsamında TKHK 43.maddede düzenlenen cayma hakkının, öğretide geri alma hakkı¹⁶ ya da dönme hakkı¹⁷ olarak da adlandırıldığı görülmektedir. TBK ve TKHK maddelerinde yapılan düzenlemelerdeki kavramlar arasında da uyumsuzluk bulunmaktadır. Cayma hakkı, geri alma ve dönme haklarının kanunlarda farklı kullanılması sonucunda, bu kavramların birbirleri ile karıştırıldığı görülmektedir. Örneğin TKHK'da kullanılan cayma hakkı kavramı TBK'da geri alma hakkı; TKHK'da düzenlenen dönme hakkı kavramı ise TBK'da cayma hakkı olarak düzenlenmiştir.¹⁸

Cayma hakkı, satıcıya kıyasla daha güçsüz bir durumda olan tüketiciyi, sözleşme hukukunun temel prensiplerinden biri olan sözleşmeye bağlılık prensibini sözleşme adaleti ilkesi ile sınırlandırarak korumayı amaçlamaktadır.¹⁹ Tüketicie cayma hakkının verilmesi, sözleşmeye bağlılık ilkesine bir istisna oluşturmaz, zira her ikisinin de esas amacı, sözleşme adaletini temin etmektir.²⁰

Ayrıca cayma hakkı ve buna yönelik sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü de tüketicileri bilgi kirliliğinden korumakta ve rasyonel değerlendirme yapamayan tüketicilere kararları bakımından düşünme süresi tanıyarak fikirlerini değiştirme imkânı sunmaktadır.²¹ Her ne kadar cayma hakkı, sıklıkla fesih ve dönme kavramlarıyla karıştırılsa da, bu hak tüketicinin tek taraflı irade beyanı ile kullanılır ve satıcının iradesi bu hakkın

¹⁶ Selin Sert Sütçü, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı* (Ankara: 2016), 6; Şebnem Akipek Öcal, "Madde 24," *Milli Şerh* içinde, ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (İstanbul: 2016), 504; Serkan Ayan, "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Cayma Hakkı," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, 3 (Temmuz 2019): 57.

¹⁷ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi*, 105; Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (Ankara: 1998), 70-71.

¹⁸ Aydoğdu, *Ön Ödemeli*, 90; Sert Sütçü, *Tüketicinin Cayma Hakkı*, 3.

¹⁹ Hasan Seçkin Ozanoğlu, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi* (Ankara: 1999), 214; Başak Baysal, "Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 75, 1 (2017): 275.

²⁰ Hans-W. Micklitz, Jules Stuyck, Evelyne Terryn ve Dimitri Droshout, ed., *Cases, Materials and Text on Consumer Law* (Oxford: Hart Publishing, 2010), 239.

²¹ "cooling off period" için bkz. Christian Twigg-Flesner ve Reiner Schulze, "Protecting Rational Choice: Information and the Right of Withdrawal," *Handbook of Research on International Consumer Law*, der. Geraint Howells, Iain Ramsay, Thomas Wilhelmsson ve David Kraft (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010), 130-157.

kullanılmasında etkili değildir. Sonuç olarak cayma hakkı, ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde tüketiciyi koruma arzusuyla tamamen tüketiciye bahşedilmiş bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

A.CAYMA HAKKININ ŞEKLİ

Tüketicinin dönme hakkında olduğu gibi TKHK'un ön ödemeli konut satış sözleşmesini düzenleyen maddelerinde cayma hakkının kullanılması bakımından da herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Cayma hakkının düzenlendiği TKHK 43.maddede cayma hakkının kullanılmasına ilişkin beyanın nasıl yapılması gerektiğine ilişkin de bir düzenleme mevcut değildir.

Ancak Yönetmelik'in 8. maddesinde cayma hakkının şekline ilişkin *"Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcıya noterlikler aracılığıyla yöneltilmesi yeterlidir. Konut bedelinin bir kısmının bağlı kredi ile karşılanması durumunda, cayma hakkının kullanıldığı bilgisi satıcı tarafından ilgili konut finansmanı kuruluşuna derhal bildirilir"* şeklinde bir düzenleme mevcuttur.

B.CAYMA HAKKININ SÜRESİ

Gerek TKHK 43.maddede gerekse Yönetmelik'in 8.maddesinde tüketicinin sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren on dört gün içinde cayma hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim on dört gün içinde satıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir.

Satıcı, tüketiciyi cayma hakkı konusunda bilgilendirmelidir. Satıcı kanunda belirtildiği üzere tüketiciyi cayma hakkı konusunda hiç bilgilendirmemiş ise, TKHK'nun 47/6. maddesi 6'ncı uyarınca "satıcı veya sağlayıcının bu maddede belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket etmesi veya tüketiciyi cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirmemesi durumunda, tüketici cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlükârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer". Görüldüğü üzere satıcının tüketiciyi cayma hakkı konusunda bilgilendirmediği durumlara yönelik on dört günlük süre sınırlaması kaldırılmış ancak her halükârda cayma hakkının kullanılmasına ilişkin azami zamanaşımı süresi de bir yıl olarak belirlenmiştir.

C. CAYMA HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

1. Cayma Hakkının Kullanılmasının Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerine Etkisi

Tüketici tarafından cayma hakkının kullanılmasıyla birlikte ön ödemeli konut satış sözleşmesi sona erer. Cayma hakkının kullanılmasının bir sonucu olarak TKHK 43.madde uyarınca satıcı tüketiciden aldığı bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi tüketicie iade eder. Tüketici de satıcının iade yükümlülüklerini yerine getirmesinden itibaren on gün içerisinde edinimlerini iade eder.

TKHK'un 43.maddesinde tüketicinin edinimlerini hangi sürede iade etmesi gerektiği düzenlenmişken, satıcının tüketiciden aldığı bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi tüketicie hangi sürede iade etmesi gerektiği düzenlenmemiştir. Ancak yine birçok durumda karşımıza çıktığı gibi, TKHK kapsamında düzenlenmeyen bu husus Yönetmelik'in 8/5. Maddesinde "*Cayma hakkının kullanılması durumunda, tüketicie iade edilmesi gereken tutar ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belge cayma bildirimine satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç on dört gün içinde tüketicie geri verilir*" şeklinde düzenlenmiştir. Maddeden de açıkça anlaşıldığı üzere, tüketicinin cayma hakkını kullandığı durumlarda, cayma bildirimine satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç on dört gün içinde tüketicie iade edilmesi gereken tutarı ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi satıcı tüketicie iade etmelidir. Bu süre cayma bildirimine satıcıya ulaşmasından itibaren başlar. Tüketicinin de iade borcunun zamanı satıcı temel alınarak düzenlenmiştir. Tüketici satıcının edinimlerini iade etmesinden sonra on gün içerisinde edinimlerini iade etmek zorundadır.

TKHK 43.maddede tüketicinin cayma hakkını kullanması durumunda, sözleşmenin kurulmasından ve cayma hakkının kullanılmasından ötürü doğan masraflara kimin katlanacağı hususu düzenlenmemiştir. Öğretide bir görüşe göre, cayma hakkı tüketicie hiç bir sebep gösterilmeden keyfi kullanılabilir bir hak olarak tanındığından, artık masraflara da tüketicinin katlanması gerekmektedir.²² Diğer görüşe göre ise de, cayma hakkının kullanılması ile birlikte ortaya çıkacak masraflara satıcı katlanmalıdır, çünkü aksinin kabulü halinde tüketici lehine düzenlenen cayma hakkının tüketicie koruma amacı ortadan kalkacaktır.²³

²² Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi*, 109.

²³ Ayan, "Cayma," 84.

2. Cayma Hakkının Kullanılmasının Bağlı Kredi Sözleşmelerine Etkisi

Tüketici tarafından cayma hakkının kullanılması yönünden önemli olan bir diğer husus ise ön ödemeli konut satış sözleşmesinin konusu olan taşınmaz satış bedelinin bağlı kredi sözleşmesi ile finanse edilmesidir. Tüketici cayma hakkını kullanarak ön ödemeli konut satış sözleşmesini geçmişe etkili olarak sona erdirmektedir. Böyle bir durumda taşınmaz satış bedelinin finanse edilmesine yönelik tüketici ile konut finansman kuruluşu arasındaki bağlı kredi sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı TKHK 43.maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. TKHK 43.maddesi uyarınca;

“Taşınmazın kısmen veya tamamen bağlı krediyle alınması durumunda bağlı kredi sözleşmesi, sözleşmenin kurulduğu tarihte hüküm doğurmak üzere bu maddede öngörülen cayma hakkı süresi sonunda yürürlüğe girer. Konut finansmanı kuruluşu cayma hakkı süresi içinde tüketiciden faiz, komisyon, yasal yükümlülük ve benzeri isimler altında hiçbir masraf talep edemez.” Kanun hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, bağlı kredi sözleşmesinin yürürlük tarihi tüketicinin ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayma hakkı süresinin sonu olarak belirlenmiştir. Yani bağlı kredi sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurması, tüketicinin ön ödemeli sözleşmeden caymamış olması geciktirici koşuluna bağlanmıştır.²⁴

Yönetmelik'in 8. Maddesinde de *“Konut bedelinin bir kısmının bağlı kredi ile karşılanması durumunda, cayma hakkının kullanıldığı bilgisi satıcı tarafından ilgili konut finansmanı kuruluşuna derhal bildirilir.”* şeklinde bir düzenleme yapılarak, cayma hakkının kullanıldığı bilgisinin satıcı tarafından ilgili konut finansmanı kuruluşuna derhal bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Öğretide tartışmalı olan bir konu bağlı konut kredisi sözleşmeleri yönünden kanunda düzenlenen bir cayma hakkı olmamasına karşın, tüketicinin ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayması ile bağlı kredi sözleşmesi bakımından da bu sonuca ulaşıp, ulaşamayacağı ile TKHK 43.maddede düzenlenen cayma hakkının kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı hususlarıdır.

Bağlı konut kredisi ile bağlı kredi niteliği taşımayan konut finansman sözleşmeleri bakımından kanunda cayma hakkı düzenlenmemiştir. Bir görüşe

²⁴ Ayan, “Cayma,” 88; İnal, *Milli Şerh*, 698-699; Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi*, 113; Çabri, *Şerh*, 688.

göre; cayma hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamakla yasa koyucu bilinçli bir tercih yapmıştır ve bu sebeple de tüketicinin bağlı konut kredisi ile konut finansman sözleşmelerinden cayma hakkı bulunmamaktadır.²⁵

Diğer bir görüşe göre ise, tüketicinin ön ödemeli konut satış sözleşmesinde cayma hakkını kullanması ile bağlı kredi sözleşmesi bakımından da bu sonuca ulaşılabilmektedir. Bu sebeple esasen bir tüketici kredisi niteliğini taşıyan bağlı konut kredisi ile konut finansman sözleşmelerine de kıyas yoluyla cayma hakkının tanınabileceğini savunulmaktadır.²⁶

Kanaatimizce, TKHK 43.maddede düzenlenen cayma hakkının bağlı konut kredisi sözleşmesine etkisi, işbu sözleşmenin yürürlük tarihinin tüketicinin cayma hakkı süresinin dolması geciktirici şartına bağlı olmasıdır. Burada tüketici ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayma hakkını kullanarak, bağlı konut kredisi sözleşmesinden de caymış olmamaktadır. Yalnızca tüketicinin cayma hakkı süresi karşımıza geciktirici şart olarak çıktığından, tüketicinin bu hakkını kullanmasıyla bağlı konut kredisi sözleşmesi de yürürlük şartı gerçekleşmediğinden hüküm ve sonuçlarını doğurmamaktadır. Her ne kadar TKHK 43.maddede düzenlenen cayma hakkı bağlı konut kredisi ile konut finansman sözleşmelerine yabancı olmasa da, bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda cayma hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamakla yasa koyucu bilinçli bir tercih yapmıştır ve bu sebeple cayma hakkı kıyas yoluyla bağlı konut kredisi ve konut finansman sözleşmelerine uygulanamaz.

3. Cayma Hakkının Kullanılmasının Bina Tamamlama Sigortasına Etkisi

Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde, konutun devir veya teslimi yapılabildiği kadar, tüketici tarafından yapılan ön ödemelerin güvence altına alınması başta olmak üzere çeşitli problemler ve tüketici mağduriyetleri yaşanabilmektedir. Bu sebeple kanun koyucu tarafından tüm dünya hukuk

²⁵ Akipek, “Madde 24,” 507; Atamer, *Kredi ve Finans Sözleşmeleri*, 96.

²⁶ Ayan mevcut düzenlemelerde buna engel bir hüküm bulunmadığı gibi, tüketiciye cayma hakkı tanınmamasını engelleyen bir yorum yapılmasının tüketici yasasının özüne aykırı olacağını ifade etmektedir. Ayan, “Cayma,” 90.

sistemlerinde de mevcut olan²⁷ bina tamamlama sigortasıyla tüketicilere daha geniş bir koruma sağlanmaya çalışılmıştır.²⁸

TKHK 42.madde uyarınca; “Bakanlıkça projedeki konut adedi ya da projenin toplam bedeli kriterine göre belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için satıcının ön ödemeli konut satışına başlamadan önce; kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları sağlaması zorunludur.

(2) Bina tamamlama sigortası kapsamında sağlanan tazminat, teminat ve benzeri güvenceler iflas veya tasfiye masasına dâhil edilemez, haczolunamaz, üzerlerine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konulamaz.”

Satıcıya bina tamamlama sigortası yaptırılması zorunluluğu bu madde ile getirilmiştir. İlgili madde düzenlemesiyle ön ödemeli konut satış sözleşmesine konu taşınmazların inşaatlarının bitirilmesi güvence altına alınmak istenmiştir. Ayrıca yüklenicinin iflas ve benzeri durumlar nedeniyle işi yarım bırakması halinde fondaki parayla kalan işin tamamlanması amaçlanmıştır.²⁹

Yönetmelik’in 8.maddesi uyarınca “Taşınmaz için bina tamamlama sigortası yaptırılmış ise, sigorta teminatı, kurulduğu tarihten itibaren hüküm doğurmak üzere cayma hakkı süresi sonunda yürürlüğe girer.” İlgili madde doğrultusunda satıcı tarafından teminat olarak bina tamamlama sigortası yaptırılmış olması ihtimalinde, bina tamamlama sigortası, cayma hakkı süresinin sonunda yürürlüğe girecek; ancak geçmişse etkili olarak sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçerli olacaktır. Burada da bağlı konut kredisi sözleşmeleri bakımından benzer bir düzenleme getirilerek, bina tamamlama sigortasının yürürlük tarihi geciktirici şart olarak tüketicinin cayma hakkı süresi olan on dört günün sonu olarak belirlenmiştir.

²⁷ George E. Rejda, *Principles of Risk Management and Insurance*, 8. ed. (Boston: Addison Wesley, 2003), 20; Mark S. Dorfman, *Introduction to Risk Management and Insurance*, 8. ed. (Boston: Pearson Prentice Hall, 2005), 101.

²⁸ Serbay Moray, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Cezai Sorumluluk Hükümleri ve Yaptırımları," *Mali Çözüm Dergisi*, no. 120 (Kasım-Aralık 2013): 135.

²⁹ Emine Öner Kaya, Bekir Kaya ve Kürşat Yalçiner, “Bina Tamamlama Sigortası Maketten Konut Alımlarını Güvence Altına Alabilecek Mi?,” *Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar* 614 (Nisan 2016): 97.

III. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKINA İLİŞKİN KANUNLAR VE YÖNETMELİK MADDELERİ ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLAR

Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde cayma hakkı, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve buna bağlı olarak çıkarılan Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Ancak, gerek TKHK ve genel hükümler, gerekse TKHK ile Yönetmelik maddeleri arasında bazı uyuşmazlıklar bulunmaktadır. Özellikle TBK ve TKHK kapsamında düzenlenen cayma hakkına ilişkin kavram uyuşmazlığı ile TKHK ve Yönetmelik maddeleri arasında cayma hakkının kullanılmasına ilişkin şekil şartının farklı düzenlenmesi ve cayma hakkının kullanılmasının sonuçlarına ilişkin bazı konularındaki belirsizlikler, doktrinde ve uygulamada çeşitli tartışmalara sebep olabilmektedir.

A. CAYMA HAKKI KAVRAMI VE KANUNLARDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ BAKIMINDAN UYUŞMAZLIKLAR

Gerek Türk Hukuku'nda gerekse Uluslararası Hukuk'ta cayma hakkı genel olarak ahde vefa ilkesine (pacta sunt servanda) getirilen bir istisna olarak değerlendirilmektedir.³⁰

Cayma hakkı, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tüketicinin veya Türk Borçlar Kanunu kapsamında borçlunun belirli bir süre içinde sözleşmeden tek taraflı irade beyanı ile caymasına imkân sağlayan bir haktır. Ancak bu hakkın gerek kavram olarak düzenlenişi, gerekse kapsamı ve kullanım koşulları TBK ile TKHK'da farklılık göstermektedir.

TBK'nun gerek Cayma Parası olarak ele aldığı 178. vd. maddelerinde, gerekse Ön Ödemeli Taksitle Satış'a ilişkin 264. vd. maddelerinde cayma hakkının düzenlendiği görülmektedir. TBK'da cayma hakkı, genel sözleşmeler hukuku çerçevesinde, borç ilişkileri bağlamında düzenlenmiştir. TBK'da cayma parası hakkı, esasen ya tarafların sözleşmede kararlaştırması gereken bir unsur olarak yahut "ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde" karşımıza çıktığından, TBK kapsamında kural olarak sözleşmeye bağlılık ilkesi esastır. TKHK'nun tüketiciyi koruma amacı

³⁰ Horst Eidenmüller, "Why Withdrawal Rights," *European Review of Contract Law* (ERCL) X (2011): 2; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town: Juta & Co Ltd., 2006), 578.

olduğundan, burada cayma hakkı, özellikle mesafeli sözleşmeler, ön ödemeli konut satış sözleşmeleri, devre tatil sözleşmeleri ve finansal hizmetlere ilişkin sözleşmelerde tüketiciye kanunen tanınan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ön ödemeli konut satış sözleşmeleri kapsamında TKHK 43.maddede düzenlenen cayma hakkının, öğretilerde geri alma hakkı³¹ ya da dönme hakkı³² olarak da adlandırıldığı görülmektedir. TBK ve TKHK maddelerinde yapılan düzenlemelerdeki kavramlar arasında da uyumsuzluklar bulunmaktadır. Cayma hakkı, geri alma ve dönme haklarının kanunlarda farklı kullanılması sonucunda birbirleri ile karıştırıldığı görülmektedir. Örneğin TKHK'da kullanılan cayma hakkı kavramı TBK'da geri alma hakkı; TBK'da düzenlenen cayma hakkı kavramı, TKHK'da dönme hakkı olarak düzenlenmiştir.³³

Ayrıca TBK kapsamında cayma hakkı kullanıldığında taraflar bakımından "cayma parası" veya tazminat yükümlülüğü doğabilir. Ancak TKHK kapsamında cayma hakkının kullanılması durumunda satıcı veya sağlayıcı, tüketiciden tahsil edilen bedeli belirlenen süre içinde iade etmek zorunda olup, tüketiciden herhangi bir cezai şart veya tazminat talep edemez. Görüldüğü üzere TBK kapsamında cayma hakkının kullanılması "cayma parası" ödenmesi şeklinde bir yaptırıma tabii tutulmuşken, TKHK kapsamında cayma hakkını kullanan tüketiciye cezai şart ödemeksizin bu hakkı kullanma imkânı tanınmıştır.

Bununla birlikte TBK'nun 269.maddesi uyarınca cayma hakkının kullanılmasına ilişkin "malın devrine kadar her zaman" ibaresiyle belirli bir süre öngörülmemişken, TKHK'nun 43.maddesi kapsamında tüketiciye cayma hakkını kullanması için 14 günlük bir süre tanınmıştır.

Sonuç olarak TBK kapsamında kanun koyucu tarafından borç ilişkisi, eşitler arası bir ilişki olarak değerlendirilmiş ve bu sebeple sözleşmeye bağlılık ilkesi öncelikli hale getirilmiştir. Ancak TKHK kapsamında tüketici, kanun koyucu tarafından zayıf taraf olarak kabul edildiğinden cayma hakkı gibi koruyucu düzenlemelerle tüketici korunmak istenmiştir. TKHK, tüketiciye daha geniş haklar tanıırken, TBK daha çok sözleşme serbestisi çerçevesinde şekillenen bir yapıdadır. Ancak burada cayma hakkının kullanım

³¹ Sert Sütçü, *Tüketicinin Cayma Hakkı*, 6; Şebnem Akıpek Öcal, "Madde 24," 504; Ayan, "Cayma," 57.

³² Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, *Ön Ödemeli Konu Satış Sözleşmesi*, 105; Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (Ankara: 1998), 70-7.

³³ Aydoğdu, *Ön Ödemeli*, 90; Sert Sütçü, *Tüketicinin Cayma Hakkı*, 3.

şekli, süresi yahut kullanılmasına bağlı yaptırımlardan ziyade en önemli eleştirilmesi gereken husus kanunlar arası kavram birliğinin sağlanamamış olmasıdır. Bu husus hem doktrinde tartışmaya hem de uygulamada bazı sorunlara yol açabilmektedir.

B. CAYMA HAKKININ ŞEKLİNE İLİŞKİN TKHK VE YÖNETMELİK ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLAR

Tüketicinin dönme hakkında olduğu gibi TKHK'un ön ödemeli konut satış sözleşmesini düzenleyen maddelerinde cayma hakkının kullanılmasına bakımından da herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Cayma hakkının düzenlendiği TKHK 43.maddede cayma hakkının kullanılmasına ilişkin beyanın nasıl yapılması gerektiğine ilişkin de bir düzenleme mevcut değildir.

Ancak Yönetmelik'in 8. maddesinde cayma hakkının şekline ilişkin *"Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcıya noterlikler aracılığıyla yöneltmesi yeterlidir. Konut bedelinin bir kısmının bağlı kredi ile karşılanması durumunda, cayma hakkının kullanıldığı bilgisi satıcı tarafından ilgili konut finansmanı kuruluşuna derhal bildirilir"* şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Öğretide tüketicinin dönme hakkının şekline ilişkin yapılan eleştiriler cayma hakkı için de geçerlidir.

Avrupa Birliği'nde tüketicinin korunmasına ilişkin en önemli düzenlemelerden biri de 2011/83/EU sayılı Direktifi'dir.³⁴ 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi, cayma hakkının nasıl kullanılacağına dair detaylı düzenlemeler içermektedir. AB Tüketici Hakları Direktifi'ne göre, tüketici cayma hakkını herhangi bir açık beyan ile kullanabilir. Bu bağlamda, tüketici yazılı bir bildirim (mektup, faks, e-posta vb.) ile cayma hakkını kullanabilir yahut Direktifin Ek I(B) bölümünde yer alan model cayma formu kendisine sunulduysa onu kullanarak da cayma hakkından yararlanabilir. Ancak bu formu kullanmak zorunlu değildir. Kaldı ki, tüketici, satıcıya doğrudan cayma kararını ileten herhangi bir açık beyanda bulunarak da cayma hakkını kullanabilir. İlgili direktif uyarınca üye devletler, Direktif'te belirtilenlerin dışında herhangi bir ek şekil şartı koyamaz (2011/83/EU Direktifi, Madde 9

³⁴ European Parliament and Council. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on Consumer Rights, Amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and Repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council. 2011. Erişim: Kasım 13, 2024. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj/eng>.

ve 11). Ancak tüketicinin cayma hakkını süresi içinde kullandığını kanıtlaması gerekmektedir. Bu yüzden yazılı bir beyan tercih edilmesi tüketicinin lehine olacaktır. Direktif uyarınca eğer satıcı internet üzerinden cayma hakkı beyanını kabul ediyorsa, tüketici elektronik ortamda da bu hakkını kullanabilmektedir.

Görüldüğü üzere 2011/83/EU Direktifi m. 11/1-a,b bentlerinde cayma hakkının kullanılmasına ilişkin de resmi bir şekil şartı konmamıştır. Buna ilaveten üye devletlerin de Ek I(B)'de belirtilenler dışında, cayma hakkı formuna uygulanacak herhangi bir resmi şekil şartı öngörmemeleri gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca 2011/83/AB Yönergesi 44 numaralı gerekçesinde de tüketicinin cayma hakkını kendi rızasıyla özgürce kullanabilmesinin gerektiği; öyle ki buna yönelik irade beyanın ne şekilde olduğunun bir öneminin olmadığı ifade edilmiştir. Ancak cayma hakkını kullandığına ilişkin ispat yükü de tüketicinin üzerine bırakıldığından, tüketicinin cayma hakkını kullandığını karşı tarafa yazılı olarak bildirmesinde fayda bulunmaktadır. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, AB mevzuatında tüketicinin cayma hakkını kullanmasında şekil serbestisi ile bu hakkı rahatça kullanmasının sağlanmasına çalışılmışken³⁵, AB Direktifi ile tüketiciyi ağır şekil şartlarından muaf tutmak kaydıyla cayma hakkı daha erişilebilir hale getirilmişken ve TKHK'nda da böyle bir resmi şekil şartı aranmamışken, Yönetmelik ile "noter" şartının getirilmiş olması, tüketicinin cayma hakkını kullanmasını zorlaştıran bir husus olarak, gerek TKHK gerekse AB mevzuatı ile uyumsuzdur. Bununla birlikte TKHK'da tüketicinin cayma hakkı bakımından herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olunmasına rağmen, Yönetmelik'te belirtilen cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimimin satıcıya noterlikler aracılığıyla yöneltmesinin yeterli olacağı hususu bu sebeple geçerlilik şekli olarak kabul edilmemelidir.³⁶ Çünkü bunun kabulü halinde, tüketicinin Kanunen kendisine tanınmış olan cayma hakkının kullanılmasının Yönetmelik ile zorlaştırılması durumu söz konusu olur. Kanunda olmayan bir şekilde normlar hiyerarşisine aykırı olarak tüketici aleyhine bir düzenleme getirilmesi ise kabul edilemez. Bu sebeple tüketicinin cayma hakkını kullandığını ispatlamak koşuluyla, her yolla bu hakkını kullanabileceğinin kabulü gerekmektedir.

³⁵ Steennot, The Right of Withdrawal Under the Consumer Rights Directive As A Tool To Protect Consumers Concluding A Distance Contract, 117.

³⁶ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi*, 109. Doğan, 266-267.

C. CAYMA HAKKININ KULLANILMASINDAN SONRA TARAFLARIN EDİNİMLERİNİ İADE SÜRELERİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR

Tüketici tarafından cayma hakkının kullanılmasıyla birlikte ön ödemeli konut satış sözleşmesi sona erer. Cayma hakkının kullanılmasının bir sonucu olarak TKHK 43.madde uyarınca satıcı tüketiciden aldığı bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi tüketicie iade etmekle yükümlüdür. Tüketici de satıcının edimlerini yerine getirmesinden itibaren on gün içerisinde kendi edinimlerini iade etmek zorundadır.

TKHK'un 43.maddesinde tüketicinin edinimlerini hangi sürede iade etmesi gerektiği düzenlenmişken, satıcının tüketiciden aldığı bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi tüketicie hangi sürede iade etmesi gerektiği düzenlenmemiştir. Ancak yine birçok durumda karşımıza çıktığı gibi, TKHK kapsamında düzenlenmeyen bu husus Yönetmelik'in 8/5. Maddesinde "*Cayma hakkının kullanılması durumunda, tüketicie iade edilmesi gereken tutar ve tüketicie borç altına sokan her türlü belge cayma bildiriminin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç on dört gün içinde tüketicie geri verilir*" şeklinde düzenlenmiştir. Maddeden de açıkça anlaşıldığı üzere, tüketicinin cayma hakkını kullandığı durumlarda, cayma bildiriminin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç on dört gün içinde tüketicie iade edilmesi gereken tutarı ve tüketicie borç altına sokan her türlü belgeyi satıcı tüketicie iade etmelidir. Bu süre cayma bildiriminin satıcıya ulaşmasından itibaren başlar.

Tüketicinin de iade borcunun zamanı satıcı temel alınarak düzenlenmiştir. Tüketici satıcının edinimlerini iade etmesinden sonra on gün içerisinde edinimlerini iade etmek zorundadır. Yönetmelik'te belirtildiği şekilde ve sürede edinimlerini yerine getirmeyen taraf artık temerrüde düşmüş sayılır. Burada aslında tam bir uyumsuzlıktan değil, Kanun'da açıkça düzenlenmeyen satıcının iade borcunun süresi bakımından Yönetmelik'te düzenleme yapılarak, kanun koyucu tarafından konuya açıklık getirildiğinden bahsedilebilir.

D. CAYMA HAKKININ KULLANILMASI DURUMUNDA DOĞAN MASRAFLARA KİMİN KATLANACAĞI HUSUSUNDAKİ UYUŞMAZLIKLAR

TKHK 43.maddede ayrıca tüketicinin cayma hakkını kullanması durumunda, sözleşmenin kurulmasından ve sözleşmeden cayılmasından

doğan masraflara kimin katlanacağı hususu düzenlenmemiştir. Öğretide bir görüşe göre, cayma hakkı tüketiciye hiç bir sebep gösterilmeden keyfi kullanılabilir bir hak olarak tanındığından, artık masraflara da tüketicinin katlanması gerekmektedir.³⁷ Diğer görüşe göre ise de, TKHK'nun amacı tüketiciyi korumaktır ve bu sebeple cayma hakkının kullanılması ile birlikte ortaya çıkacak masraflara da satıcı katlanmalıdır. Çünkü aksinin kabulü halinde tüketici lehine düzenlenen cayma hakkının tüketiciyi koruma amacı ortadan kalkacaktır.³⁸

SONUÇ

Sonuç olarak, ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde tüketiciye tanınan cayma hakkı, tüketiciyi koruma amacı taşıyan önemli bir hukuki mekanizmadır. Ancak, uygulamada bazı hukuki belirsizlikler, TKHK ve Yönetmelik maddeleri arasındaki uyumsuzluklar ve öğretilerdeki görüş ayrılıkları nedeniyle, cayma hakkının kullanımına dair net bir çerçeve oluşturulması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Özellikle bağlı kredi sözleşmelerine yönelik yasal boşlukların giderilmesi ve tüketicilerin haklarını daha bilinçli bir şekilde kullanabilmeleri için hukuki düzenlemelerin daha ayrıntılı ve net hale getirilmesi önem arz etmektedir.

Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde tüketicinin cayma hakkı, hem Türk Hukuku hem de Uluslararası Hukuk açısından tüketici için önemli bir koruma mekanizmasıdır. Ancak, bu hakkın kullanımına ilişkin TKHK ve Yönetmelik arasında ortaya çıkan uyumsuzluklar uygulamada çeşitli zorluklara yol açmaktadır. İlk olarak, cayma hakkı kavramındaki farklılıklar, TBK ve TKHK'daki düzenlemelerin birbirini tamamlayıcı değil, çelişkili olmasına neden olmuştur. TKHK'da kullanılan cayma hakkı kavramı TBK'da geri alma hakkı; TKHK'da düzenlenen dönme hakkı kavramı ise TBK'da cayma hakkı olarak düzenlenmiştir.³⁹ Bu çelişkilerin ortadan kaldırılması için, kanunlar arası bir kavram birliğine varılması gerekmektedir.

TBK, sözleşmeye bağlılık ilkesini ön planda tutarken, TKHK tüketiciyi korumaya yönelik bir yaklaşım benimsemiştir. Ayrıca TBK'nda cayma hakkının kullanılmasına "cayma parası" gibi bazı yaptırımlar uygulanmış olsa da, TKHK kapsamında tüketiciyi korumak adına, cayma hakkının

³⁷ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi*, 109; Çabri, *Tüketici*, 687.

³⁸ Ayan, "Cayma," 84.

³⁹ Aydoğdu, *Ön Ödemeli*, 90; Sert Sütçü, *Tüketicinin Cayma Hakkı*, 3.

kullanılması sonucunda hiçbir cezai şartın uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda, cayma hakkı, tüketici lehine genişletilmiş olsa da, terimsel ve sonuca bağlı farklılıklar uygulamada kafa karıştırıcı olabilir.

Cayma hakkının şekli ile ilgili uyumsuzluklar da tüketici bakımından önemli bir sorun teşkil etmektedir. TKHK, cayma hakkının kullanımına ilişkin belirli bir şekil şartı öngörmezken, Yönetmelik'te noter aracılığıyla bildirimde bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Bu durum, hem TKHK ile uyumsuzdur hem de Avrupa Birliği düzenlemeleriyle çelişmektedir. AB Tüketici Hakları Direktifi, cayma hakkının kullanılmasında şekil serbestisi tanımakta ve tüketicinin bu hakkı daha kolay ve hızlı kullanabilmesini sağlamaktadır. Yönetmelik'in noter şartı, tüketicinin cayma hakkını kullanmasını zorlaştırmakta ve kanuni düzenlemeye aykırı bir durum yaratmaktadır.

Cayma hakkının kullanılmasından sonra tarafların edininimlerinin iade edilmesiyle ilgili düzenlemelerde de bir birlik sağlanamamıştır. TKHK, tüketicinin edininimlerini iade etme süresi hakkında açık bir düzenleme yapmamışken, Yönetmelik, bu konuda bir iade süresi belirleyerek satıcının aldığı bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmesi gereken süreye ilişkin belirsizliği gidermeye çalışmıştır.

Cayma hakkının kullanılmasıyla doğan masraflara kimin katlanacağı konusunda da uyumsuzluklar mevcuttur. Tüketicieye tanınan bu hakkın, satıcı tarafından üstlenilmesi gereken maliyetlerle ilgili düzenlemelerin net olmaması, tüketicinin korunma amacına ters düşebilir. Çoğunlukla, cayma hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesi için masrafların tüketiciye yüklenmesi gerektiği savunulsa da, TKHK'nin temel amacı tüketiciyi korumak olduğundan, masrafların satıcıya ait olması gerektiği görüşü daha isabetlidir. Cayma hakkının kullanılması sonucu ortaya çıkan masrafların satıcı tarafından karşılanması gerektiği açıkça düzenlenmeli, aksi bir durumun tüketiciyi mağdur edici bir sonuç yaratmaması için hukuki bir düzenleme yapılmalıdır. Bu şekilde açık kanun hükümleri ile tüketicinin cayma hakkını kullanırken herhangi bir mali yükümlülük altına girmemesi sağlanmalıdır.

Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde tüketicinin cayma hakkına ilişkin mevcut uyumsuzluklara çözüm önerileri sunulabilir. Bu çözüm önerileri, hem Türk Hukuku'nda hem de AB mevzuatında belirli bir uyum sağlamayı ve uygulama kolaylıklarını artırma konusunda faydalı olabilir.

Öncelikle TKHK ve TBK arasında kullanılan “cayma hakkı,” “geri alma hakkı” ve “dönme hakkı” kavramlarının birleştirilmesi gerekmektedir. Türk

Hukuku'nda ve uluslararası hukukta bu kavramların yerleşik bir şekilde kullanılması, hem tüketiciler için anlaşılabilirliği artırır, hem de uygulamada karşılaşılabilecek sorunların önüne geçebilir.

Avrupa Birliği'nin 2011/83/EU Direktifi'ne uygun olarak, cayma hakkının kullanımında şekil serbestisinin sağlanması, tüketicinin haklarını kolayca kullanabilmesini sağlar. Bu çerçevede, tüketicinin cayma hakkını herhangi bir açık beyan ile kullanabilmesi gerektiği, yazılı beyan zorunluluğu olmaksızın, elektronik ortamda da cayma hakkını kullanabileceği hükme bağlanmalı, Yönetmelik'te yer alan noter aracılığıyla cayma bildirim şartı, TKHK ile çelişen bir düzenleme olduğundan bu konuda bir hüküm birliğine varılmalıdır. Bu şart ayrıca tüketiciyi cayma hakkını kullanmakta zorlaştırdığından, Yönetmelikte belirtilen noter şartı kaldırılmalı ve tüketicinin cayma hakkını istediği yöntemle (yazılı, elektronik, vb.) kullanabilmesi sağlanmalıdır.

Cayma hakkının kullanılması sonucunda, hem tüketicie hem de satıcıya ilişkin iade süreleri açıkça belirlenmelidir. Her ne kadar satıcı bakımından TKHK'nda bir süre belirlenmediğinden, bu durum Yönetmelik maddeleri ile çözülmeye çalışılsa da, normlar hiyerarşisi bakımından uyuşmazlıkların çözümünde daha kolay ilerleyebilmek için bu sürenin TKHK maddelerinde de belirtilmesi daha uygun olacaktır.

Sonuç olarak, cayma hakkının kullanımını düzenleyen mevzuatlar arasında terimsel, şekilsel ve uygulamaya ilişkin önemli uyuşmazlıklar bulunmaktadır. Kanunlar arası kavram birliği eksiklikleri, şekil şartlarının fazlalığı ve iade yükümlülüklerindeki belirsizliklerden kaynaklanan uyuşmazlıkların giderilmesi, hem tüketicilerin daha kolay ve etkili bir şekilde cayma hakkını kullanabilmesi hem de satıcıların yükümlülüklerinin net bir şekilde belirlenmesi açısından önemlidir. Bu sorunların çözülmesi için kanunlar arası uyumun sağlanması, şekil serbestisinin teşvik edilmesi, iade sürelerinin netleştirilmesi ve masrafların paylaşılmasına ilişkin açık düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu adımlar, hem tüketicilerin haklarını etkin şekilde kullanabilmelerini sağlayabilir, hem de satıcılar ile tüketiciler arasındaki uyuşmazlıkların daha kolay çözülmesine imkân tanır. Hukuki belirsizliklerin giderilmesi, her iki taraf için de daha adil bir sözleşme pratiği sağlayacak, ayrıca uygulamada yaşanabilecek sorunların önüne geçecektir.

KAYNAKÇA

- Akipek, Şebnem Öcal. "Madde 24." *Milli Şerh* içinde, editör Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner, 480-540. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2006.
- Ayan, Serkan. "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Cayma Hakkı." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, 3 (Temmuz 2019), 53-96.
- Atamer, Yeşim. *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Buz, Vedat. *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.
- Chau, K. W., S. K. Wong ve C. Y. Yiu. "Housing Quality in the Presale Contracts Market." *Journal of Real Estate Finance and Economics* 34, 3 (2007): 313-325.
- Chang, C. O. ve C. W. Ward. "Forward Pricing and the Housing Market: The Pre-Sales Housing System in Taiwan." *Journal of Property Research* 10, 3 (1993): 217-227.
- Cunningham, C. R. "House Price Uncertainty, Timing of Development, and Vacant Land Prices: Evidence for Real Options in Seattle." *Journal of Urban Economics* 59, 1 (2006): 1-31.
- Doğar, Mehmet. *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.
- Eidenmüller, Horst. "Why Withdrawal Rights." *European Review of Contract Law (ERCL)*, X (2011): 1-24.
- European Parliament and Council. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on Consumer Rights, Amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and Repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council. 2011. Erişim 13 Kasım 2024. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj/eng>.
- Gümüş, Mustafa Alper. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, vol. 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- İnal, Tamer. "Ön Ödemeli Konut Satışı." *Milli Şerh* içinde, editör Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner, 621-738. İstanbul : Aristo Yayınevi, 2016.
- Jacobs, J. P. A. M., R. H. Koning ve E. Sterken. *Modelling Prepayment Risk*. University of Groningen: 2005.
- Kara, İlhan. *Tüketici Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.

- Karamanoğlu, Argun. *Tüketici Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.
- Kaya, Sevtap. "İnşaat Sektöründe Maketten Satışı ve Uygulamaları." *3. Tüketici Sempozyumu, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* içinde, editör Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık, 559-566. Ankara: 2014.
- Li, Ling ve K. W. Chau. "What Motivates a Developer to Sell Before Completion?." *The Journal of Real Estate Finance and Economics* 59 (2019): 209-232.
- Makaracı, Aslı. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı." *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı* içinde, Derleyen M. Murat İnceoğlu, 239-260. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Micklitz, Hans-W., Jules Stuyck, Evelyne Terryn ve Dimitri Droshout, Ed. *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010, 239.
- Moray, Serbay. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Cezai Sorumluluk Hükümleri ve Yaptırımları." *Mali Çözüm Dergisi* 20 (Kasım-Aralık 2013): 133-158.
- Özmen, Etem Sabâ ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu. *Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Sert Sütçü, Selin. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Sezer, Çabri. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* içinde, Editör Hakan Tokbaş, Ali Suphi Kurşun ve Turgut Öz, 91-159. Ankara: 2015.
- Twigg-Flesner, Christian ve Reiner Schulze. "Protecting Rational Choice: Information and the Right of Withdrawal." *Handbook of Research on International Consumer Law* içinde, Editör Geraint Howells, Ian Ramsay, Thomas Wilhelmsson ve David Kraft, 130-157. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010.
- Yeniocak, Umut. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Göre Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Şekli." *Terazi Hukuk Dergisi* 10, 102 (Şubat 2015): 42-53.
- Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town: Juta & Co Ltd., 2006.